

# Revista Bonijuris

www.bonijuris.com.br

Ano XXIV | # 589 | Dezembro 2012 | R\$ 29,00

## Ementário

Aplica-se o CDC quando o veículo é comprado para fins profissionais

**pág. 65**

## Legislação

Decreto 7.824/12 – Regulamentação do ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio

**pág. 76**

## Não tropece na língua

Prefeito, blitz, violação e café espresso

**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. 46**

<p><b>STJ</b> Novo ajuste entre credor e devedor sem anuência do fiador extingue a garantia</p>	<p><b>STJ</b> Comprador de imóvel litigioso não tem legitimidade para opor embargos de terceiro</p>	<p><b>STJ</b> Não é possível discutir abusividade de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas</p>	<p><b>STF</b> Vínculo para a prática de somente um único ato criminoso não configura o crime de formação de quadrilha ou bando</p>	<p><b>TST</b> Empresa sucedida responde solidariamente por dívida trabalhista</p>	<p><b>TJ/PR</b> Estado é condenado a indenizar por danos morais homem preso ilegalmente</p>	<p><b>STJ</b> Produção de filmes sob encomenda não está sujeita à incidência de ISS</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------

## Doutrina

### CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES

Matheus Vianna de Carvalho | **pág. 6**

### A PRECLUSÃO ENTRE O CPC/73 E O PROJETO DO NOVO CPC

Fernando Rubin | **pág. 23**

### O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ENUNCIADO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Saul José Busnello | **pág. 32**

### IMPLICAÇÕES ACERCA DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DO MOTORISTA PROFISSIONAL – LEI 12.619/12

Vitor Manoel Castan | **pág. 39**

Julio Cesar de Paula Silva

### DESDOBRAMENTOS DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, CIVIL E CRIMINAL DO PERITO JUDICIAL (PARTE II)

Leandro Vieira | **pág. 43**

## Como decidem os tribunais | **pág. 78**

O artigo 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si – *Nemo tenetur se detegere*

Ana Paula Jorge

Josué Justino do Rio

ISSN 1809-3256



9 771809 325007 00583 &gt;

## 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**

**E**ste mês de dezembro iniciamos a seção *Doutrina* com o procurador da Fazenda Nacional **Matheus Vianna de Carvalho** que trata do controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, mediante uma análise do mérito administrativo de acordo com os princípios constitucionais atinentes. Assevera que compete ao Judiciário constatar se o ato administrativo foi praticado de acordo com o sistema normativo, bem como se o ato administrativo teve o condão de satisfazer ao interesse público e à sua finalidade específica.

O advogado, professor e mestre em processo civil **Fernando Rubin** escreve sobre o instituto da preclusão, estabelecendo linhas convergentes e divergentes entre o atual Código de Processo Civil e o projeto do novo CPC. Preleciona quanto ao regime preclusivo no sistema processual vigente, a extinção do agravo retido e a redução dos préstimos da preclusão constantes no referido projeto, o direito fundamental à prova e a aplicação minorada da preclusão na instrução, a proposta de mudança no marco de alteração da causa de pedir e do pedido e os limites restritivos sugeridos para o fenômeno da eficácia preclusiva da coisa julgada material.

Na sequência, o advogado e professor **Saul José Busnello** versa a respeito do princípio da função social do contrato, disposto no artigo 421 do Código Civil. Arremata que é possível a revisão judicial dos contratos ante a aplicação do princípio em pauta, uma vez que este preconiza o equilíbrio entre direitos individuais e interesses sociais, objetivando a obtenção de uma relação jurídica contratual de fato justa.

**Vitor Manoel Castan**, advogado, professor e mestre em direito das relações sociais e **Julio Cesar de Paula Silva**, advogado, professor e especialista em direito do trabalho arrazoam acerca das implicações do exercício da profissão do motorista profissional em decorrência da recente Lei 12.619/12. Atentam para a proibição da remuneração do motorista em função da distância, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante oferta de comissão, e para a criação de intervalos de descanso mínimos em razão do tempo na direção do veículo.

Ao término da seção, o advogado e professor **Leandro Vieira** apresenta a segunda parte de seu trabalho sobre os desdobramentos da responsabilidade administrativa, civil e criminal do perito judicial. Dispõe quanto à responsabilização civil deste, salientando que o efetivo prejuízo causado por informações inverídicas prestadas culposa ou dolosamente pelo perito é requisito para que haja o dever de indenizar o prejudicado, mas não para a aplicação da pena de inabilitação, que deve ser imposta quando da simples ocorrência da falsa perícia.

Na seção *Legislação*, transcrevemos a redação do **Decreto 7.824**, de 11 de outubro de 2012, que regulamenta a Lei 12.711/12 que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e a reserva de vagas para estudantes oriundos da rede pública de ensino.

Em *Como Decidem os Tribunais*, a mestre em direito **Ana Paula Jorge** e o mestrando em direito **Josué Justino do Rio** apregoam o crime de afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si. Com amparo na doutrina e na jurisprudência de tribunais pátrios e do Superior Tribunal de Justiça, concluem que somente a tipificação de condutas, por si só, é insuficiente para reduzir a violência no trânsito sendo necessário levar em consideração inclusive as exigências do sistema econômico.

Boa Leitura.  
Equipe Bonijuris

# Revista **Bonijuris**

Ano XXIV | # 589 | **Dezembro 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 Victor 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 Roessle, Yoshihiro Miyamura

## **Coedição:**

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

## **Normas editoriais para encaminhamento de artigos à revista**

1. As opiniões emitidas nos artigos não refletem, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial da Revista, sendo de exclusiva responsabilidade de seus autores.
2. A remessa e o recebimento de matérias não implicam a obrigatoriedade de publicação.
3. Dá-se preferência a trabalhos inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, seminários, palestras etc.).
4. Solicita-se que o autor envie os artigos por e-mail, em arquivo Word, onde conste também sua qualificação profissional/acadêmica e endereço.
5. Os artigos serão revisados, editados e publicados de acordo com as normas técnicas da Revista Bonijuris.

## **Endereço para correspondência:**

### **Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris**

Rua Marechal Deodoro, 344 | 3º and. | CEP: 80010-010 | Curitiba | PR | [www.bonijuris.com.br](http://www.bonijuris.com.br) | ISSN 1809-3256 | Qualis C – Capes  
Para firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco. | Fone/FAX: (41) 3323-4020 | e-mail: [contato@bonijuris.com.br](mailto:contato@bonijuris.com.br)

#### **Repositório autorizado**

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

#### **Administrativo | Comercial**

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

#### **Assinaturas**

0800 645 4020

#### **Jurídico | Pesquisa**

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



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

## Doutrina

- 06 | **Controle dos Atos Administrativos Discricionários Pelo Poder Judiciário: Análise do Mérito Administrativo de Acordo com os Princípios Constitucionais Atinentes**  
Matheus Vianna de Carvalho
- 23 | **A Preclusão Entre o CPC/73 e o Projeto do Novo CPC**  
Fernando Rubin
- 32 | **O Princípio da Função Social do Contrato Enunciado no Artigo 421 do Código Civil Brasileiro**  
Saul José Busnello
- 39 | **Implicações Acerca do Exercício da Profissão do Motorista Profissional – Lei 12.619/12**  
Vitor Manoel Castan  
Julio Cesar de Paula Silva
- 43 | **Desdobramentos da Responsabilidade Administrativa, Civil e Criminal do Perito Judicial (Parte II)**  
Leandro Vieira

## Acórdãos em destaque

- 46 | STJ | **Min. Luis Felipe Salomão**  
Novo ajuste entre credor e devedor sem anuência do fiador extingue a garantia
- 48 | STJ | **Min. Sidnei Beneti**  
Comprador de imóvel litigioso não tem legitimidade para opor embargos de terceiro
- 51 | STJ | **Min. Nancy Andrighi**  
Não é possível discutir abusividade de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas
- 53 | STF | **Min. Rosa Weber**  
Vínculo para a prática de somente um único ato criminoso não configura o crime de formação de quadrilha ou bando
- 56 | TST | **Min. José Roberto Freire Pimenta**  
Empresa sucedida responde solidariamente por dívida trabalhista
- 59 | TJ/PR | **Des. Cunha Reis**  
Estado é condenado a indenizar por danos morais homem preso ilegalmente
- 63 | STJ | **Min. Benedito Gonçalves**  
Produção de filmes sob encomenda não está sujeita à incidência de ISS

## Legislação

- 76 | Decreto 7.824/12  
Regulamentação do ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio

## Ementário

- 65 | STJ | **Civil e Comercial**  
**Min. Antonio Carlos Ferreira**  
Aplica-se o CDC quando o veículo é comprado para fins profissionais
- 66 | TJ/SC | **Imobiliário**  
**Des. Artur Jenichen Filho**  
Arguição de usucapião pode ser utilizada como defesa quando se discute a posse ou o domínio da coisa
- 68 | STJ | **Processo Civil**  
**Min. Herman Benjamin**  
Impossível redirecionamento da execução fiscal em dívida de natureza não tributária
- 69 | TJ/RS | **Penal e Processo Penal**  
**Des. Carlos Alberto Etcheverry**  
Criança tem direito de visitar pai em presídio
- 71 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**  
**Min. Mauricio Godinho Delgado**  
Contrato de experiência não pode ter prova exclusivamente testemunhal
- 73 | STJ | **Administrativo e Constitucional**  
**Min. Humberto Martins**  
Data da lesão é o termo inicial da prescrição de ação indenizatória em desfavor do Estado
- 74 | STJ | **Tributário**  
**Min. Mauro Campbell Marques**  
Consultores do PNUD/ONU são isentos de imposto de renda

## Como decidem os tribunais

- 78 | **Ana Paula Jorge**  
**Josué Justino do Rio**  
O Artigo 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – e a Garantia Constitucional que Ninguém Está Obrigado a Produzir Prova Contra Si – *Nemo Tenetur Se Detegere*

## Não tropece na língua

- 82 | **Maria Tereza de Queiroz Piacentini**  
Prefeito, blitz, violação e café espresso

# CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES

**Matheus Vianna de Carvalho** | [matheuscarvalho@hotmail.com](mailto:matheuscarvalho@hotmail.com)

Procurador da Fazenda Nacional

Professor de Direito Administrativo do Complexo de Ensino Renato Saraiva

## Excertos

*A independência entre os poderes não deve ser compreendida como irrestrita, tendo em vista a necessidade de harmonia entre os poderes, proporcionando o seu equilíbrio*

*É muito tênue a diferença entre o termo motivo e motivação. Motivo são os fatos concretos e a norma jurídica que justificam ou fundamentam a prática de um ato administrativo, ao passo que a motivação é a forma pela qual o agente público demonstra que o ato administrativo foi expedido de acordo com o disposto em lei*

## 1. Apresentação

O Brasil vive um momento em que as suas instituições políticas e o próprio Poder Público sofrem algum descrédito por parte da sociedade. Diariamente, são divulgadas, pelos meios de comunicação, notícias a respeito do desvio de poder no setor público.

Não apenas os grandes administradores cometem tais irregularidades. Tem-se também notícia de servidor público, no exercício de funções públicas, utilizando o seu cargo para auferir vantagens. São frequentes as informações de recebimento de pro-

pinas por servidores públicos para conceder privilégios em processos licitatórios, venda de sentenças, atos secretos e percepção de indenizações indevidas, dentre outros atos que representam manifesto uso indevido da função pública.

É triste reconhecer, entretanto, que aqueles apenas são os eventos conhecidos pela sociedade, isso porque casos de arbitrariedades dos agentes públicos acontecem, diariamente, sem divulgação.

O dinheiro público tem sido mal utilizado, e isto é fato. A lei determina que seja empregado no investimento em políticas sociais, em atividades de fomento, de acordo com o estipulado no orçamento anual. Todavia, o que se vê é a sua utilização de forma indevida; o desvio da finalidade à qual está atrelado.

Nesses termos, ganha relevo a necessidade de se repensar o controle jurisdicional dos atos administrativos. O presente trabalho tem por fito desvendar a respeito desse controle, demonstrando que, na prática, o mérito administrativo deve ser apreciado, mas de forma limitada, à luz dos princípios jurídicos.

Em face do princípio da separação dos poderes, entende-se que o Poder Judiciário apenas pode efetivar o controle da legalidade dos atos da administração pública, ou seja, somente sua adequação à lei. No que tange ao mérito administrativo, em que o administrador público atua com liberdade decisória, o magistrado não pode realizar o controle jurisdicional.

Com efeito, não se questiona a possibilidade desse poder apreciar os aspectos legais do ato, no entanto, cumpre observar a nova amplitude que esse exame tem recebido nos dias atuais.

Os atos administrativos discricionários devem ser apreciados pelo Judiciário, de forma densa, tendo em vista o crescente cometimento de atos arbitrários, como uma forma de res-

guardar o interesse público. Advirta-se, no entanto, que esse controle deve obedecer aos parâmetros dispostos pelo direito.

## 2. Do princípio da separação de poderes e questões atinentes

A Constituição Federal situa-se no ápice do sistema normativo, dispondo sobre a organização e a estrutura jurídico-administrativa do Estado brasileiro. Todas as demais normas jurídicas nela buscam seu fundamento e validade.

O art. 1º da Carta Constitucional de 1988 informa ser o Brasil um Estado Democrático de Direito e dispõe sobre seus fundamentos, ou seja, as bases sobre as quais deve o Estado desenvolver suas atividades. Segundo **José Cretella Júnior** (1997, p.135),

“A frase ‘Estado Democrático de Direito’ é pleonástica, redundante, porque é da essência da democracia, onde impera soberano o princípio da legalidade, a inviolabilidade do direito, a vigência do denominado Estado de direito (...) que se contrapõe ao Estado de força, Estado policial ou ditatorial (...). O exercício da democracia é dominado pelo princípio da legalidade (...).”

Na época em que vigia o liberalismo, surgiu a concepção de Estado de Direito, entretanto era uma versão divergente da atual, já que predominavam anseios individualistas e imperava a lei apenas em sentido formal. O conceito dessa expressão, no decorrer do tempo, sofreu modificações, até se chegar à compreensão atual, que tem por alicerce a garantia do bem comum, privilegiando o coletivo em detrimento do individual.

Também merece destaque a adoção, pelo Brasil, do princípio da separação de poderes em sua Carta Magna, artigo 2º, como um princípio fundamental, elevado à categoria de *clausula petrea* pelo art. 60, § 4º, III, da CF/88, senão vejamos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Calham à fivela os ensinamentos de José Cretella Júnior (1997, p. 149) acerca da matéria.

“A pessoa jurídica pública política é o ‘centro de irradiação’ dos três poderes, independentes, porque um não interfere no outro, no desempenho de suas funções específicas, embora possa controlar as funções anômalas do outro, desde que a Constituição assim o permita; harmônicos, porque cada um deles é, na realidade, a União, que se desnaturaria, quebrando-se, fracionando-se, se os poderes se desarmônicassem.”

Modernamente, entende-se que o poder político do Estado é uno, não comportando divisões. Dividem-se, sim, funções para o exercício deste poder. São pertinentes, para tanto, as considerações de **José Afonso da Silva** (2003, p.108), para quem “o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional”.

**Alexandre de Moraes** (2000, p. 360) trata do assunto, apresentando uma concepção moderna.

“(…) dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes públicos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

Depreende-se, por conseguinte, que, embora o poder político do Estado seja entendido como indivisível, indelegável, único, o princípio da separação de poderes foi adotado pelo Brasil, em virtude de ser entendido como uma verdadeira distribuição de funções específicas e primordiais entre os órgãos estatais supremos, para o funcionamento e desempenho concreto das atribuições do Estado.”

O termo ‘poderes’ designado pela Constituição Federal, assume o sentido de estruturas internas do Estado (órgãos), com funções específicas, criadas para viabilizar o fim precípua de execução de certas funções estatais primordiais (administrativa, legislativa e jurisdicional), como uma forma de conter a concentração de poder nas mãos de apenas uma pessoa.

“Compõe-se o Estado de Poderes, seguimentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente de sua soberania. Os Poderes de Estado, como estruturas internas destinadas à execução de certas funções, foram concebidos por Montesquieu em sua clássica obra, pregando o grande filósofo, com notável sensibilidade política para a época (século XVIII), que entre eles deveria haver necessário equilíbrio, de forma a ser evitada a supremacia de qualquer deles sobre outro (**Carvalho Filho**, 2005, p. 2).”

**Aristóteles e Montesquieu**, em épocas distintas, traçaram as bases desse princípio da separação de poderes, respectivamente, através das obras *Política* e *O espírito das leis*, sustentando esta última a inexistência de supremacia de um poder sobre outro, enunciando o equilíbrio entre eles.

Aristóteles, em sua obra *Política*, já enunciava a existência de três funções estatais distintas, mas devido ao contexto histórico em que estava inserido, tais funções restavam concentradas sob o comando de uma única pessoa, o soberano, que representava o Estado. Posteriormente, Montesquieu desenvolveu os ensinamentos daquele pensador, enquadrando-os ao seu momento histórico.

Modernamente, diante da forma que se encontra normatizada a Constituição Federal, tem-se a possibilidade de uma verdadeira interpenetração entre os poderes. Cada um deles é concebido a partir de funções próprias, típicas, sendo que há a possibilidade de se praticarem funções atípicas, desde que expressamente autorizadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Na verdade, o que existe é uma preponderância de função, ou seja, o órgão estatal possui função típica, com a possibilidade de exercer funções atípicas. Nesse sentir, ressalta **José dos Santos Carvalho Filho** (2005, p. 2) que “os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a poder diverso (funções atípicas), sempre, é óbvio, que a Constituição o autorize”. Isso quer dizer que, no Poder Legislativo, predomina a função legislativa, já, no Executivo, a função administrativa de executar os comandos legais, ao passo que, no Poder Judiciário, vigora a função jurisdicional.

A Constituição Federal brasileira caracteriza o sistema de separação de poderes ou, melhor dizendo, de funções, como “independentes e harmônicos entre si”. A distribuição de funções do poder político é feita entre três órgãos independentes do Estado, sendo que cada um deles passa a possuir atribuições específicas, mas não exclusivas, com independência em relação aos outros dois. Nesses termos, cada uma das esferas do poder tem atribuições próprias devidamente delineadas pela Carta Constitucional.

Isso significa que cada Poder Estrutural (Legislativo, Executivo e Judiciário) irá se estruturar de forma independente, ou seja, sem a interferência profunda dos outros poderes no que tange à designação de seus funcionários, desempenho de atribuições. Enfim, cada um deles funciona conforme desígnios próprios, com estrutura própria, sem subordinação e sem ter o condão de interferir na organização estrutural do outro, com vistas ao atendimento dos fins traçados pela Lei Suprema.

Insta, nesta oportunidade, enunciar as considerações feitas por José Cretella Júnior (1997, p. 153) a respeito da independência dos poderes. “Logo, a independência é relativa,

porque cada Poder, na medida em que o poder constituinte o determina, serve de freio e contrapeso a outro Poder”.

Considere-se que, além da independência, outra característica é a harmonia entre os poderes, representada também pela existência de um sistema de freios e contrapesos no ordenamento jurídico. Assim, há um respeito mútuo entre os órgãos do poder no que tange às faculdades, funções próprias deles, mas com a possibilidade de pequenas interferências, com o fito de se resguardar o equilíbrio entre os poderes.

Nesses termos, deve-se enfatizar que se encontram inscritas na Constituição Federal normas jurídicas que expressam a harmonia entre os poderes, tendo-se como exemplo as que tratam sobre o processo de elaboração das leis. Em tais normas, os três órgãos do poder atuam nos estritos termos de sua competência traçada na Carta Constitucional, realizando um verdadeiro sistema de equilíbrio. Isso porque, através dessas regras jurídicas, há um efetivo controle de um poder sobre o outro, sem a interferência nas atribuições próprias de cada um. Evita-se, assim, a usurpação do poder, o cometimento de arbitrariedades. José Afonso da Silva (2003, p. 111), sobre isso, sustenta que,

“Os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que aliás integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.”

Portanto, a independência entre os poderes não deve ser compreendida como irrestrita, tendo em vista a necessidade de harmonia entre os poderes, proporcionando o seu equilíbrio. Diante disso, tem-se que a independência entre os poderes do Estado

deve ser mantida até o ponto em que a harmonia entre eles reste preservada, ou seja, que inexista abuso de um poder sobre o outro. Afinal, não há que se falar em supremacia de um poder em detrimento dos demais, os três têm a mesma importância para o desempenho das finalidades do Estado. “Embora ‘independentes’, os Poderes devem ser harmônicos, isto é não devem conflitar entre si, no desempenho das respectivas funções. A harmonia dos Poderes é imprescindível para o bom funcionamento do Estado” (Cretella Júnior, 1997, p. 158).

### **2.1. Da compatibilidade entre os princípios da separação de poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional**

O sistema de freios e contrapesos proclamado no Estado Democrático de Direito pode ser verificado no que tange à possibilidade de o Judiciário analisar atos administrativos expedidos no uso de competência discricionária. Na análise desse tema, é importante fazer um paralelo entre o princípio fundamental da separação dos poderes, expresso no art. 2º da Constituição Federal de 1988 e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, constante no art. 5º, XXXV, do mesmo diploma legal.

Esse princípio, corolário do sistema de jurisdição única, adotado pelo Brasil, encontra-se disciplinado no art. 5º, XXXV, título II, da CF/88, dentre os direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil, da seguinte forma: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

José Afonso da Silva (2006, p.131) apresenta o assunto de forma translúcida, enunciando que

“O princípio da proteção judiciária, também chamado ‘princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional’ constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da

separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.”

Face às características da separação dos poderes, infere-se que, no caso do Poder Executivo, por exemplo, o administrador público exerce suas atribuições específicas com independência em relação aos demais poderes. Isso quer dizer que não precisa da chancela desses para tomar determinadas decisões; pode fazê-lo, independentemente dos interesses ou da posição adotada por eles, desde que seja fiel às suas competências. O agente estatal deve agir de acordo com o que for melhor para o atendimento do interesse público, das finalidades legais; ele é independente.

Todavia, não se deve deixar de lado a necessidade da harmonia entre os poderes, ou seja, a independência não pode ser um instrumento para o abuso de poder. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem ater-se às suas competências, previamente traçadas pela Lei Suprema do Brasil, sem ultrapassá-las. Entretanto, se isso acontecer, faz-se necessário a interferência de um poder sobre o outro, com o fito de se restabelecer o equilíbrio e a harmonia entre os poderes estatais.

De acordo com o princípio já enunciado da inafastabilidade da tutela jurisdicional, em caso de lesão ou ameaça a direito, poderá o Judiciário apreciar a situação, efetivando o controle jurisdicional. Nesses termos, caso um administrador público realize certo ato administrativo e este represente uma ameaça ou verdadeira lesão a direito, poderá o interessado recorrer ao Poder Judiciário para apreciação do caso, desde que nos estritos termos permitidos pelo direito.

### 3. Da Administração Pública, seu regime jurídico-administrativo e a função por ela desenvolvida

A respeito dessa função, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 3) ex-

pressa o seguinte entendimento: “(...) função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob o regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica.”

A função administrativa tem por essência a gestão de interesses coletivos, tais como a prestação de serviços públicos, a atividade de fomento e a organização da máquina administrativa. O seu exercício tem por escopo o atendimento ao interesse público. Na lição de **Diogenes Gasparini** (2003, p. 53), a atividade administrativa tem natureza de *múnus público* e “é encargo de guarda, conservação e aprimoramento dos bens, interesses e serviços da coletividade, que se desenvolve segundo a lei e a moralidade administrativa. (...) O fim é sempre o interesse público ou o bem da coletividade”.

A Administração Pública tem por dever executar suas funções, nos estritos termos dispostos pelo direito, ou seja, de acordo com as normas jurídicas, os princípios gerais e, ainda, com os específicos que a regem. No caso de o administrador não observar as disposições normativas e as regras de orientação de conduta propostas pelos princípios, quando da expedição de atos administrativos, deverão estes ser anulados.

De acordo com os ensinamentos de **Germana de Oliveira Moraes** (2004, p. 112), “ocorreu, no Brasil, a partir da Carta Política de 1988, a constitucionalização dos princípios da Administração Pública”. A partir de então, ampliou-se a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Afinal, a ação administrativa restou adstrita não apenas às leis, mas também aos princípios norteadores do sistema positivo brasileiro. Conclui essa autora sobre o assunto que:

“A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos

princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário, a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e de moralidade, do princípio constitucional a igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade (Moraes, 2004, p. 112).”

Destarte, a relevância assumida pelos princípios, nos tempos modernos, conferiu uma maior segurança jurídica aos administrados. A partir da ponderação de interesses, de valores, o administrador público decide de acordo com a finalidade a que está vinculado. Entretanto, no caso de essa ponderação não vir a corresponder aos interesses públicos, surgirá a possibilidade de o interessado recorrer ao Judiciário para ver restaurada a licitude, amparado pelo princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Os princípios jurídicos possuem grande importância para o sistema jurídico brasileiro, conforme se depreende a partir dos ensinamentos que serão expostos.

“A juspublicização dos princípios, e sua posterior constitucionalização, emprestou-lhe novas funções. Assumem função fundamentadora da ordem jurídica, interpretativa, supletiva, diretiva e limitativa. Passam a ser, na feliz expressão cunhada por Paulo Bonavides, ‘normas-chaves de todo o sistema jurídico’, seja pela carga de normatividade que apresentam, seja pelas novas formulações conceituais desenvolvidas, assumindo, nas Constituições, feição de fundamentos da ordem jurídica. Além disso, cabe aos princípios a definição e a cristalização de determinados valores sociais que adquirem força vinculante para toda a atividade de interpretação e aplicação do Direito (Marchesan; Steigleder; Cappelli, 2005, p. 26).”

Ganha relevo a necessidade de examinar o princípio da legalidade, que deve ser compreendido na sua

acepção ampla, tendo em vista as inovações jurídicas no decorrer do tempo histórico. Como Estado Democrático de Direito, o Brasil deve plena obediência às disposições normativas, sendo que as leis representam manifestações, em última análise, do povo, e regem os diversos âmbitos de atuação da atividade administrativa.

Um Estado de Direito é aquele que tem o princípio da legalidade como pressuposto, com o intuito de oferecer aos administrados maiores garantias, no que tange à sua segurança jurídica. Busca evitar que os administrados fiquem sujeitos aos desmandos dos detentores do poder, coibindo atitudes arbitrárias ou atentatórias às liberdades dos indivíduos.

Portanto, no texto maior do ordenamento jurídico pátrio, consta expressamente o princípio da legalidade. Deve, pois, a sua observância ser um dever do administrador público, no desenvolvimento das atividades administrativas, e não se restringe apenas às disposições legais, mas também aos princípios expressos e implícitos no ordenamento jurídico, já que estes, juntamente com as normas jurídicas, compõem o direito.

Além dos princípios explícitos, merece relevo o princípio que estabelece a supremacia do interesse público sobre o privado que tem sede no âmbito do direito público e que despontou no sistema jurídico brasileiro com a superação do individualismo e a consequente formação do Estado do Bem Estar Social. O Estado com as mudanças verificadas no decorrer da história passou a assumir atribuições, a desempenhar atividades voltadas ao atendimento das necessidades coletivas e, atualmente, desempenha atividades administrativas com a finalidade precípua de atender aos interesses públicos, tendo por destinatário final a coletividade.

Apesar de não se encontrar expressamente normatizado no Texto Constitucional, trata-se de princípio

basilar da Administração Pública, já que, diante das normas constitucionais, verifica-se que a finalidade suprema dela é o atendimento dos interesses públicos. Assim, constata-se a presença implícita desse princípio em todo o ordenamento jurídico, do que se infere que toda e qualquer atuação administrativa deve se coadunar ao atendimento do interesse público.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 23) que “as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público”.

Nesses termos, o agente público desempenha suas atribuições tendo por fim a consecução de interesses públicos; no caso de atuar movido por anseios particulares, estará praticando desvio de finalidade e o ato administrativo praticado dessa forma deve ser anulado, por ser contrário ao direito. Portanto, a Administração Pública deve atender ao princípio da supremacia do interesse público, que para **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (2001, p. 68) é denominado de princípio da finalidade pública e, no caso concreto, deve proporcionar uma análise da melhor forma de atendimento aos anseios da coletividade.

Por fim, no que tange aos princípios regentes da função administrativa, cumpre explicitar a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que possuem similitudes e, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 28), “é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os

atos dos demais Poderes”. Esses princípios estão expressamente previstos na Lei de Processo Administrativo Federal e implicitamente nas normas constitucionais.

Pelo primeiro, a Administração Pública deve-se pautar dentro de padrões normais de aceitabilidade. Com isso, quer-se dizer que, uma vez deferida por lei a possibilidade de escolha ao administrador público para atuar de acordo com juízo de oportunidade e conveniência, ele deve operar segundo o sentido possível a ser adotado diante da norma jurídica, conforme padrões de normalidade. No caso de atuação fora dos modelos de atuação passíveis de aceitação, haverá vício, devendo o ato administrativo ser retirado do

mundo fático.

O agente público tem por dever alcançar as finalidades públicas e, para tanto, deve proceder de forma razoável, optando pela melhor escolha entre as possíveis, para o atendimento do interesse público. Tamanha é a importância desse princípio que a Emenda Constitucional 45/04 acrescentou entre os direitos e garantias fundamentais o direito à duração razoável do processo, no art. 5º, LXXVIII. Esse artigo enuncia, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A razão de ser do princípio da proporcionalidade é conter o excesso de poder, ou seja, o administrador público tem por obrigação cumprir as finalidades legais a que está adstrito e deve utilizar, para tanto, dos meios adequados e suficientes, de tal forma que proporcione mais vantagens.

## **CADA PODER ESTRUTURAL (LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO) IRÁ SE ESTRUTURAR DE FORMA INDEPENDENTE, OU SEJA, SEM A INTERFERÊNCIA PROFUNDA DOS OUTROS PODERES**

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado (Carvalho Filho, 2005, p. 28).”

Destarte, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade proporcionam um maior controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, na medida em que permitem verificar a pertinência do ato. Esse também é o entendimento professado por **Celso Antônio Bandeira de Mello** (2006, p. 390), ao discorrer que

“a proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se quer verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou mais extensa do que o necessário. Ora, um ato que exceder ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”

Entretanto, deve-se advertir acerca da impossibilidade de o magistrado modificar o juízo administrativo pelo seu, devendo atuar tão somente com o objetivo de evitar a abusividade dos atos estatais. José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 29) enfatiza essa situação, informando que “não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha do administrador público, quando este tiver à sua disposição mais de uma forma lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública”.

Os excessos cometidos pelos agentes públicos e a adoção de medidas fora dos padrões normais de aceitabilidade diante do caso concreto, quando no uso de suas atribuições próprias, devem ser corrigidos; afinal, representam ilicitude, situando-se no campo da ilegalidade.

#### 4. Do ato administrativo

O ato administrativo é o instrumento por meio do qual o Estado busca atingir os fins a que está predestinado cumprir por disposição legal, em regra, atender ao interesse público. Inexiste, no ordenamento jurídico brasileiro, uma definição legal do que vem a ser ato administrativo e, em decorrência disso, há grande divergência doutrinária, no que tange ao seu conceito. Espécie do gênero ato jurídico, os atos praticados pela Administração Pública, com prerrogativas de direito público, compreendem uma manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos.

Cada autor trata do assunto utilizando critérios e elementos próprios, ante a falta de sistematização normativa. Todavia, existem elementos que são normalmente usados na composição do ato administrativo pela doutrina, tidos por elementos básicos, tais como sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.

Para **Fernanda Marinela** (2005, p. 165-166),

“(…) são atos da administração os praticados pela Administração, assim entendidos os atos praticados por órgãos do Poder Executivo e entes da Administração Indireta, que podem ser regidos pelo direito público ou pelo privado. Quando regido pelo direito público, estes atos são, ao mesmo tempo, atos administrativos e atos da administração. Entretanto, os atos administrativos também podem ser praticados fora da Administração, ficando claro que atos da administração e atos administrativos são conceitos coincidentes, mas não sobreponíveis.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 175) sobre a expressão em análise enuncia que “ato da Administração – tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa”.

Pelos trechos supratranscritos, tem-se que ato da administração é qualquer ato jurídico executado pela

Administração Pública, no exercício de sua função precípua, podendo ser regido pelo direito público ou privado. O ato administrativo tem campo mais restrito, já que somente é regido pelo direito público; e entes de fora do Poder Executivo podem realizá-lo, assim como particulares, desde que no exercício de função administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 366) apresenta o conceito do ato administrativo, usando o termo a partir de duas acepções distintas: uma ampla e uma restrita. Em sentido amplo é a

“(…) declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”

Para esse autor, em sentido estrito acrescenta-se ao conceito aludido as características de concreção e unilateralidade.

“(…) declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (Mello, 07-2006, p. 368).”

O ato administrativo, em sentido amplo, diante do conceito exposto, abrange os atos gerais e abstratos, enquanto, no sentido estrito, estão excluídos estes últimos e os convencionais ou bilaterais, como os contratos administrativos.

Por fim, no que se refere ao significado da expressão ato administrativo, pode-se relacionar o conceito enunciado por Diogenes Gasparini (2003, p. 58), que também trata do assunto, e apresenta conceito amplo do ato administrativo. Enuncia que este é

“(…) toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.”

Portanto, ato administrativo é uma manifestação de vontade, emitida pelo Estado ou por quem o representante, sob o regime de direito público, visando à criação, extinção ou modificação de direitos, buscando a satisfação dos interesses coletivos.

#### 4.1. Elementos do ato administrativo

Não há uniformidade doutrinária no que tange à terminologia do tema a ser analisado, que para alguns autores é elemento para outros requisitos, mas o termo *elemento* é o mais usado no Brasil.

Os autores que tratam da matéria comumente adotam o termo *elemento*, mas, como já dito anteriormente, não há identidade de entendimento no que se refere à sua quantidade e denominação. Verifica-se que parte dos autores que escrevem sobre o direito administrativo, entre eles Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001), estabeleceu elementos básicos, tais como sujeito competente, finalidade pública, forma prescrita em lei, motivo e objeto, tomando por base o artigo 2º da Lei de Ação Popular (n. 4.717/65).

O sujeito é, pois, aquele que realiza este ato. Não basta, entretanto, que o ente ou o agente público esteja no exercício de função pública, é preciso, ainda, que sejam aferidas a capacidade jurídica e a competência. Afinal, a lei traça previamente as funções e os atos que devem ser executados para o bom funcionamento da Administração.

Nesses termos, antes de qualquer coisa, deve o sujeito possuir capacidade jurídica, ou seja, ser titular de

direito e estar apto a assumir obrigações e, ainda, ter competência legal. O ato administrativo a ser concretizado deve estar compreendido dentre as atribuições fixadas pelo ordenamento jurídico à pessoa jurídica, ao órgão ou agente competente.

Sobre o tema, diz **Dirley da Cunha Júnior** (2004, p. 97) que “para a expedição do ato administrativo é necessário um agente público competente. Isto é, não basta a presença da Administração Pública, precisando haver também um agente público que detenha competência jurídica para tanto”. Já a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática de um ato” (2001 p. 188).

Forma é o elemento do ato administrativo que representa a exteriorização do ato e deve ser realizada de acordo com os ditames legais, sob pena de sua invalidação. Os atos administrativos, como já visto, são regidos pelo direito público, têm o fim precípuo de atender ao interesse público. Em face disso, na execução do ato, devem ser respeitadas as disposições legais, inclusive o princípio da solenidade das formas, o que confere maior segurança jurídica aos administrados.

Em regra, os atos administrativos devem ser formalizados por escrito, independentemente de qualquer previsão legal, tendo em vista o princípio aludido e o interesse público que pretende perseguir. Todavia, podem, em casos excepcionais previstos em lei, ser praticados de outra forma, como na hipótese constante no art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Representa uma garantia jurídica para o administrado e para a administração.

Segundo Diogenes Gasparini (2003, p. 61), a forma “é o revestimento do ato administrativo. É o modo pelo qual o ato aparece, revela sua existência. É necessária à validade do ato. A inexistência da forma

leva à inexistência do ato, enquanto a sua inobservância leva à nulidade”.

Conforme Fernanda Marinela (2005, p. 182-183), motivo:

“É a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente, quando da prática do ato administrativo. Pode ser dividido em: pressuposto de fato, enquanto conjunto de circunstâncias fáticas que levam à prática do ato, e pressuposto de direito que é a norma do ordenamento jurídico e que vem a justificar a prática do ato.”

No mesmo sentir, Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 99) descreve o elemento em análise, dispondo que “motivo é a razão ou circunstância de fato ou de direito que autoriza ou determina a prática do ato administrativo”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 377), por sua vez, escreve sobre o motivo do ato administrativo, informando ser este um pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato, classificando-o como condição de validade ou pressuposto objetivo de validade.

O motivo é algo que antecede à execução do ato, que conduz o agente à sua prática. É o elemento de justificativa e pode ser compreendido como a situação fática, a norma legal nas quais um agente administrativo se funda para expedir um ato administrativo, a fim de cumprir o seu papel de atender ao bem comum.

É necessário que o motivo não seja falso e que tenha existência material, para que reste implementada a sua legalidade. No caso de ser expedido um ato para dissolver passeata, sob o argumento de ser tumultuosa e na verdade se constatar ser pacífica, como inexistente o tumulto, o motivo declarado é inverídico; não é compatível com a realidade. Por conseguinte, o ato administrativo fundado em motivo inexistente é ilegal e tem que ser retirado do mundo jurídico.

Há situações em que o motivo declarado depende de critério subjetivo de valoração do administrador.

Quando isso acontece, este deve atentar para a obediência aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, inclusive quanto à observância dos princípios constitucionais expressos e implícitos, como a razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de expedição de ato ilegal.

Exemplo que fornece esclarecimento do assunto e que é muito utilizado pela doutrina é o uso da expressão ‘conduta imoral ou escandalosa’ como motivo de ato administrativo. A identificação prática desses conceitos depende de valoração subjetiva do administrador, que somente valerá se corresponder aos parâmetros sociais e aos dispostos no sistema normativo.

Portanto, para que um ato administrativo não reste viciado por causa de motivo ilegal ou inexistente, é preciso que o agente indique o verdadeiro motivo e que este esteja de acordo com o que a lei pertinente dispõe. Além disso, é necessário que o agente público, no uso de suas atribuições, obedeça aos limites legais e aos princípios orientadores do sistema positivo pátrio no caso de valoração subjetiva a respeito do motivo.

É muito tênue a diferença entre o termo motivo e motivação. Motivo são os fatos concretos e a norma jurídica que justificam ou fundamentam a prática de um ato administrativo, ao passo que a motivação é a forma pela qual o agente público demonstra que o ato administrativo foi expedido de acordo com o disposto em lei. É uma justificativa complexa, com o intuito de conferir aos administrados e ao Poder Público o conhecimento a respeito do ato praticado, demonstrando a sua adequação com a realidade concreta e com o ordenamento jurídico.

Destarte, a motivação é exposição de que o motivo declarado (situação sensível e o direito aplicado) está de acordo com o legal e que foi produzido o resultado esperado. Fernanda Marinela (2005, p. 185) traduz seu significado, dispondo o quanto segue.

“A motivação exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato ocorridos, assim como a correlação lógica entre estes fatos ocorridos e o ato praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei.”

Segundo Diogenes Gasparini (2003, p. 63), “tampouco confundem-se o motivo e a motivação do ato administrativo. O motivo (...) é a situação fática ou legal, objetiva, real, empírica, que levou o agente à prática do ato. A motivação é a enunciação, descrição ou explicitação do motivo”.

Inicialmente, é de fundamental importância informar que parte da doutrina considera como sinônimo o objeto e o conteúdo de um ato administrativo. Informam-se, então, os conceitos fornecidos pela doutrina, a fim de se formar um convencimento.

Para aqueles que defendem a distinção de sentidos entre os termos, o objeto está inserido no conceito de conteúdo; o conteúdo dispõe sobre o objeto. Dessa forma, entende Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 100-101) que:

“Objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. (...) Conteúdo é aquilo que o ato dispõe. Isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. O conteúdo dispõe sobre alguma coisa, sendo esta – aqui sim – o próprio objeto do ato.”

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) também diferencia os termos aludidos, mas utilizando diferente sistema didático. Para este autor, o conteúdo é um elemento do ato administrativo, por considerá-lo um aspecto interno, indissociável do ato, ao passo que o objeto é um pressuposto de existência, externo.

“Conteúdo – normalmente designado objeto, por muitos doutrinadores – é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma,

a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência. (...) Preferimos a expressão ‘conteúdo’ à expressão ‘objeto’, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o conteúdo dispõe sobre alguma coisa, que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa a respeito de outra coisa. O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas (Mello, 2006, p. 374).”

A finalidade é aquilo que se pretende alcançar através da execução de um ato administrativo. O agente público executa o ato administrativo, no exercício de sua função, com o escopo de atender aos interesses da sociedade. De acordo com o atributo do ato administrativo denominado de tipicidade, para cada propósito que a Administração Pública pretende alcançar, existe um ato administrativo previamente definido em lei.

Como regra geral, os atos administrativos devem perseguir sua finalidade geral, qual seja o atendimento do interesse público e do bem comum, e, se o agente praticar ato não compatível com esse fim, haverá vício de finalidade. Entretanto, a legislação traz uma finalidade específica a ser perseguida por cada ato administrativo. Nesses termos, ele é caracterizado por uma finalidade geral e uma específica, que não podem se contradizer.

#### **4.2. Modalidades de ato administrativo: vinculado e discricionário**

O Poder Público concretiza suas funções por meio de atos administrativos limitados pela lei, já que a Administração está vinculada ao princípio da legalidade estrita, por disposição constitucional, impedindo a prática de abusos pelos administradores públicos. Diante da subsunção à lei e aos princípios, na prática de funções públicas, verifica-se a nítida divisão entre atos administrativos de

acordo com o grau de liberdade concedido pelas normas jurídicas – atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

No que se refere a esse assunto, deve-se informar que os atos administrativos são compostos por elementos que, em regra, serão vinculados ao disposto em lei (sujeito, forma e finalidades) e outros que serão, predominantemente, discricionários (motivo e objeto). É a partir da análise desses elementos que se conclui a respeito do tipo de ato administrativo.

Quando os elementos estiverem todos eles disciplinados por normas jurídicas claras, dispostas por conceitos determinados, será o caso de ato vinculado. Todavia, se o legislador permitir à autoridade administrativa liberdade para atuar, haverá ato discricionário.

#### **4.2.1. Conceito de ato administrativo vinculado**

A acepção da expressão que, nesse momento, se passa a desvendar, “ato administrativo vinculado”, já remete o intérprete a uma ideia de sujeição a algo. É um ato administrativo submetido a certas condições, cuja validade está atrelada à observância dos preceitos legais. Sobre o assunto serão apresentados os entendimentos de alguns autores que tratam do direito administrativo.

Diogenes Gasparini (2003, p. 76) dispõe que:

“São vinculados os praticados pela Administração Pública sem a menor margem de liberdade. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva. A lei, nesses casos, encarregase, em tese, de prescrever, com detalhes, se, quando e como a Administração Pública deve agir.”

**Juarez Freitas** (1997, p. 132) enuncia que “preconiza na doutrina pátria, com pequenas variações, que o ato administrativo vinculado é aquele em que o agente público, no âmbito da Administração direta ou indireta,

não goza de qualquer liberdade, estando jungido a cumprir os comandos legais”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 16) apresenta de forma translúcida a submissão do ato vinculado à lei ao dissertar que

“(…) a lei ao regular as várias possíveis situações a ocorrerem no mundo real, pode disciplinar a conduta do agente público estabelecendo de antemão e em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. Neste caso diz-se que existe vinculação.”

Diante dos trechos transcritos, tem-se que, quando o ordenamento jurídico não deixa margem de escolha para o agente público de atuação diante do caso concreto, predefinindo todos os aspectos do ato administrativo, está-se diante de ato administrativo ou competência vinculada. A hipótese fática já está previamente definida em lei, devendo apenas ser feita a sua subsunção quando do seu acontecimento no mundo real. Só resta uma alternativa ao administrador, uma vez presente a situação abstratamente prevista na norma jurídica: atuar de acordo com o que estiver disposto na legislação. A Administração Pública, nessas situações, é mera executora da lei.

Portanto, existem situações pré-estabelecidas de desempenho do agente público, em que apenas há uma possibilidade de se proceder. Encontra-se o administrador vinculado ao modo de agir, os elementos do ato administrativo que irá expedir para o fiel cumprimento de sua função administrativa já estão devidamente prescritos em lei de forma objetiva, sem restar dúvidas de aplicação, e o seu cumprimento é uma imposição legal, sob pena de incorrer em ilegalidade.

É o caso de competência vinculada da Administração Pública, que produz ato administrativo vinculado por consequência. Esse tipo de ato, preenchidos os requisitos legais, gera para o administrado a expectativa de sua prática. Caso contrário, será possível impetrar mandado de segurança para o restabelecimento da legalidade (Marinela, 2005, p. 170). Observa-se, pois, que diante de atos vinculados o Poder Judiciário realiza o controle de legalidade.

#### **4.2.2. Do conceito tradicional de ato administrativo discricionário**

Em face de a Administração Pública dever obediência à legalidade, por ser esta uma das modalidades de princípio regente da atividade administrativa, a atuação dos agentes públicos deve-se dar de acordo com o sistema jurídico positivo. Sendo assim, não apenas os atos administrativos vinculados, mas também os atos discricionários estão disciplinados na lei. Lembre-se, todavia, de que o princípio da legalidade ora citado deve ser compreendido de forma ampla. Entretanto, a norma jurídica trata a respeito desses atos de forma distinta, delimitando apenas o campo de atuação da discricionariedade, o que pode ser feito de diversas maneiras.

Com frequência, esse significado é exposto, tomando-se por base a ideia de mérito administrativo. A ideia de ato discricionário, fundada no juízo de conveniência e oportunidade, é, pois, o entendimento tradicional a respeito do assunto. Eis a seguir a posição de alguns autores que escrevem a respeito do tema.

“(…) atos discricionários são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto. Contudo, há margem de liberdade para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei” (Marinella, 2005, p. 170).

“(…) a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (Di Pietro, 2001, p. 197).

Nesse mesmo sentir está José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 107) ao dispor que nos atos administrativos discricionários “se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta”.

Da leitura dos conceitos retirados de parte da doutrina infere-se que o ato administrativo discricionário é aquele em que o legislador permite uma esfera de liberdade de atuação ao agente público, nos estritos limites da lei. Há discricionariade quando a norma possibilita ao administrador decidir conforme o exame de conveniência e oportunidade, através de opções dispostas na legislação pertinente, para que possa escolher dentre elas a que melhor atenderá aos interesses públicos e à finalidade legal. Deve, pois, a Administração Pública se limitar a essas opções sob pena de arbitrariedade, abuso de poder e consequente invalidação do ato.

## 5. Aspectos relevantes do ato administrativo discricionário: mérito e discricionariade

Quando a lei não trata do modo de atuar da Administração Pública de forma completa, deixando um campo de liberdade que não é infinito, pois se deve ater aos limites impostos pelo sistema normativo, diz-se que o administrador está praticando ato no exercício de *competência discricionária*. Essa é a denominação usada por alguns doutrinadores a respeito da matéria, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, por entenderem que a liberdade de atuação está no exercício da competência e não no ato em si mesmo.

Embora exista essa inteligência, também é comum na doutrina o uso

da expressão “*ato administrativo discricionário*”. Apenas trata-se de modos diversos de aceções para a matéria em análise. Essa explicação tem grande relevância, vez que as expressões serão usadas indistintamente no decorrer do desenvolvimento da presente monografia, o que não trará grandes embaraços quanto ao conhecimento de seu sentido, em vista da informação ofertada.

Portanto, de forma frequente, entende-se que há um ato discricionário quando a norma atribui à Administração Pública a opção de atuar segundo critérios de conveniência e oportunidade, permitindo a opção por mais de um comportamento possível para o direito, entendido este como regras e princípios, diante do caso concreto. Esse conceito é o mais corrente na doutrina brasileira e se refere ao mérito administrativo.

### 5.1. Mérito administrativo

Para os autores brasileiros que escrevem a respeito do assunto em análise, o mais comum é relacionar o mérito administrativo às noções de conveniência e oportunidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 201), sobre o mérito administrativo, diz que

“(…) o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.”

Pondera, também, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 106) que constituem o mérito administrativo os aspectos relativos à conveniência e oportunidade para a prática de um ato, afirmando que “pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário”.

Nessa mesma linha de entendimento, Diogenes Gasparini (2003, p. 92) enuncia ser o mérito “a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade”.

Portanto, de acordo com os ensinamentos desses autores, mérito administrativo é a análise da conveniência e oportunidade de um ato administrativo, com vistas a atingir os fins legais.

Fernanda Marinela apresenta o conceito de mérito administrativo, a partir de um outro enfoque, qual seja a descrição dos elementos dos atos administrativos. Para essa autora, os elementos do ato administrativo denominados motivo e objeto, em conjunto, formam o mérito administrativo. É diante de sua apreciação que deve ser verificada a conveniência e a oportunidade para a execução do ato. Diz:

“(…) nestes atos, o motivo e o objeto são discricionários. É na análise desses elementos que o administrador deve avaliar a conveniência e a oportunidade, realizando um juízo de valor, sem desprezar os limites previstos pela lei. (...) A soma do motivo e do objeto denomina-se mérito do ato administrativo, que consiste na análise da conveniência do ato. Sendo assim, pode-se concluir que a discricionariade do ato discricionário está no mérito do ato administrativo” (2005, p. 196).

O mérito do ato administrativo, portanto, é a liberdade conferida pela norma jurídica de o administrador público poder realizar uma ponderação de interesses, um juízo subjetivo de valor a respeito da situação fática, verificando a melhor forma de proceder para o atendimento do interesse público. Nesse modo de atuar, o agente leva em consideração regras para uma boa administração, bem

como parâmetros fixados pela lei e pelos princípios. Será avaliado se o momento é adequado, ou seja, se é oportuno para a prática do ato, sendo, por conseguinte, útil ao atendimento do interesse público e da finalidade específica do ato.

Adverte, ainda sobre esse assunto, Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 500);

“O mérito consiste (...) nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados. (...) Esses critérios não positivados, atualmente, resumem-se aos cânones de conveniência e oportunidade acerca da prática do ato administrativo, os quais significam, em síntese, a idoneidade do ato para concretizar o interesse público.”

Portanto, diante do conceito exposto pela referida autora, quer-se dizer que o mérito do ato administrativo é a parte do ato em que o agente utiliza apenas noções de conveniência e oportunidade, verificando se a prática do ato, segundo seu juízo subjetivo, atenderá o interesse público específico. Neste campo de atuação, não poderá o judiciário apreciar, já que se trata apenas de opções do administrador baseadas em regras de boa conduta, não positivadas.

Tomando-se por base esse raciocínio, há o entendimento jurisprudencial e doutrinário predominante de que o Judiciário não poderá efetivar o controle do mérito, porque se está diante de uma zona em que foi conferida liberdade para o administrador tomar decisões com base em critérios de conveniência e oportunidade. Sendo assim, tem-se que a autoridade administrativa, sobre o caso concreto, deverá realizar uma ponderação de interesses, verificando em que situação deverá praticar o ato, para o fiel atendimento da finalidade específica, insindicável pelo Judiciário.

## 5.2. Discricionariedade administrativa

Após as noções iniciais a respeito do ato discricionário, verifica-se que o mais comum é entender-se a discricionariedade como a possibilidade de o agente público atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade acerca da prática de certo ato administrativo. Desse modo, conforme a apreciação do caso concreto, em face da inexistência de vinculação imposta pela lei, pode o administrador avaliar, a partir de uma ponderação de interesses e necessidades públicas, se com a prática de um ato irá realmente satisfazer ao interesse público específico.

A discricionariedade do ato administrativo ou de sua competência, como alguns autores preferem denominar o tema, não se dá de forma igual em todos os casos. Habitualmente, conforme já elucidado, há o entendimento de que ela está relacionada com o mérito administrativo tão somente. De acordo com esse pensamento, apenas quando a lei confere a liberdade de atuação ao agente público, utilizando um juízo de conveniência e oportunidade, em face do caso concreto, haverá a discricionariedade administrativa. Seria uma espécie de opção do administrador baseada nas premissas indicadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), no seu livro *Discricionariedade e controle jurisdicional*<sup>7</sup>, levanta questão de grande pertinência no que se refere ao estudo da real extensão do termo ato discricionário: a necessidade de ser repensado o seu conceito tradicionalmente conhecido. De forma habitual, os doutrinadores que escrevem a respeito desse assunto apenas atrelam o conceito de ato discricionário ao de mérito administrativo. Entretanto, tal estudo fundado tão somente no mérito administrativo não é suficiente e não permite a correta apreensão do seu significado, dian-

te da subsunção da norma jurídica ao caso concreto.

Assevera aquele autor

“(...) que a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da “conveniência ou oportunidade do ato” (Mello, 2006, p. 27-28).

Diante da leitura do trecho supratranscrito, tem-se que o ato discricionário deve ser compreendido em sua acepção ampla, e não apenas no que diz respeito à ideia de mérito administrativo. Afinal, haverá também a discricionariedade administrativa, quando for preciso a apreensão do significado de uma norma jurídica em face de sua disposição por meio de conceitos fluidos, vagos, indeterminados, que comportam mais de um entendimento, diante da situação fática, tal como quando for preciso se decidir dentre duas ou mais opções indicadas pela norma jurídica, igualmente possíveis, perante o direito.

É precário, pois, o entendimento da discricionariedade administrativa segundo os parâmetros indicados anteriormente. Destarte, para a sua compreensão, deve-se entender que está relacionada também com o mérito administrativo, mas que não se esgota com o seu entendimento.

Diante do exposto, tem-se que a discricionariedade, atualmente, deve ser observada a partir de um enfoque ampliativo. Deve-se, pois, compreendê-la como uma liberdade decisória atribuída ao administrador público pela norma jurídica dirigida à satisfação dos interesses públicos. O legislador confere certa liberdade de atuação ao agente público, que deve desempenhar suas funções com a ob-

servância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, principalmente dos princípios jurídicos.

## 6. Controle dos atos administrativos pelo judiciário

O que se pretende demonstrar é a possibilidade de o Poder Judiciário analisar atos administrativos discricionários de forma densa, sem substituir o mérito administrativo. Nesses termos, após apresentados os fundamentos iniciais que servem de premissa básica para se alcançar a conclusão pretendida neste estudo, passa-se a analisar a sua questão central.

O controle pelo Judiciário dos atos administrativos é feito a partir da verificação de pertinência entre a previsão abstrata da norma e a execução do ato. Enfim, é o exame da legalidade referente à prática deste. Essa apreciação deve ser feita tomando-se a legalidade em sua acepção ampla, incluindo em seu sentido leis, atos normativos, normas constitucionais e princípios jurídicos. A função administrativa deve ser exercida em respeito, portanto, ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive aos seus princípios informadores.

Antes de adentrar no tema referente ao controle jurisdicional dos atos discricionários, é de extrema pertinência se enfatizar que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade por expressa disposição constitucional, constante no *caput* do art. 37, e que este trabalho trata do assunto de forma dilatada. Quer-se dizer, com isso, que a legalidade a ser verificada quando do controle jurisdicional é aquela apreendida segundo uma concepção ampla, abarcando no seu sentido não apenas as normas jurídicas, normas-princípios, mas também os princípios implícitos, informadores do sistema jurídico brasileiro. Enfim, quando este trabalho monográfico se refere à legalidade, está aludindo à necessidade de a atuação adminis-

trativa se dar em consonância com as disposições do sistema jurídico como um todo.

O ato administrativo vinculado se encontra previamente regulado em todos os seus aspectos pelo sistema normativo, que acaba por dispor de forma completa a respeito dos seus requisitos ou elementos. Trata-se de uma garantia fornecida aos administrados e à própria Administração Pública, evitando-se que os agentes públicos atuem em descompasso com os fins legais, por sentimento de favoritismo ou perseguição. Além disso, proporciona um maior controle dos atos administrativos, que, uma vez praticados em contraste com a ordem jurídica, devem ser rechaçados desta, seja pela própria Administração Pública, no exercício do seu poder de autotutela, seja pelo Judiciário, na apreciação da legalidade.

Portanto, no que se refere aos atos administrativos vinculados, fica fácil se perceber a pertinência do controle jurisdicional, já que se encontram previamente disciplinados na lei todos os seus elementos. Como existe um prévio conhecimento a respeito do ato, em virtude da sua subsunção à lei, surge para o administrado a expectativa de sua prática de acordo com o previsto e, não sendo assim praticado, haverá a possibilidade de o administrado exigir a sua execução nos estritos termos legais, seja à Administração seja ao Judiciário.

Quando se trata de atos administrativos discricionários a situação é diversa. Não se questiona o controle jurisdicional desses atos, já que em relação aos aspectos legais este será possível, sem discussão a respeito. Entretanto, no que se refere à possibilidade de o Poder Judiciário poder apreciar o mérito administrativo predomina na doutrina e na jurisprudência pátria a sua impossibilidade.

Em contrapartida a isso, deve-se enfatizar que cresce dentre os doutrinadores brasileiros o entendimento

de que é possível uma análise profunda e não apenas superficial dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário e que, nesse caso, não haveria a interferência de um poder em competência típica de outro.

Não se pretende aqui demonstrar ser possível o Judiciário substituir o mérito de um ato administrativo pelo seu entendimento a respeito. Na verdade, o que se busca é informar que os atos administrativos, como instrumentos para o fiel cumprimento das finalidades públicas, devem ser praticados de acordo com o que determina o direito. Logo, faz-se necessário que o leitor se recorde dos ensinamentos já expostos sobre o enfoque adotado por esse trabalho a respeito da discricionariedade administrativa, em sua acepção ampla.

Com isso, quer-se dizer que não é dado ao magistrado substituir o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público pelo seu, mas que cada ato administrativo deve ser executado nos estritos termos dispostos na norma jurídica. Afinal, mesmo os atos administrativos discricionários têm os seus limites previamente dispostos no sistema normativo, como decorrência dos princípios adotados pela Constituição Federal brasileira, dentre eles, como expoente, o da legalidade, e por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, tem-se que, tanto os atos vinculados como os discricionários decorrem da lei. No que tange aos primeiros, essa compreensão não é difícil, já que possuem todos os seus elementos devidamente dispostos em normas jurídicas, de forma tal que vinculam o agente público à sua execução, uma vez presentes no mundo fático as disposições legais. Quanto aos atos administrativos discricionários, é difícil a sua compreensão como decorrente da lei, pelo fato de o administrador público ter maior liberdade da atuação.

### 6.1. Teorias: do desvio de poder dos motivos determinantes

Questão de grande pertinência para o estudo em comento refere-se aos temas atinentes ao desvio de poder, à veracidade e existência dos motivos indicados pelo agente como justificadores do ato. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 202) informa o surgimento de teorias que servem de fundamento para um maior controle do Judiciário frente aos atos administrativos. As teorias referem-se aos motivos determinantes e ao desvio de poder.

De fato, consoante essas teorias, é preciso uma maior atuação do Judiciário sobre os atos administrativos, com o fito de verificar se os motivos indicados correspondem à situação fática concreta; se o resultado do ato atendeu à finalidade a que estava direcionado. Na hipótese de que a autoridade venha a atuar em desacordo com essas especificações, deverá o ato administrativo ser invalidado, por ser ilegal.

Todavia, quando a legislação dispõe sobre um interesse público específico a ser perseguido e o agente público exerce a função administrativa para atingir outra finalidade, ainda que esta também represente um interesse público, terá havido desvio de finalidade, ou de poder. Isso ocorrerá, porque o administrador terá despendido esforços para a consecução de finalidade distinta da constante em lei, atuando de forma contrária ao direito. De igual forma, haverá desvio de poder quando a autoridade pública, no uso de função administrativa, ao invés de perseguir a finalidade disposta na legislação pertinente, busca a satisfação de interesses pessoais.

É crucial, também, a informação de que o vício, ora em análise, pode ser constatado a partir da verificação de compatibilidade entre o fim a que o ato administrativo está vinculado e a finalidade alcançada por meio daquele. É nessa seara que atuará o Po-

der Judiciário, investigando se houve, na prática, a pertinência referida, com o fito de resguardar o direito. No caso concreto, no entanto, em certas situações, é muito difícil a identificação do desvio de poder, sendo preciso que o magistrado utilize os princípios gerais do direito; parâmetros de normalidade aferidos na sociedade; enfim, que ele realize uma apreciação subjetiva acerca da situação, para verificar o atendimento da finalidade legal.

É, pois, essencial um exame profundo pelo Judiciário dos atos administrativos discricionários. Há situações em que o administrador pode realizar atos que aparentemente estão de acordo com o ordenamento jurídico, mas que, através de um estudo denso, a partir de circunstâncias externas ao ato, pode-se constatar o real descompasso entre a finalidade perseguida e a constante na legislação. Afinal, por vezes, a finalidade a ser alcançada através da expedição de um ato administrativo não possui um conceito objetivo, por abarcar mais de um sentido possível, sendo preciso uma avaliação subjetiva do administrador.

O magistrado, nessas situações, irá apreciar o resultado do ato administrativo, com o escopo de perceber o correto uso das competências administrativas para o atendimento da finalidade legal e do interesse público, observando se o entendimento esposado pelo agente estatal é compreensível diante da inteligência razoável da norma, tendo em vista o caso concreto. Isso quer dizer que deverá examinar se o agente público realizou o ato em consonância com o esperado pelo ordenamento jurídico, levando em consideração a época e o local de expedição do ato.

Assim sendo, espera-se que o Judiciário aprecie o ato administrativo discricionário aferindo, diante da realidade, se o agente o praticou de acordo com os ditames legais; se empregou esforços para o fiel atendimento

da finalidade específica do ato; se a atividade administrativa demonstrouse adequada ao atendimento do fim esperado e se foi aferida a partir de comportamentos normalmente adotados pela Administração Pública, no exercício de sua função. Enfim, deverá o magistrado constatar a pertinência da atividade administrativa com a ordem jurídica brasileira e o interesse público.

Também é de grande valor informar a necessidade de o Judiciário apreciar minuciosamente o ato discricionário no que diz respeito ao motivo indicado como justificador da atividade administrativa. Há atos administrativos em que o legislador, antecipadamente, estipula com precisão a situação fática ou jurídica ensejadora de sua prática; em outros, no entanto, nem ao menos há indicação ou esta é feita por meio de palavras que recobrem conceitos indeterminados. Assim, competirá ao Judiciário, tendo em vista a segurança jurídica dos administrados, verificar se a justificativa da prática do ato indicada pelo agente administrativo correspondia ao disposto na lei regente do ato executado.

Existe, na doutrina pátria, grande divergência no que se refere à necessidade de motivação dos atos administrativos. Há aqueles que entendem ser esta indispensável, como uma garantia do Estado Democrático de Direito, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) e os que entendem pela dispensabilidade, já que não há na lei, nem na Constituição, expressa determinação nesse sentido. Dentre esses últimos, está José dos Santos Carvalho Filho (2005). Todavia, no estudo vertente, não será aprofundada tal divergência de entendimento.

O que importa saber, neste momento, é que quando se trata de atos vinculados basta a sua prática de acordo com a disciplina legal, que restará a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Não será preciso, em tese, uma motivação do

ato, já que sua configuração no mundo fático deu-se em consonância com o preceituado em lei. No entanto, a motivação é de extrema importância para o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 98), motivação é “a exteriorização das razões que justificam o ato”.

A importância da motivação, quando se está diante de atos discricionários, avulta aos olhos, já que se adota neste trabalho a tese de que representa uma garantia do Estado Democrático de Direito, por permitir que, através da verificação de pertinência entre as situações fáticas indicadas e a medida adotada, se possa compreender a sua legitimidade para alcançar a finalidade legal. Por meio da motivação, consegue-se perceber as razões que levaram à prática do ato, possibilitando a constatação de que a medida adotada estava em sintonia com o direito e com a finalidade específica. É, pois, de relevância inofismável a motivação dos atos administrativos, já que, através dela, examina-se a validade do ato administrativo, a partir do conhecimento das bases em que este se encontra apoiado.

Outrossim, questão também pertinente a ser levantada refere-se à teoria dos motivos determinantes, pois com base nesta poderá o Judiciário apreciar o ato administrativo, com vistas a se constatar que os motivos indicados pela autoridade pública como inspiradores do ato realmente aconteceram no mundo fático. Pretende-se investigar se os motivos apresentados são verdadeiros, sob pena de o ato administrativo poder ser invalidado, já que, uma vez indicado o motivo pelo

administrador, este se torna vinculado à sua existência no caso concreto.

Não acontecendo a situação fática ou jurídica indicada pela autoridade pública, haverá uma ilegalidade e o ato administrativo deve ser retirado do mundo jurídico. O Poder Judiciário, nesse caso, poderá atuar aferindo essa compatibilização e, no caso de entender pela sua inexistência, deverá invalidar o ato.

## 6.2. Controle dos atos administrativos discricionários

O ato administrativo deve ser praticado respeitando a disciplina normativa pertinente e o direito, caso contrário, terá desobedecido à legalidade ampla e, conseqüentemente, esse ato deverá ser invalidado, por não corresponder ao disposto no sistema normativo brasileiro, quer seja pela própria Administração Pública editora do ato, no uso da autotutela, quer seja mediante o controle jurisdicional.

O legislador, quando confere a competência discricionária, atribui à Administração a possibilidade de proceder, segundo um juízo subjetivo, acerca da melhor decisão a ser tomada, no caso concreto, para o atendimento dos fins legais. Entretanto, a liberdade posta possui limites devidamente dispostos no sistema positivo brasileiro, já que toda atividade administrativa está adstrita às prescrições jurisdicionais. Assim, o administrador está livre para agir diante de competências discricionárias, mas nos devidos parâmetros do direito, sem causar prejuízos nem desrespeitar direitos dos administrados.

A tendência doutrinária moderna é entender a discricionariedade admi-

nistrativa de forma ampla, abrangendo não apenas a ideia de mérito administrativo, mas também de conceitos indeterminados e, ainda, a sua compreensão a partir de princípios. Portanto, o próprio significado acerca do que vem a ser discricionariedade administrativa tem assumido um novo enfoque. É de suma importância, pois, esse conhecimento para se fazer uma análise a respeito da possibilidade de controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos discricionários.

Conforme os ensinamentos de Germana de Oliveira Moraes (2004 p. 33 -34), a discricionariedade administrativa

“Nunca deixou (...) de ser vista, por alguns, tradicionalmente como a barreira para a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, estigma que ainda acompanha inclusive em modernas compreensões teóricas da categoria. (...) Observa-se, não obstante, nos dias de hoje, a consagração doutrinária da admissibilidade de uma esfera de “discricionariedade justificável”, graças ao reconhecimento dos princípios jurídicos como fonte normativa.”

Tendo em vista a inteligência de que não cabe ao Judiciário uma apreciação profunda acerca dos atos administrativos discricionários, por não poder reapreciar o mérito administrativo, há o pensamento de que o administrador público pode fazer o que quiser e não será coibido. Criase uma sensação de poder incontestável, o que viabiliza o cometimento de arbitrariedades, sob a máscara do exercício de um poder discricionário. Baseadas nesse argumento, decisões são tomadas com manifesto sentimento de favoritismo, de perseguição política, que não existiriam caso o controle dos atos administrativos fosse mais efetivo, conferindo uma maior credibilidade ao setor público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 204) dispõe a respeito dessa situação e a transcrição de seu entendimento só vem contribuir para uma melhor apreensão do tema.

**A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES NÃO DEVE SER COMPREENDIDA COMO IRRESTRITA, TENDO EM VISTA A NECESSIDADE DE HARMONIA ENTRE OS PODERES**

“Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.”

Do que foi visto, depreende-se que o Poder Judiciário, quando chamado a emitir o controle jurisdicional sobre atos administrativos, deve primeiramente apreciar cada um dos seus elementos. Por meio dessa técnica, consegue perceber, de início, o tipo de ato praticado (vinculado ou discricionário), o que possibilita uma compreensão exata a respeito do trabalho a ser desenvolvido.

Restando constatado estar-se diante de um ato administrativo vinculado, o magistrado irá efetivar o controle jurisdicional tendo por base a legalidade. Será apreciada a compatibilização da prática administrativa com o preceituado em lei a respeito dos elementos do ato administrativo, haverá um verdadeiro exame externo do ato, em profundidade, já que o administrador, nesse caso, encontra-se totalmente adstrito à norma jurídica pertinente.

Outra será a postura a ser adotada quando o caso se referir aos atos administrativos discricionários, tendo em vista a liberdade conferida por lei às autoridades administrativas. Esses atos devem ser apreciados no que tange à sua correspondência com a norma jurídica e o mérito. A questão a se saber é se poderá o Judiciário apreciar o referido ato nesses dois aspectos indicados, já que, quanto à legalidade, não existem dúvidas de sua pertinência.

Primeiramente, deve-se registrar os ensinamentos doutrinários no que tange à impossibilidade de apreciação profunda dos atos administrativos ex-

pedidos no exercício de competência discricionária pelo Poder Judiciário, por se achar que estaria reapreciando o mérito administrativo. De acordo com esse entendimento, o Judiciário não pode analisar os atos administrativos discricionários de forma ampla, porque estes são expedidos segundo um juízo de conveniência e oportunidade do administrador e se refere ao mérito administrativo. Diante disso, há a inteligência de que não pode outro poder que não o próprio que expediu o ato apreciá-lo, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Neste sentir, encontra-se entendimento esposado por Fernanda Marinela (2005) que dispõe acerca da impossibilidade de reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que este deve se ater ao exame da legalidade. Apresenta posição contrária à possibilidade de controle do mérito administrativo pelo magistrado, como a seguir se transcreve.

“Quanto à possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos pelo Judiciário, encontram-se inúmeras orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Entretanto, segue-se, aqui, a orientação de que este controle não é possível. Na verdade, ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade, devendo esta ser compreendida, em seu sentido amplo, incluindo-se a análise de obediência à lei propriamente dita, como também à Constituição e todos os seus princípios. (...) Desta forma, o Poder Judiciário poderá, inclusive, analisar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão-somente quando esta for incompatível com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal (Marinela, 2005, p.197).”

Nessa mesma posição está Germana de Oliveira Moraes (2004, p.

45): “A discricionariedade contém um núcleo insindicável pelo Poder Judiciário – o mérito, reduto no qual a complementação do motivo e do objeto do ato administrativo se opera mediante recurso a critérios não positivados.” Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 40) também se manifesta contrário à invasão do mérito: “(...) é possível ao órgão controlador, em exame de legitimidade, portanto, sem invadir o mérito do ato, verificar se o plexo de circunstâncias fáticas

afunilou ou não afunilou, e até que ponto afunilou o campo de liberdade administrativa.”

No que tange ao entendimento jurisprudencial, cumpre observar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou sobre o assunto em comento, assumindo a postura

referida. Como exemplo será citado trecho da ementa que segue:

“Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Precedentes. (...) (RMS 20481 / MT, Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento no dia 17/08/2006, Órgão julgador a quinta turma – T5, publicado no Diário de Justiça do dia 11/09/2006, na página 316).”

O Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto em exame, também já apresentou o seguinte entendimento, que será transcrito a partir da ementa de um de seus julgados.

“Mandado de Segurança. Procedimento administrativo. Contraditório e ampla defesa. 1. O art. 5º, LV, da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral,

## **A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM POR DEVER EXECUTAR SUAS FUNÇÕES, NOS ESTRITOS TERMOS DISPOSTOS PELO DIREITO**

o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Precedentes. 2. *Cumpra ao Poder Judiciário, sem que tenha de apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios.* 3. *Recurso provido* (RMS 24823, DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento dia 18/04/2006, Órgão julgador segunda turma, publicado no Diário de Justiça do dia 19/05/2006).”

É pacífico, pois, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que não é devido ao Judiciário apreciar o mérito administrativo.

Entretanto, é de se dizer que, ao mesmo tempo em que existe esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, cresce a inteligência de que é possível uma análise profunda pelo Poder Judiciário de atos expedidos no uso de competência discricionária, a partir dos princípios explícitos e implícitos do ordenamento jurídico, a fim de se evitar arbitrariedades, desde que o mérito administrativo não seja modificado.

“Decerto, a vedada inquirição quanto à oportunidade e à conveniência não se confunde com o necessário exame da finalidade (invariavelmente vinculante), porém se avizinham a ponto de se dever afirmar, na busca de uma imprescindível delimitação técnica das fronteiras conceituais, que o controle haverá de ser o de ‘administrador negativo’, em analogia com o de ‘legislador negativo’, exercido no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Porque, se é certo que o Judiciário não pode dizer substitutiva e positivamente, como o julgador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública (FREITAS, 1997, p. 143-144).”

Deve-se advertir, todavia, que a posição assumida por este estudo não é que se possa analisar o mérito administrativo do agente público, substituindo-o pelo do magistrado, mas de que há a possibilidade de o

Judiciário verificar, à luz da legalidade e, portanto, das normas e dos princípios constitucionais inspiradores da função administrativa, a validade dos atos administrativos discricionários. Com isso, quer-se dizer que, diante da nova conjuntura do sistema positivo brasileiro, no qual os princípios passaram a assumir grande importância, o controle jurisdicional sobre os atos discricionários recebeu conotação ampla. Assim sendo, poderá o Judiciário apreciar de forma limitada o mérito administrativo, mas apenas no que se refere à sua adequação com o sistema normativo brasileiro, seus princípios informadores.

Diante do panorama jurídico atual, em que os princípios passaram a ter observância obrigatória, o direito passa a ser entendido como o conjunto de regras e princípios, com base nos quais devem-se dar as atividades administrativas. Na lição de Juarez Freitas, o sistema jurídico deve ser compreendido

“(…) como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição (Freitas, 1997, p. 142).”

Dessa forma, os atos discricionários executados por essas atividades passaram a dever obediência não apenas às regras jurídicas, mas também aos princípios (implícitos e explícitos) orientadores do sistema positivo. Nesses termos, permite-se uma maior apreciação dos elementos do ato discricionário, a partir de uma noção principiológica.

Portanto, a importância atual dos princípios para a ordem jurídica brasileira, as concepções trazidas a respeito da teoria dos motivos determinantes, do desvio de poder, bem como a utilização de palavras com conceitos indeterminados para desig-

nar atos administrativos, convergem para a necessidade de um maior controle por parte do Judiciário sobre os atos administrativos discricionários. Como consequência prática direta de uma maior apreciação desses atos pelo magistrado, tem-se o exame do mérito administrativo, de forma limitada, embora a maioria da doutrina entenda de forma contrária.

É de se dizer, diante disso, que a análise do mérito administrativo pelo Judiciário deriva do fato de que, quando se examinam os aspectos acima indicados do ato, na prática, acaba se fazendo um exame dos critérios de conveniência e oportunidade utilizados pelo administrador. Entretanto, deve-se enfatizar que não é dado ao Judiciário modificá-los, mas poderá apreciar o mérito administrativo, com vistas a constatar a sua compatibilização com o direito e a finalidade própria do ato. Trata-se, em verdade, de um controle amplo de legalidade efetivado sobre o mérito administrativo e, para tanto, haverá a necessidade de sua apreciação à luz dos princípios e das normas jurídicas pertinentes. Conclui-se, pois, que a constatação explicitada pode ser extraída do exercício prático, no caso concreto, do controle jurisdicional.

Em outras palavras, não se admite a invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, mas indispensável a análise dos limites desta discricionariedade, uma vez que tais limites correspondem, não ao mérito, mas sim à legalidade (em sentido amplo).

## 7. Considerações finais

Apesar de a maioria da doutrina e da jurisprudência pátria entender de forma antagônica, este estudo monográfico tem por essência demonstrar que o Judiciário poderá, de forma limitada, apreciar os limites do mérito administrativo, ou seja, apenas será possível analisá-lo com o fim de se verificar a sua correspondência ao

ordenamento jurídico como um todo (regras e princípios). Registre-se, no entanto, mais uma vez, que prepondera na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o mérito do ato administrativo é intangível pelo Judiciário.

Entretanto, não se pode fechar os olhos para as inovações do ordenamento jurídico, tendo em vista a relevância conferida aos princípios e à realização prática do controle jurisdicional. Diante disso, ganha relevo a necessidade de se apreciar as atividades administrativas tomando-se por base princípios como da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, dentre outros, sem deixar de lado o respeito às normas-regra. Com isso, permitiu-se uma maior apreciação dos atos administrativos e até mesmo aqueles antes impossíveis de serem apreciados pelo Judiciário passaram a poder sê-lo.

Isto porque a discricionariedade não pode ser usada como um instrumento para a realização de atos abusivos pelos administradores públicos. É preciso que essa prática seja coibida.

Afinal, o sistema normativo brasileiro é um todo indissociável. Os atos administrativos precisam estar de acordo com as leis e estas e aqueles em concordância com os preceitos impostos pela Constituição Federal. Desse modo, ao realizar o juízo de conveniência e oportunidade, a inteligência de conceitos indeterminados, a apreciação do fato sensível a partir de conceitos de valor, a autoridade administrativa não atua de acordo com o seu querer, com seus desejos, pois está manejando atribuições públicas e, sendo assim, deve buscar sempre o melhor para o atendimento do interesse público.

A legalidade é o princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio e o agente público tem por obrigação pautar suas atividades nos estritos termos dispostos no direito. Desse modo, mesmo quando se diz estar

diante de uma competência discricionária do administrador público, este, em última análise, irá atuar em consonância com a lei, vez que, apesar desta lhe conferir certa liberdade de escolha, o faz estipulando certos limites previamente delineados no ordenamento jurídico, os quais não pode ultrapassar sob pena de incorrer em ilegalidade ou abuso de poder.

Pelo que foi dito, tem-se que compete ao Poder Judiciário constatar se o ato administrativo foi praticado de acordo com o sistema normativo, com os critérios de razoabilidade vigentes em dada sociedade, em certo momento histórico; se a atuação do administrador foi proporcional ao atendimento da finalidade constante em lei; enfim, se o ato administrativo, nos estritos termos em que foi praticado, teve o condão de satisfazer ao interesse público e à sua finalidade específica.

Na apreciação do ato administrativo discricionário, no caso de o magistrado entender que os critérios usados para a sua prática não foram os mais corretos, desde que estejam de acordo com o direito, deverá considerar válido o ato administrativo. Apenas o ato não foi praticado, por exemplo, de acordo com o entendimento de razoabilidade ou proporcionalidade do magistrado, contudo, estava em concordância com o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, prevalecem as decisões, os critérios usados pelo administrador público, afinal este, sim, está no uso de função administrativa típica e em consonância com o sistema normativo brasileiro.

Cresce, pois, na doutrina brasileira, o entendimento favorável a uma maior amplitude na apreciação, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos discricionários, como uma forma de se evitar o cometimento de ilegalidades pelos agentes públicos. Entretanto, tal atuação não tem o condão de viabilizar a modificação do juízo de conveniência e oportunidade

do administrador público pelo do magistrado, mas sim de se poder verificar se estes foram emitidos de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Portanto, para se aferir a legalidade do ato administrativo discricionário será preciso avaliar o seu mérito, com o fito de perceber a sua adequação ao sistema positivo brasileiro, incluindo-se aí os atos normativos, as normas jurídicas, os princípios e as disposições constitucionais. ■

## Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed., vol I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito Administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 9. ed. São Paulo: Método, 2005.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 1a. ed. vol I. Salvador: Jus PODIUM, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 07-2006.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 01-2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *A separação dos poderes, as concepções mecanicistas e normativas das constituições e seus métodos interpretativos*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5924>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2006.
- TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. 1a. ed. Coleção Temas de Direito Administrativo vol. 5, São Paulo: Malheiros, 2002.

# A PRECLUSÃO ENTRE O CPC/73 E O PROJETO DO NOVO CPC

**Fernando Rubin** | fernando.rubin@direitosocial.adv.br

Advogado do Escritório de Direito Social

Mestre em Processo Civil (UFRGS)

Professor da Graduação e Pós-graduação (Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities)

## Resumo

O presente trabalho é fruto de conferência apresentada na Escola Superior de Advocacia do Rio Grande do Sul (ESA-RS), em 21 de junho de 2012, e trata de estabelecer algumas objetivas linhas de convergência/divergência entre o atual Código de Processo Civil (CPC/73, também denominado Código Buzaid) e o projeto para um novo Código de Processo Civil em pauta no Congresso Nacional. Dentre os temas mais relevantes inseridos nesse contexto encontram-se: o regime preclusivo no sistema do atual CPC, a extinção do agravo retido e a redução dos prêmios da preclusão constantes no Projeto 8.640/10, o direito fundamental à prova e a aplicação minorada da preclusão na instrução, a proposta de mudança no marco de alteração da causa de pedir e pedido, os limites restritivos sugeridos para o fenômeno da eficácia preclusiva da coisa julgada material, e, por fim, o atual movimento de análise do Projeto 8.640/10 pela Câmara Federal com a possibilidade de ser repensada a extinção do recurso de embargos infringentes

## 1. Apresentação

I. O novo CPC, já aprovado no Senado Federal, sob a denominação final de Projeto 8.046/10, e neste momento em tramitação na Câmara Federal (análise em comissão especial), traz novidades de múltiplas ordens ao se lançar a diploma infraconstitucional substituidor do Código Buzaid (CPC/73).

É, pois, objetivo do presente trabalho investigar o momento atual em que se projetam essas alterações, com foco especial no tema preclusivo, buscando pontos de convergência e também de divergência entre o CPC/73, com as reformas que já foram implementadas no seu texto, e o Projeto 8.046/10, em debate na Câmara dos Deputados.

Serão abordados avanços e também retrocessos que se sucederam neste debate para a tentativa de formação de um novo CPC, inclusive a diferença de redação entre o projeto final no Senado 8.046/10 e o seu antecessor, de número 166, também do ano de 2010; como também os pontos polêmicos que se debatem atualmente na Comissão Especial da Câmara Federal a respeito da preclusão, diante da publicação recente dos relatórios

parciais de avaliação e sugestão de melhoria do projeto vindo do Senado.

## 2. A preclusão como instituto de direito processual e grande limitador para o agir das partes no processo

II. A partir dos elementos centrais que configuram a razão de ser do processo estatal – seu procedimento em contraditório, no qual se desenvolvem as relações múltiplas entre o Estado-juiz e as partes litigantes, pautados pela mecânica dos prazos (com seus termos preestabelecidos em lei) –, é que aparece a respeitável imagem da *preclusão processual*, em todas as etapas, como instituto limitador da atividade processual dos sujeitos envolvidos, trazendo ordem ao feito e celeridade no seu desfecho.

Mesmo já tendo o Estado subtraído aos cidadãos a possibilidade de se valer da justiça privada – impondo a utilização do processo judicial –, é obrigado ainda a impor uma série de limitações à atividade dos litigantes no curso deste instrumento público de jurisdição, para que ande com regularidade, ordem e rapidez, dentro dos prazos preestabelecidos; subtraindo, por sua vez, a marcha do processo ao completo arbítrio do seu diretor, o Estado-juiz, representando esta uma importante e indiscutível garantia aos litigantes (jurisdicionados).

Extraí-se daí que a preclusão deve ser compreendida como um instituto que envolve a impossibilidade, por regra, de, a partir de determinado momento, serem suscitadas matérias no processo, tanto pelas partes como pelo próprio juiz, visando-se precipuamente à aceleração e à simplificação do procedimento. Integra sempre o objeto da preclusão, portanto, um ônus processual das partes ou um poder do juiz; ou seja, a preclusão

é um fenômeno que se relaciona com as decisões judiciais (tanto interlocutória como final) e as faculdades conferidas às partes com prazo definido de exercício, atuando nos limites do processo em que se verificou.

Na Itália, onde o instituto da preclusão foi devidamente sistematizado, principalmente a partir dos estudos de Chiovenda, chegou-se a criticar o fato de ter se dado destaque ao fenômeno quando vinculado às atividades das partes – a partir do conceito de que o fenômeno preclusivo representaria *a perda, extinção ou consumação da faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício*.

Embora, de fato, a *preclusão de questões para o juiz* não conste expressamente na definição do instituto desenvolvido por Chiovenda, não há dúvida, analisando as suas obras, de que a espécie é contemplada ao lado da *preclusão de faculdades para as partes*, tanto é que, para diferenciar a coisa julgada material da preclusão (diferenciar, nas suas exatas palavras, “coisa julgada e questões julgadas”), discorre em miúdos sobre o que seja a preclusão de questões e sua ramificação interna, deixando transparecer que decisões interlocutórias ou finais inimpugnadas “transitam em julgado em sentido formal”, não podendo mais ser modificadas pelas partes e pelo julgador.

De qualquer modo, cabe o grifo, o instituto ganha, inegavelmente, brilho particular ao se estabelecer como o grande limitador para a atividade processual das partes – sujeitas a firmes sistemáticas de prazos e formas, desde a fase postulatória, no rito de cognição, até a extinção definitiva da fase de execução do julgado; mesmo porque, por outro lado, há matérias de or-

dem pública não sujeitas ao regime preclusivo para o Estado-juiz.

Colocando-se como instituto que representa a maior limitação do agir das partes no processo, impondo ordem e celeridade ao procedimento, por certo se trata a preclusão de princípio processual, sem o qual não teríamos organização e desenvolvimento das etapas em prazo razoável. No entanto, admite-se uma aplicação maior ou menor dos seus préstimos, dependendo da espécie de procedimento a ser formatado.

A sua definição como técnica emerge, pois, justamente do fato de o instituto poder ser aplicado, com maior ou menor intensidade, tornando o processo mais ou menos rápido, impondo ao procedimento uma maior ou menor rigidez na ordem entre as sucessivas atividades que o compõem, tudo dependendo dos valores a serem perseguidos prioritariamente pelo ordenamento processual de regência de uma determinada sociedade, em um dado estágio cultural.

Exatamente nesse contexto que se insere o projeto para um novo CPC, já que não se cogita da mera exclusão dos seus préstimos (já que a preclusão é princípio), mas da redução dos seus préstimos (como técnica), em nome principalmente da simplicidade e aceleração do procedimento.

### 3. Reformas no CPC/73 e aumento das matérias não preclusivas para o juiz: a prescrição

III. O CPC/73 na sua versão originária já tratava de diferenciar o regime preclusivo disposto para as partes e para o Estado-juiz, restringindo a aplicação do fenômeno ao diretor do processo, especialmente ao passo em que autorizava ao magistrado voltar atrás em decisão já tomada (relativização da

preclusão consumativa), quando se tratasse de matéria de ordem pública: como as condições da ação e pressupostos processuais (art. 267, § 3º), provas (art. 130, *caput, ab initio*), nulidades absolutas (art. 245, par. único) e erro material (art. 463, I).

Com as reformas implementadas no Código Buzaid, tratou-se de alargar o rol das matérias não sujeitas à preclusão para o juiz, agregando-se a prescrição – hipótese mantida no Projeto do Senado 8.046/10.

No que toca à matéria prescricional, a novidade apresentada pelo sistema é tratar a possibilidade de *aplicação oficiosa da medida* ao disciplinar o *juízo de demanda com resolução do mérito*.

A determinação para a decretação *ex officio* da prescrição, no regime do *Codex* processual, foi originariamente encaminhada pela Lei 11.280, de 2006, ao tratar da citação do processo, alterando o art. 219 do CPC vigente. Reza o aludido dispositivo, no seu parágrafo 5º: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Agora, o projeto do Senado incrementando a medida, alça o tema ao dispositivo que trata diretamente da resolução de mérito, confirmando que cabe ao juiz pronunciar, de ofício ou a requerimento da parte, não só a decadência (como historicamente se admitia), mas também agora a prescrição (histórica matéria de defesa – exceção oportunizada ao réu – tão somente reconhecida quando requerida expressamente pelo demandado em preliminar contestacional).

Cabe referir, no entanto, que o tema prescricional, nos estritos limites da esfera laboral, não parece ser tão simples. Ocorre que sob diversa perspectiva, boa parte da doutrina trabalhista observa que no âmbito do processo laboral, não

caberia aplicação subsidiária do art. 219, § 5º, do CPC, já que a decretação da prescrição virá sempre em prol do empregador; será uma vantagem diretamente vinculada à parte mais forte do conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional – logo, parece claro que seu reconhecimento de ofício pelo magistrado irá colidir, de forma impostergável, com o princípio de proteção.

De qualquer forma, fechando parênteses, no âmbito do processo civil, a questão está pacificada e vem tratada no art. 474, IV, do projeto do Senado para o novo CPC, e já vinha com próxima redação no anterior Anteprojeto 166/10, art. 469, IV.

**IV.** É de se observar que as demais matérias não preclusivas para o juiz são mantidas pelo projeto. Ademais, ressalta-se que é tratado nesse contexto o juízo de admissibilidade recursal – aproximando, a doutrina, a sua disciplina especificamente das condições e pressupostos processuais (com as peculiaridades de se tratar de tema afeito ao segundo grau). Por isso mesmo, o Projeto 8.046/10 propõe mudança na atual redação do art. 518 do Código Buzaid, a fim de que a admissibilidade recursal seja efetuada diretamente pelo tribunal *ad quem* (art. 966 do projeto do Senado, Anteprojeto 166/10, art. 926).

#### **4. Vertentes de aplicação da preclusão no modelo processual atual e hipóteses de supressão pelo Projeto 8.640/10: o agravo retido**

**V.** No estudo das preclusões que atuam sobre o magistrado (“preclusão de questões”), faz-se presente a regra da preclusividade, que muito bem pode ser confirmada com a omissão da parte preju-

dicada, diante de decisão gravosa, em interpor o competente recurso no prazo e na forma prevista pelo ordenamento. Revelaram-se também, por outro lado, hipóteses em que a parte não possui mais a viabilidade de ingressar com medida recursal típica, mas pode ter a questão (não preclusiva) revista, em face de mudança de posicionamento incrementada de ofício pelo próprio diretor do processo.

Teríamos aqui uma preclusão de faculdade (da parte) referente ao ato de recorrer – que na última situação comentada não seria absoluta, já que se o juiz pode reanalisar a decisão judicial incidental a qualquer tempo (não preclusiva), poderia a parte, em tese, apresentar mesmo fora do prazo recursal pedido de reconsideração.

Essa hipótese revela-se importante para que se trate de diferenciar, dentro do mesmo gênero “preclusão para as partes (de faculdades)”, duas espécies do fenômeno: uma seria justamente essa referente ao ato processual de recorrer, e a outra seria a preclusão de faculdades referentes aos atos processuais necessários no desenvolvimento das fases do procedimento estabelecido por lei.

A aludida primeira espécie decorre de uma decisão judicial gravosa, que impõe uma tomada de atitude específica da parte (interposição de recurso), sob pena de não mais poder agir (*preclusão decorrente de um ato processual de recorrer*). Já a segunda espécie decorre de previsão legal-processual que impõe uma tomada de atitude da parte em impulsionar o feito da melhor maneira possível, na fase postulatória e instrutória, sob pena de ser enclausurada uma etapa e dado início à fase subsequente, ao passo que expirado o prazo de duração da fase procedimental precedente (*preclusão*

*decorrente de um ato processual necessário no desenvolvimento das fases do rito*).

A preclusão é, pois, instituto complexo que se manifesta em diversas vertentes, seja para as partes seja para o Estado-juiz. Pode-se tentar desenvolver as linhas acima reconhecendo que, pelo menos, em cinco momentos típicos é destacada a participação da técnica: **a)** preclusão para a parte referente ao ato de recorrer de sentença; **b)** preclusão para a parte referente ao ato de recorrer de decisão interlocutória de maior gravidade; **c)** preclusão para a parte referente ao ato de recorrer de decisão de menor gravidade; **d)** preclusão para a parte referente aos atos para o desenvolvimento do procedimento; **e)** preclusão para o Estado-juiz.

Tais vertentes estão bem presentes no sistema do Código Buzaid e simplesmente não desaparecem todas elas com o projeto, o que confirma aquela aceção da preclusão como princípio processual. Está, em linhas gerais, mantida a preclusão envolvendo a interposição de apelação (vertente alínea ‘a’ supra) e a interposição de agravo de instrumento (vertente alínea ‘b’ supra), como também preservada a regra geral de que o magistrado, salvo em matérias de ordem pública já aludidas, não pode *ex officio* voltar atrás em decisão tomada no processo (vertente alínea ‘e’ supra).

O que propõe especialmente o projeto do Senado – reduzindo o tamanho da preclusão como técnica – é a eliminação da vertente constante na alínea ‘c’ supra, com a supressão do agravo retido do código. Vê-se, pois, que não se trata de movimento tão ousado, mesmo porque, ao que se sabe, a utilidade prática do agravo retido sempre foi baixa, podendo a parte, pela nova sistemática, encaminhar a sua irrisignação como preliminar recursal

sem a necessidade de apresentar o protesto (agravo) quando da publicação da decisão interlocutória de gravidade menor – como funciona hoje já no rito sumaríssimo do JEC.

### **5. Outros cenários de encaminhamento de redução da técnica preclusiva pelo Projeto 8.640/10: flexibilização procedimental e limites restritivos à eficácia preclusiva da coisa julgada material**

VI. Outra redução oportuna do espaço da técnica preclusiva está atrelada ao tamanho da vertente constante na alínea ‘d’ supra. Destacamos que, *in casu*, pode se operar uma redução – e não uma eliminação, como se dá com a vertente constante na alínea ‘c’ supra – porque a projetada redução da preclusão referente aos atos de desenvolvimento do procedimento deve se limitar à fase instrutória, sendo, ao que tudo indica, mantidas pelo projeto as regras preclusivas referentes à fase postulatória.

Eis a razão pela qual estamos tratando a lógica da flexibilização procedimental em ponto próprio, em momento posterior à investigação da supressão do agravo retido.

De fato, precisamos reconhecer que é muito vasta essa atividade preclusiva relacionada aos atos processuais de impulsionamento do procedimento: compreende desde atividades próprias da fase postulatória – como a apresentação de contestação e a apresentação de réplica – até atividades próprias da fase instrutória – como os requerimentos para produção de provas técnicas e orais.

Assim, forçoso restringir a novidade destacada no projeto à fase instrutória, em que já vínhamos admitindo ser o espaço devido em que se poderia falar irrestritamente

em prazos não sujeitos à imediata preclusão (prazos dilatatórios). Sim, porque se passamos a falar no conceito de prazo fatal (peremptório), inegável reconhecer que o juiz não poderia dilatar tal prazo, como ocorre, por exemplo, com o prazo contestacional de quinze dias – inegável medida integrante da fase postulatória e sujeita à rígida regra preclusiva, seja no Código Buzaid seja no projeto para um novo CPC.

Ademais, pensamos que o objetivo do projeto é realmente restringir a possibilidade de dilação de prazo à fase instrutória, já que o art. 118, V, ao trazer a novidade, catalogando os poderes do juiz na direção do processo, refere no mesmo inciso à possibilidade de o julgador alterar a ordem das provas, o que dá a entender que o cenário para dilação de prazos é justamente o do aprofundamento da instrução (fase instrutória).

Das duas novidades, ora debatidas, anunciadas no Projeto 8.046 – supressão do agravo retido e dilação de prazos instrutórios – não há dúvidas de que esta última é de maior repercussão, já que discute a importância da fase instrutória para o processo, sendo a nossa opção política, definida no projeto: o resguardo à produção de provas em detrimento da aplicação rígida da técnica preclusiva.

O projeto acaba, assim, mesmo que indiretamente, facilitando a difícil diferenciação do que seja prazo dilatatório e peremptório na fase de conhecimento, a partir do momento que passa a admitir que todo o prazo da instrução deva ser compreendido como não peremptório – já que pode ser dilatado pelo magistrado, diretor do processo.

O Código Buzaid destaca os prazos peremptórios no artigo 182 e os prazos dilatatórios no art. 181 sem discriminar quais as hipóteses do sistema em que o julgador deva

aplicar um e outro. A jurisprudência, por sua vez, vem sendo mais contundente a fim de confirmar, como peremptórios, específicos prazos fundamentais dentro do procedimento, como os de contestação, exceções, reconvenção e recursos em geral.

Sempre entendemos que o ato central de defesa, além dos recursos, são os verdadeiros prazos peremptórios de que trata genericamente o CPC, no art. 182, os quais não são passíveis de prorrogação, mesmo havendo consenso das partes nesse sentido. Na seara recursal, só para não passar em branco neste ensaio, diga-se que não usaríamos pregar relativizações da preclusão, sendo patente que a intempestividade do recurso (ligada à desídia ou desinteresse da parte) somada à preocupação com a efetividade e a própria presunção de correção da decisão mal embargada, determina a consolidação deste *decisum* (interlocutório ou final), operando-se a preclusão.

Ainda é de se sublinhar que alguns magistrados, em sentido diverso (aproveitando-se que o Código Buzaid não desenvolveu qualquer critério lógico para distinguir os prazos peremptórios dos meramente dilatatórios), consideram indevidamente que a maioria dos prazos processuais fixados no código são peremptórios (inclusive os presentes na fase instrutória), inviabilizando a partir dessa imprecisa premissa, qualquer discussão a respeito da (não aplicação dos préstimos da) preclusão processual decorrente do desrespeito ao estrito teor dos dispositivos contempladores de tais prazos.

Realmente, pelo atual sistema, principalmente a jurisprudência vacila muito em reconhecer os prazos como dilatatórios na instrução, sendo conhecidas as teses majoritárias no STJ de que o prazo do art.

421 (apresentação de quesitos e assistente técnico) é prazo dilatatório, mas que outros importantes prazos como o do art. 407 (juntada de rol de testemunha) e especialmente o prazo do art. 433 (juntada do laudo de perito assistente) são prazos preempatórios.

Entendemos como contraditórias essas posições (firmadas sem uma interpretação conjunta desses dispositivos que integram a fase instrutória), razão pela qual já tivemos a oportunidade de defender que devem ser reconhecidos todos esses prazos como dilatatórios, mesmo porque há um direito constitucional (e prioritário) à produção de provas a ser observado na devida exegese do ordenamento legal, inexistindo, por outro lado, lesão objetiva a direito da parte contrária, em razão da dilação de prazo autorizada a fim de que seja feita a prova em tempo razoável.

Chegamos daí a invocar que, para se atingir no processo uma louvável maior possível certeza do direito a ser declarado, as disposições contidas no código processual (amoldadoras do procedimento e conferidoras de ordenação e disciplina ao rito a ser seguido) precisam passar pelo filtro de sua compatibilidade com os princípios e valores fundamentais pertinentes à espécie e reconhecidos em dado momento histórico – os quais direta ou indiretamente se apresentam estipulados na Lei Fundamental.

Sempre defendemos, assim, que o texto do CPC/73 deveria ser interpretado à luz da CF/88 a fim de ser obtida criteriosa aplicação reduzida dos préstimos da preclusão na instrução – bem presente, ainda, a premissa sedimentada pela doutrina processual no sentido de que as formas dos atos do processo não estão prescritas na lei para a realização de um fim próprio ou autônomo.

Agora, pelo sistema do projeto, a resolução da problemática fica evidentemente facilitada, já que maiores esforços exegéticos – de interpretação do CPC à luz da CF – deixam de se fazer indispensáveis, a partir do momento em que o próprio *Codex* já admite que os prazos (na instrução) podem ser dilatados pelo magistrado.

VII. A seu turno, outro movimento que se pode colocar a favor da redução dos préstimos da preclusão vem insculpido no art. 495 do projeto do Senado, redação idêntica no Anteprojeto 166/10, art. 489. Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada material.

O art. 474 do CPC/73 é o dispositivo que verdadeiramente aproxima de maneira menos estante os institutos a serem diferenciados (repita-se: preclusão e coisa julgada material), à medida que corporifica a hipótese da eficácia preclusiva da coisa julgada material (também denominada “coisa julgada implícita” ou simplesmente “julgamento implícito”) – em que a eficácia do fenômeno preclusivo excepcionalmente transcende os limites do processo em que foi proferida a sentença coberta pela coisa julgada (*eficácia preclusiva externa, panprocessual ou secundária*).

Ocorre que, embora o art. 468 do Código Buzaid limite a força da *res judicata* aos limites da *lide* e às questões decididas, o CPC, aparentemente sem querer contrariar essa premissa, determina no art. 474 que, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações

e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Assim, com o trânsito em julgado da sentença de mérito, as alegações, nos termos em que posta a demanda, que poderiam ter sido apresentadas, visando ao acolhimento do pedido, pelo autor, ou rejeição dele, pelo réu, é como se o tivessem sido, impedindo reexame em outro processo dessa matéria deduzível não trazida para o processo.

Daí figura-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança não só as questões de fato e de direito efetivamente alegadas pelas partes, mas também as questões de fato e de direito que poderiam ter sido alegadas pelas partes, mas não o foram – o que por certo não abrange a matéria fática e jurídica superveniente à decisão, e ainda as questões de fato e de

direito que, mesmo não alegadas pelas partes por inércia indevida, poderiam ter sido examinadas de ofício pelo juiz, mas também não o foram.

Essa complexa questão envolvendo a exegese do art. 474 do CPC, finaliza-se, parece ter sensibilizado os doutos que trabalharam na formação do projeto para um novo Código de Processo Civil, já que pela redação conferida ao art. 495, o tema resta melhor esclarecido, sendo prestigiada a tese em maior voga na doutrina brasileira de interpretação restritiva dos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada material. Nesses termos, o projeto prevê que, “transitada em julgado a sentença de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas

**A PRECLUSÃO É, POIS, INSTITUTO COMPLEXO QUE SE MANIFESTA EM DIVERSAS VERTENTES, SEJA PARA AS PARTES SEJA PARA O ESTADO-JUIZ**

todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, *ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa*” (grifo nosso, com a novidade introduzida pelo projeto).

## 6. Movimentos ainda em aberto quanto à possibilidade de reformas no modelo atual: embargos infringentes e limites para alteração da causa de pedir e pedido

VIII. A discussão a respeito da oportunidade de um novo CPC neste momento histórico está em aberto no Congresso Nacional, sendo feitas críticas de inúmeras ordens ao movimento de reforma extrema. Ao se discutir os últimos dois pontos da nossa apresentação (marco da alteração da causa de pedir/pedido e supressão dos embargos infringentes) é possível dar-se conta de que a redação hoje projetada, depois de muito debate e tentativas de reforma, é exatamente a mesma do Código de 1973 em vigor!

Ora, não há, pois, convicção a respeito de inúmeras matérias de reforma, iniciadas pelo (a) Anteprojeto 166/10, passando pelo (b) Projeto final do Senado 8.046/10, agora em debate mais intenso na (c) Comissão Especial da Câmara Federal (relatoria geral do deputado Paulo Teixeira) – com a discussão de alterações na letra do último projeto, a partir de análises críticas fixadas em cinco relatórios parciais (destaque especial para a relatoria da parte geral a cargo do deputado Efraim Filho).

Parece, pois, despropositada a necessidade de substituição completa do diploma processual, sendo viável a continuidade de aperfeiçoamento do CPC/73, fenômeno, aliás, que vem em curso desde 1994 (primeira manifesta ruptura do sis-

tema originário, com a implementação das medidas de antecipação das tutelas de mérito).

Mais. A impressão que se tem da leitura do projeto aprovado no Senado para um novo CPC, como também dos relatórios parciais na Câmara Federal, é a de que não há uma brusca ruptura com o modelo processual anterior, não parecendo despropositado se acreditar que muitas das alterações sugeridas já poderiam estar em curso a partir de escorreita interpretação do atual *Codex* à luz da Lei Maior – como, *v.g.*, a determinação de estabelecimento de prévio contraditório entre as partes, mesmo em matérias que possam ser declaradas *ex officio* pelo Estado-juiz.

Outras tópicas (e benéficas) alterações, poderiam (podem) ser objeto de projeto de alteração imediata do CPC, o que permitiria termos a alteração positiva do sistema adjetivo vigente desde já, sem a necessidade de (demorada) aprovação do pacote completo a redundar em um novo diploma – como, *v.g.*, a razoável medida de alteração do código processual para que não se declare a extemporaneidade de recurso apresentado antes da abertura solene do prazo para oferecimento de recurso; ou a determinação, há tempos aguardada, do fim da compensação de honorários na hipótese de sucumbência parcial, diante do reconhecimento de que a verba do procurador da parte possui natureza alimentar.

IX. De qualquer maneira, cabe trazer à baila, ao tempo do encerramento do ensaio, os dois mencionados pontos polêmicos do projeto do Senado, que realmente precisam ser melhor debatidos – sendo fortemente desaconselhado que se atinja texto final com a redação ora vigente, conforme buscaremos demonstrar. Tratemos basicamente

dos (a) limites para alterar a causa de pedir e pedido; da (b) supressão dos embargos infringentes.

Com relação à alteração da causa de pedir e pedidos podemos dizer que tivemos algum retrocesso, já que o Projeto do Senado 8.046 no art. 304, II, manteve a redação originária do Código Buzaid, deixando, pois, de acolher a disposição contida no Anteprojeto 166/10, o qual permitia *mudanças na causa petendi e pedido* até o momento de prolação da sentença de mérito – conforme disposição do art. 314.

Seguramente foram firmadas críticas no Senado quanto à novel disposição que permitia maior liberdade na alteração do objeto litigioso, situação que, no nosso entendimento, não poderia causar tamanha surpresa devido aos exemplos vindos do direito comparado.

De qualquer forma, o Projeto 8.046/10 possui redação realmente muito parecida com a que temos no vigente art. 294 c/c art. 264, ambos do CPC, em que não é oportunizado ao autor a alteração dos rumos da lide após a citação sem o consentimento do réu, e mesmo com o consentimento dele após o saneamento do processo.

A aludida prática no direito comparado, contrabalançando o rigorismo formal com o princípio da economia processual, e a própria concepção de um moderno processo cooperativo, indica no sentido de ser viável a relativização dessa inflexível estabilização no Brasil, em limites moderados, respeitando-se a situação cultural da nossa sociedade.

Frisemos, de antemão, que a estabilização do processo, mediante a inalteração da causa de pedir e pedido, possui duplo fundamento: um particular, com efeitos privados, consiste na realização prática do princípio da lealdade processual, o qual não consiste apenas na fi-

delidade à verdade, mas compreende a colocação clara e precisa dos fatos e dos fundamentos jurídicos por ambas as partes, de modo a não se surpreender, nem um nem outro, com alegações novas de fatos ou indicação de provas imprevistas. O outro fundamento da estabilização do processo é o do interesse público na boa administração da justiça, que deve responder de maneira certa e definitiva à provocação consistente no pedido do autor.

Um sistema legislativo que permitisse livremente a alteração dos elementos da ação geraria instabilidade na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, nas relações jurídicas em geral. O juiz deve decidir sobre o que foi expressamente pedido, nos limites da *causa petendi*; sendo que se o autor tiver outro pedido, ou até deseje expor outro fato jurídico principal, que o faça, reforça-se, em processo distinto.

Essa máxima do processo civil não encontra fiel parâmetro no processo penal pátrio, cujo sistema prevê a possibilidade de adequação do pedido à verdade real (CPP, arts. 383 e 384); justificando-se nesse campo uma maior liberdade porque o processo criminal deve esgotar a atividade jurisdicional sobre todo fato da natureza (melhor composto durante a instrução), e não apenas sobre o que foi pedido formalmente (na oportunidade preambular), de modo que, no âmbito especificamente penal, se faz indispensável a existência de mecanismo de adequação do objeto do processo ao fato – desde que seja resguardado o direito ao amplo contraditório a partir do momento processual oportunizador da emenda.

Estávamos, no entanto, no atual momento do processo civil pátrio, a um passo de aproximarmos as linhas sobreditas de (histórica)

diferenciação para com o processo criminal; seguindo, por outro lado, uma verdadeira tradição do direito processual civil continental-europeu em que, embora haja naturais restrições implementadas pelos sistemas processuais, sensível é que as preclusões são menos rígidas e além disso o espaço de defesa das partes é consideravelmente amplo.

Isto porque o Projeto 166/10 para um novo CPC, alterando sensivelmente os ditames do atual art. 264 c/c art. 294 do Código Buzaid, fixava, no art. 314, que “*o autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurando o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar*”.

O limite para a alteração da causa de pedir e pedido, pelo requerimento da parte demandante, chegou a surpreender, já que o sistema atual é absolutamente rígido (impedindo a alteração da causa de pedir e pedido após o saneamento) e passaria a ser significativamente flexível (autorizando a alteração da causa de pedir e pedido até o momento de prolação da decisão exauriente de mérito). Tal constatação, ao que parece, chegou realmente a influenciar o Senado ao tempo de aprovação da redação final do Projeto 8.046/10.

Uma solução intermediária a ser debatida na Câmara Federal, e que já tivemos a oportunidade de defender, com base na doutrina especializada, seria de se abrir a possibilidade de *modificação da demanda na primeira audiência de debates* (prevista no atual art. 331 do CPC), depois de esclarecidos os fatos da causa em diálogo mantido pelo órgão judicial com os

litigantes, mesmo sem autorização expressa da parte não proponente da alteração, desde que fosse conveniente. Assim, até esse momento de realização do evento solene, em que se buscaria inclusive uma solução amigável à contenda, poderia o autor propor a alteração da causa de pedir ou incremento no pedido, caso estivesse de boa-fé e fosse considerado oportuno pelo julgador, mesmo que não houvesse expresso consentimento do réu.

X. A respeito da *inutilização dos embargos infringentes*, ratificamos a nossa preocupação com a supressão de recurso que inegavelmente se mostra oportuno para o reexame das questões fáticas. Em inúmeras matérias com carga fática preponderante, muitas delas com efeito prospectivo considerável, relevante se dar à instância *ad quem* a possibilidade de reexame fático minudente, com formação mais sólida da posição do tribunal em relação aos temas, por meio de seu grupo cível.

A disposição do Projeto do Senado, contida no art. 948, mantém a mesma linha do Anteprojeto 166/10, no sentido de ser realmente suprimido tal recurso conjuntamente com o agravo retido. Recentemente, no entanto, na Câmara Federal, por intermédios dos relatórios parciais tornados públicos recentemente, viu-se que cresceu a crítica a essa novidade, sendo possível (até mesmo provável) que os infringentes retornem ao texto do novo Código.

Por estas manifestações antagônicas, no Senado e na Câmara, percebe-se quão polêmica figura-se a supressão dos embargos infringentes do regime processual, já que é, em tese, o último recurso que a parte possui para discutir, a fundo, a totalidade das questões de fato perante o Judiciário – dada a veda-

ção tradicional de levar tal matéria às superiores instâncias, conforme prevê especialmente a Súmula 07 do STJ.

No projeto do Senado, como dito, não estão previstos os embargos infringentes, no entanto, o parágrafo 1º do artigo 948 refere que o voto vencido, que, no CPC/73, é elemento essencial para a interposição deste recurso (artigo 530 do atual diploma), deverá ser necessariamente declarado, sendo considerado parte integrante do acórdão, com função inclusive de prequestionamento.

Seria essa uma contrapartida, em razão da supressão do recurso. Mesmo assim, entendemos pela necessidade de manutenção do recurso no regime processual, já que a busca irrefletida por efetividade não pode chegar ao ponto de dificultar a formação de decisão final qualificada, razão pela qual no ponto a efetividade deve ceder à segurança jurídica – de forma semelhante ao que se sucede, como antes escrevemos, em matéria de produção probatória na fase de instrução.

## 7. Considerações finais

XI. Encerramos esta apresentação ratificando a desnecessidade de um novo CPC neste momento, nada obstante a possibilidade de constante atualização e aperfeiçoamento do diploma originário.

No entanto, pelo ritmo mais intenso de discussão do Projeto 8.046/10 na Câmara Federal, é possível que se estabeleçam avanços, com aprovação pela Câmara do aludido projeto com alterações – o que implicará novo encaminhamento do material ao Senado Federal para votação.

Ainda, para exemplificar, uma das principais alterações sugeridas na Câmara Federal é a oportuna criação de seção no código

para melhor regularizar o processo eletrônico – sendo proposta a incorporação dos arts. 167/172 a respeito. Parece, pois, que o novo CPC sai do papel, mas ainda sem prazo definido, diante das novidades – como a presente – que ainda podem ser incorporadas.

Em relação ao tema preclusivo, as alterações incrementadas são, no nosso sentir, positivas, não excluindo a preclusão do sistema, mas sim diminuindo os seus préstimos em questões pontuais oportunas, como: (a) a supressão do agravo retido, deixando de ser preclusivas as decisões interlocutórias de menor gravidade; (b) a diminuição do tamanho da preclusão na instrução, autorizando a dilação de prazos para a produção de provas; e ainda (c) o estabelecimento de limites restritivos ao fenômeno da eficácia preclusiva da coisa julgada material, reduzindo os efeitos potenciais da preclusão para além das bordas do processo.

Enfim, no contexto estritamente processual, sendo o CPC/73 uma obra sempre memorável, não imaginamos que a alteração da norma central do eixo do processo civil brasileiro terá o condão de sanar problemas de cunho cultural e social. Ao que se percebe das manifestações supra, o “novo CPC” não se mostra apto a fazer a “revolução” (em nome da efetividade) que pretendia. Por certo, o novo código, caso aprovado, deve vir acompanhado de investimentos em cartórios judiciais, com autorização para o aumento do número de julgadores e de servidores do Poder Judiciário, para que se possa realmente bem atender à população que clama pela realização de justiça – questão complexa esta, que evidentemente não será resolvida simplesmente com a projetada mudança legislativa. ■

## Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. “Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica” in *AJURIS* n. 35 (2008): 57/71.

\_\_\_\_\_. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” in *Revista de Processo* n. 137 (2006): 7/31.

\_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2.

ALVIM, Arruda. “Lei n. 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219 do CPC” in *Revista de Processo* n. 143 (2007): 13/25.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Érico. “A prescrição das pretensões de acidente de trabalho, o Novo Código Civil e a Emenda Constitucional n. 45/2004” in *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 4 (2007): 108/114, v. II – Trabalhista e Previdenciário.

ARAGÃO, E. D. Moniz. “Procedimento: formalismo e burocracia” in *Revista Forense* n. 358 (2001): 49/58.

BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milão: Giuffrè, 1983.

BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”, in *Revista Forense*, 158 (1955): 59/66.

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. “Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma jurídica em vigor” in *Revista de Processo* n. 145 (2007): 163/172.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro” in *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo” in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* n. 94 (2000): 79/97.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório” in *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci e José Rogério dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.

BUZAID, Alfredo. “Inafastabilidade do controle jurisdicional” in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002, p. 309/319.

\_\_\_\_\_. “Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro” in *Estudos e pareceres de direito processual*

al civil. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002, p. 31/48.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “Flexibilização procedimental” in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VI, p. 135/164.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. “Função social do processo” in *Revista de Direito Processual Civil* n. 07 (1998): 35/45.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara\\_presc.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara_presc.doc). 18/11/2007.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CAPPELETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas” in *O processo Civil Contemporâneo*, Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Primeiras observações ao projeto de novo código de processo civil – PL 166/2010 – Senado” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n. 37 (2010): 56/85.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione” in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* n. 11 (1933): 3/53.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, Vol. I, 3ª ed., notas de Enrico Tullio Liebman.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Preclusioni istruttorie e diritto alla prova” in *Rivista di Diritto Processuale* n. 53 (1998): 968/995.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto López, 1942.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n. 38 (2010): 05/33.

\_\_\_\_\_. “Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do CPC” in *Revista Jurídica Lex* 51 (2011): 11/24.

DELLORE, Luiz. “Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil” in *Revista de Informação Legislativa* 190 (2011): 35/43.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. II.

FAZZALARI, Elio. “Procedimento e processo (teoria generale)” in *Enciclopedia del diritto*, n. 35 (1986): 819/835.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Prescrição e sua declaração ex officio pelo juiz (Lei n. 11.280/06)* palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, em 05/05/2006, homenagem ao ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação de trad. por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. “O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança” in *Revista de Processo* n. 185 (2010): 146/50.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC” in *Revista de Informação Legislativa* 190 (2011): 163/177.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1984.

GUEDES, Jefferson Carús; DALL’ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). *Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUIMARÃES, Luiz Machado. “Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo” in *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 9/32.

HABSCHIED, Walther J. “L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco” in *Rivista di Diritto Processuale* n. 35 (1980): 454/464. Trad. por Ângela Loaldi.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos civil, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA, Galeno. “O código e o formalismo processual” in *Ajuris* n. 28 (1983): 7/14.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Estudos sobre o processo civil brasileiro”. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª Ed.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. “A prescrição e os princípios da eventualidade e da efetividade” in *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 40 (1993): 185/186.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios informativos del proceso civil*, tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires.

MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid” in *Revista de Processo* n. 183 (2010): 165/194.

MOREIRA PINTO, Júnior Alexandre. “Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da flexibilização da demanda” in *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci e José Rogério dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.

NALINI, José Renato. “Hora de desequilibrar – judiciário será descartado se não funcionar” extraído do site Conjur, [link http://conjur.estadao.com.br/static/text/53997](http://conjur.estadao.com.br/static/text/53997), I. Acesso em 02/02/2009.

NUNES, Dierle. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades” in *Revista de Processo* 184 (2010): 109/140.

\_\_\_\_\_. JAYME, Fernando Gonzaga. “Novo CPC potencializará os déficit operacionais” extraído do site Conjur, Acesso em 23/04/2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. “Preclusão elástica no Novo CPC”. Senado Federal. *Revistas de Informação legislativa*. Ano 48, n. 190, abr./jun. 2011. Brasília: Senado Federal, 2001. Tomo 2, p. 307-318.

\_\_\_\_\_. “Novo CPC – Relatórios parciais (Câmara Federal)”. Extraído do site Atualidades do Direito, consulta em 15/06/2012.

PAULA ATAÍDE JR., Vicente de. “O novo CPC: Escrito com tinta escura e indelével” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n. 37 (2010): 102/106.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POLI, Roberto. “Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescrite a pena di preclusione e decadenza”. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, n. 2, p. 447-470, abr./jun. 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvalcanti. *Tratado das ações* – Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, Atualizado por Wilson Rodrigues Alves.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 444 a 495). São Paulo: RT, 2000, v. 6.

PRUDENTE, Antônio Souza. “Poder judiciário e segurança jurídica” in *Revista de informação legislativa* n. 115 (1992): 571/580.

QUADROS, Renata Mesquita Ribeiro. “Da rejeição liminar da demanda baseada na decadência ou na prescrição – art. 317, III do Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010” in *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, Distrito Federal, volume n. 8 (2011): 207/209.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “A preclusão, a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada: interpretações em torno do art. 474 do CPC in *Revista Dialética de Direito processual* n. 109 (2012): 36-48.

\_\_\_\_\_. “A prevalência da justiça estatal e a importância do fenômeno preclusivo” in *Revista Dialética de Direito processual* n. 110 (2012): 49-69.

\_\_\_\_\_. “A utilização articulada da preclusão e da eventualidade no processo civil” in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 107 (2012): 25/36.

\_\_\_\_\_. “Do Código Buzaid ao Projeto para um novo código de processo civil: uma

avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação” in *Civil Procedure Review* v. 3, n. 1, p. 208/239, jan./abril 2012.

\_\_\_\_\_. “Prazos dilatatórios e flexibilização procedimental: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC” in *Revista Eletrônica Âmbito Jurídico*, doutrina processo civil, publicação virtual de 01-05-2012.

\_\_\_\_\_. “Preclusão: Constituição e Processo” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n. 38 (2010): 79/96.

\_\_\_\_\_. “Preclusão processual Versus Segurança jurídica: possibilidades práticas de aplicação minorada da técnica preclusiva na instrução” in *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, ano III, n. 5, set./2011 – abr./2012, p. 85/99.

\_\_\_\_\_. PEGO, Rafael Foresti. “Extemporaneidade do recurso protocolado antes da publicação oficial de decisão judicial” in *Revista Trabalhista* HS Editora, v. 28, n. 329, p.77-85, maio 2011.

\_\_\_\_\_. SCHMITT, Cristiano Heineck. “Observações ao projeto do novo código de processo civil: (des)necessidade do movimento de reforma e inovações no sistema recursal” in *Revista AJURIS* n. 120 (2010).

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIMA, Hans. “Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti”. Trad. de Tito Carnacini in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 7 (1953): 757/772.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

TARUFFO, Michele. “Le preclusioni nella riforma del processo civile” in *Rivista di Diritto Processuale Civile* n. 68 (1992): 296/310.

TARZIA, Giuseppe. *O novo processo civil de cognição na Itália*. Trad. de Clayton Maranhão in *Revista de Processo* n. 79 (1995): 51/64.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

THEODORO JR., Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica” in *Revista Magister de direito civil e processual civil* (11): 5/32.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1947, v. 1.

# O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ENUNCIADO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**Saul José Busnello** | saulbusnello@hotmail.com

Advogado (Blumenau/SC)

Pós-graduado em Direito Processual Civil (Instituto Catarinense de Pós-graduação – ICPG)

Professor universitário no Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI

## Resumo

Este artigo tem por objetivo pesquisar, analisar e descrever o entendimento doutrinário predominante acerca da possibilidade da revisão judicial dos contratos, ante a aplicação do princípio da função social do contrato no direito civil brasileiro. Partindo-se dos aspectos conceituais de contrato e função social, fez-se uma análise do artigo 421 do Código Civil brasileiro para, finalmente, concluir pela possibilidade da revisão judicial dos contratos ante a aplicação do princípio da função social do contrato, que preconiza o equilíbrio entre direitos individuais e interesses sociais, visando à obtenção de uma relação jurídica contratual de fato justa. O método de pesquisa utilizado para a elaboração do presente artigo foi a pesquisa bibliográfica

## 1. Introdução

O direito está em constante evolução e, para que a manifestação de seus aspectos formais acompanhe estas mudanças, exigem-se constantes pesquisas que sintetizem, em alguns momentos, a situação dos pressupostos de revisão judicial dos contratos, diante das novas exigências sociais.

Este artigo fixa um desses momentos, com o objetivo de pesquisar, analisar e descrever o entendimento doutrinário predominante acerca da possibilidade da revisão judicial dos contratos, ante a aplicação do princípio da função social do contrato no direito civil brasileiro.

O desenvolvimento do tema encontra justificativa por tratar-se de assunto atual, uma vez que o artigo 421 é uma das inovações do Código Civil brasileiro de 2002, tendo suscitado amplos debates, e carecendo de estudos. Vale salientar que a doutrina referente ao

tema é relativamente escassa, apesar de sua importância no âmbito do direito civil, bem como para o meio acadêmico, para os operadores jurídicos, e para a sociedade. Desta forma, espera-se que a leitura do artigo leve outras pessoas a nutrir real interesse sobre o tema.

## 2. Aspectos conceituais

A partir da evolução das civilizações, quando se iniciou a experimentar certo progresso espiritual e material, o contrato passou a servir, enquanto instrumento de circulação de riquezas, como justa medida de interesses contrapostos, traduzindo-se na espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, sendo, sem sombra de dúvidas, a força motriz das engrenagens socioeconômicas do mundo (Gagliano; Pamplona Filho, 2005).

Ao tratar-se de tão empolgante tema, função social do contrato, incompleto seria abordá-lo sem ter-se inicialmente uma compreensão conceitual de contrato, bem como da expressão função social, o que se fará a seguir.

### 2.1. Contrato

Origina-se a palavra contrato do vocábulo latino *contractus*, que significa, no entender de Venosa (2003, p. 364), “unir, contrair”. Por sua vez, para Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 11-12, grifo nosso),

“contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, auto-disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.”

Diante disso, entende-se que não se pode falar em contrato sem que se tenha expressa manifestação de vontade, ou seja, sem o “querer humano”, pois desta forma

não haveria negócio jurídico e, não havendo negócio jurídico, não há contrato. Entende-se, também, que essa manifestação de vontade deve fazer-se acompanhar pela necessária responsabilidade na atuação dos contratantes, subordinando-se estes às limitações derivadas do respeito a normas superiores de convivência, dentre elas as estabelecidas pelo princípio da função social do contrato.

Cumprir observar que o citado princípio da função social do contrato, tema deste artigo, encontra-se expresso no Código Civil brasileiro, em seu artigo 421, cujo enunciado preceitua: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*” (Brasil, 2002, grifo nosso).

Assim, lícito e legítimo será o contrato que respeitar não apenas as regras técnicas de validade, mas, sobretudo, as normas principiológicas que conduzem à necessária observância de um conteúdo ético e social indisponível. (Gagliano; Pamplona Filho, 2005)

Destaca-se ainda a conceituação de Diniz (2005, p. 31). Segundo a autora,

“contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”

Sendo assim, pode-se dizer que contrato é um acordo de vontades que objetiva estabelecer uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional. Ocorrendo convergência de pretensões sobre um mesmo objeto, vem a constituir-se num acordo de vontades; por outro lado, uma vez que envolve partes distintas, cujas manifestações repercutem no direito, constitui-se numa relação jurídica.

### 2.2. Função social

No dizer de Blanchet (2004, p. 63): “Função Social – expressão muito difundida, conceituação pouco compreendida.”

Percebe-se, atualmente, que o adjetivo ‘social’ está presente nos discursos e legislações. A socialização de institutos e instituições tem se tornado uma regra, e fala-se constantemente em ‘função social’, seja ela da propriedade, do contrato ou da empresa. Fato é que a expressão “função social” tornou-se por sua conotação, vasta e imprecisa, percebendo-se nitidamente que esta expressão está sendo corrompida, distorcendo-se o seu significado primeiro: construir uma sociedade justa, o qual não está defasado (Blanchet, 2004).

Num primeiro momento, é importante esclarecer o que é função. Segundo a *Enciclopédia Saraiva do Direito* (1977, p. 480), “o termo função é originado do latim *functio*; alemão *funktion*, *Amt*; inglês *function*; francês *fonction*; italiano *funzione*; espanhol *función*”. Para Houaiss (2001, p. 1402) função quer dizer “obrigação a cumprir, papel a desempenhar, pelo indivíduo ou por uma instituição”.

Já, social, segundo a *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado Koogan/Houaiss* (2000, p. 1503), “é tudo aquilo que diz respeito à sociedade, relativo a uma sociedade”. Para Houaiss (2001, p. 2595), social qualifica o que é “concernente à sociedade; relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país”.

Função social é assim conceituada pela *Enciclopédia Saraiva do Direito* (1977, p. 482): “a noção de função social implica a noção de um conjunto de atividades e papéis exercidos por indivíduos ou grupos sociais, no sentido de atender a necessidades específicas.”

Diniz (1998, p. 613), por sua vez, assim se manifesta acerca do tema: “função social: atividade e papéis exercidos por indivíduos ou grupos sociais, com o escopo de obter o atendimento de necessidades específicas”. Ou seja, entende-se como o conjunto de ações que atendem às necessidades da sociedade.

O Estado, primordialmente, possui o cumprimento da função social como um compromisso para com a sociedade, que o criou e o mantém. Pasold (1998, p. 69), escrevendo sobre a função social do Estado contemporâneo, parte da premissa de que “a palavra função possui o seu significado comprometido com dois elementos: a ‘ação’ e o ‘dever de agir’”. Afirma que o dever está presente devido à natureza do agente (O Estado)”.

Pode-se pensar, a partir deste “dever agir”, que todos os atos que compõem a função social devem ser cumpridos apenas pelo Estado, devido ao pacto social firmado por este com a sociedade. Por isto, existem críticas no sentido de que a existência de uma função social da propriedade, do contrato, ou da empresa, e o dever, contido nestes conceitos, seria prejudicial à sociedade, pois retiraria do Estado a responsabilidade de cumprir com os seus deveres sociais.

Este entendimento pode ser tido como equivocado, pois o Estado continua responsável pelo pacto social efetuado com a sociedade; apenas é auxiliado pela função social da propriedade, do contrato ou da empresa, os quais trazem maiores benefícios à sociedade.

Ademais, não pode ser ignorada a real situação da sociedade em que se vive, onde o Estado não possui condições de cumprir totalmente com suas obrigações,

por motivos que a este artigo não se fazem pertinentes, necessitando do auxílio de todos os mecanismos possíveis à realização de uma sociedade menos desigual.

Pasold (1998, p. 73) afirma que:

“a função social possui uma destinação evidente: realizar a justiça social.

(...)

a justiça social somente apresentará condições de realização eficiente e eficaz se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela condição humana.”

Neste aspecto, Pasold (1998, p. 74) ressalta três pontos estratégicos:

“a) a noção de *justiça social* não pode ser presa a esquemas fixados *a priori* e com rigidez indiscutível;

b) a conduta do Estado não pode ser paternalista para com os necessitados e protetora ou conivente para com os privilegiados;

c) a responsabilidade pela consecução da *justiça social* na sua condição de destinação da *função social*, deve ser partilhada por todos os componentes da Sociedade.”

Deste entendimento, infere-se que, de forma alguma a propriedade, o contrato ou a empresa, cumprindo suas funções sociais, retirariam do Estado o seu “dever agir”, uma vez que também é sua responsabilidade o alcance da justiça social. E a justiça social deve ser do interesse de todos, sem exceção.

### 3. Função social do contrato

O estágio de evolução da teoria contratual tem, como uma de suas principais causas, a multiplicação exacerbada de relações jurídicas despidas de negociação em condições paritárias. O contrato de adesão é, inegavelmente, a regra geral no que diz respeito às modalidades contratuais e, com isso, surgem desequilíbrios, principalmente em detrimento dos direitos da parte con-

tratual mais fraca. (Gomes, 2004)

Alerta Gomes (2004) que não se pode, contudo, querer extirpar o contrato do mundo negocial, uma vez que esse instrumento representa a principal ferramenta para a circulação de riquezas, tanto no modelo de Estado Liberal quanto no modelo de Estado Social. Assim, segundo a sua função social, o contrato deve assumir uma função de circulação equânime de riquezas. O que se pretende tutelar é o equilíbrio social no processo de circulação de bens e serviços massificados.

A transformação que sofre o contrato é a que se concretiza com a realidade da tendência de socialização; vale dizer, a ter um aspecto social, no sentido de que os direitos e os deveres devem ser exercidos funcionalmente, sem se desviar dos fins econômicos, dos fins éticos e dos fins sociais que o ordenamento legal tem em conta. (Santos, 2004)

Nesse diapasão, Santos (2004) entende que a finalidade individualista e egoística, que o direito privado gozava e privilegiava, cedeu espaço à sociabilidade. Agora, a intenção de contratar não protege o objeto da contratação apenas ao interesse individual, mas à sociedade. Acima da vontade absoluta das partes pairam altos valores sociais, que o Estado tutela, se não quiser que os componentes de seu território sejam lesionados, em prejuízo da sociedade em geral.

Santiago (2005, p. 75), ao tratar do assunto, assim se manifesta:

“a orientação moderna no campo do direito das obrigações visa realizar melhor equilíbrio social, não apenas no sentido moral de impedir a exploração do mais fraco pelo mais forte, mas, ainda de sobrepor o interesse coletivo, no qual se insere a harmonia social, ao interesse individual, de cunho meramente egoístico.”

Pode-se deduzir, então, que esta socialização tem o efeito de corrigir a concepção contratual demasiadamente individualista. Agora, os interesses coletivos são superpostos aos interesses puramente particulares.

Não pode mais, portanto, o homem, num dever jurídico, ser visto como ser individual, cujos atos praticados digam respeito somente a sua esfera patrimonial e moral, sem atentar-se para as consequências de seus atos perante os demais indivíduos que compõem a sociedade. Neste sentido, manifesta-se Gomes (2004, p. 86): “O contrato não pode ser o reino do egoísmo, do puro interesse individual, sem pôr em grave risco o bem comum e a paz social.”

Nesta perspectiva, o contrato deve desempenhar a sua função social, calcada, segundo **Netto Lôbo** (2002, p. 1), sob a determinação de que

“o princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.”

Já para Santos (2004, p. 117):

“como instrumento ou ferramenta para a satisfação das necessidades humanas, em harmonia com o bem comum ou função social, o contrato continua desempenhando seu rol preponderante, embora ajustado aos novos tempos em sua nova roupagem.”

É importante ressaltar que o Código Civil de 1916 nada previu sobre a função social dos contratos. Embora não se possa negar sua grandeza técnica, sem cometer-se grave injustiça, o fato é que o codificador de 1916 absorveu, demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então. (Gagliano; Pamplona Filho, 2005)

### A TRANSFORMAÇÃO QUE SOFRE O CONTRATO É A QUE SE CONCRETIZA COM A REALIDADE DA TENDÊNCIA DE SOCIALIZAÇÃO

O Código Civil de 2002, por sua vez, demonstra claramente uma compreensão da liberdade de contratar dentro de uma concepção social e fora do padrão individualista, contemplando, pela primeira vez, de forma expressa, a função social do contrato em seu artigo 421, como princípio delimitador da liberdade contratual e também como uma cláusula geral que, em síntese, seria mecanismo, diretriz, técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem modelo de decisão pré-constituído, podendo o juiz preencher os claros do que significa função social ao caso concreto que se apresente.

Já, princípio é preceito, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério de sua compreensão. É o conhecimento dos princípios que preside a compreensão, o entendimento, das diferentes partes componentes do todo unitário do sistema jurídico positivo, E, por isso, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. (Mello, 1997)

### 3.1. Abordagem do artigo 421 do Código Civil brasileiro

A noção de função social do contrato, numa perspectiva anterior ao Código Civil de 2002, condizia com um preceito que, segundo **Azevedo** (1998, p. 116, grifo nosso), é

“destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (...) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas.

(...)

A ideia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art. 1º, inc. IV); *essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais.* O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro.”

Sendo assim, já se manifestava coerente acolher efetivamente a função social do contrato como princípio jurídico integrante do ordenamento jurídico brasileiro, forte na própria Constituição Federal, ao estabelecer que a livre-iniciativa deve ter um valor social. **Cretella Júnior** (1992, p. 140-141) define a livre-iniciativa como:

“a possibilidade de agir antes de qualquer outro, sem influência externa, como uma expressão da liberdade. O valor social, no caso, significa que essa atividade deve ser socialmente útil e que se procurará a realização da justiça social, do bem-estar social.”

A previsão expressa da função social do contrato no Código Civil brasileiro de 2002, através da inserção do artigo 421, vem, então, arrematar esse entendimento, aplicando os preceitos da justiça social, especificamente e expressamente aos contratos, consolidando

entre nós, definitivamente, o personalismo e, conseqüentemente, a visão da autonomia privada limitada.

Na definição de função social do contrato, a totalidade dos autores por nós analisados enfatiza o caráter condicionador de tal princípio, que submete o interesse privado ao interesse público, limitando, assim, a autonomia privada, ou autonomia da vontade.

Discorrendo sobre o artigo 421, assim manifesta-se **Aguiar Júnior** (2000 *apud* **Godoy**, 2004, p. 121, grifo nosso) acerca da expressão “liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social do contrato”:

“a autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhe os efeitos que lhe são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização de seus fins – garante-lhe a eficácia – não para satisfazer qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum. Ou, antes, *‘em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia’*.”

Os contratos atualmente cada vez mais interferem em terceiros, espalhando seus efeitos à comunidade, em que devem ser protegidas também as partes não contratantes, admitindo-se também a intervenção nos negócios, quando o contrato não estipular uma função social, uma vez que o contrato não é mais limitado às partes, transcendendo e outorgando uma função social frente a toda a sociedade. (Godoy, 2004)

Denota-se, do exposto, que a função social do contrato não se

volta apenas para o relacionamento entre as partes contratantes, mas também para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros, isto é, o meio social. Diante do reconhecimento da função social atribuída ao contrato, a autonomia privada não desaparece; limitado, porém, é o poder individual que dela deflui, pela agregação das ideias de justiça e solidariedade social. O exercício desta autonomia, agora, deve orientar-se não só pelo interesse individual, mas também pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade. (**Theodoro Júnior**, 2004)

Neste sentido, assim manifesta-se **Gomes** (2004, p. 86):

“ainda vigora a autonomia privada, nomeadamente no ambiente contratual, conquanto não se perca de vista a necessidade de condições isonômicas quando da ocasião da contratação. A autonomia privada não pode descuidar-se das necessidades da vida social, e o surgimento de um diferente modelo de Estado, o Social, faz com que o Direito acabe tendo de se voltar a preocupações de índole coletiva (função social) (...) e, por via de consequência, acaba deparando-se com a eticização e a socialização do direito privado.”

Pode-se então afirmar que o contrato não pode ser visto apenas como fato dos contratantes, tendo que respeitar os interesses do meio social onde seus efeitos irão refletir. Senão vejamos. Para **Negreiros** (2002, p. 498, grifo nosso),

“a nova função social atribuída ao contrato contrapõe-se, principalmente, ao princípio da relatividade – “o qual, numa visão hoje questionada, postula o isolamento da relação contratual, circunscrevendo seus efeitos apenas aos contratantes. *Em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para que se dê relevância externa ao crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social, a respeito do qual os chamados ‘terceiros’, se não podem manter indiferentes.*”

Claro está, então, que diante desta sociabilidade sobre a qual se assenta o contrato, o princípio da relatividade deve sofrer uma nova releitura, podendo ensejar, sim, vantagens ou deveres a terceiros. Conclui-se, diante disso, que o contrato não é um assunto puramente individual, passando a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes.

**Theodoro Júnior** (2004, p. 33) assim se manifesta acerca do assunto:

“nessa ótica, sem serem partes do contrato, terceiros têm de respeitar seus efeitos no meio social, porque tal modalidade de negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade. Têm também os terceiros direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua natural função econômica e jurídica, possa ter na esfera de quem não participou de sua pactuação.

(...)

O que se revela, nesse passo, é a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, consagrado em nosso sistema contratual, mas que se encontra em xeque, na sua perspectiva dogmática, especialmente em relações que tocam o mercado.”

Diante do exposto, denota-se que o contrato deixa, então, de ser interesse apenas dos contratantes, passando a refletir positiva e negativamente também em relação a terceiros. Sua eficácia, no tocante às obrigações contratuais, é sempre relativa, mas sua oponibilidade é absoluta, quando em jogo interesses de terceiros ou da comunidade.

### 3.2. Revisão contratual ante a aplicação da função social do contrato – Possibilidade

O desenvolvimento deste artigo permite deduzir que os contratantes, embora livres para ajustar os termos do contrato, deverão agir

sempre dentro dos limites necessários para evitar que sua atuação negocial se torne fonte de prejuízos injustos e indesejáveis para terceiros. Para embasar este entendimento, trazem-se, à colação, os dizeres de Theodoro Júnior (2004, p. 33). Para ele:

“é bastante nítida a preocupação social do legislador ao se afastar do princípio da relatividade dos contratos, quando impõe a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor não apenas ao fornecedor que com ele contratou, mas a todos os integrantes da cadeia de produção e circulação (CDC, art. 12); e também quando estende a proteção contra defeitos do produto, responsabilizando o fornecedor perante qualquer vítima que o tenha consumido, e não apenas em face daquele com quem contratou o fornecimento (CDC, art. 14). No mercado de consumo, exige-se amplamente um comportamento social adequado, que vai muito além dos limites tradicionais ditados pela relatividade das obrigações contratuais.”

O Estado social não se alheia aos problemas que o abuso da iniciativa contratual pode gerar no meio social em que os efeitos do contrato irão repercutir. Se algum dano indevido a terceiro ou à coletividade for detectado, a autonomia contratual terá sido exercitada de forma injurídica. Não poderá o resultado danoso prevalecer. Ou o contrato será invalidado ou o contratante nocivo responderá pela reparação do prejuízo acarretado aos terceiros (Theodoro Júnior, 2004).

Neste sentido, assim se manifesta Santos (2004, p. 127):

“o contrato será passível de modificação se não observar os critérios de justiça, equidade, sociabilidade e paridade. Que o forte não se aproveite da credibilidade do mais fraco e abuse da confiança depositada, obrigando-o a efetuar contratos que contenham cláusulas leoninas e abusivas, que venham a acarretar danos inclusive a terceiros e à coletividade. (...)”

Não faltam vozes a demonstrar descontentamento diante desta realidade fática da possibilidade de revisão do contrato por força da sua função social. A este respeito, colacionam-se os dizeres de Santos (2004, p. 127-128):

“sempre que se fala nessa ampla possibilidade de o contrato perder aquele caráter de *pacta sunt servanda*, porque objeto de espoliação e ser aberto ao prejudicado o caminho do recurso ao Poder Judiciário para a revisão ou resolução dos contratos, os ortodoxos que ainda não conseguiram se desprender do liberalismo econômico brandem com o argumento de que a segurança e a certeza jurídicas se desvanecem quando o legislador confere poderes ao juiz para alterar o que as partes aceitaram, celebraram e quiseram.

(...)

Qualquer perspectiva de o contrato ser objeto de revisão e colocado em seu rumo de justiça, equidade e sociabilidade, faz surgir corifeus do neoliberalismo que atendem interesses econômicos de grandes grupos privados, para afirmar que a segurança jurídica está morta. Para eles, “a estabilidade quer dizer segurança para as classes mais altas e as grandes companhias estrangeiras, cuja prosperidade deve ser preservada”. Bresser Pereira, economista que já serviu ao poder, não perdeu a visão crítica quando assinalou que “o problema da América Latina não é o populismo, mas a subordinação do Estado aos ricos.”

A função social do contrato garante, então, a socialização dos contratos, submetendo o direito privado a novas transformações e garantindo a estabilidade das relações contratuais, sensível ao ambiente social em que ele foi celebrado e está sendo executado, e não apenas a submissão às regras de um mercado perverso. Preconiza, desta forma, o equilíbrio entre direitos individuais e interesses sociais, permitindo a obtenção de uma relação jurídica de fato justa.

Vale destacar que o princípio do *pacta sunt servanda*, que determina que os contratos devem ser obrigatoriamente cumpridos pelas partes, revelando-se em muitos casos como uma regra injusta, por determinar o cumprimento incondicional da obrigação, não foi extirpado do mundo jurídico, mas sim enfraqueceu-se, passando a sofrer uma releitura frente à sociabilidade do Código Civil brasileiro. Vejamos o que diz Netto Lôbo (2002, p. 1):

“O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.”

Já Santos (2004, p. 117), a respeito da feição social, assumida pelos contratos frente ao Código Civil atual, assim se manifesta:

“Os contratos, aos poucos, vão se transformando, tendo uma feição social como forma de diminuir as desigualdades das partes contratantes. Mais que este aspecto social que emerge da contratação, existe uma função social que é o fiel da balança que impede o desequilíbrio arrogante, pecaminoso e ultrajante.”

Atingido em sua substância pelo princípio da função social, o contrato não se presta mais apenas à mesquinha função de criar direitos e obrigações para as partes, enquanto indivíduos, devendo estar amoldado aos preceitos do Estado Social sob pena de ser invalidado. (Santiago, 2005)

Diante do exposto, entende-se que o referido artigo 421 revitaliza o contrato, para atender aos interesses sociais, limita a manifestação de vontade dos contratantes, cria condições para o equilíbrio econômico-contratual, e possibilita a revisão judicial sempre que os efeitos externos do contrato prejudiquem injustamente os interesses

da outra parte, da comunidade ou de terceiros, estranhos ao vínculo contratual.

#### 4. Considerações finais

Conforme proposto, este artigo teve por objetivo pesquisar, analisar e descrever o entendimento doutrinário predominante acerca da possibilidade da revisão judicial dos contratos, ante à aplicação do princípio da função social do contrato no Direito Civil brasileiro. Citou-se, inicialmente, a razão histórica do contrato e sua evolução, passando de um instituto sem qualquer interferência do Estado, chegando hoje a possuir destacada função social, inclusive passível de intervenção judicial para a manutenção do equilíbrio econômico. Abordou-se a conceituação de contrato e função social, procurando demonstrar o alcance de cada instituto, no sentido de levar à compreensão do tema proposto.

Ao discorrer sobre o item “função social do contrato”, espera-se ter demonstrado a nova concepção adotada pelo Código Civil brasileiro atual, não mais de perfil individualista, patriarcal e conservador, e sim fundado numa concepção social, fora do padrão individualista. Diante do reconhecimento desta função social atribuída ao contrato, a autonomia da vontade, enquanto princípio, não desaparece; limitado, porém, é o poder individual que dela deflui, pela agregação de ideais de justiça e solidariedade social. O exercício desta autonomia, agora, deve orientar-se não só pelo inte-

resse individual, mas também pela repercussão que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade.

O mesmo ocorre com o princípio da força obrigatória dos contratos, o *pacta sunt servanda*, que passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes aos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. Este princípio, que dizia que o contrato fazia lei incondicional entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte, sofreu uma releitura, uma vez que se tornou possível a intervenção judicial no contrato.

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais, em face da sociabilidade sobre a qual se assenta o contrato, passou igualmente por uma releitura, podendo ensejar, sim, vantagens ou deveres a terceiros. O contrato, afinal, não é um assunto puramente individual, mas tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes.

Verificou-se ser possível a revisão judicial dos contratos motivada pela função social, sempre que os efeitos externos do contrato prejudiquem injustamente os interesses da outra parte, da comunidade ou de terceiros, estranhos ao vínculo contratual. Trata-se de dispositivo legal que, a um só tempo, estabelece um princípio geral de direito e uma cláusula geral de interpretação aberta, tendo como destinatário o juiz, sendo

que o teor da função social do contrato poderá ser preenchido, de ofício, por este, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, permitindo-lhe dar a solução que lhe pareça mais correta, em cada caso concreto.

Por último, observa-se que desenvolver o tema proposto é uma tarefa que está longe de terminar, sobretudo porque, a cada dia, novos marcos de atuação serão necessários, no constante desafio de se atender às mutantes carências do homem e da sociedade. Cumpre anotar que, embora se tenha buscado respostas para as questões suscitadas, não se pretendeu esgotar todas as vertentes relativas ao tema, permanecendo suas incompletudes e imperfeições como um novo desafio a ser enfrentado. ■

#### Referências

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado; direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, Fascículo 1 – Matéria Civil, São Paulo, ano 87, abr. 1998, v. 750, p. 113-120.
- BLANCHET, Jeanne. O novo código civil e a função social. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & sociedade: princípios de direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1, p. 63-72.
- BRASIL. *Código Civil brasileiro*: Lei 10.406/2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 05 jan. 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1, p. 140-141.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.
- ENCICLOPÉDIA E DICIONÁRIO ILUSTRADO KOOGAN/HOUAISS. Rio de Janeiro: Seifer, 2000.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 38.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005, t. 1, v. IV.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOUAISS, Antonio *et al.* *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato, novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo código civil. *Jus navigandi*. Teresina. a. 6. n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1998.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. II.

# IMPLICAÇÕES ACERCA DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DO MOTORISTA PROFISSIONAL – LEI 12.619/12

**Vitor Manoel Castan** | [vitorcastan@uol.com.br](mailto:vitorcastan@uol.com.br)

Advogado e professor

Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC/SP)

**Julio Cesar de Paula Silva**

Advogado e professor

Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (UEPG/PR)

## Resumo

A nova lei que trata do motorista profissional modificou de forma significativa os parâmetros até então aplicados a esse profissional e o presente estudo tem como objetivo extrair algumas conclusões e aplicações práticas dessa nova legislação. As controvérsias nos tribunais trabalhistas, principalmente à respeito da jornada de trabalho dos motoristas, são muitas e a lei veio para tentar apaziguar essa situação como, também, preocupou-se em disciplinar o tempo de direção do motorista, visando trazer mais segurança nas estradas. Um dos aspectos importantes da nova lei foi proibir a remuneração do motorista em função da distância, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive, mediante oferta de comissão. No entanto, a

vedação somente deverá ocorrer se o tipo de critério de cálculo do salário comprometer a segurança rodoviária ou da coletividade. Também, é importante ressaltar a criação dos intervalos de descanso mínimos em razão do tempo em que o motorista fica dirigindo seu veículo; da obrigatoriedade do empregado submeter-se a teste e a programa de controle de uso de drogas e de bebida alcoólica; a anotação da jornada de trabalho e do tempo de direção controlados de maneira fidedigna e a criação do tempo de espera para carga e descarga, este indenizado por meio do adicional de 30% sobre o salário hora normal

Passado o tempo entre a publicação da Lei 12.619/12 e sua entrada em vigor, é possível vislumbrar alguns dos seus reflexos no setor da atividade de transportes rodoviários.

O meio empresarial e jurídico foram desafiados com a publicação da referida lei, pois se alterou de forma significativa o padrão legislativo até então aplicado ao trabalho do motorista, principalmente no que se refere à obrigatoriedade de controlar a jornada de trabalho desse profissional. Os interessados – empresas, sindicatos e operadores do direito – ainda têm-se debruçado no estudo e nos reflexos desta nova lei.

Há muito se discute que os contratos de trabalho dos motoristas mereciam a aplicação do capítulo II, ‘*Da Duração do Trabalho*’, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, isto é, jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, e também o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, pois, basicamente, com os novos sistemas tecnológicos, como o sistema de rastreamento via satélite, já era possível controlar os movimentos do veículo, ou seja, em última análise acompanhar a própria jornada de trabalho do respectivo motorista, razão pela qual não mais se justificava a aplicação da exceção prevista no artigo 62, I, da CLT.

É certo que essa questão ainda era controversa e o Tribunal Superior do Trabalho - TST, por meio de jurisprudência pátria e da OJ 332 da SDI-1, esclarecia que o tacógrafo e o rastreador via satélite não configuravam isoladamente controle de jornada do empregado que exerce atividade externa.

Antes do advento da Lei 12.619/12 tramitavam no Congresso Nacional vários projetos de lei relacionados ao tema em estudo.

No entanto, todo o processo foi adiantado em razão da atuação do Ministério Público do Trabalho de Rondonópolis/MT, que, em 2007, obteve liminar em ação civil pública obrigando as empresas de transporte controlar a jornada diária de trabalho dos motoristas, aplicando-se a regra do artigo 74, § 3º, da CLT, que prevê que ao trabalho executado fora do estabelecimento, o horário de labor do empregado deveria ser anotado em ficha ou papeleta em seu poder. Ao final, o processo foi encerrado, pois se entendeu que toda essa discussão deveria ser mais amplamente debatida e assim impulsionou o projeto que resultou na presente lei.

O que se observa é que havia uma inquietude quanto a essa questão do trabalho do motorista e uma insegurança jurídica, esta em razão de distintas decisões principalmente dos juízes de primeiro grau.

Com a edição da nova lei, o legislador se preocupou ainda em disciplinar o tempo de direção do motorista, visando trazer mais segurança não só ao trabalhador, mas, também, para toda sociedade, evitando o excesso de jornada e contribuindo com a redução dos acidentes nas estradas.

Nesse sentido, foi instituído no artigo 235-G da Lei 12.619/12 o seguinte:

*“É proibida a remuneração do motorista em função da distância percorrida, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante oferta de comissão ou qualquer outro tipo de vantagem, se essa remuneração ou comissionamento comprometer a segurança rodoviária ou da coletividade ou possibilitar violação das normas da presente legislação.”*

O que se extrai do texto é que o legislador desejou evitar que o valor da remuneração do trabalhador esteja atrelado à sua produção de modo a comprometer a segurança

rodoviária e da coletividade, pois para o motorista receber um salário maior tem que exaurir suas forças, dirigindo excessivas horas no volante e sem nenhuma interrupção.

Assim, pela literalidade do artigo, está proibido qualquer cálculo de comissão com base na distância percorrida, no tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados que comprometam a segurança nas rodovias. Porém, a redação do artigo em comento apresenta um conceito subjetivo, pois existe ressalva levando à interpretação de que a comissão que não comprometer a segurança nas estradas é permitida.

Entende-se que, se a empresa observar as diretrizes previstas na lei e se o motorista cumprir a jornada legal e usufruir os intervalos, não há que se falar que a comissão paga ao motorista está comprometendo a segurança nas estradas.

No entanto, pode-se entender que as comissões pagas por quilometro rodado e por tempo de viagem comprometem à segurança rodoviária, pois, por si só, estimulam o motorista dirigir de forma ininterrupta.

Com efeito, as empresas de transportes de cargas rodoviárias comumente pagam a comissão sobre o valor do conhecimento de transporte e este pagamento em princípio não está proibido, uma vez que este critério de cálculo não sofre de plano o peso imposto pelas hipóteses que restringem esse pagamento, desde que o trabalho ocorra dentro dos limites legais da referida lei, principalmente no que diz respeito à jornada de trabalho.

Ora, a própria CLT em seu artigo 457, § 1º, reconhece o instituto da comissão para todos os empregados, isto é, existe a possibilidade de pagamento de salário não fixo e, *data venia*, não justifica nenhum tratamento diferenciado, mesmo

para a categoria do motorista. O direito do trabalho se vale de princípios básicos que norteiam a criação, interpretação e aplicação das normas trabalhistas. O Estado tem obrigação de proteger juridicamente o empregado e, se houvesse uma mudança significativa, certamente haveria prejuízos nos salários dos próprios motoristas já que este critério de cálculo além de ser usual pelas empresas é uma realidade amplamente difundida e sabidamente de vontade dos motoristas.

Mas, se de agora em diante os motoristas possuem controle de jornada, talvez até se possa pensar que a melhor forma de critério de cálculo do salário não seja mais pela remuneração variável, e sim, por exemplo, por hora, uma vez que o motorista não poderá trabalhar mais do que oito horas diárias, no máximo dez, duas horas extras.

Também, é de conhecimento público que muitas estradas brasileiras são ruins ou péssimas e diga-se, de passagem, que o acostamento da rodovia não pode ser confundido com uma área de descanso, até porque estacionar o veículo nesse local é infração de trânsito.

Não se pode atribuir às empresas de transportes toda a culpa das mazelas nas estradas e o governo tem que investir na malha rodoviária, inclusive, para viabilizar a aplicação da própria lei, entretanto, nesse ponto, curiosamente, o executivo apresentou veto nos artigos da lei.

Ainda é muito cedo para saber qual vai ser o posicionamento da Justiça, a legalidade do pagamento através da remuneração variável (comissão) ou se ela gera risco coletivo. Também, existe a preocupação com o Ministério Público do Trabalho que pode intervir tentando obrigar as empresas se absterem da prática da remuneração através da comissão.

O que se tem observado é que as empresas do ramo de transporte estão atentas, pois as alterações são importantes e modificam a atividade e, diante da subjetividade do artigo, é crível que estas empresas vão manter o pagamento através da comissão e aguardar para fazer valer os direitos que entendem protegidos por lei.

O impacto desta nova lei ainda vai ser sentido na sociedade, pois o escoamento da produção tende a diminuir já que existem restrições no tempo de direção. Portanto, para manter o mesmo nível de escoamento será necessária a contratação de mais motoristas, o que é bom pelo prisma do emprego, no entanto, serão mais caminhões nas estradas.

No que tange ao artigo 2º, V, da referida lei do motorista, tem-se que:

*“Jornada de trabalho e tempo de direção controlados de maneira fidedigna pelo empregador; que poderá valer-se de anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, nos termos do § 3º do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, ou de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador.”*

A censura que se faz é que as pequenas empresas ou aquelas que possuem poucos motoristas e cuja atividade principal não é a exploração de transporte de cargas, sem nenhum tipo de controle do veículo, continuarão efetivamente sem poder aferir as anotações feitas pelos próprios motoristas no diário de bordo.

De qualquer forma, a lei está vigorando para todos e será necessário, na prática, criar uma papeleta ou ficha de trabalho externo, pois é um meio seguro para apresentação em juízo, se necessário for, não obstante a lei permitir o uso de outros meios eletrônicos instalados no veí-

culo, de modo que se possa verificar o tempo de direção e os intervalos previstos na nova lei. O que se recomenda é que essa papeleta contenha somente os campos necessários para controle da jornada, facilitando seu o preenchimento e não se torne um relatório de outros interesses do empregador, sob pena de descaracterizá-la.

Recentemente o Conselho Nacional de Trânsito (Contran) baixou as Resoluções 405 e 406, de 12 de junho de 2012, disciplinando a fiscalização do tempo de direção do motorista profissional e sujeitando o infrator às penalidades previstas no artigo 230 do Código de Trânsito Brasileiro. O referido órgão também regulamentou os requisitos técnicos mínimos do registrador instantâneo de velocidade e tempo do veículo.

Ressalta-se que o motorista autônomo também deverá observar o intervalo mínimo de trinta minutos para descanso a quatro horas ininterruptas na condução do veículo (art. 67-A, § 1º, do CTB), e existindo infração o veículo poderá ser retido pelo tempo correspondente ao tempo de descanso. Ainda, o condutor autônomo também deve portar e preencher a papeleta de trabalho externo (artigo 67-C do CTB).

A nova lei é de um cunho social relevante, pois entre outros aspectos busca diminuir as ocorrências de acidentes de trânsito. Portanto, a responsabilidade não é apenas da empresa em seguir a norma; o motorista também tem a sua parcela de responsabilidade e como ele próprio é o condutor do veículo, por exemplo, a desatenção do cumprimento dos intervalos mínimos de trinta minutos de descanso a cada quatro horas de tempo ininterrupto de direção previsto no artigo 235-D, que alude a Lei 12.619/2012, sujeitará o empregado ao ressarcimento do valor da multa pela eventual

infração conforme o artigo 2º, III, da referida lei, artigo 67-C do CTB, combinado com o artigo 62, § 1º, da CLT, razão pela qual é necessário prever nos contratos de trabalho a autorização dos descontos a título de multa.

Vale lembrar que o artigo 235-B da lei em estudo elenca deveres do motorista, como, por exemplo, respeitar a legislação de trânsito e, em especial, as normas relativas ao tempo de direção e de descanso (III), e submeter-se a teste e a programa de controle de uso de drogas e de bebida alcoólica (VII), configurando infração disciplinar a recusa na participação de tais programas (parágrafo único), por isso existe a possibilidade de aplicação das sanções disciplinares previstas nas letras *b* ou *h* do artigo 482 da CLT. Registre-se que as empresas são obrigadas a instituírem o programa de controle acima referido e este deve ser organizado e bastante difundido, evitando assim abusos e alegações de constrangimentos.

A seguir comentar-se-á especificamente sobre os principais artigos da nova Lei 12.619/12.

De acordo com o artigo 2º, § único, o empregador terá obrigação de custear um seguro com cobertura dos riscos inerentes à profissão no valor mínimo de dez vezes o piso salarial da categoria do motorista. Este valor poderá ser revisto em acordo ou convenção coletiva dependendo da atuação de cada sindicato.

A duração de trabalho do motorista profissional será de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (artigo 235-C), admitindo-se a prorrogação da jornada por até duas horas extraordinárias (art. 235-C, § 1º). Em caso de força maior, poderá ser prorrogado o tempo de direção até que o motorista encontre um local seguro para estacionar o veículo (art. 235-E, § 9º). Por

exemplo, uma queda de barreira é força maior, porém a lentidão de trânsito no centro de São Paulo, não se enquadra na exceção. Ressalta-se que esse tempo gasto na lentidão do trânsito não se confunde com tempo de espera e deve ser remunerado como hora normal.

O artigo 235-C, § 6º, prevê a possibilidade de compensação de jornada de trabalho, tanto no módulo semanal, mensal ou anual (banco de horas), já que a norma não fez nenhuma distinção, porém, desde que exista previsão em instrumentos de natureza coletiva. Portanto, não é válido o acordo de compensação individual.

Pela nova lei são consideradas como tempo de espera as horas que excederem a jornada normal de trabalho quando o motorista ficar aguardando para carga ou descarga do veículo. No entanto esse tempo de espera não será considerado como hora extra e será pago de forma indenizada, a saber, sem outras repercussões ou encargos, por meio de um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário hora normal (art. 235-C, § 8º e § 9º).

Somente será devido o adicional se tempo de espera exceder a jornada diária normal de trabalho, por exemplo, caso o empregado no início da jornada aguarde quatro horas para carregar o veículo e em seguida viaje por mais quatro horas, nessa hipótese não será devido o acréscimo de trinta por cento, já que foi respeitada a duração normal de trabalho de oito horas. Também, neste exemplo, o motorista poderia no máximo continuar viajando apenas por mais duas horas extraor-

dinárias, uma vez que, repita-se, o tempo de espera só pode ocorrer depois de cumprida a jornada e não no início dela, pois o parágrafo 8º do artigo 245-C preceitua que o tempo de espera é aquele que excede a jornada normal de trabalho.

Observem que se entende como serviço efetivo o período em que o empregado permaneça à disposição do empregador (art. 4º da CLT), daí entender quatro horas de tempo de espera mais quatro horas diárias de condução, cumprida está a jornada diária de oito horas de trabalho.

Imagine outra situação: o motorista usa toda a sua jornada diária de oito horas para chegar ao destino, aguarda duas para descarregar o veículo, *tempo*

*de espera*, no entanto, passado esse tempo é avisado que somente vai poder descarregar às 09h00min horas do dia seguinte. Assim, a partir do aviso o empregado entra no seu tempo de repouso diário de onze horas, o qual não é remunerado, podendo usufruí-lo na cabine-leito do caminhão (artigo 235-D, III). No dia seguinte às 09h00min horas inicia a sua jornada normal de trabalho e descarrega o caminhão, observem que nesse caso não há que se falar em continuação do tempo de espera, exceto se fosse exigida a permanência do empregado junto ao veículo para cuidar da carga (art. 235-E, § 4º).

Além dos intervalos legais já conhecidos de descanso e alimentação no meio e entre a jornada de trabalho, foi instituído outro intervalo de trinta minutos a cada quatro horas ininterruptas de direção, o qual poderá ser fracionado, por exemplo, a

## PODE-SE ENTENDER QUE AS COMISSÕES PAGAS POR QUILOMETRO RODADO E POR TEMPO DE VIAGEM COMPROMETEM À SEGURANÇA RODOVIÁRIA

cada 2 (duas) horas de direção uma parada de quinze minutos. Ressalta-se que o referido intervalo pode coincidir com o intervalo para descanso e alimentação (art. 235-D, I e II).

Conforme o artigo 235-E, § 1º da lei nova, o DSR (descanso semanal remunerado) será de trinta e seis horas se a duração da viagem for superior a uma semana, o qual poderá ser usufruído no domicílio do empregado ou em outro local desde que a empresa ofereça condições adequadas para o efetivo gozo, ou seja, um alojamento. Ressalta-se que esse DSR poderá ser fracionado em trinta horas seguidas e seis horas a serem gozadas na mesma semana. Para esclarecimento a regra geral do DSR é a soma do intervalo de onze horas entre uma jornada e outra prevista no artigo 66 da CLT, com o descanso semanal de vinte quatro horas que alude o artigo 67 também da CLT.

Existindo trabalho em dupla no mesmo veículo, o tempo que *exceder* a jornada normal de trabalho, o motorista que estiver em repouso no veículo em movimento será considerado como tempo de reserva e será remunerado na razão de 30% (trinta por cento) da hora normal (art. 235-E, § 6º). Ressalta-se que a estes motoristas são garantidos um repouso diário de seis horas consecutivas fora do veículo (art. 235-E, § 7º).

Em razão da especificidade do trabalho de transporte, poderá ser ajustada em convenção ou acordo coletivo jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso (artigo 235-F).

Finalizando, são esses os apontamentos que se entendem relevantes, pois a lei reproduz outros direitos já consagrados no universo dos direitos trabalhistas, e outros aspectos fogem ao objeto do presente estudo. ■

# DESDOBRAMENTOS DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, CIVIL E CRIMINAL DO PERITO JUDICIAL (PARTE II)

**Leandro Vieira** | [vieirae@terra.com.br](mailto:vieirae@terra.com.br)

Advogado/SC

Professor substituto do Curso de Direito da FURB

Especialização em Ciências Forenses: Perícias Cíveis e Criminais

## Excertos

*Além de traduzir exercício de função pública, o laudo produzido pelo perito traduz ato essencial à função jurisdicional, quando reputado necessário*

*Quando o juiz nomeia o perito e fixa o prazo para a entrega do laudo, será ele intimado da nomeação, abrindo-se prazo para escusa ou aceitação, com a subsequente proposta de honorários*

*Ocorrendo dano a parte ou interessado, o perito que por dolo ou culpa causou esse dano com informações inverídicas deve indenizar o prejudicado*

## 2. A responsabilidade civil do perito judicial

Este mês, conforme prometido, trataremos da responsabilidade civil do perito enquanto desempenha a função de auxiliar da justiça como perito nomeado.

Principiamos indicando qual o fundamento legal que classifica o perito como auxiliar da justiça, para em seguida explicitar os requisitos exigidos para sua nomeação como tal.

Seguimos tratando de sua remuneração e finalmente sobre o dolo ou culpa na configuração de sua responsabilidade civil.

Espero que gostem.

### 2.1. O perito judicial como auxiliar da justiça

O perito é um auxiliar da justiça, como já vimos, nomeado pelo juiz quando necessária a produção de prova técnica em determinado processo.

Quem lhe atribui esse “múnus público” é a própria lei (art. 139 do Código de Processo Civil), que

o coloca na mesma condição do escrivão, do oficial de justiça, do depositário, do administrador e do intérprete.

Sua função, portanto, é servir ao Estado (personificado na pessoa do magistrado), responsável pela administração da justiça, e em última análise à própria justiça, aqui compreendida como a verdade a ser descortinada através do processo.

Trata-se, pois, de uma função pública, mas que não depende de concurso público, e sim de uma nomeação do juiz (cargo de confiança, provisório e específico para cada processo), que não atende ao interesse das partes, mas do Poder Judiciário na solução do conflito.

Além de traduzir exercício de função pública, o laudo produzido pelo perito traduz ato essencial à função jurisdicional, quando reputado necessário.

Uma premissa importante diz respeito à essencialidade do laudo pericial à liberdade intelectual e cognitiva do juiz e, em última instância, à sua independência funcional e ao predicado de imparcialidade.

Um juiz auxiliado por perito inidôneo, seja em razão da crônica ineficiência, seja por força de parcialidade, não tem independência para decidir.

A responsabilidade do perito é tão alta quanto a do juiz, em razão desta proximidade das respectivas funções.

Os princípios e regras que dominam a atividade pericial partem de um substrato axiológico alimentado pela essencialidade do perito à administração do sistema judicial.

## 2.2. Requisitos profissionais do perito judicial

Fala-se em conhecimento “técnico ou científico”, porque às ve-

zes o ponto controvertido não se prende necessariamente a aspecto que exige estudo ou aprimoramento acadêmico.

Basta o conhecimento, ainda que empiricamente adquirido, para a pessoa ser perito.

O art. 145, em seu § 1º, estabelece uma preferência: devem ser escolhidos profissionais de nível superior, devidamente inscritos em seu órgão de classe, mas o § 3º assegura a possibilidade de nomeação de qualquer pessoa, desde que tenha o conhecimento exigido para a tarefa, independentemente de qualificação profissional, onde não houver profissionais com a capacitação exigida.

Segundo alguns doutrinadores, a nomeação de determinados especialistas, e não de qualquer pessoa, encontra-se apenas quando se cuidar de falsidade documental ou perícia médico-legal, já que o art. 434 determina que será escolhido o técnico dos estabelecimentos oficiais especializados (Instituto de Criminalística e Instituto Médico-Legal).

Porém, não se poderia imaginar a nomeação de um perito que não tenha no mínimo graduação em engenharia civil para realizar inspeção sobre imóvel que está ruindo.

Logo, a regra da “preferência” de peritos profissionalmente qualificados deve, sempre que possível, ser observada.

## 2.3. A remuneração do perito judicial

Por ser auxiliar eventual da justiça, a remuneração do perito, denominada ‘honorários’, é arcada pela parte que requereu a produção da prova, ou pelo autor, quando ambas as partes requererem ou quando determinado de ofício pelo juiz.

Via de regra, os honorários são pagos antecipadamente, sob pena

de precluir a oportunidade da prova, mediante depósito bancário à disposição pelo juízo, para ser levantado quando da entrega do laudo, podendo ocorrer liberação parcial (art. 33, parágrafo único).

“INTERESSANTE: Diz-se ‘via de regra’ porque se a parte que pedir a produção da prova ou ambas forem beneficiárias da assistência judiciária gratuita, o perito só irá receber ao final da que perder a causa, e se esta for beneficiária também, quem pagará é o Estado.”

A liberação parcial se presta para possibilitar ao perito o início dos trabalhos, já que ele terá custos iniciais.

Tornou-se praxe a liberação de metade dos honorários no início da diligência e o levantamento do restante após a entrega do laudo.

### “CASUÍSTICA:

Adiantamento da remuneração do perito. *Os motivos da parte, de que existe diferenciação entre a prova técnica que pediu e a que foi solicitada pelo agravado, não se apresentam válidos para o fim de exonerá-la daquela incumbência, pois persiste indubitosa a regra do CPC 33. Na verdade, a perícia foi justificada na sua necessidade pelo juízo de primeiro grau e, mesmo que os enfoques probandos possam ser distintos, nem por isso se arrefece a regra do dispositivo invocado (CPC 33), pois é curial que os meandros da prova ou suas perquirições aditivas não afetam sua unicidade” (STJ, 3ª T., Ag 46512, rel. Min. Nilson Naves, j. 1.2.1994, DJU 4.2.1994, p. 991).*

Quando o juiz nomeia o perito e fixa o prazo para a entrega do laudo, será ele intimado da nomeação, abrindo-se prazo para escusa ou aceitação, com a subsequente proposta de honorários.

Em seguida, o responsável pelos honorários deverá se manifestar acerca deles, pois não é razoável que o juiz os arbitre baseado unicamente na proposta, ato unilateral a que causa gravame à parte.

É mister a concordância desta.

Se houver divergência entre o perito e a parte sobre os honorários, cabe ao juiz fixá-los, levando em consideração o trabalho a ser desenvolvido e as tabelas de honorários profissionais elaboradas pelas entidades de classe.

Havendo aceitação pela parte, ou decisão do juiz, os honorários serão depositados, para só então ter início a diligência, posto que o profissional nomeado não está obrigado a dar início à sua tarefa sem o acerto de sua remuneração.

“CURIOSIDADE: *A remuneração do assistente técnico é encargo da parte, não sendo necessário seu acerto pelo juiz. Como também se considera antecipação de despesas, o vencido será condenado a ressarcir os honorários do assistente técnico da parte vencedora (CPC 20).*”

#### 2.4. O dolo ou culpa do perito (CPC, art. 147)

Para configurar-se a infração prevista na norma sob análise, não é preciso que ocorra o evento danoso, isto é, que a informação inverídica prestada pelo perito cause efetivo prejuízo a parte ou interessado.

A infração é de natureza formal, bastando para caracterizá-la a simples prestação da informação inverídica, por dolo ou culpa do perito.

Verificada a infração, o juiz proferirá decisão inabilitando o perito para o exercício de sua atividade, em processo judicial, por dois anos.

São dados fornecidos pelo perito que não correspondem à reali-

dade dos fatos, bem como as configurações técnicas e científicas da área de conhecimento do perito.

Também ocorre quando o perito emprega fórmulas incorretas ou elementos inidôneos para chegar ao resultado da perícia (Fornaciari, *Ajuris* 10/21).

O efetivo prejuízo causado por informações inverídicas prestadas culposa ou dolosamente pelo perito é requisito para que haja o dever de indenizar o prejudicado, mas não é requisito para

a aplicação da pena de inabilitação, que deve ser imposta quando da simples ocorrência da falsa perícia (Fornaciari, *Ajuris* 10/24).

Ocorrendo dano a parte ou interessado, o perito que por dolo ou culpa causou esse dano com informações inverídicas deve indenizar o prejudicado.

Esta indenização deve ser pleiteada em ação própria.

O juiz do processo civil onde foi prestada a informação inverídica pelo perito deverá fixar expressamente a responsabilidade do perito, inabilitando-o para exercer suas atividades, no processo civil por dois anos.

*O quantum* da pena é fixo, não comportando gradação pelo juiz.

Transitada em julgado a decisão civil que impôs a pena, não pode o apenado exercer a atividade pericial em nenhum processo judicial, sob pena de cometer o crime do CP 359.

A conduta tipifica o crime, quando a inabilitação é imposta quer no processo penal (CP 92), quer no processo civil (CPC 147) (RT 500/346; RF262/287).

Não mais se aplica o entendimento do STF (RTJ 79/401) de que somente a inabilitação imposta em processo penal ensejaria o crime do CP 359, porque o fato ali analisado foi praticado quando vigente o CPC/39, que não tinha redação tão abrangente quanto a do CPC 147.

As decisões penais que se lhe seguiram (v.g RT 553/353) não levam em conta a modificação da lei processual civil.

“CASUÍSTICAS:

*Crime de desobediência.* ‘O crime definido no CP 359 pressupõe decisão judiciária de natureza penal e não civil’ (RTJ 79/401). No mesmo sentido: RT 553/353. Em sentido contrário: RT 500/346; RF 262/287. V. coment 7 CPC 147.

*Demora na apresentação de esclarecimento.* Não é motivo para que o juiz aplique ao perito a pena de inabilitação, por inexistir o elemento subjetivo a revelar dolo ou culpa, ou por não ter ele prestado declaração inverídica (RT 603/71).

*MS.* Não constitui ilegalidade ou abuso de poder, suscetível de exame na via estreita do mandado de segurança, o ato do juiz que, convencido de que o perito prestou informações inverídicas, lhe aplica a sanção de inabilitação expressamente prevista na lei (RT 610/217).

*Sindicância.* O fato de o perito estar respondendo a sindicância por trabalho realizado em outro processo não significa que o laudo por ele apresentado seja parcial, nem que tenha agido com dolo ou culpa. Enquanto não aplica a ele a pena de inabilitação, o perito goza de toda a credibilidade advinda da nomeação (JTACivSP 108/457).

*DOCTRINA LINKADA:* Artigo de Clito Fornaciari Júnior – Responsabilidade do perito (*Ajuris* 10/18).”

No próximo mês trataremos a última parte deste ensaio jurídico, e o diálogo estabelecido é sobre a responsabilidade criminal do perito judicial.

Não perca! ■

## CIVIL E COMERCIAL

### NOVO AJUSTE ENTRE CREDOR E DEVEDOR SEM ANUÊNCIA DO FIADOR EXTINGUE A GARANTIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.013.436 – RS

Órgão julgador: 4a. Turma

Fonte: DJe, 28.09.2012

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

#### DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRANSAÇÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR SEM ANUÊNCIA DOS FIADORES. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FIANÇA. EXONERAÇÃO DOS FIADORES.

1. A transação e a moratória, conquanto sejam institutos jurídicos diversos, têm um efeito em comum quanto à exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre o credor e o devedor (arts. 1.031, § 1º e 1.503, I, do CC de 1916). Assim, mesmo existindo cláusula prevendo a permanência da garantia fidejussória, esta é considerada extinta, porquanto o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 1.483 do CC de 1916, ou seja, a responsabilidade dos fiadores restringe-se aos termos do pactuado na avença original, com a qual expressamente consentiram. Inteligência da Súmula 214 do STJ.

2. No caso concreto, o Tribunal *a quo* consignou a realização de transação entre credor e devedor, sem anuência do fiador, com dilação de prazo para pagamento da dívida. Extinguiu-se, portanto, a obrigação do garante pela ocorrência simultânea da transação e da moratória.

3. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Se-

nhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2012 (Data do

Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. O Banco do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação de execução em face de (...), (...) e (...), estes dois últimos na condição de fiadores, referente a instrumento particular de confissão de dívida (fls. 3-7).

Os fiadores apresentaram exceção de pré-executividade (fls. 178-181) pleiteando sua exclusão do polo passivo da execução, uma vez que o contrato de fiança abarcou tão somente o pacto original, estando fora de seu âmbito a transação firmada entre o exequente e o devedor (fl. 40-42).

A exceção foi acolhida pelo juiz de piso (fls. 199-201).

O TJ/RS, no entanto, deu provimento à apelação, nos seguintes termos (fls. 222-230):

Ação de execução de título extrajudicial. Transação entre o credor e o devedor, sem a anuência dos fiadores. Exceção de executividade por extinção da fiança.

A transação entre o credor e o devedor é válida em si mesmo, e, no caso, não extinguiu a fiança nem desobrigou os fiadores que não anuíram, porque a transação implicou em valor menor ao efetivamente devido e afiançado, e, em cláusula especial e expressa, ressaltou-se que a execução prosseguiria contra o devedor e os fiadores pelo valor primitivo, se não houvesse o pagamento da transação.

A transação, que não agrava a obrigação assumida pelos fiadores, não afasta a sua responsabilidade pelo adimplemento da dívida.

Justifica-se, pois, o prosseguimento da execução contra os executados, devedor e fiadores, descaracterizando a exceção de executividade por extinção da fiança, que não se verificou.

Nas razões do recurso especial interposto com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, foi alegada violação dos arts.

366, 838, § 1º e 844 do CC de 2002 (arts. 1.301, § 1º e 1.503, I, do CC de 1916), bem como dissídio jurisprudencial (fls. 236-244).

Em suma, sustentaram que a obrigação assumida pelo fiador encerra-se no próprio contrato, sendo a transação um novo ajuste entre credor e devedor que, sem a anuência daquele, tem o condão de extinguir a garantia, mormente em face da interpretação restritiva que se deve aplicar ao contrato, a reclamar a aplicação analógica da Súmula 214 do STJ.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 249-253), que foi admitido na instância primeva (fl. 255-259).

Atendendo ao despacho de fl. 265, informaram os recorrentes remanescer interesse no julgamento do recurso (fl. 270).

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de exclusão dos fiadores do polo passivo da execução, em virtude da ocorrência de transação entre credor e devedor sem a anuência daqueles, tendo havido, ainda, prorrogação do prazo para pagamento do débito.

O Tribunal de origem consignou expressamente a ocorrência de transação entre credor e devedor sem anuência do fiador, com dilação de prazo para pagamento da dívida (fls. 228-229):

O meu voto determina-se segundo as seguintes cláusulas da transação entre o banco e o devedor principal (fl. 31):

“g) O presente acordo, também, não implica em renúncia de direitos creditícios do exequente com relação aos fiadores, sendo que, no caso de inadimplemento dos pagamentos ora acordados, a ação terá prosseguimento nos termos em que foi proposta, sem liberação dos mesmos;

h) Permanecem como fiadores (...) e (...).”

O banco, como credor do valor de R\$ 24.086,88, propiciou o pagamento do valor de R\$ 7.959,90, em 40 parcelas mensais e sucessivas (fl. 30, item “c”).

O devedor não pagou, conforme a petição do exequente (fl. 36). Apesar das condições vantajosas, mesmo assim o pagamento não

ocorreu, a não ser de algumas parcelas, conforme o cálculo (fls. 39-43).

A transação entre o credor e o devedor é válida em si mesmo, e, no caso, não extinguiu a fiança nem desobrigou os fiadores que não anuíram, porque a transação implicou em valor menor ao efetivamente devido e afiançado, e, em cláusula especial e expressa, ressaltou-se que a execução prosseguiria contra o devedor e os fiadores pelo valor primitivo, se não houvesse o pagamento da transação.

Não obstante, entendeu pela não exoneração dos fiadores, uma vez que, no acordo, constara a permanência da garantia fidejussória, bem como o valor do débito fora reduzido, não trazendo nenhum ônus adicional aos garantidores.

3. O art. 1.031, § 1º, do Código Civil dispõe:

Art. 1.031. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervieram, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§1º Se for concluída entre o credor e o devedor principal, desobrigará o fiador.

Por sua vez, o artigo 1.503, inciso I, do mesmo diploma preconiza:

Art. 1.503. O fiador, ainda que solidário com o devedor principal (arts. 1.492 e 1.493), ficará desobrigado:

I – Se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor.

Nessa linha, a transação e a moratória, conquanto sejam institutos jurídicos diversos, têm o efeito comum de exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre o credor e o devedor.

Assim, mesmo existindo cláusula prevendo a permanência da garantia fidejussória, esta é considerada extinta, porquanto o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 1.483 do CC de 1916, ou seja, a responsabilidade dos fiadores restringe-se aos termos do pactuado no contrato anterior, ao qual expressamente consentiram.

Confira-se o teor do referido dispositivo legal:

Art. 1.483. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

4. Idêntico raciocínio se aplica em relação ao fundamento utilizado pelo Tribunal a

quo de que a transação ocasionara a redução da dívida, fazendo permanecer o contrato de fiança.

É que, além da interpretação restritiva característica do referido contrato, a extinção da garantia se deu com base em duplo fundamento, qual seja, a ocorrência da transação e da moratória simultaneamente.

No que tange à moratória, não é necessário que haja propriamente uma novação para que a obrigação do fiador seja extinta, porquanto o mero protraimento do prazo para pagamento da dívida já consubstancia, por si só, situação prejudicial ao fiador, uma vez que importa o prolongamento do contrato de fiança em relação ao devedor já reconhecidamente inapto a adimplir tempestivamente suas dívidas, exatamente o que ocorreu nestes autos, em que o devedor pagou apenas algumas parcelas do débito novado.

Doutrina abalizada, comentando o art. 838, I, do CC de 2002, cujo teor é igual ao do art. 1.503, I, do CC, de 1916, elucida:

A moratória, propriamente, é a concessão de prazo suplementar para que o devedor cumpra sua obrigação. Para grande parte da doutrina, essa hipótese legal deve ser entendida, verdadeiramente, como uma novação. É certo que, havida a novação, sem a aquiescência do fiador, extinta estará a fiança, tanto quanto ela se extingue se havida a transação (art. 844, § 1º). (...)

Bem de ver, porém, que, se com a novação se extingue a originária obrigação, crê-se ter-se exigido menos no preceito em exame. Foi pretensão do legislador figurar caso em que, mesmo sem aquela indireta extinção, persista a dívida, todavia com novo e dilargado prazo para pagamento, o que coloca em risco a situação do fiador, com a eventual insolvência do devedor já reconhecidamente inapto a pagar no prazo, daí exigindo a respectiva anuência do garantidor, sob pena de extinção da fiança. (PELUSO, Celso. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2010, p. 854)

Esse também é o magistério de Pontes de Miranda, que, inclusive, atribui não apenas à moratória o efeito de exoneração da fiança, mas também ao prazo de tolerância pelo credor para pagamento da dívida pelo devedor principal:

Outrossim, se o credor dá prazo de graça ou de espera e no curso do prazo o devedor principal se arruína ou de qualquer modo fica em situação de menor possibilidade de solver a dívida, o fiador não o sofre.

(...) se o credor anui em dilação ao devedor, à, no art. 1.503, I, do Código Civil, dita “moratória”, o fiador está liberado (...) (Tratado de Direito Privado. Belo Horizonte: Book-seller, 2006, p. 198)

Em situação similar à dos autos (execução de fiança dada em garantia de contrato de abertura de crédito), a ilustre Ministra Nancy Andrighi externou o mesmo posicionamento:

Civil e processo civil. Recurso especial. Embargos do devedor. Execução de fiança dada em garantia de contrato de abertura de crédito. Posterior ocorrência de transação entre credor e devedor, sem anuência do fiador, com dilação de prazo para pagamento da dívida. Ocorrência de moratória. Desoneração da garantia. Multa pelo caráter protelatório dos embargos.

– Afasta-se a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC quando não se caracteriza o propósito protelatório na interposição dos embargos de declaração.

– O acórdão reconheceu a existência de moratória concedida sem a anuência do fiador. Extingue-se, assim, a garantia antes concedida, nos termos do art. 1.503, I, do CC/16.

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1047117/PE, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 03/12/2009)

5. Tome-se ainda, como parâmetro, a Súmula 214 do STJ, a qual, apesar de se referir a contratos de locação, pode ser aplicada por extensão à situação dos autos, uma vez que a natureza da fiança é a mesma.

Preceitua o referido enunciado: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

Nesse sentido:

LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PARCELAMENTO DO DÉBITO LO-

CATÍCIO. MORATÓRIA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. FIADORA QUE SUBSCRITOU O ACORDO MORATÓRIO COMO REPRESENTANTE LEGAL DA LOCATÁRIA. CONCORDÂNCIA COM O ATO. MANUTENÇÃO DA GARANTIA FIDEJUSSÓRIA. FIADOR QUE NÃO PARTICIPOU DO ATO. EXONERAÇÃO DA FIANÇA. PRECEDENTES.

1. O acórdão hostilizado solucionou as questões apontadas como omitidas de maneira clara e coerente, apresentando as razões que firmaram o seu convencimento.

2. Havendo transação e moratória, sem a anuência dos fiadores, não respondem esses por obrigações resultantes de pacto adicional firmado entre locador e locatário, ainda que exista cláusula estendendo suas obrigações até a entrega das chaves.

3. O fiador que subscreveu o acordo moratório, ainda que na condição de representante legal da pessoa jurídica locatária, tem ciência inequívoca do ato, o que afasta a pretensão de ser exonerado da garantia com base no art. 1.503, inciso I, do Código Civil de 1916.

4. Havendo dois fiadores e sendo a moratória assinada apenas por um deles, o cogarante que não participou do mencionado acordo resta exonerado.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp 865.743/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 31/05/2010)

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE DÉBITOS ORIUNDOS DO CONTRATO DE LOCAÇÃO. MORATÓRIA CONCEDIDA AO LOCATÁRIO, SEM ANUÊNCIA DOS FIADORES. EXONERAÇÃO DA GARANTIA. ART. 838, I, DO CC/02.

1. A moratória concedida ao locatário, pelo parcelamento da dívida oriunda do contrato locatício, constitui o aditamento das obrigações assumidas pelos garantes do contrato de locação.

2. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os fiadores exoneram-se da garantia prestada no contrato de locação, bem como da solidariedade em relação

ao locatário, se não anuíram com o pacto moratório. Art. 838, I, do Código Civil de 2002 (art. 503, I, CC/16). Aplicação do enunciado da Súmula 214 desta Corte.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 990.073/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 01/03/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. MORATÓRIA. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DO FIADOR. SOLIDARIEDADE. EXONERAÇÃO. ART. 838 DO CÓDIGO CIVIL (ART. 1503, I, DO CÓDIGO CIVIL/1916). SÚMULA 214/STJ.

I – A moratória oriunda de parcelamento da dívida locatícia constitui o aditamento das obrigações assumidas pelos garantes do contrato de locação.

II – Os fiadores exoneram-se da garantia prestada no contrato de locação, bem como da solidariedade em relação ao locatário, se não houve anuência em relação ao pacto moratório, a teor do art. 838 do Código Civil (art. 1503, I, do Código Civil/1916), devendo ser aplicado o enunciado da Súmula nº 214 desta Corte. Precedentes.

III – Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 706.691/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 356)

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para excluir os fiadores do polo passivo da execução, nos termos da decisão do juiz de piso.

É o voto.

### **CERTIDÃO**

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

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

## **IMOBILIÁRIO**

### **COMPRADOR DE IMÓVEL LITIGIOSO NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA OPOR EMBARGOS DE TERCEIRO**

Superior Tribunal de Justiça  
Recurso Especial n. 1.227.318 – MT  
Órgão julgador: 3a. Turma  
Fonte: DJe, 14.11.2012  
Relator: Ministro Sidnei Beneti

#### **DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL LITIGIOSO. LIBERAÇÃO DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. TERCEIRO ADQUIRENTE. ILEGITIMIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. PUBLICIDADE ACERCA DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL. CIÊNCIA DO COMPRADOR. REGRA DO ART. 42, § 3º, DO CPC. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS. PRECEDENTES. NÃO-PROVIMENTO.**

1. A convicção a que chegou o Acórdão acerca de que o Recorrente, ao comprar o imóvel, tinha pleno conhecimento de que estava adquirindo coisa litigiosa, decorreu da análise do contrato de compra e venda firmado pelas partes e do conjunto fático-probatório, de modo que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame dos mencionados suportes, obstando a admissibilidade do especial à luz das Súmulas 5 e 7 desta Corte.

2. Ao adquirente de qualquer imóvel impõe-se a cautela de obter certidões junto aos cartórios de distribuição, de processos judiciais, devendo, ainda, informar-se acerca da situação pessoal dos alienantes bem como do próprio imóvel, cientificando-se da existência de eventuais demandas e ônus sobre a unidade objeto do contrato, como, aliás, é do agir comum nos negócios imobiliários.

3. A regra do art. 42, § 3º, do CPC, que estende ao terceiro adquirente os efeitos da coisa julgada, somente deve ser mitigada quando for evidenciado que a conduta daquele tendeu à efetiva apuração da eventual litigiosidade da coisa adquirida. Há uma presunção relativa de ciência do terceiro adquirente acerca da litispendência, cumprindo a ele demonstrar que adotou todos os cuidados que dele se espera-

vam para a concretização do negócio, notadamente a verificação de que, sobre a coisa, não pendiam ônus judiciais ou extrajudiciais capazes de invalidar a alienação. (RMS 27.358/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 25/10/2010).

4. Não se considera terceiro quem adquire a coisa litigiosa, não podendo, portanto, opor embargos, aplicando-se o disposto no art. 42, par. 3º, do CPC. Precedentes.

5. Recurso Especial a que se nega provimento.

## 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). GILDO CAPELETO, pela parte RECORRENTE: MARCOS IVAN PERAZZA  
Brasília, 06 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1. MARCOS IVAN PERAZZA interpõe Recurso Especial, com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 do permissivo constitucional, contra Acórdão (fls. 820/835) da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (Rel. Des. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA), assim ementado (fls. 820):

EMBARGOS DE TERCEIRO – AQUISIÇÃO DE COISA LITIGIOSA – CARÊNCIA DA AÇÃO.

Não ostenta a qualidade de terceiro aquele que adquire a coisa litigiosa, com o que não pode opor os embargos respectivos, aplicando-se o disposto no art. 42, par. 3º, do CPC.

2. No caso em exame, o Recorrente interpôs Apelação contra a sentença que extinguiu

os Embargos de Terceiros, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme a ementa acima transcrita, ao entender que “Não ostenta a qualidade de terceiro aquele que adquire a coisa litigiosa” (fls. 820).

Irresignado, o Recorrente interpôs Embargos de Declaração com efeitos infringentes, os quais foram desprovidos pelo Colegiado Estadual, sob o fundamento de que não houve obscuridade, contradição ou omissão no Acórdão hostilizado (fls. 888/895).

3. Persistindo o inconformismo, o Recorrente interpôs Recurso Especial, no qual sustentou violação do artigo 472 do Código de Processo Civil e das Súmulas/STJ 84 e 375. Nos seus termos (fls. 902):

No caso em tela o Acórdão objurgado afronta as referidas Súmulas, impedindo o Terceiro Adquirente de boa-fé de exercer seu direito de defesa da posse (posse de mais de 12 anos consecutivos consumando-se, inclusive, a prescrição aquisitiva).

Não se considerou o Recorrente Adquirente como Terceiro, contrariando a Súmula 84 deste Sodalício; bem como não observou a falta de registro do gravame à margem da matrícula, em total ofensa à Súmula 375 também desta Corte.

Por derradeiro, trouxe à colação julgados paradigmas, também do Superior Tribunal de Justiça, com o escopo de demonstrar a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

4. Contra-arrazoado (fls. 944/961), o Recurso Especial foi admitido (fls. 971/973).

5. Opinou o Subprocurador-Geral da República Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS pelo não conhecimento do Recurso Especial (e-STJ fls. 1.005/1.008).

6. Subindo os autos a esta Corte, em decisão monocrática, dei provimento ao Recurso Especial, “reconhecendo a legitimidade ativa do Recorrente para opor Embargos de Terceiro e determinando o prosseguimento do feito” (fls. 1.014).

7. Os Recorridos interpuseram então Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados às fls. 1.038/1.039, diante do intuito de “reapreciação da causa, o que não se admite com a objetividade do recurso manejado” (fls. 1.038).

Diante dessa decisão, os Recorridos interpuseram novamente Embargos de Declaração, no qual requereram a apreciação das arguições de: “a) ausência de impugnação nas razões do Recurso Especial a todos os fundamentos do Acórdão recorrido; b) ausência de similaridade entre os casos confrontados para a demonstração da divergência jurisprudencial; e c) inoportunidade de dissídio entre o Acórdão Recorrido e a posição do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria efetivamente posta em julgamento” (fls. 1.049).

Os referidos Embargos de Declaração foram rejeitados às fls. 1.059/1.060, com determinação de imediata baixa dos autos à origem.

Sobreveio o Agravo Regimental interposto pelos Recorridos, em que pugnam pela reforma da decisão hostilizada, sob a alegação de que “o conhecimento prévio do comprador acerca da litigiosidade do bem manifestado no próprio contrato de compra e venda torna este sucessor do vendedor em relação ao processo, nos termos do art. 42, § 3º, do CPC, que, assim, não tem legitimidade para opor embargos de terceiro” (fls. 1.065).

Assim, tendo sido negado provimento ao referido recurso (fls. 1.087/1.092), foram interpostos Embargos de Declaração, que restaram rejeitados às fls. 1.110/1.114.

Interpostos novos Embargos de Declaração pelo Recorrido, estes foram acolhidos pela e. Terceira Turma, tendo sido determinada a inclusão do presente Recurso Especial em pauta (fls. 1.133).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

8. A irresignação formulada no Recurso Especial não merece prosperar, como, aliás, já se evidenciava pelos argumentos expostos pelo conteúdo do voto da E. Ministra NANCY ANDRIGHI, por ocasião da Sessão de Julgamento em que se concluiu pelo julgamento pela própria Terceira Turma, afastando-se a decisão monocrática anteriormente por mim proferida, consignando-se aqui os julgados anteriores à E. Ministra pelo melhor aprofundamento da análise do caso.

9. A controvérsia gira em torno da legitimidade do ora Recorrente para opor Embargos de terceiro com o intuito de liberar o imóvel de determinada constrição judicial junto à massa insolvente de (...).

O Tribunal de Justiça, mantendo a sentença que declarou a ilegitimidade ativa ad causam do Recorrente, com fulcro no art. 42, § 3º, do Código de Processo Civil, concluiu que, *in verbis* (fls. 824):

Portanto, do que se infere dos autos, o embargante que adquiriu coisa já litigiosa está sujeito aos efeitos que a decisão guerreada produziu (artigo 42, § 3º, do CPC), não sendo mais considerado terceiro.

Em que pese ser completamente desnecessário e irrelevante checar se o embargante teve ciência da litigiosidade do bem que adquiriu, destaque que no contrato de compra e venda que se prestou para a aquisição de posse e propriedade consta expressamente, e sem ressalvas, que o mesmo tem ciência dos ônus judiciais que pesam sob o imóvel.

Com isso, observa-se que o embargante, adquiriu coisa litigiosa, uma vez que a transação se deu anos após a citação do vendedor e o trânsito em julgado da sentença que o declarou insolvente.

Assim, a convicção a que chegou o Acórdão acerca de que o Recorrente, ao comprar o imóvel, tinha pleno conhecimento de que estava adquirindo coisa litigiosa, decorreu da análise do contrato de compra e venda firmado pelas partes e do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame dos mencionados suportes, obstando a admissibilidade do especial à luz das Súmulas 5 e 7 desta Corte.

10. De qualquer sorte, mesmo afastando os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ, a e. Terceira Turma desta Corte entende que o adquirente de qualquer imóvel pode obter certidões junto aos cartórios de distribuição, informando-se acerca da situação pessoal dos alienantes bem como do próprio imóvel, cientificando-se da existência de eventuais demandas e ônus sobre a unidade objeto do contrato.

Com efeito, “na alienação de imóveis litigiosos, ainda que não haja averbação dessa circunstância na matrícula, subsiste a presunção relativa de ciência do terceiro adquirente

acerca da litispendência, pois é impossível ignorar a publicidade do processo, gerada pelo seu registro e pela distribuição da petição inicial.” Anote-se:

PROCESSO CIVIL. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL LITIGIOSO. TERCEIRO ADQUIRENTE. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA. LIMITES.

1. A regra do art. 42, § 3º, do CPC, que estende ao terceiro adquirente os efeitos da coisa julgada, somente deve ser mitigada quando for evidenciado que a conduta daquele tendeu à efetiva apuração da eventual litigiosidade da coisa adquirida. Há uma presunção relativa de ciência do terceiro adquirente acerca da litispendência, cumprindo a ele demonstrar que adotou todos os cuidados que dele se esperavam para a concretização do negócio, notadamente a verificação de que, sobre a coisa, não pendiam ônus judiciais ou extrajudiciais capazes de invalidar a alienação.

2. Na alienação de imóveis litigiosos, ainda que não haja averbação dessa circunstância na matrícula, subsiste a presunção relativa de ciência do terceiro adquirente acerca da litispendência, pois é impossível ignorar a publicidade do processo, gerada pelo seu registro e pela distribuição da petição inicial, nos termos dos arts. 251 e 263 do CPC. Diante dessa publicidade, o adquirente de qualquer imóvel deve acautelarse, obtendo certidões dos cartórios distribuídos judiciais que lhe permitam verificar a existência de processos envolvendo o comprador, dos quais possam decorrer ônus (ainda que potenciais) sobre o imóvel negociado.

3. Cabe ao adquirente provar que desconhece a existência de ação envolvendo o imóvel, não apenas porque o art. 1º, da Lei n.º 7.433/85, exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

(RMS 27.358/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 25/10/2010).

Vale registrar que, no caso dos autos, o Tribunal de origem deixa claro que o Recor-

rente tinha ciência dos ônus judiciais que pesavam sob o imóvel (fls. 824).

11. Anote-se, por fim, que a jurisprudência da Terceira e Quarta Turmas desta Corte é unânime em não considerar terceiro aquele que adquire a coisa litigiosa, não podendo, portanto, opor embargos, aplicando-se o disposto no art. 42, par. 3º, do CPC. Confrim-se:

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Embargos de terceiro. Coisa litigiosa. Precedentes.

1. “Não tem a qualidade de terceiro aquele que adquire a coisa litigiosa, com o que não pode opor os embargos respectivos, aplicando-se-lhe o disposto no art. 42, par. 3º, do CPC”. Ademais, o Acórdão nada mencionou quanto à alegada aquisição de boa-fé por parte dos agravantes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 495327/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 285);

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ILEGITIMIDADE DO ADQUIRENTE DE COISA LITIGIOSA – LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA – INTELIGÊNCIA DO ART. 42, § 3º DO CPC.

1. Não possui legitimidade ativa para Embargos de Terceiro quem sucedeu à parte litigante, ainda que ignore o vício litigioso, pois é indiferente que a aquisição tenha sido antes ou depois da sentença condenatória, porquanto “Não importa se a parte, A, alienou a coisa a C, e C a D; D não é terceiro, nem o seria E, que a recebesse de D” (Pontes de Miranda citado no acórdão recorrido – fls. 246) – Inteligência do art. 42, 3º do CPC;

2. Consoante precedentes desta Colenda Corte de Justiça “Quem adquire coisa litigiosa não é terceiro legitimado a opor embargos e ainda que não haja sido registrada a ação, no registro imobiliário, não é terceiro quem sucede na posse após a citação a respeito da coisa *sub judice*” – REsp 9.365/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, entre outros.

3. Não é razoável admitir que a alienação de coisa litigiosa provocada pelo próprio autor (alienante e vencido na demanda), obste o cumprimento da sentença transitada em julgado em favor dos réus que obtiveram êxito

judicial na imissão da posse de imóvel, mormente se alienação do bem ocorreu em detrimento das regras de lealdade processual.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1.102.151/MG, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 26/10/2009);

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE TERCEIRO. SUCESSÃO. PRIMEIROS EMBARGOS INTENTADOS PELO CEDENTE REJEITADOS. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. RECONHECIMENTO DE BOA-FÉ.

POSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO DE NOVOS EMBARGOS COMO TERCEIRO PELO CESSIONÁRIO. SITUAÇÃO PECULIAR.

I. Conquanto, em princípio, não seja possível a oposição de embargos de terceiro por aquele que adquire coisa litigiosa, configura situação peculiar aquela em que o Tribunal estadual, soberano na prova, pronuncia a boa-fé do cessionário e efetiva posse do imóvel, além do que, na espécie, os primeiros embargos correram sem interesse do antigo possuidor, que já vendera seus direitos ao atual terceiro embargante, a quem não foi dada ciência ou possibilidade de intervenção no processo primitivo, tudo de modo a afastar a alegada coisa julgada anterior quanto ao exame de mérito dos primitivos embargos intentados pelo cedente.

II. Recurso especial não conhecido.

(REsp 691219/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 16/11/2009).

12. Ante o exposto, nega-se provimento 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 Paulo de Tarso Sanseverino,

Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

## PROCESSO CIVIL

### NÃO É POSSÍVEL DISCUTIR ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS EM AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

Superior Tribunal de Justiça  
Recurso Especial n. 1.166.628 – PR  
Órgão julgador: 3a. Turma  
Fonte: DJe, 16.10.2012  
Relator: Ministra Nancy Andrighi

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA.**

1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, “a” da CF/88.

2. A ausência de decisão acerca de dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o exame do recurso especial quanto ao ponto.

3. A ação de prestação de contas é instrumento hábil para aferição do aspecto econômico do contrato. Não constitui a via adequada para se proceder à análise jurídica dos termos da avença, a fim de que se verifique eventual abusividade ou ilegalidade de cláusulas.

4. 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, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
Relatora

## RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por AUTO POSTO BELA VIA, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: de prestação de contas, ajuizada pelo recorrente em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF devido à apresentação “genérica e lacunosa em extratos padronizados” (e-STJ, fl. 4) dos lançamentos de débito e crédito relativos ao contrato de abertura de crédito em conta-corrente firmado entre as partes.

Sentença: extinguiu o processo, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, em virtude da ausência de interesse processual.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pelo recorrente, para reconhecer a existência de interesse processual e condenar a recorrida à prestação das contas.

Recurso especial: interposto pela recorrida, teve seguimento denegado pelo i. Min. Humberto Gomes de Barros.

O recorrente, intimado do retorno dos autos à origem, impugnou as contas apresentadas e pediu a condenação da recorrida à devolução dos valores cobrados a título de encargos e tarifas bancárias, bem como a título de juros flutuantes e capitalizados, pugnando pela aplicação da taxa de 0,5% ao ano, na forma simples. (e-STJ, fls. 580/595)

Sentença: declarou corretas as contas prestadas pela recorrida e reconheceu a inexistência de saldo em favor do recorrente.

Acórdão: manteve decisão do Relator que nega provimento à apelação interposta pelo recorrente.

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados.

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados, com aplicação de multa.

Recurso especial: alega violação dos arts. 914 e 917 do CPC; da Súmula 259/STJ; e do art. 51, IV, do CDC; bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta que, em ação de prestação de contas, é possível que se verifique a legalidade de lançamentos efetuados em conta-corrente. Aduz que esse exame não equivale a pedido de revisão contratual. Saliênta que a relação havida entre as partes é de natureza consumerista. Refere que as cláusulas contratuais abusivas devem ser declaradas nulas. Por fim, conclui que o saldo resultante da análise das contas prestadas pela recorrida deve ser-lhe restituído.

Decisão de admissibilidade: o TRF – 4a. Região admitiu o recurso especial e determinou a remessa dos autos a este Superior Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

Cinge-se a controvérsia a estabelecer se é possível discutir-se, em ação de prestação de contas, a abusividade de cláusulas constantes de contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

I – Da violação da Súmula 259/STJ.

A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, “a” da CF/88. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1.266.402/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 20/06/2012, e AgRg no AREsp 136.371/PR, minha relatoria, Terceira Turma, DJe 31/08/2012.

II – Da ausência de prequestionamento (art. 51, IV, do CDC).

Verifica-se, do exame do acórdão recorrido, que o TRF – 4a. Região, apesar da interposição de embargos de declaração, não decidiu acerca do art. 51, IV, do CDC, dispositivo legal indicado como violado. Por isso, quanto ao ponto, o julgamento do recurso especial é inadmissível. Aplica-se, neste caso, a Súmula 211/STJ.

III – Dos limites objetivos da ação de prestação de contas (arts. 914 e 917 do CPC).

Os procedimentos especiais dispostos no Código de Processo Civil, dentre os quais se insere o relativo à ação de prestação de contas,

foram estruturados com o objetivo de proteger situações específicas e delimitadas.

Ao avaliar a relevância da fixação desses procedimentos para a tutela de determinados direitos, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart elucidam que “o respeito a todos esses ingredientes é importante para não ordenar qualquer espécie de demanda e para oferecer proteção adequada a cada forma de interesse posta em juízo” (MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. 2a. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, vol. 5, p. 38).

No que concerne especificamente à ação de prestação de contas, Humberto Theodoro Jr. anota que ela consiste no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes à administração de valores realizada por força da relação jurídica emergente do contrato firmado entre as partes. Tem como objetivo liquidar dito relacionamento jurídico no seu aspecto econômico (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 3, p. 79).

Em suma, o rito especial da prestação de contas é hábil para a aferição de débitos e créditos, para a conferência da feição econômica do contrato. Não constitui a via adequada para se proceder à análise jurídica dos termos da avença, a fim de que se verifique eventual abusividade ou ilegalidade de cláusulas.

Nessa medida, consoante já decidido por este Superior Tribunal, pode-se afirmar que

a natureza da ação de prestação de contas não permite a discussão da validade de cláusulas contratuais, sendo apta, apenas, para a aferição do acerto ou não dos lançamentos alusivos à movimentação financeira do correntista à luz das normas contratadas.

Para a impugnação do próprio contrato, o autor deve fazer uso da via adequada. (AgRg no Ag 276.180/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 05/11/2001)

É certo que pode assistir ao autor da demanda a faculdade de optar pelo rito ordinário em detrimento do rito especial previsto em lei (principalmente porque aquele comporta cognição mais ampla). Nesse sentido, REsp

737.260/MG, minha relatoria, Terceira Turma, DJ 01/07/2005.

Todavia, possibilitar o caminho inverso, considerados os limites impostos à dilação probatória nas hipóteses em que a ação segue trâmite procedimental especial, implicaria restringir indevidamente as garantias da parte adversa ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, a cumulação de pedidos de prestação de contas e de revisão contratual tenderia a ocasionar indesejável tumulto de atos, em prejuízo da celeridade processual e da efetividade da jurisdição.

Na hipótese, de acordo com a moldura fática delineada pelo Tribunal de origem, ficou configurado que o objetivo do recorrente é, na verdade, impugnar a validade de cláusulas previstas em contrato bancário. O seguinte trecho do acórdão recorrido é elucidativo: “ficou cristalino que a parte embargante pretendia discutir cláusulas contratuais, taxas de juros e tarifas cobradas pela embargada” (e-STJ, fl. 711).

É o que revela, efetivamente, o conteúdo da petição que impugna as contas prestadas pela instituição financeira (e-STJ, fls. 580/595). A mera leitura dessa peça processual é suficiente para que se perceba o manifesto intuito de discutir a validade do contrato mencionado – sobretudo no que se refere à taxa de juros pactuada, à capitalização e às tarifas praticadas pelo Banco.

Logo, não há razão para modificação da decisão recorrida. A pretensão do recorrente, no que se refere à higidez do contrato, deve ser deduzida nas vias ordinárias adequadas.

Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO 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, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

## PENAL E PROCESSO PENAL

### VÍNCULO PARA A PRÁTICA DE SOMENTE UM ÚNICO ATO CRIMINOSO NÃO CONFIGURA O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO

Supremo Tribunal Federal  
*Habeas Corpus* n. 103.412 – SP  
 Órgão julgador: 1a. Turma  
 Fonte: DJe, 23.08.2012  
 Relator: Ministra Rosa Weber

#### DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE QUADRILHA. CONFIGURAÇÃO TÍPICA. REQUISITOS.

Para a configuração do crime de associação criminosa do art. 288 do Código Penal brasileiro, exige-se a associação de mais de três pessoas “para a prática de crimes”, não sendo suficiente o vínculo para a prática de um único ato criminoso. É o que distingue, principalmente, o tipo de associação criminosa da figura delitiva assemelhada do crime de *conspiracy* do Direito anglo-saxão que se satisfaz com o planejamento da prática de um único crime.

Se, dos fatos tidos como provados pelas instâncias ordinárias, não se depreende elemento que autorize conclusão de que os acusados pretenderam formar ou se vincular a uma associação criminosa para a prática de mais de um crime, é possível o emprego do *habeas corpus* para invalidar a condenação por esse delito, sem prejuízo dos demais.

*Habeas corpus* concedido e estendido de ofício aos coacusados em idêntica situação.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus*, com extensão aos corréus, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 19 de junho de 2012.  
 Ministra Rosa Weber – Relatora

#### RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em causa própria por Sandro (...) contra acórdão denegatório do HC 107.310 pela 5a. Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Jorge Mussi.

Em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi condenado, por dois crimes de extorsão mediante sequestro, em concurso formal, a penas de quinze anos, seis meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado (art. 159, § 1º, do Código Penal). Foi na ocasião absolvido do crime de quadrilha (art. 288 do Código Penal).

No julgamento de apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de São Paulo reviu a sentença para aumentar a pena para os crimes de extorsão e também condená-lo pelo crime de quadrilha. Pelo crime de quadrilha, foi condenado a sete anos de reclusão, e, pelos de extorsão, a pena de dezoito anos e oito meses de reclusão, totalizando vinte e cinco anos e oito meses de reclusão em regime inicial fechado.

Impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.

Aquela Corte concedeu parcialmente a ordem apenas para que fosse computada na pena a atenuante da confissão, o que levou a sua redução para vinte e dois anos e vinte dias de reclusão.

Por meio do presente *writ*, insurge-se o Impetrante contra a condenação pelo crime de quadrilha, alegando que não existiria prova de sua ocorrência. Invoca, em seu favor, os argumentos empregados quanto a este ponto na sentença absolutória.

Requer a concessão da ordem para que seja absolvido do crime de quadrilha.

Foi denegada a liminar por decisão da eminente Ministra Ellen Gracie.

Foram dispensadas as informações da autoridade coatora.

Parecer do Ministério Público Federal, pela denegação da ordem.

É o relatório.

#### VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de *habeas corpus* no qual o Impetrante, condenado por dois crimes de extor-

são mediante sequestro, em concurso formal, e por crime de quadrilha, insurge-se apenas contra a última condenação.

Em síntese, o paciente, juntamente com outros dois coacusados, teria auxiliado, com o fornecimento de informações, a execução do sequestro de filha e de neto de empresário na cidade de São Pedro/SP. Ambos, filha e neto, foram sequestrados na mesma oportunidade e, em decorrência da ação da polícia, foram libertados dias depois do ato criminoso.

O magistrado sentenciante reputou presentes provas inequívocas da participação do paciente e dos coacusados na prática dos dois sequestros, condenando-os pelos fatos e aplicando a regra do concurso formal.

Entretanto, absolveu-os da imputação do crime de quadrilha.

Transcrevo trechos da sentença:

“Por outro lado, não constato evidências de que os ora acusados tiveram intenção de perpetrar qualquer outro ato delituoso que não o de extorsão mediante sequestro.”

“Também não verifico maiores elementos de prova quanto ao elementos subjetivo do crime de quadrilha.

Ao que tudo indica, os ora acusados não tiveram intenção de criar ou ingressar em qualquer tipo de organização criminosa eis que todos os atos do iter criminis foram voltados para a prática daquele único delito de extorsão mediante sequestro, não havendo elementos de prova do ‘ânimo associativo’ entre os ora acusados e os demais agentes diretamente envolvidos no sequestro.”

Já a Corte de Apelação reformou a sentença no ponto, reconhecendo a configuração do crime de quadrilha, com os seguintes argumentos:

“Reparo ainda deve ser feito à r. sentença, no tocante ao crime de quadrilha qualificada.

A prova coligida aos autos demonstra, de forma inequívoca, que os recorrentes Paulo (...), Sandro (...) e Antônio (...) associaram-se a quadrilha armada, já existente, ao menos com André

(...) e Marcos (...), para a prática de indeterminado número de crimes; reuniram-se algumas vezes no estabelecimento comercial de Sandro e resolveram praticar os crimes, porquanto necessitavam de dinheiro, como

se depreende das palavras de Paulo (...) e de Sandro, perante a autoridade policial.

*‘Inicialmente pensaram em roubar ‘caminhão de petróleo’ do Sr. Wilson (...), pai de Thais e avô do pequeno Pedro, ‘mas acabaram desistindo porque o valor do roubo era pequeno’ (fls. 94 Paulo (...) e 107, Sandro) e acabaram por discutir a realização do sequestro da filha do Sr. Wilson Mota (Paulo Zanatta e Sandro perante a autoridade policial) e para isso chamaram a participação de Antônio (...) (que havia trabalhado e conhecia a rotina dos familiares do Sr. Wilson (...)), que aceitou a incumbência de passar as informações necessárias sobre o endereço e a rotina de Thais (às fls. 129/130).*

*Não bastasse a ação dos recorrentes, com perfeita divisão de tarefas entre eles, cabendo a Paulo (...) os contatos com André e Marcos, e sob a responsabilidade de Sandro e Antônio (...) a reunião de dados sobre o endereço e a movimentação da residência das vítimas, coube a André e Marcos a convocação de outros elementos para a prática do crime, tanto para o sequestro de Thais e Pedro, no qual os dois participaram juntamente com outros três não identificados, como para providenciar o cativo, vigiar e alimentar os reféns, tendo havido, ainda, a participação de elemento preso no presídio de Martinópolis, que determinou a liberação de Thais e de Pedro, depois da prisão de André e de Marcos.*

*‘Paulo (...), Sandro (...) e Antônio (...) aderiram à ação de uma quadrilha já existente, estável, duradoura e atuante, configurando a denominada ‘societas sceleris’.*

*‘E pouco importa que os recorrentes não tenham praticado outros crimes, porque, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ‘o crime de quadrilha é juridicamente independentes daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na societas delinquentium (RTJ 88/468). O delito de quadrilha subsiste autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos. (...)’*

Submetida a questão ao Superior Tribunal de Justiça através do HC 107.310, aquela Corte, com o argumento de que o writ não permite o exame e a valoração aprofundada da prova, entendeu que não poderia rever a condenação pelo crime de quadrilha.

Assiste razão ao Superior Tribunal de Justiça quanto à afirmação de que o *habeas corpus* não presta ao exame e valoração aprofundada das provas.

No ponto, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica.

É possível, porém, a revisão do julgado, considerando apenas os fatos tidos como provados pelas instâncias inferiores, uma vez que falta elemento típico necessário à configuração do crime de quadrilha.

O crime de quadrilha tem origem no crime de associação de malfeitores do Código Penal Francês de 1810 (art. 265. *Toute association de malfiteurs envers les personnes ou les propriétés, es un crime contre la paix publique*) e que influenciou a legislação de diversos outros países.

Comentando disposição equivalente no Código Penal italiano, transcrevo o seguinte comentário de Maria Luisa Cesoni:

*“A infração de associação de malfeitores, presente nas primeiras codificações, visa a antecipar a intervenção penal, situando-a antes e independentemente do início da execução das infrações específicas.” (CESONI, Maria Luisa. *Éléments de Comparaison. In CESONI, Maria Luisa dir. Criminalite Organisee: des représentations sociales aux définitions juridiques. Paris: LGDJ, 2004, p. 515-516*)*

Em outras palavras, um dos propósitos da tipificação autônoma do crime de quadrilha é permitir a atuação preventiva do Estado contra associações criminosas antes mesmo da prática dos crimes para os quais foram constituídas.

Talvez isso explique a dificuldade ou controvérsia na abordagem do crime de quadrilha quando as infrações criminais para a qual tenha sido constituída já tenham ocorrido.

Afinal, no caso, há risco de confusão entre o crime de quadrilha e a mera coautoria delitiva. A esse respeito, transcrevo a seguinte advertência do ilustre Promotor de Justiça José Lafaieti Barbosa Tourinho:

*“Embora o delito de quadrilha ou bando seja autônomo, e, portanto, à sua configuração baste a associação de mais de três pessoas, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, independentemente da concreção destes, é forçoso reconhecer a ne-*

*cessidade de cautela na aferição de atos que materializem a reunião de um grupo e evidenciem o especial fim de agir exigido pelo tipo.” (TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. *Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas. Curitiba: Juruá, 2003, p. 45.*)*

Não se deve, é certo, adotar postura extrema de exigir que, para configuração do crime de quadrilha, haja uma estrutura complexa, com divisão de tarefas e uma espécie de estatuto fundador de uma associação criminosa. Quadrilha não se confunde grupo criminoso organizado e não se resume a associações como a Costa Nostra siciliana ou a Yakuza japonesa.

De todo modo, quer complexa ou não a estrutura, exige-se para a configuração do delito, nos termos do art. 288 do Código Penal brasileiro, a associação de mais de três pessoas “para a prática de crimes”. Assim, o programa delitivo deve abranger a prática de “crimes” e não de um único crime. Nesse sentido:

*“... o que se exige é o propósito de cometer vários crimes. O desígnio de cometer apenas um não daria a tonalidade necessária ao delito.” (NORONHA, E. M. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 91)*

Nisso a nossa lei não se distingue do Direito estrangeiro, como se verifica no comentário do penalista português Jorge de Figueiredo Dias ao dispositivo lusitano equivalente:

*“De todo o modo, não bastará nunca que o acordo colectivo se destine à prática de um único crime. Tal brigaria, desde logo, com a letra da lei, que fala na existência de uma associação ‘dirigida à prática de crimes’. Mas brigaria, sobretudo, com as razões históricas e político-criminais que vimos estarem na base da incriminação e radicam na específica perigosidade de uma associação destinada à prática de crimes graves e indeterminados, ou só genericamente definidos. Não se afirma, com isto, que os crimes que entram no escopo da organização tenham necessariamente de ser de diferente natureza (embora porventura o sejam na maior parte dos casos), bem podendo revelar, pelo contrário, uma certa homogeneidade ou mesmo*

*homotropia; o que por esta via se acentua é tão-só o carácter numa qualquer medida necessariamente geral e abstracto da vontade criminosa da associação – e onde justamente*

vai assentar uma das notas mais características de diferenciação entre este crime e a compartimentação criminosa.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *As ‘associações criminosas’ no Código penal Português de 1982 – Arts. 287º e 288º*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência n.os 3.751 e 3.760, p. 39-40)

É o que distingue, principalmente, o tipo de associação criminosa da figura delitiva assemelhada do crime de *conspiracy* do Direito anglo-saxão que se satisfaz com o planejamento da prática de um único crime (v.g.: no Direito Federal norte-americano, o crime em questão está previsto no § 371, *conspiracy to commit offense or to defraud US*, no § 372, *conspiracy to impede or injure officer*, e § 373, *solicitation to commit a crime of violence*, do Título 18 do USCode).

É certo que, para a consumação do crime de quadrilha, basta a associação, não sendo necessária a prática efetiva de um único crime. Entretanto, essa questão diz respeito à consumação e não à configuração típica, esta exigindo que o programa delitivo abranja mais de um crime.

No presente caso, entendo, na esteira dos argumentos do juiz de primeiro grau, não demonstrado que o paciente e os dois coacusados tenham se vinculado a associação criminosa preexistente para a prática de mais de um crime.

Com efeito, mesmo considerando o trecho do voto do julgamento da apelação acima transcrito, dele não emerge qualquer prova ou fato autorizador da inferência de que pretendiam se associar de forma permanente e estável a um grupo criminoso para praticar “crimes”, e não um único crime.

Consigna, o acórdão, que o paciente e os coacusados teriam inicialmente planejado um roubo contra o empresário, cuja prática foi descartada, e após teriam decidido realizar o sequestro da filha desse mesmo empresário. A participação do paciente e dos coacusados teria se limitado à prestação de informações sobre a vítima e depois à prestação de informações sobre a investigação policial. Colaboraram, é certo, de forma relevante para a prática do ato criminoso, o sequestro mediante extorsão, na mesma oportunidade, de mãe e filho. Mas o planejamento e a colaboração fo-

ram limitados a um único ato criminoso, ainda que, por atingir vítimas diferentes, tenha gerado o concurso formal.

Não se olvida a gravidade desses crimes, mas por eles o paciente e os coacusados já foram condenados a penas de quinze anos, seis meses e vinte dias de reclusão, o que já é significativo. Não se justifica tão só pela gravidade dos crimes específicos a adicional condenação, sem prova, por crime de quadrilha.

Na esteira do entendimento do magistrado de primeiro grau, mais próximo às provas e fatos, não há qualquer elemento que autorize a conclusão de que o paciente e os coacusados formaram ou passaram a integrar grupo criminoso para o fim de “praticar crimes” e não um único ato criminoso, repito.

Houve apenas, ao que parece, confusão quanto ao sentido da jurisprudência predominante acerca do crime de associação criminosa, inclusive desta Suprema Corte, que não exige, para a sua configuração, a efetiva execução de um único crime ou mesmo de mais de um dos crimes programados. Entretanto, essa questão, como adiantado, diz respeito à consumação e não à configuração típica que persiste exigindo que o vínculo associativo seja formado para a prática de “crimes”, e não de um único ato criminoso.

Assim, embora o *habeas corpus* não seja veículo adequado para a revisão de fatos e provas, pode ser empregado no presente caso para rever a condenação pelo crime de quadrilha, uma vez que a argumentação constante no acórdão condenatório não autoriza, reitero, a conclusão de que o paciente e os coacusados teriam se associado a grupo criminoso para a prática de crimes, mas apenas participado e colaborado com a execução de um único ato criminoso.

Ante o exposto, voto pela concessão da ordem para cassar a condenação pelo crime de quadrilha, sem prejuízo da condenação pelos crimes de extorsão mediante sequestro. Estando os coacusados, Paulo (...) e Antônio (...), em idêntica situação, estendo a eles, de ofício, a ordem ora concedida.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, a análise da Ministra Rosa Weber foi uma análise aprofundada sobre a

incidência desse tipo penal distinto da distorção.

Estou acompanhando integralmente Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, louvo o voto da relatora.

Sem fato não há julgamento, e não estamos a revolver os elementos probatórios do processo-crime. Estamos considerando a moldura fática constante da sentença e do acórdão proferidos, sendo que este último implicou a reforma da primeira para condenar os acusados também pelo crime de quadrilha. Não é demasia, Presidente, dizer que Direito é uma ciência, possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Des-cabe confundir quadrilha com coautoria, e a relatora deixou estampado que essa confusão acabou prevalecendo no órgão revisor, no Tribunal de Justiça.

Hungria ressalta, em comentários ao Código Penal, que “a associação não se coaduna com a unidade individuada do crime a praticar”. Dir-se-á, mas imaginaram, antes, o roubo de um caminhão; e passaram ao sequestro. Mas esse fato, a cogitação, não consubstancia o crime de quadrilha, já que este pressupõe a associação para a prática de crimes e, no caso, o elemento subjetivo do tipo, que é o dolo, dito pela doutrina tradicional como específico, não se fez presente.

Acompanho Sua Excelência, cumprimentando-a pelo voto proferido.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Confesso que estou me sentindo em um Colegiado diverso daquele que geralmente integro às terças-feiras!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes.

#### EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, com extensão aos corréus, nos termos o voto da Relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1a. Turma, 19.6.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Compareceu o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira da Senhora Ministra Rosa Weber.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lillian Oliveira de Souza – Secretária da Primeira Turma

## TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

### EMPRESA SUCEDIDA RESPONDE SOLIDARIAMENTE POR DÍVIDA TRABALHISTA

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de Revista n. 934-66.2010.5.11.0004

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DEJT, 09.11.2012

Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta

### SUCESÃO DE EMPREGADORES. ARTIGOS 10 E 448 DA CLT. RESPONSABILIDADE DA SUCEDIDA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS QUE LHES PRESTARAM SERVIÇOS NOS CASOS EM QUE A SUCESSORA É PRÉVIA E MANIFESTAMENTE INADIMPLENTE.

Nos termos em dispõe o artigo 10 da CLT, a alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. O artigo 448 da CLT, por sua vez, assevera que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afe-

tará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Nessa esteira, consagrou-se o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de que a sociedade empresária sucessora trabalhista responde integralmente pelos débitos oriundos das relações de trabalho, ainda que referentes a período anterior à sucessão, e mesmo que o contrato de trabalho tenha cessado anteriormente a ela. Essa tese resguarda os empregados contra as incertezas das relações econômicas, preservando sempre seus direitos trabalhistas, uma vez que imputa à sucessora a responsabilidade por seus créditos trabalhistas independentemente da época em que seus direitos foram lesados, haja vista que a nova empregadora sempre deverá arcar, integralmente, com o pagamento dos débitos trabalhistas da sucedida. Isso não significa, no entanto, que a sucessão trabalhista, a exemplo do que ocorre na sucessão disciplinada pelo direito civil, implique, sempre e necessariamente, a liberação integral da empresa sucedida de sua responsabilidade pelo pagamento dos débitos trabalhistas dos empregados que lhes prestaram serviços. Com efeito, a responsabilidade da sociedade empresária sucessora foi construída pelo Direito do Trabalho com o escopo de proteger os empregados de uma eventual inadimplência de seus créditos trabalhistas. Ocorre que, muitas vezes, as partes negociantes têm transferido a propriedade da empresa para uma sociedade empresária de menor porte financeiro, ficando a sucedida com o capital resultante da alienação, mas sem a responsabilidade de arcar com os débitos trabalhistas do período de sua atuação enquanto a sucessora, que já não detinha patrimônio suficiente, fica sem ativos bastantes para solver aquelas dívidas trabalhistas. Como corolário, quem, no fim, fica prejudicado são os trabalhadores, que não conseguem ter seus créditos laborais quitados. Nesse contexto, fica claro que a regra geral acima delineada não pode ser aplicada nesses casos, porquanto criada para proteger os obreiros, e não para desampará-los. Em casos como este, em que a própria instância regional registrou expressamente no acórdão a existência de indícios de que a sucessão empresarial deu-se de forma a enfraquecer substancialmente as garantias patrimoniais de quitação dos débitos trabalhistas ao conjunto, sucessor e sucedido responderão conjuntamente pelo débito, pois

não faz sentido que a sucessão empresarial acarrete prejuízos aos empregados enquanto as partes negociantes, seus sucessivos empregadores, lucram com o negócio jurídico. Esse entendimento, além de suprir a hipossuficiência dos empregados e preservar seus créditos com o empregador, observa o princípio da proteção, cerne do Direito do Trabalho. Esse é o escólio de Maurício Godinho Delgado, para quem “a jurisprudência tem ampliado as possibilidades de responsabilização subsidiária do antigo titular do empreendimento por além das situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (art. 9º, CLT; art. 159, CCB/1916, e art. 186, CCB/2003, combinados com art. 8º, parágrafo único, CLT). Mesmo que não haja fraude, porém comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho, incidiria a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida” (DELGADO, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho. 10a. edição. São Paulo: LTr, 2011, p.419 – grifou-se). Por fim, os artigos 10 e 448 da CLT não impedem a atribuição de responsabilidade solidária ou subsidiária à sociedade sucedida nas circunstâncias registradas na decisão regional, uma vez que ela apenas estabelece que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-934-66.2010.5.11.0004, em que é Recorrente SIEMENS ELETROELETRÔNICA LTDA. e são Recorridas VANUZIA DA SILVA MARCULINO e JUTAÍ 661 EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.

O Tribunal Regional da 11a. Região deu provimento ao recurso da reclamante para reincluir no polo passivo da demanda a reclamada Siemens Eletroeletrônica Ltda., sucedida pela reclamada Jutai 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda., condenando-a, de forma solidária, ao pagamento dos créditos trabalhistas deferidos em sentença.

Inconformada, a reclamada interpõe este recurso de revista às págs. 169-177 (autos digitalizados).

O recurso foi admitido no despacho de págs. 198 e 199, por divergência jurisprudencial.

Contrarrazões foram apresentadas pela reclamante às págs. 201-205.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, ante o disposto no artigo 83, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

## VOTO

SUCESSÃO DE EMPREGADORES. ARTIGOS 10 E 448 DA CLT. RESPONSABILIDADE DA SUCEDIDA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS QUE LHE PRESTARAM SERVIÇOS NOS CASOS EM QUE A SUCESSORA É PRÉVIA E MANIFESTAMENTE INADIMPLENTE.

### CONHECIMENTO

O Tribunal Regional da 11a. Região deu provimento ao recurso da reclamante para reincluir no polo passivo da demanda a reclamada Siemens Eletroeletrônica Ltda., sucedida pela reclamada Jutáí 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda., condenando-a, de forma solidária, ao pagamento dos créditos trabalhistas deferidos em sentença.

Eis o teor da decisão recorrida:

“DA RESPONSABILIDADE DA RECLAMADA SIEMENS

A recorrente insurgiu-se também quanto à exclusão da lide da reclamada SIEMENS ELETRÔNICA S/A.

No caso de sucessão trabalhista típica, a jurisprudência já consagrou o princípio de que o empresário sucessor responde pela totalidade da dívida, desonerando o sucedido desta responsabilidade (OJ n.261 da SDI-I do TST).

Todavia, o Direito não é uma ciência estática, pronta, acabada, e o caso concreto merece a análise da matéria sob outro prisma.

A responsabilização do sucessor encontra respaldo nos artigos 10 e 448 da CLT, que visam resguardar as garantias do contrato de trabalho em havendo mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa.

Por outro lado, tais dispositivos legais não estabelecem a responsabilidade única do sucessor tampouco excluem expressamente a responsabilidade do sucedido.

O entendimento segundo o qual uma empresa que adquire outra, além de seus ativos, adquire também os seus passivos é pacífico

em nossos tribunais, em observância ao princípio protetor.

Ocorre que, no presente caso, a empresa sucessora não tem cumprido suas obrigações trabalhistas, tanto que não pagou as verbas rescisórias devidas à reclamante e sequer atendeu ao chamado judicial, tornando-se revel (fl.110). Aliás, a má conduta da empresa vem sendo reiterada, pois, em inúmeros outros processos, a sucessora JUTAÍ 661 EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. também deu causa à revelia.

Assim, se a empresa sucessora vem violando as garantias contratuais, inadimplindo os credores trabalhistas, a interpretação no sentido de responsabilização exclusiva do sucessor não está atendendo a verdadeira finalidade da norma.

Não obstante o sucessor tenha responsabilidade pelos contratos de trabalho mantidos com o sucedido e pelos efeitos deles decorrentes, não há óbice legal à responsabilização solidária do sucedido, para o qual a empregadora também prestou serviços por quase 2 anos.

Dessa forma, acatando-se a solidariedade entre as empregadoras, concretizam-se os fundamentos constitucionais do direito do trabalho, como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a responsabilidade e a função social da empresa e do contrato.

O fundamento legal para se atribuir responsabilidade solidária ao sucedido reside no art. 1.146 do Código Civil, que estabelece a responsabilidade patrimonial solidária do alienante no trespasse do estabelecimento empresarial, *verbis*:

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

O dispositivo é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT, razão pela qual reconheço, no presente caso, a responsabilidade solidária da 2a. reclamada.

Pelos motivos expostos, conheço do recurso interposto, e, no mérito, dou-lhe parcial

provimento, condenando solidariamente a reclamada SIEMENS ELETRÔNICA S/A ao pagamento das verbas deferidas pelo Juízo *a quo*” (págs. 139-141).

Em razões de revista, a reclamada alega ser incontroverso que houve sucessão de empresas, procedida de forma regular, sem comprovação de fraude na transação, o que torna impossível a responsabilização da sucedida por qualquer verba trabalhista deferida ao reclamante.

Alega ofensa aos artigos 10 e 448 da CLT, bem como divergência jurisprudencial.

Razão não lhe assiste.

Discute-se, nos autos, a responsabilidade da sociedade empresária, sucessora trabalhista, pelos débitos de empregado contratado pela sucedida, cujo contrato de trabalho foi mantido após a mudança na propriedade de sua empregadora.

Em primeiro lugar, cumpre destacar os contornos fáticos desta controvérsia, bem registrados, de forma expressa, no acórdão regional, depois de corretamente salientar que os artigos 10 e 448 da CLT, editados para proteger (e não para desproteger) os empregados das mudanças na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa e que estes não estabelecem a responsabilidade única do sucessor e nem, tampouco, excluem, em todos os casos e expressamente, a responsabilidade do sucedido:

“Ocorre que, no presente caso, a empresa sucessora não tem cumprido suas obrigações trabalhistas, tanto que não pagou as verbas rescisórias devidas à reclamante e sequer atendeu ao chamado judicial, tornando-se revel (fl.110). Aliás, a má conduta da empresa vem sendo reiterada, pois, em inúmeros outros processos, a sucessora JUTAÍ 661 EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. também deu causa à revelia.

Assim, se a empresa sucessora vem violando as garantias contratuais, inadimplindo os credores trabalhistas, a interpretação no sentido de responsabilização exclusiva do sucessor não está atendendo a verdadeira finalidade da norma.”

Como acertadamente fundamentado pela decisão regional, nos termos em dispõe o artigo 10 da CLT, a alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos

por seus empregados. O artigo 448 da CLT, por sua vez, assevera que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Nessa esteira, consagrou-se o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de que a sociedade empresária sucessora trabalhista responde integralmente pelos débitos oriundos das relações de trabalho, ainda que referentes a período anterior à sucessão, e mesmo que o contrato de trabalho tenha cessado anteriormente a ela.

Essa tese resguarda os empregados das incertezas das relações econômicas, preservando sempre seus direitos trabalhistas, uma vez que imputa à sucessora a responsabilidade por seus créditos trabalhistas independentemente da época em que seus direitos foram lesados, haja vista que a nova empregadora sempre deverá arcar, integralmente, com o pagamento dos débitos trabalhistas da sucedida.

Entretanto, como o Direito é um meio de pacificação social, nenhuma regra, nesse âmbito, pode ser absoluta, uma vez que a sociedade e suas relações interpessoais são dialéticas, dotadas de um dinamismo de tal monta, que torna impossível a qualquer ramo jurídico a construção de teses perfeitamente enquadráveis a todos os eventos sociais.

Com efeito, a responsabilidade da sociedade empresária sucessora foi construída pelo Direito do Trabalho com o escopo de proteger os empregados de uma eventual inadimplência de seus créditos trabalhistas. Ocorre que, muitas vezes, as partes negociantes têm agido mediante fraude, transferindo a propriedade para uma sociedade empresária de menor porte financeiro, ficando a sucedida com o capital resultante da alienação, mas sem a responsabilidade de arcar com os débitos trabalhistas, enquanto a sucessora, que já não detinha um porte financeiro suficiente, fica sem ativos bastantes para solver as dívidas trabalhistas. Como corolário, quem, no fim, fica prejudicado, são os trabalhadores, que não conseguem ter seus créditos laborais quitados.

Nesse contexto, fica claro que a regra geral de não responsabilização da empresa sucedida, acima delineada, não pode ser aplicada em casos como o presente, em que a própria instância regional registrou expressamente

no acórdão a existência de indícios de que a sucessão empresarial deu-se, deliberadamente ou não, de forma a enfraquecer substancialmente as garantias patrimoniais de quitação dos débitos trabalhistas ao conjunto de empregados da empresa sucedida, porquanto criada para proteger os obreiros, e não para desampará-los.

Assim, diante da realidade fática registrada nos presentes autos, essa tese há de ser relativizada e atualizada, de modo a manter o seu escopo primário, qual seja o cumprimento dos direitos trabalhistas e o adimplemento dos créditos dos empregados.

É de se adotar aqui, portanto, o entendimento de que, em casos de sucessão trabalhista como este, sucessor e sucedido responderão conjuntamente pelo débito, pois não faz sentido que a sucessão fraudulenta acarrete prejuízos aos empregados, enquanto as partes negociantes, seus sucessivos empregadores, lucram com o negócio jurídico.

Assim, aplica-se a esses casos o disposto no artigo 942 do Código Civil, cujo teor é o seguinte:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” (grifou-se).

Ademais, ainda que não se evidencie claramente o intuito fraudulento entre os transatores, os trabalhadores não podem ficar desprotegidos.

Nesse panorama, doutrina e jurisprudência trabalhistas vêm defendendo a tese de que a sociedade empresária sucedida responde de forma subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas, quando a sociedade sucessora não tiver suporte financeiro para tanto.

Desse modo, ante o inadimplemento das verbas trabalhistas pela sucessora e a sua inequívoca insolvência, deve a sucedida responder subsidiariamente pelo crédito oriundo do contrato laboral dos empregados admitidos antes da sucessão trabalhista.

Esse entendimento, além de suprir a hipossuficiência dos empregados e preservar seus créditos com o empregador, observa o princípio da proteção, cerne do Direito do Trabalho.

Esse é o escólio de Maurício Godinho Delgado:

“a jurisprudência tem ampliado as possibilidades de responsabilização subsidiária do antigo titular do empreendimento por além das situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (art. 9º, CLT; art. 159, CCB/1916, e art. 186, CCB/ 2003, combinados com art. 8º, parágrafo único, CLT). Mesmo que não haja fraude, porém comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho, incidiria a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida” (grifou-se – DELGADO, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho. 10a. edição. São Paulo: LTr, 2011, p.419).

Citam-se, também, os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. SUCESSÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SUCEDIDA. Os artigos invocados pela recorrente quais sejam 10 e 448 da CLT, não estão violados, uma vez que esses dispositivos dizem respeito apenas aos direitos dos empregados na hipótese de alteração da estrutura jurídica da empresa, sem, contudo, dispor sobre a responsabilidade das empresas sucessora e sucedida. Por sua vez, o artigo 5º, XXXVI, da CF, também não foi violado, já que, na hipótese, não se cogita de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. E, por fim, os arestos trazidos a cotejo não servem ao fim colimado (pertinência das Súmulas 296 e 337, I, a, ambas do TST, e, ainda, por não se enquadrarem nas hipóteses permitidas pelo artigo 896, alínea -a-, da CLT). Recurso de revista não conhecido” (RR-226900-36.2009.5.11.0019, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 19/10/2011, 8a. Turma, Data de Publicação: 21/10/2011).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUCESSÃO TRABALHISTA – RESPONSABILIDADE – SUCESSÃO DE EMPRESAS – INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DOS ARTS. 10 E 448 DA CLT – DESPROVIMENTO. 1. A sucessão de empresas, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT, não pode afetar negativamente os contratos de trabalho nem os direitos adquiridos dos empregados. 2. -In casu-, o Regional manteve a sentença que reconheceu a responsabilidade da Sie-

mens Reclamada, com base nos arts. 10 e 448 da CLT, sob o argumento de que a sucessão empresarial afetou o contrato de trabalho da Reclamante, em face do inadimplemento da empresa sucessora, mesmo tendo assentado expressamente que houve regular sucessão entre as empresas reclamadas e que não se cogita da existência de fraude em tal negociação. 3. Verifica-se, portanto, que o entendimento adotado pelo Regional, de manter a responsabilidade da Siemens Eletroeletrônica, sob o argumento de que o contrato de trabalho da Reclamante foi afetado em decorrência da sucessão, não viola os arts. 10 e 448 da CLT, mas resulta justamente da sua interpretação razoável, circunstância que atrai a incidência do óbice da Súmula 221, II, do TST. Agravo de instrumento desprovido” (grifou-se – AIRR-155-78.2010.5.11.0015, Relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 11/05/2011, 7a. Turma, Data de Publicação: 13/05/2011).

“RECURSO DE REVISTA. (...) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA SUCEDIDA. Decisão do Regional que registra que a empresa sucedida deve ser responsabilizada subsidiariamente pelos débitos trabalhistas deferidos ao reclamante na hipótese de fraude e/ou comprometimento das garantias empresariais asseguradas aos contratos de trabalho. Em relação aos dispositivos invocados, registre-se que eles apenas tratam da hipótese de sucessão trabalhista, estabelecendo que as alterações na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetam os direitos adquiridos por seus empregados, nada dispondo acerca da matéria em debate nos autos, a saber, a condenação subsidiária da empresa sucedida em razão da não localização da empresa sucessora. Recurso de revista de que não se conhece. (...)” (TST-RR-246100-12.2006.5.07.0030, 5a. Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT – 22/10/2010).

“SUCESSÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SUCEDIDA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS INSERVÍVEIS AO DEBATE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA. 1. Não há cogitar em violação dos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho em hipótese em que se

controverte acerca da possibilidade de impor às empresas sucedida e sucessora responsabilidade solidária por obrigações não adimplidas no período em que o obreiro prestou serviços à primeira. Referidos dispositivos limitam-se a dispor sobre a intangibilidade dos direitos incorporados ao patrimônio jurídico do obreiro sob a égide do contrato mantido com a empresa sucedida, nada referindo quanto à repartição de responsabilidades com a sucessora. 2. Ademais, ainda grassa controvérsia na doutrina acerca do tema relativo à responsabilidade na hipótese de sucessão, não se podendo cogitar em afronta direta e literal de dispositivo de lei. 3. Sob o prisma da divergência, o recurso também não merece prosperar, porquanto não se prestam à demonstração de dissenso jurisprudencial, nos termos do artigo 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho, arestos provenientes de Turmas deste Tribunal Superior. Resultam igualmente inservíveis ao cotejo arestos inespecíficos, consoante disposto na Súmula n.º 296, I, do TST. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (AIRR-294741-53.2005.5.02.0079, 1a. Turma, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT – 17/9/2010)

“SUCESSÃO TRABALHISTA – IMPOSIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA À EMPRESA SUCEDIDA – POSSIBILIDADE. A moderna doutrina defende que a jurisprudência em formação tem acatado a ampliação das possibilidades de responsabilização subsidiária do antigo titular do empreendimento para além das situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (arts. 9º da CLT; 159 do CCB/1916 e 186 do CCB/2003, c/c o art. 8º, parágrafo único, da CLT). Por essa nova óptica, preventiva da garantia de recursos suficientes para a satisfação dos créditos trabalhistas em favor do empregado, mesmo que não haja fraude, incide a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida. Recurso de revista conhecido e provido” (RR-8441700-27.2003.5.04.0900, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/06/2008, 1a. Turma, Data de Publicação: 20/06/2008).

Cumpra esclarecer, também, que os artigos 10 e 448 da CLT não impedem a atribuição de responsabilidade solidária ou subsidiária à sociedade sucedida – muito ao contrário,

uma vez que ela apenas estabelece que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Nessa senda, não há falar em violação dos artigos 10 e 448 da CLT, que foram corretamente aplicados pela instância regional.

Os arestos colacionados às págs. 173-176 desservem ao cotejo de teses, pois carecem de especificidade, nos termos do item I da Súmula n.º 296 desta Corte, uma vez que adotam a regra geral concernente à responsabilidade da sucessora pelas verbas trabalhistas e não retratam a peculiaridade do caso vertente, qual seja a inadimplência da empresa sucessora.

O aresto de págs. 177 e 178 também não enseja o conhecimento do recurso de revista, porquanto oriundo de Turma desta Corte, órgão não previsto na alínea “a” do artigo 896 da CLT.

Assim, ante todo o exposto, não conheço do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 31 de outubro de 2012.

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro Relator

## ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

### ESTADO É CONDENADO A INDENIZAR POR DANOS MORAIS HOMEM PRESO ILEGALMENTE

Tribunal de Justiça do Paraná

Apelação Cível n. 916.676-9

Órgão julgador: 2a. Câmara Cível

Fonte: DJ, 19.09.2012

Relator: Desembargador Cunha Ribas

### APELAÇÃO CÍVEL 1. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. MANDADO DE PRISÃO CUMPRIDO QUATRO ANOS APÓS DECRETADA POR SENTENÇA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRISÃO POR DOIS DIAS. ILEGALIDADE

**EVIDENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO PARA MELHOR ATENDIMENTO AOS PARÂMETROS DE SUA FIXAÇÃO. ADEQUAÇÃO DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA AO DISPOSTO NO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL 2. MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. ANÁLISE PREJUDICADA ANTE A REDUÇÃO OPERADA NO APELO INTERPOSTO PELO ESTADO DO PARANÁ. ADEQUAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA EM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 20, § 3º E 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I RELATÓRIO**

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos por ODAIR (...) e pelo ESTADO DO PARANÁ em face da sentença proferida nos autos de Ação de Reparação de Danos n. 615/2009, que julgou procedente o pedido.

Odaír (...) ajuizou Ação de Reparação de Danos em face do Estado do Paraná aduzindo que em 1997 fora denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 180 do Código Penal, tendo contra si decretada a prisão preventiva que não se efetivou. Que, posteriormente, o Ministério Público requereu a declaração de extinção da punibilidade ante a verificação da prescrição, sobrevindo a sentença publicada em 30/12/2002 que acolheu a cota Ministerial.

Que, mesmo com a declaração de extinção da punibilidade, em 17/07/2006 o mandado de prisão preventiva foi cumprido, na cidade de Campo Grande- MS, ocasionando-lhe danos de ordem moral indenizáveis, na forma do art. 5º, V, X e LXXV da Constituição da República.

Sentenciando, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para condenar o Estado do Paraná ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigido pelo INPC a partir da sentença e com juros moratórios de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da sentença. Ainda, condenou o Réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformadas, ambas as partes apelam.

O Autor, em seu recurso de fls. 156/159, volta-se em face do *quantum* indenizatório,

asseverando que não se presta a cumprir sua finalidade jurídica porque de um lado não promove a devida reparação e de outro não cumpre o papel preventivo e educativo a que se presta, havendo que ser majorado.

Pretende ainda a majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) do valor da condenação. Requer o provimento do recurso.

O Estado do Paraná, em seu recurso de fls. 173/185, invoca a inexistência de responsabilidade do Estado, argumentando que para eventual erro judiciário ensejar indenização deve haver sentença condenatória transitada em julgado e respectiva revisão criminal, nos termos do art. 630 do CPP; contudo, no presente caso não houve condenação e nem mesmo prisão além do tempo fixado na sentença, além de não se ter demonstrado culpa ou dolo dos agentes públicos.

Assevera que o valor arbitrado na sentença a título de danos morais é excessivo, considerando que o Autor permaneceu preso por apenas 2 (dois) dias, não devendo a indenização por dano moral ser causa de enriquecimento ilícito.

Sustenta a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 relativamente à correção monetária e aos juros de mora, devendo estes incidir somente a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o precatório haveria de ser pago. Prequestiona os arts. 188 e 513 do CPC; 5º, LXXV e 100, caput e §§ 1º e 3º da CF; 630 do CPP; 1º-F da Lei n. 9.494/97 e 15-B do DL n. 3365/45.

Contra-razões pelo Estado do Paraná às fls. 162/170 e pelo Autor às fls. 189/193.

Instado a se manifestar, o ilustre representante do *Parquet* entendeu ausente interesse a justificar sua intervenção no feito (fls.

202/205).

É o relatório.

#### II – VOTO E SEUS FUNDAMENTOS

Será primeiramente analisado o Recurso de Apelação interposto pelo Estado do Paraná, em ordem de prejudicialidade.

Do apelo interposto pelo Estado do Paraná

Da configuração do dano moral

Sustenta o Apelante que para eventual erro judiciário ensejar indenização deve haver sentença condenatória transitada em julgado

e respectiva revisão criminal, nos termos do art. 630 do CPP, o que não ocorreu no caso presente, já que não houve condenação e nem mesmo prisão além do tempo determinada por sentença.

Ora e ora. Não se está a tratar de erro na condenação, mas, pior, em prisão sem que sequer houvesse condenação, mostrando-se inaplicáveis os dispositivos legais elencados pelo Apelante, daí se adianta a desnecessidade de prequestionamento pretendida pelo Apelante.

Pois bem. A fim de se estabelecer os elementos necessários à caracterização da obrigação reparatória, há de inicialmente se esclarecer que o sistema de responsabilidade civil que regula o presente caso, à evidência, é o disposto no art. 37, § 6º, da Carta Magna, *verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tem-se, então, que a responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes é, em regra, objetiva, fazendo-se necessária tão-somente a demonstração do nexa causal entre o fato lesivo e o agir da Administração, consoante explicita Hely Lopes Meirelles:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.

(...) para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexa causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração (In Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 615/619). Sublinhei.

Também:

A responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que, foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor. (CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 376).

Sublinhei.

No que respeita aos danos causados pela atividade judiciária, aqui compreendidos os casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial, é cabível a responsabilidade do Estado amplamente com base no art. 37, § 6º, da Constituição ou na culpa anônima (falta do serviço), pois trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário. (CAVALIERI FILHO. Sérgio.

Programa de Responsabilidade Civil. 6a. ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 284).

*In casu*, o Ministério Público ofereceu denúncia em face do Autor em maio de 1997 (fl. 23). Tendo em vista o insucesso das tentativas de citação, o Autor foi citado por Edital, teve declarada sua revelia e contra si decretada prisão preventiva, em novembro de 1998 (fl.

38). Em agosto de 2002, o *parquet* requereu a extinção da punibilidade do Autor tendo em vista a prescrição da pretensão punitiva (fls. 54/55) o que restou deferido pela sentença de fl. 56, datada de 17 de dezembro de 2002.

Não obstante, o mandado de prisão expedido ainda em 1998 foi cumprido em 17/07/2006, 4 (quatro) anos após a decretação sentencial de extinção da punibilidade, ensejando o pedido de revogação de prisão (fls. 57/59) e a expedição de alvará de soltura (fl. 63).

A Constituição da República dispõe, em seu art. 5º, LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Nesse contexto é imperioso atentar para a desídia do agente público, pois 4 (quatro) anos passados da extinção da punibilidade decretada por sentença, ainda mantinha em seus registros mandado de prisão expedido em desfavor do Apelado, dando-lhe equivocado cumprimento, ou seja, a prisão ilegal somente se efetivou pela desídia do ente público no manejo das informações em sistema de dados que mantém, aí residindo o nexo causal entre o agir da administração e os danos experimentados pelo Apelado.

E, por certo, a prisão ilegal de qualquer indivíduo, determinada pela deficiente consecução das atividades da Administração Pública, resultando na permanência do Administrado preso por 2 (dois) dias, até o esclarecimento do equívoco, constitui dano de ordem moral indenizável, cujos prejuízos são presumíveis, entre outros, diante de valores sociais como a ética e a moral.

APELAÇÃO CÍVEL, AGRAVO RETIDO, RECURSO ADESIVO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DO ESTADO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – PRISÃO ILEGAL DECORRENTE DO NÃO RECOLHIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO QUANDO A PUNIBILIDADE DO AUTOR JÁ ESTAVA EXTINTA – ERRO JUDICIÁRIO CONFIGURADO – DANO MORAL A SER INDEMNIZADO. AGRAVO RETIDO PELO ESTADO DO PARANÁ – ALEGADO CERCEAMENTO

DE DEFESA – CASO QUE PERMITIA O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE – AUSÊNCIA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE QUAISQUER OUTRAS PROVAS EM AUDIÊNCIA – AGRAVO NÃO PROVIDO. APELAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ: ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – INOCORRÊNCIA – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FUNDADO EM CAUSAS DE PEDIR (PRISÃO INDEVIDA E IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAR DA CERIMÔNIA DE SEPULTAMENTO DE FILHO) EXPRESSAMENTE DESCRITAS NA PETIÇÃO INICIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDA-

DE DO ESTADO E AUSÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO – IMPROCEDÊNCIA – PRISÃO ILEGAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE JÁ DECLARADA, ANTES DO MOMENTO DA PRISÃO, SEM DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CONFIGURADA – DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS – INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE DEFINIU O VALOR DA INDENIZAÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE JUROS COMPENSATÓRIOS – CONTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS PELO MESMO ÍNDICE QUE DEFINE A TAXA SELIC – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A CORREÇÃO MONETÁRIA – DEFINIÇÃO DA TAXA DE JUROS DE MORA EM 1% AO MÊS – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC, A PARTIR DA DATA DA SENTENÇA. APELAÇÃO PROVIDA PARA EXCLUIR OS JUROS COMPENSATÓRIOS E ALTERAR A TAXA DOS JUROS DE MORA. RECURSO ADESIVO: PLEITO DE MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – PRISÃO

ILEGAL QUE IMPEDIU O AUTOR DE PARTICIPAR DO FUNERAL DO FILHO – FATO QUE ACARRETA DANO MORAL E COMPORTA INDENIZAÇÃO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO TAMBÉM QUANTO A ESSA CAUSA DE PEDIR.

ALEGAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO ESTADO POR ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS E INDUÇÃO DO MAGISTRADO EM ERRO – INOCORRÊNCIA – MANIFESTAÇÃO RECURSAL QUE, APESAR DE TEMERÁRIA NA PARTE EM QUE ALEGOU TER SIDO O OFENDIDO AUTORIZADO A PARTICIPAR DO FUNERAL DE SEU FILHO, NÃO ACARRETOU PREJUÍZO AO AUTOR DA AÇÃO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE NO CASO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, CONFORME DO DISPOSTO NO ARTIGO 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E DE FORMA MODE-

RADA, A FIM DE ATENDER AO DISPOSTO NO ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSOS PROVIDOS EM PARTE E SENTENÇA CONFIRMADA, QUANTO AOS DEMAIS ASPECTOS, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR – Apelação Cível e Reexame Necessário n. 402.098-6. 4a. CCv Rel. Juiz Substituto em 2º Grau Rui Bacellar Filho. DJ 22/08/2008).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PRISÃO INDEVIDA COM BASE EM DADOS ERRÔNEOS FORNECIDOS PELO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. DANOS MATERIAIS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. CUMULAÇÃO.

RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. (TJPR – Apelação Cível e Reexame Necessário n. 359.904-0. 4a. CCv – Rel. Juiz Substituto em 2º Grau Adalberto Jorge Xisto Pereira. DJ 16/03/2007).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS.

1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal.

2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir.

3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais.

4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado.

5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.

6. Recurso especial provido. (STJ – REsp 220982/RS Rel. Min. José Delgado. DJ 03/04/2000).

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DOCUMENTOS FURTADOS.

UTILIZAÇÃO POR TERCEIROS. OFENSA À HONRA E À IMAGEM DO AUTOR. DANOS MORAIS. NEXO DE CAUSALIDADE. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem firmou a compreensão no sentido de ser correta a condenação da agravante em danos morais, fixados em R\$ 100.000,00, decorrente do cumprimento de mandado de prisão preventiva indevida e ilegal, no Aeroporto Internacional Tancredo Neves, que resultou na permanência do agravado nas dependências da Superintendência da Polícia Federal em Belo Horizonte, entre os dias 14 e 18 de julho de 2001.

2. A revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, evidenciando-se flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se configurou no caso dos autos.

Incidência da Súmula 7/STJ a obstar a pretensão recursal.

3. Em regra, não é possível a reavaliação da apreciação equitativa dos serviços prestados pelos advogados, feita pelo Tribunal de origem, quando fixados os honorários advocatícios, por força Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no Ag 1429216/MG Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 24/04/2012).

Do exposto, não há como acolher as alegações do Estado do Paraná, de inoportunidade de erro por parte da Administração ou do Judiciário apto a gerar indenização, pelo que nego provimento ao recurso, nesse tema.

Da pretendida redução do *quantum* indenizatório

Busca o Apelante a redução do valor arbitrado a título de danos morais R\$ 20.000,00 argumentando que a prisão durou apenas 2 (dois) dias e, assim, deve-se me-

lhor sopesar os critérios norteadores de tal arbitramento.

A fixação do montante indenizatório deve se dar à luz dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando o dano, a natureza da ação que o gerou e a situação econômica do agente causador, não se devendo olvidar que o instituto não foi criado somente como forma de neutralizar o dano suportado pelo ofendido, mas também para conferir uma carga didático-pedagógica a ser considerada pelo julgador, compensando a vítima e prevenindo a ocorrência de novos dissabores.

Nesse entendimento, tenho que o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), revela-se coerente e justo para servir de lenitivo ao dano sofrido e, por outro lado, desempenhar o papel pedagógico da fixação.

Assim, dou provimento ao recurso nesse tema, para reduzir o valor da indenização para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Da aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 e *dies a quo* dos juros

A sentença determinou a incidência de correção monetária da data da sentença pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do trânsito em julgado da sentença.

Reclama o Apelante a aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Com razão, porque o art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com a redação conferida pela Lei n. 11.960/2009, passou a estabelecer que nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e a para fins de atualização, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, *in verbis*:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Contudo, a pretendida incidência dos juros apenas após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o precatório deveria ter sido pago, não merece acolhida.

É que a incidência de juros moratórios, tratando-se de danos morais, dá-se a partir do evento danoso, de acordo com a Súmula n.

54, do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, não houve recurso quanto a isso, havendo que se manter a determinação sentencial de incidência a partir do trânsito em julgado da sentença.

Assim, deve incidir correção monetária desde o arbitramento, de acordo com a Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, e os juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença, ambos calculados pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, de acordo com o artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/2009.

Nesse tópico, dou provimento parcial ao recurso, apenas para determinar a aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, e conforme estabelecido na Lei 11.960/2009.

Do apelo do Autor

Pretende o Autor a majoração do *quantum* arbitrado a título de danos morais, bem como dos honorários advocatícios.

A análise do pedido de majoração do valor indenizatório resta prejudicada, tendo em vista sua redução na análise do apelo interposto pelo Estado do Paraná.

Já, o pleito de majoração da verba honorária merece acolhida.

O MM. Magistrado entendeu por arbitrar os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º do CPC.

Todavia, entendo módico o valor arbitrado.

O arbitramento de honorários advocatícios em desfavor da Fazenda Pública se dá mediante juízo de equidade, havendo que se considerar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

É certo que a causa em questão não trata de matéria de maior complexidade, mas na análise dos indicadores inseridos no § 3º, do art. 20 do CPC, não se pode olvidar que a atividade profissional do advogado exige, além do preparo, constante atualização, acompanhamento ininterrupto do processo, estrutura profissional e seus dispêndios, entre outros.

Feitas essas considerações, entendo condescendente com o trabalho realizado no presente caso, o *quantum* de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Os honorários devem ser atualizados na forma da Lei n. 11.960/2009, a contar desta data.

Dou provimento parcial ao recurso, tão-somente para majorar o valor dos honorários advocatícios.

### III – DISPOSITIVO

ACORDAM os integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso interposto pelo Estado do Paraná para reduzir o valor arbitrado a título de danos morais e aplicar o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97; e na forma da Lei 11.960/2009 dar provimento parcial ao apelo interposto pelo Autor para majorar a verba honorária.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores LAURO LAERTES DE OLIVEIRA, ANTÔNIO RENATO STRAPASSON e EUGENIO ACHILLE GRANDINETTI (Presidente, sem voto). Curitiba, 11 de setembro de 2012  
Des. CUNHA RIBAS Relator.

## TRIBUTÁRIO

### PRODUÇÃO DE FILMES SOB ENCOMENDA NÃO ESTÁ SUJEITA À INCIDÊNCIA DE ISS

Superior Tribunal de Justiça

Embargos de Declaração no Recurso Especial n.

1.308.628 – RS

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJe, 17.09.2012

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. LC 116/03. PRODUÇÃO DE FITAS E FILMES SOB ENCOMENDA. TRIBUTAÇÃO FUNDADA NO ITEM 13.03 DA LISTA ANEXA (CINEMATOGRAFIA). IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES QUE, EMBORA RELACIONADAS, NÃO CORRESPONDEM À MESMA OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGADAS OMISSÃO E CONTRADIÇÃO**

## NO ACÓRDÃO EMBARGADO. VÍCIOS DE INTEGRAÇÃO NÃO EVIDENCIADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. Na espécie, o acórdão embargado, ao dar provimento ao recurso especial da empresa contribuinte, foi claro ao consignar que a atividade por ela desenvolvida, concernente à “produção de audiovisual, vinhetas, VTs, comerciais, vídeos e filmes para usuários específicos”, não está sujeita à tributação pelo ISS à luz da Lista Anexa LC 116/03, quer pelo item 13.01, próprio da produção de filmes, porquanto vetado, quer mediante interpretação extensiva do item 13.03, concernente à cinematografia, por tratar de hipótese de tributação diversa.

3. De igual forma, o voto condutor do acórdão embargado afastou, expressamente, a incidência da Súmula 7/STJ ao caso em apreço, pois a atividade da empresa foi bem delineada pelo acórdão recorrido, sendo desnecessário o reexame do suporte fático para conhecer do apelo nobre.

4. A insurgência da embargante não diz respeito a eventual vício de integração do acórdão impugnado, mas à interpretação que lhe foi desfavorável, motivação essa que não se enquadra nas hipóteses de cabimento dos aclaratórios.

5. Embargos de declaração rejeitados.

## 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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2012 (Data do

Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Município de Porto Alegre em face de acórdão prolatado pela Primeira Turma, assim ementado (fl. 722):

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LC 116/03. PRODUÇÃO DE FITAS E FILMES SOB ENCOMENDA. NÃO INCIDÊNCIA, EM FACE DE VETO DO ITEM 13.01 DA LISTA QUE PREVIA A TRIBUTAÇÃO DESSE SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE DE CINEMATOGRAFIA, PREVISTA NO ITEM 13.03. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES QUE, EMBORA RELACIONADAS, NÃO CORRESPONDEM À MESMA OBRIGAÇÃO DE FAZER.

1. Recurso especial que discute a incidência do ISS sobre a atividade de produção de filmes realizados sob encomenda à luz da LC 116/03. O acórdão recorrido, embora tenha afastado a incidência do tributo em face do item 13.01 (que previa expressamente tal atividade, mas foi vetado pela Presidência da República), manteve a tributação, mediante interpretação extensiva, com base no conceito de cinematografia, atividade prevista no item 13.03.

2. A partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em face de veto presidencial em relação ao item 13.01, não mais existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, seja destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro, até mesmo porque o item vetado não fazia tal distinção.

3. Ademais, não é possível, para fins de tributação, enquadrar a atividade em questão em hipótese diversa, de cinematografia, pois:

i) “Existindo veto presidencial quanto à inclusão de serviço na Lista de Serviços Anexa ao Decreto-lei 406/68, com redação da Lei Complementar 56/87, é vedada a utilização da interpretação extensiva” (REsp 1.027.267/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/04/2009);

ii) Historicamente, a cinematografia já estava contida na lista anexa ao DL 406/68 (item

65) e nem por isso justificava a incidência do tributo sobre a gravação (produção) e distribuição de filmes, que estava amparada em hipótese autônoma (item 63);

iii) a atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes. A produção cinematográfica é uma atividade mais ampla que compreende, entre outras, o planejamento do filme a ser produzido, a contratação de elenco, a locação de espaços para filmagem e, é claro, a própria cinematografia.

4. Afasta-se, portanto, a incidência do ISS sobre a atividade exercida pela empresa recorrente.

5. Recurso especial provido.

O município embargante alega que o acórdão recorrido incorreu em omissão e contradição. Para tanto, alega que: a) a revisão do entendimento do acórdão recorrido de que a atividade desenvolvida pela empresa enquadra-se no item 13.03 da Lista Anexa à LC 116/03 esbarra no óbice da Súmula 7/STJ; b) merece esclarecimento o trecho do acórdão ora embargado o qual registra que cinematografia não equivale à produção de filmes e que o item 13.03 permite a incidência do ISS sobre o valor que o cineasta auferir para atuar na produção de determinado filme.

A parte embargada apresentou impugnação (fls. 746-748).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Como cediço, os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material, vícios inexistentes na espécie.

Com efeito, o acórdão embargado foi claro ao consignar que a atividade desenvolvida pela empresa contribuinte, concernente à “produção de audiovisual, vinhetas, VTs, comerciais, vídeos e filmes para usuários específicos”, não está sujeita à tributação pelo ISS à luz da Lista Anexa LC 116/03, quer pelo item 13.01, próprio da produção de filmes, porquanto vetado, quer mediante interpretação extensiva do item 13.03, concernente à

cinematografia, por tratar de hipótese de tributação diversa.

De igual forma, importa registrar que o voto condutor do acórdão embargado afastou, expressamente, a incidência da Súmula 7/STJ ao caso em apreço, pois a atividade da empresa foi bem delineada pelo acórdão recorrido, sendo desnecessário o reexame do suporte fático para conhecer do apelo nobre. Além disso, consignou que as “razões de decidir do acórdão recorrido fundaram-se, basicamente, no conceito semântico de cinematografia para fins de enquadramento, por extensão, da atividade exercida pela contribuinte para fins de incidência do ISS” (fl. 729).

No mais, não há contradição alguma no trecho em que assevera que o item 13.03 poderia respaldar a cobrança do ISS sobre os valores cobrados pelo cineasta para atuar na produção de determinado, não podendo ser confundidas as receitas obtidas pelo produtor e pelo diretor de filmes. Frise-se que, no caso concreto, a tributação em discussão, repita-se, refere-se à produção e não à direção de filmes, razão por que ela deve ser afastada.

Constata-se, portanto, que a insurgência da embargante não diz respeito a eventual vício de integração do acórdão impugnado, mas à interpretação que lhe foi desfavorável, motivação essa que não se enquadra nas hipóteses de cabimento dos aclaratórios.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

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, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

## CIVIL E COMERCIAL

### Aplica-se o CDC quando o veículo é comprado para fins profissionais

Direito Civil. Código de Defesa do Consumidor. Aquisição de veículo zero-quilômetro para utilização profissional como táxi. Defeito do produto. Inércia na solução do defeito. Ajuizamento de ação cautelar de busca e apreensão para retomada do veículo, mesmo diante dos defeitos. Situação vexatória e humilhante. Devolução do veículo por ordem judicial com reconhecimento de má-fé da instituição financeira da montadora. Reposição da peça defeituosa, após diagnóstico pela montadora. Lucros cessantes. Impossibilidade de utilização do veículo para o desempenho da atividade profissional de taxista. Acúmulo de dívidas. Negativação no SPC. Valor da indenização. 1. A aquisição de veículo para utilização como táxi, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação das normas protetivas do CDC. 2. A constatação de defeito em veículo zero-quilômetro revela hipótese de vício do produto e impõe a responsabilização solidária da concessionária (fornecedor) e do fabricante, conforme preceitua o art. 18, *caput*, do CDC. 3. Indenização por dano moral devida, com redução do valor. 4. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - Rec. Especial n. 611872/RJ - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira - Fonte: DJe, 23.10.2012).

### Cheque prescrito devolvido como sem fundos garante indenização ao cliente bancário

Direito Civil e Processual Civil. Títulos de crédito. Cheque. Prazo de apresentação. Devolução de cheque prescrito por falta de fundos. Motivo indevido. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Dano moral configurado. 1.- O prazo estabelecido para a apresentação do che-

que (30 dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago e de 60 dias, quando emitido em outra praça) serve, entre outras coisas, como limite temporal da obrigação que o emitente tem de manter provisão de fundos em conta bancária, suficiente para a compensação do título. 2.- Ultrapassado o prazo de apresentação, não se justifica a devolução do cheque pelos “motivos 11 e 12” do Manual Operacional da COMPE. Isso depõe contra a honra do sacador, na medida em que ele passa por inadimplente quando, na realidade, não já que não tinha mais a obrigação de manter saldo em conta. 3.- Tal conclusão ainda mais se reforça quando, além do prazo de apresentação, também transcorreu o prazo de prescrição, hipótese em que o próprio Manual determinada a devolução por motivo diverso (“motivo 44”). 4.- No caso concreto, a devolução por motivo indevido ganhou publicidade com a inclusão do nome do consumidor no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo - CCF, gerando direito à indenização por danos morais. 5.- Recurso Especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1297353/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 19.10.2012).

### Duplicata pode ser protestada na praça do título, mesmo que não seja o domicílio do devedor

Protesto extrajudicial de duplicatas. Recurso especial. Local a ser tirado protesto de duplicata. Praça de pagamento constante do título. Ônus do cancelamento do protesto. Devedor. Reexame de provas, em sede de recurso especial. Inviabilidade. 1. A discussão a respeito de alegado abuso de direito por parte da ré, por não ter efetuado o protesto no domicílio da devedora, “onde se realizaram as operações mercantis”, é irrelevante para o deslinde da questão, pois, no caso da duplicata, o artigo 13, § 3º, da Lei 5.474/68 prescreve que “o protesto será tirado na praça de pagamento constante do título”. 2. Embora o artigo 26 da Lei

9.492/97 disponha que o cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente ao Tabelionato de Protesto de Títulos, por “qualquer interessado”, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a melhor interpretação é a de que o maior interessado é o devedor, de modo a pesar sobre ele o ônus do cancelamento. 3. Orienta a Súmula 7/STJ que a pretensão de reexame de provas não enseja recurso especial. 4. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1015152/RS - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 30.10.2012).

### Estabelecimento comercial é responsabilizado por furto no automóvel de cliente

Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ação Indenizatória. Furto de pertences em veículo estacionado na frente do estabelecimento comercial. Falha na prestação do serviço. Art. 14, § 1º, do CDC. Dever de guarda caracterizado. Aplicabilidade da súmula 130 do STJ. Danos materiais e extrapatrimoniais configurados. - Responsabilidade Civil Objetiva na Prestação do Serviço - Há responsabilidade objetiva da empresa bastando que exista, para caracterizá-la, a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surgindo o dever de indenizar, independentemente de culpa ou dolo. O fornecedor de produtos e serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos relativos aos produtos e prestação de serviços que disponibiliza no mercado de consumo. - Responsabilidade Civil do Estabelecimento por Furto de Objetos em Veículos em Áreas Destinadas a Estacionamentos - O estabelecimento comercial que oferece estacionamento aos seus clientes responde pelos eventuais danos e prejuízos a eles causados, em razão do dever de guarda e vigilância que assume para tanto. No caso, embora o pátio situado na frente do prédio onde está localizado o restaurante não seja um

local fechado, pois o restaurante possui uma área no seu entorno contígua com o posto de combustíveis, ainda assim ficou demonstrado que o demandado tem o dever de guarda e vigilância sobre o veículo ali deixado, mesmo porque o restaurante utiliza como propaganda a existência de “amplo estacionamento para sua comodidade”. Há o elemento caracterizador da inspiração de confiança a quem vai ao restaurante, o que se mostra suficiente para demonstrar que deveria existir vigilância específica por parte do demandado. Dever de indenizar caracterizado. - Dano Material - Acolhimento em parte do pedido de indenização por dano material, diante da parcial comprovação pelos documentos acostados aos autos. - Dano Extrapatrimonial - O furto de pertences no interior do automóvel do autor, deixado no estacionamento do restaurante demandado, consistente na falha no serviço, constitui ato ilícito passível de indenização por dano extrapatrimonial, por ofensa a direito de personalidade. Dano moral configurado. Precedentes deste Tribunal. Apelação parcialmente provida. Unânime. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70049538630 - Garibaldi - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Leonel Pires Ohlweiler - Fonte: DJ, 28.09.2012).

### **Indenização por publicação de obra com nome de partes em processo que tramitou em segredo de justiça, sem a sua autorização**

Apelações cíveis. Responsabilidade Civil. Publicação. Solidariedade entre autor da obra e a editora. Súmula 221 do STJ. Responsabilidade da editora. Inépcia da inicial não verificada. Prefacial de prescrição afastada. Mérito. Ausência de cuidado no conteúdo da publicação. Exposição do nome da autora e de suas filhas menores em obra literária. Dever de indenizar configurado. Valor da indenização. Majoração. 1. Inviável reconhecer a inépcia da inicial, pois da narrativa dos fatos decorre logicamente o pedido indenizatório formulado contra a Editora, porquanto é ela solidariamente

responsável. Dicção da Súmula 221 do STJ. 2. Prescrição. Considerando a regra de transição do art. 2028 do CCB, não há falar em prescrição quando do ajuizamento da ação não restou implementado o prazo trienal. 3. Mérito. Faltaram com zelo e cuidado os réus ao publicarem a obra contendo nome de partes em processo que tramitou em segredo de justiça, sem a sua autorização. Dano moral configurado. 4. Valor da indenização. Em atenção a função pedagógica-punitiva combinada com a preventiva como forma de inibi-la a praticar futuros atos danosos à lesada e a outrem, deve ser majorado o valor da indenização. Recurso de apelação da ré desprovido e recurso de apelação da autora provido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70046897963 - Porto Alegre - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Artur Arnildo Ludwig - Fonte: DJ, 02.10.2012).

### **Não configura dano moral placa com crítica a agentes de trânsito**

Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Agravo retido. Inépcia da inicial. Indeferimento. Mérito. Agentes de trânsito municipais. Dano à imagem. Inocorrência. A manifestação, através de mensagem postada em frente ao hotel apelado, nada mais foi do que a expressão do sentimento vivido pela população naquele momento com relação as atitudes de alguns agentes de trânsito do Município. Ausente qualquer conteúdo ofensivo diretamente a um agente de trânsito em específico, que pudesse ser identificado naquela mensagem, não caracteriza o ato ilícito. Agravo retido e recurso de apelação desprovidos. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70047061239 - Cruz Alta - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Artur Arnildo Ludwig - Fonte: DJ, 25.10.2012)

**NOTA BONIJURIS:** *Discorre o relator: “O exercício do direito de crítica, não deve ser tolhido, principalmente, quando exercido dentro de seus limites, não se estando aqui a inverter valores como sugeriram os apelantes em suas razões de*

*apelo. Ainda que se considere de suma importância a reeducação no trânsito, ainda mais diante da atual conjuntura de acidentes oriundos da imprudência de alguns motoristas, não se pode olvidar o direito da população em manifestar seu sentimento de indignação com alguns profissionais do trânsito.”*

### **Sinistro é o termo inicial da prescrição da cobrança do DPVAT**

Apelação Cível. Ação de cobrança. DPVAT. Prescrição. Consolidação posterior da lesão não comprovada. Pedido administrativo prescrito. - A prescrição começa a fluir do sinistro, salvo demonstração da consolidação da invalidez em data posterior, mediante laudo oficial e efetivo tratamento durante esse lapso temporal. - Quando o pedido administrativo for formulado após o decurso do prazo prescricional, a prescrição há de ser reconhecida, sendo o pagamento administrativo efetuado mera liberalidade da seguradora. Apelo provido para reconhecer a prescrição. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70050869494 - Porto Alegre - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Gelson Rolim Stocker - Fonte: DJ, 06.11.2012).

## **IMOBILIÁRIO**

### **Arguição de usucapião pode ser utilizada como defesa quando se discute a posse ou o domínio da coisa**

Apelação Cível. Pedido de remoção de servidão. Reconhecimento do usucapião como matéria de defesa a teor da súmula 237 do STF. Insurgência dos autores quanto ao acolhimento da prescrição aquisitiva em favor dos réus. Apelo conhecido e provido. A arguição de usucapião como meio de defesa, segundo a orientação doutrinária e jurisprudencial, é admissível em sede de ação possessória, reivindicatória e divisória, por outras palavras, é pertinente quando se está dis-

cutindo a respeito da posse ou sobre o domínio da coisa.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2010.055892-8 - São Miguel do Oeste - Câ. Especial de Chapecó - Ac. unânime - Rel.: Des. Artur Jenichen Filho - Fonte: DJ, 23.10.2012).

### **Arrombamento e furto de imóvel desocupado não é responsabilidade da imobiliária**

Apelação Cível. Locação. Ação de indenização de danos materiais e morais. Contrato de locação. Intermediação por administradora de imóveis. Imobiliária. Arrombamento. Furto de móveis pertencentes ao locador. A relação entre o locador e a imobiliária, como intermediária na locação de imóvel, é de mandato e, por isso, é regulada pelas normas pertinentes. Aplicação dos art. 653 e seguintes do CC. A responsabilidade civil do mandatário, segundo o art. 667 do Código Civil, é subjetiva, pois exige que este tenha atuado com culpa no exercício do mandato, causando prejuízos ao mandante. A administração da locação pela imobiliária, em regra, não abrange dever de guarda e vigilância do imóvel e, por consequência, afasta a responsabilidade por danos causados ao locador, em face de arrombamento do imóvel e furto de bens móveis a ele pertencentes. Fato ocorrido quando o imóvel se encontrava desocupado. Cláusula expressa, na autorização para administração, que exclui a responsabilidade da imobiliária acerca de eventuais danos causados no imóvel, quando estiver desocupado. Improcedência do pedido mantida. Precedentes da Corte. Recurso desprovido.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70044303873 - Farroupilha - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Catarina Rita Krieger Martins - Fonte: DJ, 30.10.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *Segue trecho extraído do voto do relator: “Assim, considerando a cláusula estipulada entre a imobiliária e o locador, de que no período em que o imóvel estivesse desocupado, a imobiliária não teria*

*qualquer responsabilidade por eventuais estragos, depredações, furtos, arrombamento ou intrusões que por ventura viessem a ocorrer no imóvel, não há falar em negligência sua na atuação do mandato”.*

### **Impossível a exclusão de reserva legal para o cômputo de produtividade quando não averbada de modo individualizado**

Processual Civil e Administrativo. Desapropriação. Reserva legal não averbada de modo individualizado. Exclusão para fins de cômputo da produtividade. Impossibilidade. 1. A Área de Reserva Legal, para ser excluída do cálculo da produtividade do imóvel, deve ter sido averbada no registro imobiliário antes da vistoria. Precedentes do STF e do STJ. 2. Não basta a averbação genérica. “Não se encontrando individualizada na averbação, a reserva florestal não poderá ser excluída da área total do imóvel desapropriando para efeito de cálculo da produtividade” (MS 24.924/DF, Relator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 24/2/2011, DJe-211). 3. Agravo Regimental não provido. (STJ - Ag. Regimental no Ag. em Rec. Especial 196566/PA - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 24.09.2012).

### **Na ação reivindicatória a posse injusta é definida pela demonstração de que o réu não possui título de domínio que justifique a ocupação**

Apelação Cível. Ação Reivindicatória. Litígio sobre área de terra urbana. Registro imobiliário. Comprovação efetiva da propriedade. Delimitação do objeto. Posse injusta. Ocupação por mera liberalidade. Pedido procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. A ação reivindicatória pressupõe a demonstração pelo proprietário não possuidor da prova do domínio, da delimitação do bem e da posse injusta. O conceito de posse injusta, na reivindicatória, prescinde dos quesitos da violência, preca-

riedade ou clandestinidade, e configura-se, tão somente, pela demonstração de que o réu não possui título de domínio ou qualquer outro que justifique juridicamente sua ocupação.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.044091-9 - Florianópolis - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Fernando Carioni - Fonte: DJ, 27.09.2012).

### **Notificação referente ao contrato de financiamento imobiliário não precisa ser enviada a ambos os cônjuges contratantes**

Recurso Especial. Contrato de financiamento imobiliário. SFH. Dupla notificação. Súmula n. 199/STJ. Desnecessidade de intimação de ambos cônjuges contratantes. Notificações remetidas ao endereço do imóvel. Art. 2º, inciso IV, da LEI n. 5.741/71. Indicação das prestações em atraso. 1. São válidas as notificações da execução judicial de contrato imobiliário firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação quando remetidas ao endereço do imóvel objeto do contrato, no qual o mutuário está obrigado a residir. Não se faz necessário, portanto, que ambos cônjuges contratantes recebam referidos avisos de cobrança. 2. Constando dos avisos quais prestações do financiamento estariam em atraso, informando ou não seus valores, uma vez configurada a mora e tendo sido dada ao devedor a oportunidade de quitação da dívida, resta atendida a exigência prevista no inciso IV do art. 2º da Lei n. 5.741/71, merecendo prosseguir a execução hipotecária. 3. Na hipótese dos autos, não houve indicação do valor ou, sequer, das prestações em atraso, não tendo sido atendidos os pressupostos para regular constituição da execução hipotecária. 4. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 332117/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - Fonte: DJe, 10.10.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *Sobre o tema: “Embargos declaratórios. Agravo*

de instrumento. Efeito infringente. Recurso a que se nega provimento. (...) 2- 'Considera-se satisfeito o requisito previsto no art. 2º, IV, da Lei 5.741/71, com o envio do aviso de cobrança ao endereço do imóvel hipotecado, no qual, por força da lei e do contrato, o mutuário está obrigado a residir.' (AgRg no REsp 647.592/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 22/03/2010). Mudança de endereço de um dos devedores, não comunicada ao agente financeiro, não invalida os avisos de cobrança dirigidos ao imóvel hipotecado. 2- Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas não provido." (EDcl no Ag 948.327/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 23/11/2010, DJe 17/12/2010 - grifou-se)

### Quando evidenciada a boa-fé do agente a ausência de registro do contrato de promessa de compra e venda não invalida o negócio

Embargos infringentes. Embargos de terceiro. Posse de imóvel. Contrato particular de promessa de compra e venda. Execução de monitoria. 1. Os embargos de terceiro objetivam a defesa da posse, segundo o art. 1.046 do CPC, não necessariamente da propriedade. Portanto, tem legitimidade para opô-los o promitente-comprador que se investiu na posse definitiva do bem construído, através de contrato de promessa de compra e venda. Súmula 84 do STJ. 2. A ausência de registro no álbum imobiliário do contrato de promessa de compra e venda não invalida o negócio, se evidenciada a boa fé do adquirente. Situação em que o contrato particular foi objeto de registro no Cartório de Títulos e Documentos, três anos antes da propositura da demanda monitoria. 3. Prequestionamento. Apontados os fundamentos legais tidos como incidentes no caso. Embargos

infringentes do credor desacolhidos. (TJ/RS - Embs. Infringentes n. 70049446560 - Ijuí - 9a. Câm. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Orlando Heemann Júnior - Fonte: DJ, 31.10.2012).

## PROCESSO CIVIL

### Abusividade de cláusulas contratuais não pode ser discutida em ação de prestação de contas

Processual Civil. Recurso Especial. Ação de prestação de contas. Violação de súmula. Descabimento. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Discussão de cláusulas contratuais. Impossibilidade. Via inadequada. 1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88. 2. A ausência de decisão acerca de dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o exame do recurso especial quanto ao ponto. 3. A ação de prestação de contas é instrumento hábil para aferição do aspecto econômico do contrato. Não constitui a via adequada para se proceder à análise jurídica dos termos da avença, a fim de que se verifique eventual abusividade ou ilegalidade de cláusulas. 4. Recurso especial não provido. (STJ - Rec. Especial n. 1166628/PR - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 16.10.2012).

### Desnecessário o esgotamento de diligências por bens para o pedido de penhora online

Tributário. Processual Civil. Execução Fiscal. Penhora on line. Pedido posterior à entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006. Desnecessidade de esgotamento das diligências em busca de bens. Ausência de violação dos arts. 677 e 678

do CPC. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de deferimento do pedido de penhora on line antes mesmo do esgotamento de todas as diligências necessárias para busca de bens penhoráveis. 2. A Corte Especial e a Primeira Seção do STJ, respectivamente, ao apreciar o REsp 1.112.943/MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.9.2010, DJ 23.11.2010, e o REsp 1.184.765-PA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado no dia 24.11.2010, pela sistemática prevista no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008 do STJ, confirmaram a orientação no sentido de que, no regime da Lei n. 11.382/2006, não há mais necessidade do prévio esgotamento das diligências para localização de bens do devedor para que seja efetivada a penhora on line. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração no Ag. em Rec. Especial n. 218209/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 19.10.2012).

**NOTA BONIJURIS:** Neste sentido, o seguinte julgado: "Processual civil e tributário - Execução fiscal - Penhora on line - Sistema Bacen-Jud - Requerimento feito no regime anterior ao Art. 655, I, do CPC (redação dada pela lei 11.382/2006) 1. A jurisprudência atual desta Corte firmou-se no sentido de que, após a vigência da Lei 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora on line não requer mais o esgotamento de diligências para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora, sendo admitida hoje a constrição por meio eletrônico sem essa providência. 2. Recurso especial provido." (REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1º.7.2010.)

### Impossível redirecionamento da execução fiscal em dívida de natureza não tributária

Tributário e Processual Civil. Execução. Taxa de permissão de uso de bem

público. Redirecionamento com base no art. 135 do Código Tributário Nacional. Impossibilidade. Dívida ativa não tributária. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não cabe o redirecionamento com base no art. 135 do CTN às execuções de dívida de natureza não tributária. Precedentes: AgRg no REsp 1.260.757/PR, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 13.6.2012; e AgRg no AG 1.418.126/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26.10.2011. 2. Recurso Especial não provido. (STJ - Rec. Especial n. 1342314/AL - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 15.10.2012).

### **Não é erro material da sentença a falta de declaração de nulidade da procuração**

Processo Civil. Recurso Especial. Ação anulatória. Erro material. Fundamentação. Dispositivo. Coisa julgada. 1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. O erro material, passível de ser corrigido de ofício, e não sujeito à preclusão, é o reconhecido *primu ictu oculi*, consistente em equívocos materiais sem conteúdo decisório propriamente dito. 3. A inserção da declaração de nulidade da procuração e substabelecimento outorgados, não se trata de mero ajuste do dispositivo da sentença ao que realmente foi deliberado pela inteligência e vontade do juiz no momento em que solucionou a questão debatida nestes autos, mas de verdadeira alteração ou ampliação do conteúdo decisório, com a respectiva extensão dos efeitos da coisa julgada. 4. A fundamentação da sentença não faz coisa julgada, permanecendo livre para nova apreciação judicial, sempre que o objeto do processo seja outro. 5. Negado provimento ao recurso especial. (STJ - Rec. Especial n. 1151982/ES - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 31.10.2012).

### **Repetição de indébito não necessita de reconvenção ou propositura de ação própria**

Processo Civil. Direito Civil. Recurso Especial. Embargos à Execução. Repetição em dobro de indébito. Art. 1.531 do Código Civil/1916. Possibilidade de requerimento em sede de embargos. 1. A condenação ao pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado (art. 1.531 do Código Civil de 1916) prescinde de reconvenção ou propositura de ação própria, podendo ser formulado em qualquer via processual, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1005939/SC - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 31.10.2012).

### **Somente se comprovada a inadimplência a promissória vinculada a duplicatas é exigível**

Processo Civil. Recurso Especial. Embargos do Devedor. Execução fundada em nota promissória vinculada ao contrato de desconto de título. Não comprovação do implemento da condição. Condição específica de admissibilidade da execução. Art. 614, III, do CPC. 1. Não ocorre violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes. 2. O contrato de desconto bancário (borderô) não constitui, por si só, título executivo extrajudicial, dependendo a ação executiva de vinculação a um título de crédito concedido em garantia ou à assinatura pelo devedor e por duas testemunhas. Precedentes. 3. No caso, a propositura da ação executiva com base em nota promissória vinculada ao contrato de desconto bancário foi condicionada à prova do inadimplemento pelos sacados, ou seja, a exigibilidade do título só seria caracterizada no caso do não pa-

gamento das duplicatas pelos devedores originários. 4. A não comprovação do inadimplemento das duplicatas impede o ajuizamento da execução, nos moldes em que ora proposta, sendo certo que tal prova deve acompanhar a exordial, porquanto inerente à própria exigibilidade da obrigação. 5. Recurso especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 986972/MS - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 23.10.2012).

## **PENAL E PROCESSO PENAL**

### **Ausência de habilitação do condutor deve ser provada para a condenação do proprietário do veículo a pena prevista no art. 310 da Lei 9.503/97**

Trânsito. Artigo 310 da Lei n. 9.503/97. Ausência de prova da materialidade e do elemento subjetivo do tipo penal. Prova insuficiente. 1. A condenação do acusado por ter entregue a direção de veículo automotor à pessoa não habilitada pressupõe comprovação plena da ausência de habilitação do condutor e do conhecimento quanto à ausência de habilitação do motorista. No caso concreto, não há nos autos nenhuma prova da ausência de habilitação, à exceção da palavra de um dos policiais, que antes da audiência, manteve conversação com o próprio réu sobre o fato. O condutor, em tese não habilitado, identificado na abordagem, sequer foi arrolado como testemunha. 2. Depoimento coerente e seguro do réu, de ter emprestado a moto a seu amigo sem pedir a apresentação da CNH, pois o mesmo costumava dirigir motocicletas com frequência, inferindo destarte, estivesse habilitado. Ausência de provas seguras da materialidade e do elemento subjetivo do tipo penal. Absolvição decretada. 3. Com a absolvição do imputado, resta prejudicada a preliminar

de falta de observância do art. 212 do CPP. Recurso provido. Preliminar prejudicada.

(TJ/RS - Ap. Criminal n. 70048291561 - Sapiroanga - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Nereu José Giacomolli - Fonte: 26.09.2012).

## **Criança tem direito de visitar pai em presídio**

Agravo em Execução. Visitação de filho menor a preso. Conflito de direitos e deveres. Ponderação. Princípio da proporcionalidade. O direito à visitação do filho menor ao preso é instrumento de ressocialização (do preso) e possibilita a convivência familiar. Por outro lado, o Estado tem o dever de proteção às crianças e adolescentes, o que, em tese, não se concilia com a insalubridade dos presídios. Entra em cena, portanto, a ponderação de direitos, orientada pelo princípio da proporcionalidade. Para resolução do conflito, verifica-se que a visitação no presídio é necessária para tutelar o direito fundamental ao contato familiar entre pai e filho. A adequação da providência buscada também é patente, pois não há outra forma de possibilitar esse contato que não a visitação no presídio. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, consistente na tensão específica entre o dever de proteção e o direito à convivência familiar, orienta para que se relativizem os direitos, sem aniquilá-los. Por isso, a única forma de resolução é relativizar o dever de proteção, autorizando a visita com o maior número de medidas de cuidado possível, pois a negativa excluiria o direito à convivência familiar, o que é inadmissível. Agravo provido.

(TJ/RS - Ag. em Execução n. 70049404122

- Novo Hamburgo - 7a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Carlos Alberto Etcheverry - Fonte: DJ, 21.09.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *Destacamos passagem do voto exarado pelo relator: “(...) registro que talvez a melhor forma de proteger a criança seja autorizá-la a visitar seu pai; a decisão sobre a ida ou não a um local deplorável como*

*o presídio vai depender do grau de interesse na visita. Por outro lado, a proteção ao menor também poderia ser alcançada com o investimento em locais menos insalubres para o contato dos presos com menores e mesmo com outros familiares, de forma que a estes não fosse infligido o sofrimento de ver a forma indigna como o Estado trata as pessoas cuja liberdade é cerceada em favor da sociedade”.*

## **Exame criminológico desfavorável ao apenado afasta a progressão de regime**

Embargos infringentes. Execução Penal. Progressão de regime. Art. 112 da LEP. Implemento do requisito objetivo. Requisito subjetivo. Exame criminológico. - O advento da Lei 10.792/03, que deu nova redação ao art. 112, da LEP, não afastou a necessidade de que, para a concessão da progressão do regime, o apenado implemente, também, o requisito subjetivo atinente ao mérito do apenado, que, em certos casos, considerada a natureza do delito e regime de cumprimento fechado da pena, não se perfaz com a mera declaração de bom comportamento carcerário. - Avaliações sociais e psicológicas que não atestam condições favoráveis à concessão da progressão, trazendo elementos concretos sobre as condições do apenado relativamente ao seu retorno ao convívio social. Recurso desprovido. Por maioria.

(TJ/RS - Embs. Infringentes n. 70050480524 - 4a. Câ. Crim. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Danubio Edon Franco - Fonte: DJ, 05.11.2012).

## **Fuga da prisão domiciliar gera revogação do benefício**

Agravo em Execução. Prisão domiciliar. Fuga. Revogação do benefício. Expedição de mandado de prisão. Posterior apuração da falta grave. Possibilidade. A fuga da prisão domiciliar acarreta a revogação do benefício e expedição de mandado de prisão para proporcionar a recaptura e a posterior apuração da falta grave cometida pelo apenado, para fins

do previsto no art. 118, inciso I e § 2º, da LEP. Decisão mantida. Agravo improvido. Unânime. (TJ/RS - 70050728963 - Porto Alegre - 4a. Câ. Crim. - Rel.: Des. Aristides Pedrosa Albuquerque Neto - Fonte: DJ, 18.10.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *“Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.”*

## **Imprescritibilidade da prisão cautelar do acusado não pode ser advinda da existência de ações penais em curso**

Agravo Regimental. Recurso Especial. Direito Penal. Delito Tributário. Habeas corpus preventivo. Ações penais em curso não fundamentam, de per si, a prisão cautelar. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em particular a sua Sexta Turma, considera que, de forma isolada, a existência de ações penais em curso não se presta a indicar a imprescindibilidade da prisão cautelar do acusado. 2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - Rec. Especial n. 1335633/PE - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior - Fonte: DJe, 16.10.2012).

## **Nova condenação com sentença irrecorrível gera automaticamente a revogação do livramento condicional**

Agravo em Execução. Livramento condicional. Superveniência de nova condenação transitada em julgado. Nulidade da decisão. Inocorrência. Revogação obrigatória. A revogação do livramento condicional pela superveniência de nova condenação por sentença irre-

corrível é obrigatória, como disposto no artigo 86, inciso I, do Código Penal, não sendo necessária a oitiva prévia do apenado. O período em que o apenado esteve em liberdade condicional não pode ser computado como pena cumprida, como previsto no artigo 88 do Código Penal e 142 da Lei de Execução Penal. Agravo desprovido.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70051280162 - Porto Alegre - 6a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Jose Antonio Daltoe Cezar - Fonte: DJ, 01.11.2012).

### **Para configuração do tipo penal presente no Art. 328 do CP é necessário que o agente execute ato de função pública que não está investido**

Conflito negativo de competência. Art. 308 do Código Penal. Não ocorrência. Art. 45 da LCP. Fingir ser funcionário público. Súmula 38/STJ e art. 109, inciso IV, da CF. Exclusão da competência da Justiça Federal para processar e julgar as contravenções penais. Pela competência do juízo suscitado. 1. O tipo penal inscrito no art. 328 do Código Penal exige que o agente, de forma ilegítima, execute ato relativo à função pública na qual não está legalmente investido, não bastando, apenas, que o agente atribua a si a qualidade de funcionário público, o que caracteriza o delito descrito no art. 45 da Lei de Contravenções Penais, que se amolda ao caso dos autos. 2. À hipótese aplica-se o seguinte enunciado desta Corte Superior de Justiça: “Súmula 38. Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades.” 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Judicial de Arujá - SP, o suscitado.

(STJ - Confl. de Competência n. 122366/SP - 3a. S. - Ac. unânime - Rel.: Des. convocada do TJ/PE Alderita Ramos de Oliveira - Fonte: DJe, 17.10.2012).

## **TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO**

### **Contrato de experiência não pode ter prova exclusivamente testemunhal**

Recurso de Revista. 1. Contrato de experiência. Inviabilidade de prova meramente testemunhal. Falta de evidência escrita, seja em documento próprio, seja em anotação em CTPS. O contrato de experiência, por possuir termo certo, à base de data específica, sendo também excepcional, somente pode ser provado por escrito, mas não por simples depoimento testemunhal (aqui a forma é da essência do ato). Ausente tal prova nos autos, segundo o TRT, incide a presunção de indeterminação do pacto celebrado. De par com tudo, a análise das argumentações da Reclamada, no que toca ao tema em epígrafe, esbarra no óbice da Súmula 126 /TST. Recurso de revista não conhecido, neste tópico. 2. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento. Súmula 219 do TST. Consoante orientação contida na Súmula 219/TST, interpretativa da Lei 5.584/70, para o deferimento de honorários advocatícios, nas lides oriundas de relação de emprego, é necessário que, além da sucumbência, haja o atendimento de dois requisitos, a saber: a assistência sindical e a comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou que o empregado se encontre em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Com efeito, se o Autor não está assistido por sindicato de sua categoria, impossível subsistir a condenação ao pagamento da verba postulada. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto.

(TST - Rec. de Revista n. 31100-56.2009.5.04.0022 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Mauricio Godinho Delgado - Fonte: DEJT, 30.10.2012).

### **Empregada não é indenizada por perdas e danos pela contratação de advogado**

Recurso de Revista. Nulidade do acórdão regional, por negativa de prestação jurisdicional. Deixo de apreciar a nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, em face do disposto no artigo 249, § 2º, do CPC, por verificar, no mérito, decisão favorável à recorrente. Complementação de aposentadoria. Horas extras. Integração. A jurisprudência desta Corte vem se posicionando no sentido de que é devida a integração das horas extraordinárias na base de cálculo da complementação de aposentadoria quando estabelecido que o regulamento da entidade previdenciária, Economus Instituto de Seguridade Social, determina a utilização do salário real de participação com base na totalidade das parcelas remuneratórias computáveis para fins de recolhimento. Precedentes. Decisão que merece reforma. Honorários advocatícios. Perdas e danos. A contratação de advogado particular para patrocinar a presente demanda decorreu da vontade da reclamante, o qual poderia ter se utilizado da faculdade do “jus postulandi”, ou então, se socorrido da assistência sindical gratuita. Se optou pela contratação de profissional particular, sem que este fosse imprescindível à reivindicação judicial dos seus direitos, deve arcar com as despesas daí resultantes. Não se há de falar, portanto, em perdas e danos, decorrentes de conduta da parte contrária. Incólume o artigo 404 do Código Civil. Acórdão proferido em consonância com a Súmula n. 219 do TST. Incidência do óbice previsto no § 5º do art. 896 da CLT. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento.

(TST - Rec. de Revista n. 33200-68.2008.5.15.0068 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Pedro Paulo Manus - Fonte: DEJT, 19.10.2012).

## Encerramento das atividades da empresa não afasta o dever de indenizar empregado acidentado em serviço

Recurso de Revista. Estabilidade acidentária. Encerramento das atividades da empresa. Indenização substitutiva. Cabimento. O empregador responde pelo risco empresarial - aí incluído o encerramento de suas atividades - o qual não pode ser transferido ao empregado, segundo disciplina do art. 2º da CLT. Assim, o direito do trabalhador à estabilidade provisória decorrente de acidente do trabalho subsiste mesmo em face do encerramento da atividade empresarial, sendo-lhe devida, em tal circunstância, indenização substitutiva relativa ao período remanescente. Inteligência do art. 118 da Lei n. 8.213/91. Recurso de revista conhecido e desprovido.

(STJ - Rec. de Revista n. 5633-70.2010.5.12.0005 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira - Fonte: DEJT, 31.10.2012).

## Mesmo que se recuse a voltar ao emprego a gestante tem direito a indenização

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Rito sumaríssimo. Gestante. Recusa de retorno ao emprego. Estabilidade provisória. Direito indisponível. Indenização cabível. I - Demonstrada possível violação do art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - Recurso de Revista. Rito sumaríssimo. Gestante. Recusa de retorno ao emprego. Estabilidade provisória. Direito indisponível. Indenização cabível. Vigora nesta Corte o entendimento de que a responsabilidade do empregador quanto à estabilidade da gestante tem caráter objetivo, bastando para a sua concessão a reunião de dois requisitos:

gravidez na vigência do contrato e dispensa imotivada. A recusa da gestante em retornar ao emprego não elide o recebimento da indenização compensatória. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 452-37.2012.5.18.0010 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Delaíde Miranda Arantes - Fonte: DEJT, 19.10.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *Sobre essa temática: "Estabilidade provisória da gestante reconsideração da dispensa recusa da empregada em aceitar o emprego em audiência. Renúncia à estabilidade provisória. Inexistência. Dois são os pressupostos para o direito à garantia de emprego da empregada gestante: a gravidez na vigência do contrato de trabalho e a dispensa imotivada. A boa-fé do empregador, na rescisão do contrato de trabalho, na hipótese em que não tem ciência da gravidez, ou mesmo após a rescisão, quando reconsidera a dispensa e coloca o emprego à disposição da empregada gestante, não elide a ilegalidade da denúncia unilateral desmotivada do contrato de trabalho, fato gerador da garantia prevista no art. 10, II, b, do ADCT da Constituição da República de 1.988, cuja proteção atinge também a esfera de direitos do nascituro. Recurso não conhecido." (TST-E-RR-99640-16.2005.5.15.0015, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ - 26/10/2007)"*

## Obreiro é indenizado por lavagem de uniforme

Recurso de Revista - Indenização pela lavagem de uniforme. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que, sendo o empregado obrigado a usar uniforme fornecido pela empresa, as despesas que venha a ter com a higienização deste devem ser suportadas pelo empregador, nos termos do art. 2º da CLT, tendo em vista ser o detentor do risco do empreendimento. Prece-

dentos. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 258-33.2011.5.24.0001 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Vieira de Mello Filho - Fonte: DEJT, 05.10.2012).

## Porteiro que labora na recepção e auxílio no transporte de pacientes em hospital recebe adicional de insalubridade

Recurso de Revista - Adicional de insalubridade - Porteiro de centro hospitalar - Efetiva atuação do empregado na recepção e auxílio no transporte dos pacientes - Desenvolvimento de atividade envolvendo contato direto e permanente com pacientes. O ar ambiental se contamina pelas pessoas que nele vivem, constituindo um importante vetor de agentes etiológicos de infecções. Os germes patogênicos podem ser absorvidos pela via respiratória e por respingos no corpo. É de salientar que a presença de germes patogênicos no organismo do indivíduo não se revela necessariamente por sintomas e sinais clínicos. Na espécie, o efetivo conhecimento do estado de saúde dos pacientes somente ocorria após a realização dos exames, ou seja, após transitarem pela recepção e serem atendidos pelo porteiro da unidade hospitalar. O fato de o autor não realizar diretamente o procedimento médico não o exclui do grupo de risco, uma vez que mantinha contato permanente com os pacientes, inclusive os transportando. Por conseguinte, não há como afastar o caráter permanente da situação de insalubridade, sobretudo porque o conceito de contato permanente consignado no Anexo 14 decorre da inserção da atividade em que há risco de contágio nas obrigações normais e contratuais do obreiro, não se depreciando pelo aspecto de o empregado não ficar de forma ininterrupta em contato com o agente nocivo. Ora, o texto da NR-15, em seu Anexo 14, esclarece a exata situação descrita nos autos e sua respectiva subsunção, quando estabelece ser devido o adicional

de insalubridade de grau médio para os trabalhos e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infectocontagante, em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 513-45.2011.5.03.0075 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Vieira de Mello Filho - Fonte: DEJT, 04.10.2012).

## ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

### Data da lesão é o termo inicial da prescrição de ação indenizatória em desfavor do Estado

Administrativo. Processual Civil. Responsabilidade objetiva do estado. Ação de indenização. Dano moral. Prescrição. Art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Termo inicial. Data da lesão. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto n. 20.910/1932, que determina o prazo prescricional quinquenal. 2. O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado ocorre no momento em que constatada a lesão e os seus efeitos, conforme o princípio da *actio nata*. 3. Hipótese em que decorridos mais de cinco anos entre o evento danoso e a propositura da ação. Prescrição configurada. Agravo regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1333609/PB - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 30.10.2012).

### Estado deve indenizar empresa por compra de estoque de primeiros socorros

Administrativo. Ação indenizatória. Responsabilidade do Estado. Aquisição de estoque de primeiros socorros.

Revogação da norma que estabeleceu a obrigatoriedade. Ausência de prequestionamento. Matéria constitucional. 1. Trata-se, originariamente, de Ação Ordinária movida por empresa que comprou, para comercialização, kits de primeiros socorros de uso inicialmente obrigatório em veículos automotores por determinação de norma revogada apenas dois meses após sua vigência. A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal de origem. 2. Os dispositivos legais não foram prequestionados no acórdão da Apelação e, a despeito da oposição de Embargos de Declaração (cujo acórdão também não se pronunciou sobre os dispositivos), a recorrente não aponta violação do art. 535 do CPC. 3. A solução da controvérsia depende do exame de matéria constitucional relacionada com a responsabilidade do Estado. É o que se extrai de diversos fundamentos do Recurso Especial e de precedente análogo. 4. Recurso Especial não conhecido.

(STJ - Rec. Especial n. 1319047/PE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 31.10.2012).

### Fornecimento de fraldas geriátricas é dever do Estado

Agravo de Instrumento. Direito público não especificado. Direito à saúde e à assistência social. Fornecimento de fraldas geriátricas descartáveis. Dever do Estado. Comprovação da necessidade. O direito à saúde encontra guarida no art. 6º da CF/1988, e a obrigação do Estado nos arts. 196 da CF/1988 e 241 da CE/1989. Está intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana - art. 5º, da CF/1988 -. Portanto, direito fundamental no sentido formal e material, cuja aplicação se dá nos termos do parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição da República. Fornecimento de fraldas geriátricas necessárias à manutenção da saúde do cidadão é dever do Estado. A ausência de previsão administrativa - item não relacionado como afeto à saúde pela ANVISA - não tem o condão de revogar norma constitucional

de incidência imediata. Negado seguimento ao agravo de instrumento.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70051661379 - Porto Alegre - 3a. Câm. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Min. Eduardo Delgado - Fonte: DJ, 05.11.2012).

### Illegal cobrança de remuneração por uso de vias públicas

Administrativo. Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Remuneração por uso de vias públicas, instituída em lei municipal. Impossibilidade. Não enquadramento no conceito de taxa e preço público. 1. Inexistência de violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida. 2. Discute-se nos autos a legalidade da cobrança de remuneração por utilização das vias públicas na prestação de serviço de telefonia. 3. A referida remuneração não se enquadra no conceito de taxa, tampouco no conceito de preço público; logo, é ilegal a cobrança. Precedente: REsp 1246070/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 18/06/2012. Agravo regimental improvido.

(STJ - Rec. Especial n. 1193583/MG - 2a. T. - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 25.10.2012).

### Lei não pode limitar pensão por morte ao valor proporcional da pensão alimentícia recebida

Incidente de inconstitucionalidade. Artigo 68 da Lei Complementar Municipal n. 478/2002. Limitação da pensão por morte. É manifesta a inconstitucionalidade do art. 68 da Lei Complementar Municipal, que disciplina a pensão por morte devida ao ex-cônjuge, limitando-a ao valor proporcional da pensão alimentícia recebida. Violação ao § 7º do art. 40 da CF. Procedência do incidente. Unânime. (TJ/RS - Inc. de Inconstitucionalidade n. 70042554907 - 3a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Jorge Luís Dall'Agnol - Fonte: DJ, 01.11.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *Sobre o tema: “Pensão - Limite. A norma inserta na Constituição Federal sobre o cálculo de pensão, levando-se em conta a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, tem aplicação imediata, não dependendo, assim, de regulamentação. A expressão contida no § 5º do artigo 40 do Diploma Maior (“até o limite estabelecido em lei”) refere-se aos tetos também impostos aos proventos e vencimentos dos servidores. Longe está de revelar permissão a que o legislador ordinário limite o valor da pensão. Precedente: Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 274-6/DF, em que funcionei como Relator, cujo acórdão foi publicado em 3 de dezembro de 1993. (RE 217016/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, Recorrida: Caixa de Pecúlios e Pensões dos Servidores Municipais de Santos).”*

### **Valor recebido de boa-fé pelo servidor não deve ser restituído**

Administrativo. Recurso Especial. Servidor público. ART. 46, *caput*, da Lei n. 8.112/90 Valores recebidos indevidamente por interpretação errônea de lei. Impossibilidade de restituição. Boa-fé do administrado. Recurso submetido ao regime previsto no artigo 543-C do CPC. 1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art. 46, *caput*, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé

do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido. (STJ - Rec. Especial n. 1244182/PB - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Benedito Gonçalves - Fonte: DJe, 19.10.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *Neste sentido: Administrativo. Agravo Regimental. Pagamento indevido efetuado pela administração e recebido de boa-fé pelo servidor. Restituição dos valores. Inviabilidade. Nova orientação desta corte. Firmou-se o entendimento, a partir do julgamento do REsp. n. 488.905/RS, por esta Quinta Turma, no sentido da inviabilidade de restituição dos valores erroneamente pagos pela Administração - em virtude de desacerto na interpretação ou má aplicação da lei - quando verificada a boa-fé dos servidores beneficiados. Precedentes. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no Ag 785.552/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 05/02/2007, grifo nosso).*

## **TRIBUTÁRIO**

### **Consultores do PNUD/ONU são isentos de imposto de renda**

Tributário. Recurso especial representativo da controvérsia (Art. 543-C do CPC). Isenção do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por técnicos a serviço das Nações Unidas, contratados no Brasil para atuar como consultores no âmbito do PNUD/ONU. 1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.159.379/DF, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, firmou o posicionamento majoritário no sentido de que são isentos do imposto de renda os rendimentos do trabalho recebidos por técnicos a serviço das Nações Unidas, contratados no Brasil para atuar como consultores no âmbito

do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. No referido julgamento, entendeu o relator que os “peritos” a que se refere o Acordo Básico de Assistência Técnica com a Organização das Nações Unidas, suas Agências Especializadas e a Agência Internacional de Energia Atômica, promulgado pelo Decreto 59.308/66, estão ao abrigo da norma isentiva do imposto de renda. Conforme decidido pela Primeira Seção, o Acordo Básico de Assistência Técnica atribuiu os benefícios fiscais decorrentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 27.784/50, não só aos funcionários da ONU em sentido estrito, mas também aos que a ela prestam serviços na condição de “peritos de assistência técnica”, no que se refere a essas atividades específicas. 2. Considerando a função precípua do STJ - de uniformização da interpretação da legislação federal infraconstitucional -, e com a ressalva do meu entendimento pessoal, deve ser aplicada ao caso a orientação firmada pela Primeira Seção. 3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08.

(STJ - Rec. Especial n. 1306393/DF - 19a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJe, 07.11.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *O relator expõe que: o enquadramento dos peritos de assistência técnica não pode ser cruzado. Isto é, não se pode tratar o perito de assistência técnica dos organismos internacionais de modo diferente do que são tratados os peritos da ONU. Se a sua forma de contratação é a mesma, se não são indicados em lista do Secretário Geral e estes não possuem a isenção do IR, aqueles também não podem dela gozar, até porque todos são regidos direta ou indiretamente pelo mesmo diploma legal, qual seja, o Decreto 27.784/50, que deve ser aplicado como um todo e não de forma segmentada”.*

## Cumulação de PAES e REFIS é possível

Tributário. Parcelamento fiscal. Cumulação do PAES com o REFIS. Possibilidade. 1. É possível a cumulação dos parcelamentos previstos na Lei 10.684/2003 (PAES) e na Lei 9.964/2000 (REFIS). A concomitância do REFIS com o PAES é vedada tão-somente em relação aos débitos que deveriam ter sido incluídos no REFIS e não foram, e aos débitos incluídos no parcelamento especial de 6 (seis) meses. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1289283/RJ - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 15.10.2012).

## Espólio responde por multa decorrente de sanção por ato ilícito

Tributário. Responsabilidade tributária. Conceito de crédito tributário. Multa. Sanção por ato ilícito. Responsabilidade do espólio. Arts. 132 e 133 do CTN. 1. A controvérsia apoia-se na alegação de que a dívida executada decorre de sanção por ato ilícito, não se enquadrando, portanto, no conceito de tributo e, assim, não é exigível do Espólio. 2. “A responsabilidade tributária dos sucessores de pessoa natural ou jurídica (CTN, art. 133) estende-se às multas devidas pelo sucedido, sejam elas de caráter moratório ou punitivo. Precedentes.” (REsp 544.265/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/11/2004, DJ 21/02/2005, p. 110) Agravo regimental improvido (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1321958/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 16.10.2012).

## Imposto de renda não incide sobre juros de mora oriundos de benefício previdenciário

Processual Civil e Tributário. Erro material. Imposto de renda sobre juros de mora oriundos de benefício previdenciário pago acumuladamente. Não incidência. 1. Os embargos declaratórios

somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão. 2. Não incide Imposto de Renda sobre os juros de mora oriundos de benefício previdenciário pago acumuladamente. Precedente: REsp. 1.075.700/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 17.12.2008. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, para sanar erro material apontado. (STJ - Embs. de Declaração nos Embs. de Declaração nos Embs. de Declaração no Ag. Regimental n. 1340385/SC - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 19.10.2012).

## Possibilidade do ato de exclusão do REFIS por inadimplência ocorrer por publicação no órgão oficial de imprensa e na internet

Tributário. REFIS. Inadimplência. Ato de exclusão. Lei 9.784/1999. Não incidência. Publicação em órgão oficial de imprensa e na internet. Possibilidade. 1. A Lei 9.964/2000, instituidora do Refis, contém regras específicas - que afastam o regime geral da Lei 9.784/1999 - sobre o procedimento administrativo de exclusão desse programa de parcelamento, remetendo-o à disciplina por normas infralegais (art. 9º, III). 2. O Poder Executivo, sem exorbitar da delegação, editou regulamento que dispõe ser suficiente para a ciência do contribuinte a publicação do ato no Órgão Oficial de Imprensa e na internet. 3. Orientação reafirmada pela Primeira Seção ao julgar o REsp 1.046.376/DF, sob o rito dos recursos repetitivos. 4. Recurso Especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1290735/DF - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 15.10.2012).

## Transporte de mercadoria entre o produtor e o porto não é transporte internacional de carga

Recurso Especial. Tributário. PIS e COFINS. Transporte interno de merca-

dorias destinadas à exportação. Situação não abrangida pela isenção do art. 14 da MP 2.158-35/2001. Interpretação neutra e não ampliadora da regra desonerativa. 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, 05.11.2012).

**NOTA BONIJURIS:** *Neste mesmo sentido: Tributário. PIS/COFINS. Transporte interno anterior à exportação. Isenção. Inexistência. 1. A isenção de PIS/Cofins prevista no art. 7º, I, da LC 70/1991 e no art. 14, V e § 1º, da MP 2.158-35/2001 refere-se estritamente à exportação de serviços para o exterior, o que é reconhecido pela própria contribuinte. 2. A interpretação dos benefícios fiscais deve ser restritiva. A regra é a tributação, e as exceções (isenções) não podem ser ampliadas pelo aplicador da lei. Essa é a norma positivada no art. 111, II, do CTN. 3. Falta similitude fática com precedentes relativos ao ICMS. Além disso, o STF fixou entendimento de que, no caso do tributo estadual, o benefício fiscal (imunidade, naquela hipótese) é inextensível ao transporte interno que antecede a exportação. 4. Recurso Especial não provido. (REsp 1.114.909/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06.04.10)*

# REGULAMENTAÇÃO DO INGRESSO NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS E NAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO TÉCNICO DE NÍVEL MÉDIO

**DECRETO Nº 7.824, DE 11 DE OUTUBRO DE 2012**

Regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, *caput*, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012,

DECRETA:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

Parágrafo único. Os resultados obtidos pelos estudantes no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM poderão ser utilizados como critério de seleção para o ingresso nas instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação que ofertam vagas de educação superior.

Art. 2º As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:

I – no mínimo cinquenta por cento das vagas de que trata o *caput* serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita; e

II – proporção de vagas no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que será

reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, consideram-se escolas públicas as instituições de ensino de que trata o inciso I do *caput* do art. 19 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Art. 3º As instituições federais que ofertam vagas de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de nível médio, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escolas públicas, observadas as seguintes condições:

I – no mínimo cinquenta por cento das vagas de que trata o *caput* serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita; e

II – proporção de vagas no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo IBGE, que será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Art. 4º Somente poderão concorrer às vagas reservadas de que tratam os arts. 2º e 3º:

I – para os cursos de graduação, os estudantes que:

a) tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, em cursos regulares ou no âmbito da modalidade de Educação de Jovens e Adultos; ou

b) tenham obtido certificado de conclusão com base no resultado do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, de exame nacional para certificação de competências de jovens e adultos ou de exames de certificação de competência ou de avaliação de jovens e adultos realizados pelos sistemas estaduais de ensino; e

II – para os cursos técnicos de nível médio, os estudantes que:

a) tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escolas públicas, em cursos regulares ou no âmbito da modalidade de Educação de Jovens e Adultos; ou

b) tenham obtido certificado de conclusão com base no resultado de exame nacional para certificação de competências de jovens e adultos ou de exames de certificação de competência ou de avaliação de jovens e adultos realizados pelos sistemas estaduais de ensino.

Parágrafo único. Não poderão concorrer às vagas de que trata este Decreto os estudantes que tenham, em algum momento, cursado em escolas particulares parte do ensino médio, no caso do inciso I, ou parte do ensino fundamental, no caso do inciso II do *caput*.

Art. 5º Os editais dos concursos seletivos das instituições federais de educação de que trata este Decreto

indicação, de forma discriminada, por curso e turno, o número de vagas reservadas.

§ 1º Sempre que a aplicação dos percentuais para a apuração da reserva de vagas de que trata este Decreto implicar resultados com decimais, será adotado o número inteiro imediatamente superior.

§ 2º Deverá ser assegurada a reserva de, no mínimo, uma vaga em decorrência da aplicação do inciso II do *caput* do art. 2º e do inciso II do *caput* do art. 3º.

§ 3º Sem prejuízo do disposto neste Decreto, as instituições federais de educação poderão, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituir reservas de vagas suplementares ou de outra modalidade.

Art. 6º Fica instituído o Comitê de Acompanhamento e Avaliação das Reservas de Vagas nas Instituições Federais de Educação Superior e de Ensino Técnico de Nível Médio, para acompanhar e avaliar o cumprimento do disposto neste Decreto.

§ 1º O Comitê terá a seguinte composição:

I – dois representantes do Ministério da Educação;

II – dois representantes da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; e

III – um representante da Fundação Nacional do Índio;

§ 2º Os membros do Comitê serão indicados pelos titulares dos órgãos e entidade que representam e designados em ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e Chefe da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República.

§ 3º A presidência do Comitê caberá a um dos representantes do Ministério da Educação, indicado por seu titular.

§ 4º Poderão ser convidados para as reuniões do Comitê representantes de outros órgãos e entidades públicas e privadas, e especialistas, para emitir pareceres ou fornecer subsídios para o desempenho de suas atribuições.

§ 5º A participação no Comitê é considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

§ 6º O Ministério da Educação fornecerá o suporte técnico e administrativo necessário à execução dos trabalhos e ao funcionamento do Comitê.

Art. 7º O Comitê de que trata o art. 6º encaminhará aos Ministros de Estado da Educação e Chefe da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, anualmente, relatório de avaliação da implementação das reservas de vagas de que trata este Decreto.

Art. 8º As instituições de que trata o art. 2º implementarão, no mínimo, vinte e cinco por cento da reserva de vagas a cada ano, e terão até 30 de agosto de 2016 para o cumprimento integral do disposto neste Decreto.

Art. 9º O Ministério da Educação editará os atos complementares necessários para a aplicação deste Decreto, dispondo, dentre outros temas, sobre:

I – a forma de apuração e comprovação da renda familiar bruta de que tratam o inciso I do *caput* do art. 2º e o inciso I do *caput* do art. 3º; e

II – as fórmulas para cálculo e os critérios de preenchimento das vagas reservadas de que trata este Decreto.

Art. 10. Os órgãos e entidades federais deverão adotar as providências necessárias para a efetivação do disposto neste Decreto no prazo de trinta dias, contado da data de sua publicação.

Art. 11. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de outubro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

*José Eduardo Cardozo*

*Aloizio Mercadante*

*Gilberto Carvalho*

*Luiza Helena de Bairros*

*(D.O.U. de 16.10.2012, col. III, p. 6)*

# O ARTIGO 305 DA LEI 9.503/97 – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – E A GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE NINGUÉM ESTÁ OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI – *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

**Ana Paula Jorge** | ana\_p\_jorge@hotmail.com

Bacharel em Direito (Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro “Victorio Cardassi” – IMESB-VC)

Mestre em Direito (UNITOLEDO)

**Josué Justino do Rio** | josuerio.direito@gmail.com

Bacharel em Direito (IMESB-VC)

Aluno Especial do Programa de Mestrado em Direito (UNIVEM)

## Introdução

Há que se ressaltar, inicialmente, que a segurança no trânsito passou a ser um grande desafio para as entidades e órgãos governamentais, em razão dos altos índices de acidentes ocorridos nas estradas e em grandes centros urbanos brasileiros, que cada vez mais deixam inúmeras pessoas inválidas para as atividades laborativas, gerando, assim, um enorme custo social e econômico às empresas e ao Estado.

Tem-se que, no Brasil, a primeira notícia sobre o automóvel,

“(…) de acordo com Valdir Sznick (Crimes de Trânsito), teria sido publicada pelo jornal *A Província de São Paulo*, em 29 de janeiro de 1876. O mesmo autor cita que o primeiro carro pilotado em São Paulo foi um Daimler-Benz, em 1883, por Santos Dumont. No Rio de Janeiro, o primeiro carro teria sido pilotado por José do Patrocínio, em 1897, ano em que o autor noticia também o primeiro acidente, com esse mesmo piloto, tendo como ilustre companheiro ninguém menos que Olavo Bilac” (Sarrubbo *apud* Nogueira, 2010, p. 122).

Com o fenômeno da urbanização ocorrida no Brasil a partir do século XIX, surgiu também a necessidade de se regulamentar a circulação de automóveis, bem como as consequências administrativas, civis e penais advindas desse novo tempo em que o homem e a máquina passaram a andar juntos.

Diversos decretos foram editados a fim de regulamentar a circulação de veículos nas estradas e áreas urbanas, como, por exemplo, o Decreto 8.324, de 27 de outubro de 1910, que, em seu artigo 21, exigia que os carros tivessem freios distintos e eficazes e impunha aos condutores o dever de manter a velocidade em que fosse possível diminuir ou evitar acidentes.

Contudo, o primeiro texto legal sistematizado que tratou especificamente do trânsito foi o Decreto 18.323/28, que dispunha sobre a circulação de automóveis, segurança de trânsito e polícia das estradas de rodagem. Posteriormente, no ano de 1966, entrou em vigor o Código Nacional de Trânsito, Lei 5.108/66.

Anos mais tarde, em 23 de setembro de 1997, diante do contexto social do trânsito à época, foi promulgado o Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503, e, juntamente com ele, inúmeros questionamentos também surgiram, sobretudo no que diz respeito à constitucionalidade do artigo 305.

Todavia, preliminarmente, torna-se indispensável fazer uma breve abordagem jurídico-penal do dispositivo objeto do estudo, considerando-se o contexto em que a norma está inserida, citando-se inclusive legislação do direito comparado que regulamenta o tema.

Tratando-se, no entanto, de Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio norte –, do qual derivam todos os demais princípios e garantias fundamentais, dentre eles o de que nenhuma pessoa está obrigada a autoincriminar-se, a criação de normas penais incriminadoras também deverá respeitá-lo, sob pena de retroceder-se a um estado totalitário. O tema, porém, será restrito à garantia *nemo tenetur se detegere*.

O objetivo deste trabalho, portanto, é fazer um paralelo entre a conduta do condutor que se afasta do local do acidente para fugir à responsabilidade civil ou criminal e a garantia constitucional de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si.

## 1. Breve análise do art. 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro

A conduta descrita no artigo 305 do CTB, punível com detenção de seis meses a um ano, facultando ao juiz aplicar, isoladamente, a pena de multa, consiste em o condutor de veículo evadir-se do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.

De fato, com a tipificação da conduta de quem se afasta do local de acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atri-

buída, procurou o legislador tutelar o interesse do Estado – em especial a administração da justiça – durante a persecução criminal e, secundariamente, o interesse da vítima na reparação do dano. “O legislador, ao definir esse tipo penal, preocupou-se, também, em salvaguardar a identificação do condutor do veículo atropelante, causador do acidente ou implicado de algum modo no fato” (Nogueira, 2010, p. 203).

Cuida-se de crime próprio, em que somente o condutor do veículo envolvido no acidente deve ser responsabilizado penal e civilmente. É crime formal, portanto, inexigível a ocorrência de qualquer resultado naturalístico, consistente na existência de efetiva lesão ao Estado (Nucci, 2008, p. 1116). Exigível, ainda, o dolo específico, concernente na finalidade de fugir o condutor do veículo à responsabilidade civil ou criminal.

Consigne-se, também, que constitui infração gravíssima, punível com multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir, além do recolhimento do documento de habilitação, deixar o condutor envolvido em acidente com vítima, de identificar-se ao policial e de lhe prestar informações necessárias à confecção do boletim de ocorrência (artigo 176 do CTB).

Na França, o *Code de La Route*, de 1958, prevê, no seu artigo 2º, 1ª parte, que no crime de fuga do local de acidente, a pena cominada será “de um mês a um ano, além da multa; finalidade: fazer cumprir o dever de parada; quem estaciona em ponto distante da colisão, segundo a jurisprudência, responde pelo delito” (Araújo *apud* Nogueira, 2010, 204). Prevê, ainda, o mesmo diploma criminal, que “o delito de desobediência à ordem de parada por funcionário competente para a constatação de infrações ou recusa em se submeter às verificações legais do veículo e pessoas – art. 4º – pena de 10 dias a 3 meses, além da multa” (Nogueira, 2010, p. 204).

Helena Cláudio Fragoço cita algumas legislações do direito comparado que também regulamentam a matéria: na Inglaterra, os *Road Traffic Acts*, de 1930, 1934 e 1956; na Itália, o *Código della Strada*, de 1933, alterado em 1954; na Alemanha, a lei sobre segurança do tráfico, de 19 de dezembro de 1952 (*Gesetz zur Sicherung des Strassenverkehrs*); na França, o já citado *Code de La Route*, e nos Estados Unidos da América, em que a legislação é estadual, há vários *Unifor Motor Vehicles Acts* (*apud* Nogueira, 2010, p. 51).

Por fim, é possível a ocorrência de concurso material com outros delitos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, como, por exemplo, com crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Conforme ensinamento de Nogueira, são admissíveis ainda a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior (2010, p. 205-206).

## 2. A conduta do condutor que se afasta do local de acidente para fugir à responsabilidade criminal ou civil e a garantia de que ninguém está obrigado a autoincriminar-se – *nemo tenetur se detegere*

Os direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições dos Estados democráticos têm primazia, uma vez que muitos deles, especialmente os países da América Latina, conviveram por muitos anos sob o contexto de regimes ditatoriais, que, a pretexto de garantir a *segurança nacional*, violaram os direitos e garantias inerentes a todos os seres humanos.

Foi em razão da necessidade de se assegurar a todos os cidadãos o respeito incondicional a tais direitos e garantias fundamentais, limitando, assim, o poder estatal, que o legislador originário incluiu no rol positivado da Carta Constitucional alguns *privilégios*, dentre eles, o da não autoincriminação.

Com efeito:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

*LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (grifamos)*

(...).”

Em igual sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 8º, sob a rubrica *Garantias Judiciais*, mais precisamente, no n. 2, g, assegura a qualquer pessoa o *direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*.

Não obstante opiniões em contrário, o fato é que o legislador brasileiro, na ânsia de querer punir com mais severidade os crimes cometidos no trânsito, acabou por tipificar até mesmo a conduta de quem se evade do local de acidente para fugir à responsabilidade civil ou criminal, o que não parece razoável, tendo em vista que, se uma pessoa praticar um crime de homicídio doloso triplamente qualificado, hediondo, não está obrigada a permanecer no local do fato aguardando a sua prisão em flagrante, tampouco fornecer qualquer informação que possa incriminá-la. Afigura-se, irrazoável, exigir, portanto, que somente o indivíduo envolvido em acidente de trânsito permaneça no local do sinistro.

Da mesma opinião, aliás, comunga Guilherme de Souza Nucci:

“(…) trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contrária, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. (...) Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se autoacusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97. *Afastar-se* (retirar-se; ir embora) do local do acidente de trânsito, com o fim

de não ser penal ou civilmente responsabilizado” (2008, p. 1116).

**Luiz Flávio Gomes** vai além, e traz que:

“Cuida-se de dispositivo incriminador extremamente contestável. Que todos temos a obrigação moral de ficar no local do acidente que provocamos não existe a menor dúvida. Mas a questão é a seguinte: pode uma obrigação moral converter-se em obrigação penal? De outro lado, sendo legítima a exigência de ficar no local, por que impor essa obrigação apenas em relação aos delitos de trânsito, sabendo-se que o homicida doloso, o esturpador etc. não contam com obrigação semelhante?”

Ninguém é obrigado a fazer prova contra si, mesmo a declarar contra si mesmo, ou seja, autoincriminar-se (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º). O dispositivo em questão resulta numa espécie de autoincriminação. De outra parte, ninguém está sujeito à obrigação por obrigações civis (ressalvando-se as duas hipóteses constitucionais: alimentos e depositário infiel). No art. 305 está contemplada uma hipótese de prisão (em abstrato) por causa de uma responsabilidade civil. Pelas razões invocadas, em suma, há séria dúvida sobre a constitucionalidade do preceito legal em debate” (Gomes, 2008, p. 46-47).

Fernando Célio de Brito Nogueira (2010, p. 206-207), embora sustente que a redação do artigo 305 é constitucional, argumenta que o dispositivo causa perplexidade, porquanto a fuga, por si só, não constitui crime nem mesmo quando empreendida pelo preso que está sob custódia do Estado, em decorrência de prisão cautelar ou em razão de sentença condenatória transitada em julgado. Consigna, ainda, o mesmo autor, que tal constatação é encontrada no artigo 352 do Código Penal, que exige a violência contra a pessoa para a configuração do tipo penal (2010, p. 207).

“Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido à medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

*Pena:* detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.”

Nogueira, ao defender a constitucionalidade do dispositivo, sustenta

que não há lesão à Constituição Federal,

“pois pretende assegurar a identificação do condutor envolvido no acidente, tendo em mira não apenas o interesse patrimonial lesado, mas também o interesse geral da sociedade no sentido de que se desencadeie a persecução penal para apurar e perseguir condutas que comprometam a integridade do tecido social, pelo grau de rebaixamento que impõem à segurança viária, bem indisponível e que a todos importa. Exigir, mediante norma penal incriminadora, que o condutor envolvido no acidente permaneça no local não implica, por si só, condená-lo a produzir prova contra si mesmo. Nossa Constituição Federal não desautoriza esse tipo de incriminação” (2010, p. 208).

Doutro lado, a tese de que o objeto jurídico do crime é a administração da justiça, portanto, não há que se falar em autoincriminação, tampouco manter-se no local o condutor envolvido no acidente enseja presunção de culpabilidade, tem sido utilizada pelos que defendem a constitucionalidade do dispositivo. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 137.340/SC, denegou a ordem por entender que o art. 305 do CTB não viola a garantia da não autoincriminação:

“*Habeas corpus*. Penal. Art. 305 do Código de Trânsito. Princípio do *nemo tenetur se detegere*. Violação. Inexistência. Ordem denegada. 1. O art. 305 do Código de Trânsito, que tipifica a conduta do condutor de veículo que foge do local do acidente, para se furtar à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, não viola a garantia da não auto-incriminação, que assegura que ninguém pode ser obrigado por meio de fraude ou coação, física e moral, a produzir prova contra si mesmo. 2. Ordem denegada” (HC 137.340/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20.09.2011, DJe 03.10.2011).

Todavia, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Pau-

lo, em 14 de julho de 2010, julgou procedente a Arguição de Inconstitucionalidade 990.10.159020-4, e declarou inconstitucional o artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro, com acórdão assim ementado:

“Incidente de inconstitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Código de Trânsito Brasileiro, art. 305 – fuga à responsabilidade penal e civil. Tipo penal que viola o princípio do art. 5º, LXIII – garantia de não autoincriminação. Extensão da garantia a qualquer pessoa, e não exclusivamente ao preso ou acusado, segundo orientação do STF. Imposição do tipo penal que acarreta a autoincriminação, prevendo sanção restritiva da liberdade, inclusive para a responsabilidade civil. Inconstitucionalidade reconhecida. Incidente acolhido.

É inconstitucional, por violar o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o tipo penal previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.”

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Arguição de inconstitucionalidade – Apelação criminal – Art. 305 do CTB – Fuga do local do acidente para isenção de responsabilidade civil ou penal – Inconstitucionalidade – Violação aos direitos de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo (CF/88, art. 5º, LXIII) – Afronta ao princípio da igualdade – Tratamento diferenciado sem motivação idônea – procedência da arguição. Não se pode conceber a premissa de que, pelo simples fato de estar na condução de um veículo, o motorista que se envolve em um acidente de trânsito tenha que aguardar a chegada da autoridade competente para averiguação de eventual responsabilidade civil ou penal porquanto reconhecer tal norma como aplicável, seria impor ao condutor a obrigação de produzir prova contra si, hipótese vedada pela Constituição Federal por ofender o preceito da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), além de incorrer em malfeição ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ademais, estar-se-ia punindo o agente por uma conduta praticada por qualquer outro delinquente, qual seja, a evasão da cena do delito, sem que por tal conduta recebam sanção mais alta ou acarrete maior gravosidade em suas penas, estabelecendo-se forte contrariedade aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Desse modo, afi-

### CUIDA-SE DE CRIME PRÓPRIO, EM QUE SOMENTE O CONDUTOR DO VEÍCULO ENVOLVIDO NO ACIDENTE DEVE SER RESPONSABILIZADO PENAL E CIVILMENTE

gura-se inviável vislumbrar outra responsabilidade penal a ser imputada ao motorista que se evade do local em que estivera envolvido em acidente de trânsito com vítima que não a omissão de socorro, situação com disposição específica no CTB (art. 304). Assim, se o condutor que se encontra nessas circunstâncias, que resultaram apenas em danos materiais, pode ter sua liberdade cerceada, está-se criando nova modalidade de prisão por responsabilidade civil, matéria que encontra limites constitucionais inestendíveis pelo legislador ordinário, o qual sofre limitação pelo art. 5º, LXVII da CF/88, que impede a prisão civil por dívida, afora as hipóteses nele excetadas” (Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Criminal n. 2009.026222-9, de Forquilha, rel. Des. Salete Silva Sommariva).

O fato é que num Estado em que seus cidadãos conviveram anos sob mandos e desmandos de regimes ditatoriais, em que a todo o momento direitos e garantias fundamentais eram violados, criar normas que visam limitar o exercício de tais direitos e garantias conquistados à custa de muita luta é retroceder a um estado totalitário. Por isso, os direitos fundamentais,

“como resultado da personalização e positividade constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” (Sarlet, 2010, p. 61).

Ou ainda, no dizer de **Canotilho**, os direitos fundamentais têm

“a função de direitos defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, norma de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exceder positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agres-

sões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (Canotilho *apud* Moraes, 2005, p. 25).

Com razão está **Beccaria** (2004, p. 101) ao defender que é “preferível prevenir os delitos a ter de puni-los”. E completa: “todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência”.

### Considerações finais

Em razão de tudo o que foi exposto, extrai-se que a tipificação da conduta do condutor de veículo que se afasta do local de acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, fere, em tese, o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si, uma vez que a criação de normas penais incriminadoras que violam princípios e garantias fundamentais pode induzir a um Estado totalitário.

Estados democráticos devem buscar alternativas concretas que visem à redução dos acidentes de trânsito, que deixam inúmeras vítimas inválidas para o trabalho e geram altos custos ao Estado para recuperá-las. É muito melhor prevenir crimes a criar normas penais incriminadoras que firam direitos fundamentais dos cidadãos.

Que fique claro, não se está aqui a pregar a impunidade dos indivíduos que cometem crimes de trânsito. Há que se ressaltar, entretanto, que somente a tipificação de condutas, por si só, é insuficiente para reduzir a violência no trânsito. É necessário analisar todo o contexto em que os condutores de veículos automotores estão inseridos, levando-se em consideração inclusive as exigências do sistema econômico.

É preciso trazer à baila que grande parte dos acidentes é decorrente de falha humana, por isso, é momento de

se fazer alguns questionamentos, tais como: quais são os fatores que causam a insegurança no trânsito? Como torná-lo mais seguro? É a partir de questões cernes como estas que será possível tomar medidas concretas de proteção, saindo, assim, da esfera restrita da criminalização de condutas que, infelizmente, é regra no Brasil.

Por fim, consigne-se que é ilusão acreditar que a criação isolada de leis que punam mais severamente indivíduos envolvidos em crimes de trânsito o tornará mais seguro. ■

### Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Criminal n. 70027717040. Rel. Des. Salete Silva Sommariva. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 71002693505. Rel. Des. Laís Ethel Corrêa Pias. Julgado em 30 ago. 2010. Disponível em: <<http://www3.tjrs.jus.br>>. Acesso em 06 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 137.340. Rel. Min. Laurita Vaz. Publicado no DJe. 03 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito pena e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maruá de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Crimes do código de trânsito*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. 2a. tiragem. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. 2a. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010.

# PREFEITO, BLITZ, VIOLAÇÃO E CAFÉ ESPRESSO

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

--- Qual o tratamento empregado para saudar o Prefeito Municipal? Excelência? Há alguma variação em função do número de habitantes do município?

O tratamento atual é Excelência, Excelentíssimo ou Vossa Excelência (abreviado **V. Exa.**) porque assim quis e determinou o Manual de Redação da Presidência da República, editado em 1991, que generalizou o emprego desse tratamento para todos os prefeitos assim como para os presidentes das Câmaras Municipais, independentemente da importância do município.

Antes disso, prefeito era Vossa Senhoria, exceto o da Capital, que se igualava às autoridades máximas, sendo chamado de *excelência*. Nos livros antigos ainda encontramos arrolado no tratamento de Vossa Excelência o "prefeito de capital estadual".

--- Tenho dúvida sobre o plural de blitz. Maria

A dúvida procede, até mesmo porque na mídia em geral se encontram várias versões de plural: *blitzen*, *blitze*, *blitzes* e inclusive *duas blitz*. Acontece que o Houaiss durante muito tempo registrou o plural como sendo *blitzen*. A nova edição desse dicionário fez a correção para **blitze**, plural que também se acha em outros dicionários, sendo portanto uma forma correta.

Contudo, *blitze* não parece plural para quem escreve em português. Se aportuguesarmos o termo, teremos o plural **blitzes**, como se vê escrito em muitos órgãos de comunicação. Seria a forma mais recomendável, ao lado de **blitz** (grafia igual para singular e plural, assim como acontece com hertz: um megahertz, dois megahertz).

--- Na frase "Diante disso, ele alega violação do artigo 37 da Constituição Federal", o certo é violação do artigo ou violação ao artigo? Marise Fiuza

As duas formas estão corretas. O Dicionário Prático de Regência Nominal, de Celso Pedro Luft, esclarece que com o substantivo **violação** pode-se usar a preposição *a* ou *de*: violação aos direitos humanos, violação ao que preceitua a lei; violação de correspondência, violação de um tratado etc.

--- Professora, ouvi dizer que o correto da ortografia é "café espresso" com S, ao invés de "café expresso" com X. O fundamento seria que a palavra italiana é derivada de *espremer* (a forma como o café é feito, sob pressão; entretanto, se *expresso* tem sentido de rapidez, não podem ser aceitas as duas grafias? Dayana Luz

Em princípio, não. O caso é que o termo não se refere à rapidez com que o café *espresso* é servido. Às vezes ele demora até mais do que um café comum! O probleminha, ou seja, o que acaba confundindo é que muitas vezes esse *espresso* não está escrito em itálico, como deveria ser. Por isso se justifica que a maioria das pessoas no Brasil pensa tratar-se de um *expresso*, rápido, e não de uma palavra italiana que quer dizer "espremido, comprimido, apertado, imprensado".

# 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](http://WWW.BONI JURIS.COM.BR)

The image displays a screenshot of the Bonijuris website interface and a cover of the Bonijuris magazine. The website interface includes a navigation menu with options like 'INICIAL', 'REVISTA', 'INSTITUCIONAL', 'CANAL', 'CADASTRO', 'ATENDIMENTO', and 'MAPA DO SITE'. The main content area features a search bar, a login section, and a list of articles under 'Notícias (com fonte na íntegra)'. The magazine cover shows the title 'Revista Bonijuris' and the date 'Agora XCVII | # 574 | Setembro 2011 | R\$49,90'. The cover also lists various legal topics and authors.

## APOIO INSTITUCIONAL

---

