

Neste mês comemoramos a 600ª edição da Revista Bonijuris. Tal marca é fruto de nosso trabalho e dedicação em sempre buscar alcançar e preencher as necessidades de nossos leitores com conteúdos técnicos e atuais, tanto para a teoria quanto para a prática jurídica.

A seção *Doutrina* inicia com a desembargadora federal do trabalho e doutora **Tereza Aparecida Asta Gemignani**, que discorre acerca da jurisdição trabalhista constitucional no século XXI. Assevera que os direitos fundamentais advindos com a Constituição Federal de 1988 produziram efeitos no campo processual do direito do trabalho, sendo necessário conferir maior amplitude às tutelas de urgência e de evidência, assim como abrir espaços para a implementação das tutelas de prevenção e de precaução no processo trabalhista, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais que estabelecem a eficácia e efetividade da jurisdição.

O magistrado, mestre em direito político e econômico e professor **Adalberto José Queiróz Telles de Camargo Aranha Filho** e a advogada e mestranda **Marina Domingues de Castro Camargo Aranha** versam acerca da autonomia das agências reguladoras. Aduzem que são consideradas autarquias 'em regime especial' por terem autonomia administrativa, financeira e normativa e tecnicidade maior que as demais autarquias, a fim de garantir-lhes uma atuação apta a promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, fortalecer a justa competição, coibir eventuais abusos e satisfazer o interesse público.

Os defensores públicos e especialistas em direito **Alexandre Brandão Rodrigues e Domingos Barroso da Costa** escrevem sobre a barganha e o art. 105 do projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). Asseveram que tal artigo, que dispõe acerca da celebração de acordo para a aplicação imediata das penas antes da audiência de instrução e julgamento, exigindo, para tanto, a confissão em relação aos fatos imputados na denúncia, representa um grave retrocesso e não se apresenta de acordo com o modelo garantista constitucionalmente previsto.

Na sequência, o advogado, mestre em processo civil e professor **Fernando Rubin** arrazoza acerca da teoria geral da prova, buscando elucidar problemas corriqueiros na prática do foro, envolvendo especialmente a oportunidade e limites para utilização dos meios probatórios lícitos. Destaca o conceito de prova; objeto de prova; juízo de admissibilidade; juízo de valoração; meios de prova; direito constitucional prioritário à prova; poderes instrutórios do juiz; ônus probatório; sistema de persuasão racional; e o modelo de constatação da verdade no processo civil.

Nedson Ferreira Alves Júnior, advogado, doutorando em ciências jurídicas e sociais e professor, põe termo à seção com seu trabalho sobre a transferência da análise da teoria da asserção para o advogado. Relata que o deslocamento da função de análise da asserção para o advogado não retirará do Estado-juiz o poder de polícia sobre o direito de ação, pois a asserção feita pelo advogado é conferida na entrevista com o cliente – momento em que será mensurado o grau de fidedignidade dos fatos narrados pelo autor – inexistindo impedimento legal a esta transferência de função.

Em *Legislação* transcrevemos a recente **Emenda Constitucional 75**, de 15 de outubro de 2013, que acrescenta a alínea 'e' ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham.

Por derradeiro, em substituição à seção *Como Decidem os Tribunais*, apresentamos nova seção, *Súmulas em destaque*, destinada à publicação de súmulas dos tribunais estaduais e federais, cujos primeiros enunciados extraímos da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Boa Leitura.
Equipe Bonijuris

Revista **Bonijuris**

Ano XXV | # 600 | **Novembro 2013**

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,
Oksandro Gonçalves, Roberto Víctor Pereira Ribeiro, Rolf Koerner Júnior, Zeno Simm

Editor responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Pesquisadores

André Barbieri Souza, Carlos Oswaldo M. Andrade, Eduardo Cambi,
Elionora Harumi Takeshiro, Geison O. Rodrigues (coordenador), Geraldo Vaz da Silva, José Lúcio Glomb,
Joseph Ernst Gardemann Filho, Luciano Augusto de Toledo Coelho, Luiz Carlos da Rocha, Luiz Salvador,
Maria de Lourdes Cardon Reinhardt, Paula Tiemi Toyofuku, Pollyana Elizabete 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 | 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

Repositório autorizado

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

Administrativo | Comercial

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

Assinaturas

0800 645 4020

Jurídico | Pesquisa

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



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

Doutrina

- 06 | **A Jurisdição Trabalhista Constitucional no Século XXI: Novas Tutelas**
Tereza Aparecida Asta Gemignani
- 13 | **A Autonomia das Agências Reguladoras: Aspectos Relevantes à Luz do Direito Econômico**
Adalberto J. Q. Telles de Camargo Aranha Filho
Marina Domingues de Castro Camargo Aranha

- 23 | **A Barganha e o Art. 105 do PLS 236/2012: Dos Perigos e Retrocessos de uma Disponibilização da Liberdade Mediante Confissão**
Alexandre Brandão Rodrigues
Domingos Barroso da Costa
- 30 | **Teoria Geral da Prova: Do Conceito de Prova aos Modelos de Constatação da Verdade**
Fernando Rubin
- 43 | **A Transferência da Análise da Teoria da Asserção para o Advogado**
Nedson Ferreira Alves Júnior

Acórdãos em destaque

- 49 | STJ | **Min. Nancy Andrighi**
Avalista da existência do crédito não pode questionar contrato de *factoring*
- 52 | TJ/DF | **Des. Jair Soares**
Condomínio não possui legitimidade passiva em ação indenizatória oriunda de perturbações causadas por academia no prédio
- 53 | STJ | **Min. João Otávio de Noronha**
Petição eletrônica só é válida quando advogado que assinou digitalmente tem procuração nos autos
- 54 | STJ | **Min. Sebastião Reis Júnior**
Declaração falsa para reduzir imposto e aumentar restituição é crime de sonegação, não de estelionato
- 58 | TRT | **Desa. Viviane Colucci**
Divergência entre a sentença proferida e a disponibilizada na internet gera nulidade dos atos processuais desde sua publicação
- 59 | STJ | **Min. Humberto Martins**
É devido o depósito do FGTS a trabalhador cujo contrato de trabalho com a administração pública seja declarado nulo
- 62 | STF | **Min. Ricardo Lewandowski**
É inconstitucional a cobrança de contribuição à saúde sobre proventos e pensões de servidores na vigência da EC 20/98

Legislação

- 77 | **Emenda Constitucional 75/13**
Instituição de imunidade tributária sobre determinados fonogramas e videofonogramas musicais

Ementário

- 64 | STJ | **Civil e Comercial**
Min. Paulo de Tarso Sanseverino
Irmão bilateral ganha o dobro do irmão unilateral em caso de herança
- 66 | TJ/RS | **Imobiliário**
Des. Nelson José Gonzaga
Animus domini é requisito indispensável para usucapião
- 67 | STJ | **Processo Civil**
Min. Herman Benjamin
Pensão não pode ser penhorada
- 69 | STJ | **Penal e Processo Penal**
Min. Laurita Vaz
Impossível concessão de *habeas corpus* para pessoa jurídica
- 72 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**
Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Indenização por extravio da CTPS em processo seletivo
- 73 | STJ | **Administrativo e Constitucional**
Min. Eliana Calmon
Pensão por morte de militar rege-se pela lei vigente na data do óbito
- 75 | STF | **Tributário**
Min. Marco Aurélio
Dedução do CSLL da base de cálculo do IRPJ não é possível

Súmulas em destaque

- 78 | **Súmulas do Tribunal de Justiça do Paraná**

Não tropece na língua

- 82 | **Maria Tereza de Queiroz Piacentini**
Sua excelência, defensor público geral

A JURISDIÇÃO TRABALHISTA CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI: NOVAS TUTELAS

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas

Doutora – Pós-graduação stricto sensu – com tese aprovada (USP)

Membro da ANDT – Academia Nacional de Direito do Trabalho – cadeira n. 70 e da REDLAJ – Rede Latino Americana de Juízes

Resumo

A nova configuração que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos direitos fundamentais produziu efeitos não só em relação aos direitos trabalhistas materiais, mas também aos processuais, desafiando a edificação de uma jurisdição trabalhista constitucional. Tal se dá porque na era contemporânea, marcada pela crescente complexidade dos conflitos, revela-se insuficiente a mera cominação de ressarcimento após o dano já ter ocorrido. A comemoração dos 70 anos de publicação da CLT e dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 vem explicitar, de maneira contundente, a importância da jurisdição constitucional, que confere maior amplitude às tutelas de urgência e de evidência, além de abrir espaços para a implementação das tutelas de prevenção e precaução no processo trabalhista, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais que garantem a eficiência da jurisdição, restaurando a credibilidade das instituições que sustentam a república brasileira

“A imprescindibilidade de uma nova teoria do processo deriva, antes de tudo, da transformação do Estado, isto é, do surgimento do Estado constitucional, e da consequente remodelação dos próprios conceitos de direito e jurisdição”

Luiz Guilherme Marinoni,
Teoria geral do processo, v. 1.

1. Introdução

Enquanto o direito material do trabalho surgiu sob a égide do princípio da proteção, o direito processual trabalhista sempre esteve imbricado com o princípio de acesso efetivo à jurisdição, marcado por procedimentos simples e diretos, que priorizam a análise de mérito das controvérsias postas em juízo.

Inicialmente, tinha por escopo primordial a reparação da lesão já ocorrida, mediante tutela ressarcitória dos prejuízos sofridos, passando posteriormente a admitir também a tutela dos bens ameaçados, atuando para evitar a concretização da lesão.

A Constituição Federal de 1988 trouxe nova configuração ao direi-

to processual, desencadeando inúmeras alterações legais no CPC, muitas delas lastreadas no princípio da eficiência, que passou a ser acrescentado ao rol do artigo 37 pela Emenda Constitucional 19/98, conferindo à jurisdição uma atuação mais assertiva.

Entre elas merecem especial destaque as modificações introduzidas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil (CPC), notadamente quanto às tutelas de urgência e de evidência, que abriram caminho para a posterior constitucionalização da *razoável duração*, implementada pela Emenda 45/04 ao inserir o inciso LXXVIII ao artigo 5º, exsurgindo inequívoca a preocupação em conferir o máximo de eficiência e efetividade à prestação jurisdicional.

As alterações sociais e econômicas provocadas pela pós-modernidade se intensificaram no início do século XXI, aumentando a complexidade dos conflitos no mundo do trabalho, a demandar o alargamento das vias de acesso à jurisdição. Já não bastava apenas ressarcir os danos já ocorridos, ou as ameaças evidenciadas.

Era preciso ir além.

Na contemporaneidade, o acesso à jurisdição lança como novo desafio jurídico a efetivação das tutelas de prevenção e de precaução, a fim de conferir eficácia ao marco normativo posto pelos princípios constitucionais, na senda aberta por **Dworkin**¹ ao demonstrar a importância de levar os direitos a sério para preservar a vida em sociedade.

2. As diferentes fases

Em obra clássica sobre o tema, **Mauro Cappelletti**² explicou que o acesso à justiça passou por momentos distintos.

O primeiro considerava ser preciso abrir caminhos aos menos favorecidos, para que pudessem obter tutela jurisdicional nos casos

de lesão, já que não dispunham de condições para a realização concreta dos seus direitos. Na justiça comum surgiram as defensorias públicas e as leis que garantiam assistência judiciária gratuita. Na justiça do Trabalho, que já albergava o *jus postulandi* e a assistência sindical, ampliaram-se as possibilidades de substituição processual.

O segundo, marcado pela intensificação da urbanização e desenvolvimento das grandes cidades, veio desnudar a existência de interesses difusos e transindividuais homogêneos, evidenciando o papel da tutela jurisdicional para que se revestissem de eficácia, evitando que fossem deixados à margem do sistema.

O terceiro deixa de tratar o processo como fim em si mesmo para considerá-lo instrumento de efetivação do direito material, revelando que mais significativo do que resolver uma lide é solucionar o próprio conflito, mediante pacificação com justiça.

Cândido Rangel Dinamarco³ acentuou esta diretriz ao tratar dos escopos do processo, relacionando-os à ideia de justiça e ressaltando que sua utilidade só pode ser medida e avaliada quando claramente delineado quais os fins propostos e se são atingidos ou não. Tal se dá porque “não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo”.

Como bem ressalta **Cássio Escarpinella Bueno**⁴, o que deve ser posto em destaque é que os direitos constitucionais, “independentemente de qual ‘dimensão’ ou ‘geração’ pertençam, são, ao contrário do que a doutrina tradicional quis parecer, ‘justiciáveis’ no sentido de que eles não podem e não devem ser

entendidos como meras prescrições de direitos sem que houvesse, garantidos no próprio ordenamento jurídico, meios de sua realização concreta, imperativa...”

Nesta senda, explica Dinamarco, para a “plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica”.

Os princípios postos pela carta constitucional de 1988 configuram o processo como instrumento para garantir a efetividade dos direitos trabalhistas, de sorte que o acesso à justiça não pode ficar restrito ao aspecto formal, devendo implicar a eficiente tutela do direito material.

Conhecido como “dever de boa administração”, segundo **Diogenes Gasparini**⁵, tal princípio impõe a obrigação de atuar com eficiência, preceito que também se aplica à administração da justiça, de modo a conferir maior satisfação quanto ao acesso à jurisdição, traçando uma diretriz de aprimoramento institucional que abre caminho para o exercício pleno da cidadania para os atores sociais que militam no mundo do trabalho.

Traz para o processo trabalhista a teoria garantista de **Luigi Ferrajoli**⁶, notadamente quando trata da efetividade da norma e de sua eficácia como balizadora de conduta.

3. 70 anos da CLT e 25 anos da Constituição Federal. A renovação do desafio

A comemoração dos 70 anos da CLT e dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 não é só uma feliz coincidência.

Traz o renovado desafio de implementar esta perspectiva garantista em concreto, mediante a edificação de uma jurisdição trabalhista constitucional. Tal se dá porque na era contemporânea, marcada pela crescente complexidade dos conflitos, se revela insuficiente a mera cominação de ressarcimento após o dano já ter ocorrido, sendo necessário conferir maior amplitude às tutelas de urgência e evidência, além de abrir espaços para a implementação das tutelas de prevenção e precaução que atuem antes, evitando a própria ameaça ou ocorrência do dano, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais que garantem o efetivo acesso à justiça.

4. As novas tutelas

A configuração de direitos tidos por fundamentais pela carta constitucional de 1988, dentre os quais estão inseridos os trabalhistas, abriu o horizonte deste debate, principalmente nos pontos em que o artigo 7º da CF/88 navega em intersecção e confluência com o disposto no artigo 5º da carta constitucional. Diferentemente do que aduzem alguns doutrinadores, as diferentes “gerações” de direitos fundamentais não se apresentam mais setorializadas em compartimentos estanques, passando a atuar de forma dinâmica, em sinergia.

Assim sendo, não se pode mais restringir o escopo do processo trabalhista apenas à reparação pecuniária da lesão já consumada, quando seu marco distintivo está atrelado a uma perspectiva mais ampla, como pioneiro na abertura dos canais de acesso rápido e direto a uma jurisdição comprometida também com a tutela da prevenção e precaução, a fim de evitar a própria ocorrência da lesão, notadamente quando se trata de reduzir os riscos inerentes ao trabalho e garantir a proteção em face da automação, conforme pre-

ceituam os incisos XXII e XXVII do artigo 7º, que devem ser implementados com observância da “razoável duração do processo” e “dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, como estabelece o inciso LXXVIII do artigo 5º, ambos da CF/88.

O movimento de constitucionalização, desencadeado pela Carta de 1988, veio provocar alterações legais significativas no processo civil a partir da década de 90, que passaram a ser adotadas pela jurisprudência também para o processo trabalhista por força do artigo 769 da CLT, em decorrência da explícita compatibilidade.

Entre estas merecem especial destaque as seguintes:

4.1. Possibilidades mais amplas de antecipação das tutelas. Aplicação no processo trabalhista do disposto no caput, incisos I e II, além do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, in verbis:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Ao prever a antecipação do provimento judicial *inaudita altera parte*, agasalhando as tutelas de urgência (inciso I) e de evidência (inciso II), além de conferir nova configuração à medida cautelar incidental nos autos do processo já ajuizado (parágrafo 7º), o preceito legal vem priorizar a eficiência da jurisdição, possibilitando a concessão

baseada em verossimilhança, para tanto deixando de exigir a certeza decorrente de instrução exauriente, face à necessidade de desmistificar “os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição”, como ressalta **Ada Pelegrini Grinover**⁷.

Justifica **Jorge Pinheiro Castelo**⁸ que, como “se proibiu a utilização da mão própria e se estabeleceu o monopólio da tutela jurisdicional”, seu exercício “tem que ser efetivo e eficiente”, de modo que o “acesso à justiça e à ordem jurídica justa tem de se dar sem embaraços, ou seja, de forma direta e imediata”. Assim sendo, uma das soluções encontradas para a “crise do tradicional sistema processual brasileiro, calcado no modelo do processo de conhecimento”, consistiu na introdução do poder geral de antecipação da tutela.

Na seara trabalhista, além da concessão de medida liminar para reintegração de dirigente sindical nos termos do inciso X, acrescido ao artigo 659 da CLT na esteira do anteriormente já disposto em seu inciso IX, a jurisprudência passou a deferir a antecipação de tutela de forma mais ampla, em conformidade com a lei adjetiva civil.

Mas não é só.

4.2. Abrangência das obrigações de fazer/não fazer

Há um movimento crescente no sentido de conferir maior relevância às obrigações de fazer/não fazer, quando se trata de tutelar a prevenção e a precaução, atribuindo-lhes conotação condizente com o disposto no *caput* e parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 461 do CPC, ao dispor:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Neste contexto, releva pontuar ter o parágrafo 5º possibilitado ao juiz decidir *de ofício* para determinar as medidas necessárias, para tanto considerando não só a imposição de multa por atraso, mas também a “busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva”, até mesmo com “requisição de força policial”, o que se reveste de importância significativa quando se trata de garantir condições de saúde e segurança no local de trabalho.

O movimento pendular que oscilou entre o polo da segurança jurídica, de um lado, e o da efetividade/eficiência, de outro, mais de uma vez privilegiou estas últimas, a fim de evitar o perecimento do direito material e assegurar o pleno acesso à justiça.

A pós-modernidade explicitou um mundo marcado pela ambiguidade e ambivalência, que revela a “riqueza polissêmica da realidade humana” como destaca o sociólogo **Zygmunt Bauman**⁹, o que veio impregnar também as relações de trabalho, trazendo novos desafios.

5. O desafio do acesso à justiça no século XXI

Neste contexto, já não basta garantir a inafastabilidade da jurisdição para antecipar as tutelas de urgência e de evidência, ou conceder reparação pecuniária para a lesão já ocorrida.

A nova realidade exige a tutela do direito à precaução e à prevenção, como bens que podem ser judicialmente exigidos para evitar a lesão, de tal sorte que no século XXI o direito processual trabalhista é chamado a conferir suporte de eficácia a esta nova configuração do princípio da proteção.

Neste cenário, a atividade jurisprudencial se revela indispensável para colmatar as lacunas do ordenamento infraconstitucional, levando à edificação de novos marcos normativos, num movimento que cada vez mais estimula o diálogo entre as diferentes fontes de direito.

Explica **Cláudia de Lima Marques**¹⁰ que, ao construir espaços de confluência para atuação das diferentes fontes normativas, o método utilizado para implementar o diálogo das fontes se revela “valorativo e inovador”, pois considera as especificidades do conflito concreto, a fim de “preservar a coerência do sistema”.

Assim, para além do pensamento de Norberto Bobbio, que via nesta inter-relação situações de subordinação ou coordenação¹¹, os desafios da era contemporânea exigem a construção de um novo modelo, baseado na harmonização, em que a maior atuação de um, ou de outro, depende da ponderação dos valores que se apresentam em conflito, para garantir que o ordenamento jurídico se mantenha apto a operar com funcionalidade, não só na solução, mas também na prevenção dos conflitos.

Ressalta **Luiz Guilherme Marinoni**¹² que:

“a ideia de igualdade formal’ veio unificar o ‘valor dos direitos, permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. Foi quando surgiu a idéia de reparação do dano pelo equivalente, o que obviamente também teve influência sobre a concepção de jurisdição como função dirigida a dar tutela aos direitos privados violados. Ora, se todos os direitos podiam ser convertidos em pecúnia, e a jurisdição então não se preocupava com a tutela da integridade do direito material, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, logicamente não era necessária a prestação jurisdicional preventiva, bastando aquela que pudesse colocar no bolso do particular o equivalente monetário.”

Entretanto, a valorização da vida e da integridade física, resguardadas como direitos fundamentais pelo inciso XXII do artigo 7º da CF/88, ao garantir a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, tornou insustentável esta perspectiva reducionista. Com efeito, veio imprimir-lhes “eficácia irradiante”, que penetra por todo o ordenamento jurídico, “como impulsos e diretrizes”, não só para a atividade do legislador e do administrador, mas também para o juiz, como ressalta Daniel Sarmiento¹³, o que implica o reconhecimento da necessidade de tutela da prevenção e precaução como bens jurídicos, assim garantindo o acesso eficiente à justiça substancial.

6. As tutelas de prevenção e precaução no processo trabalhista

Conforme anteriormente ressaltado, em artigo sobre o meio ambiente de trabalho¹⁴, o princípio da prevenção consiste na adoção de medidas definidas, que possam evitar a ocorrência de um dano provável, em uma determinada situação fática, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhe-

cimento de um risco concreto, como esclarece **Germana Parente Neiva Belchior**¹⁵.

Distintamente, o princípio da precaução implica a adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e à segurança. Deste modo, afirma **Paulo Affonso Leme Machado**¹⁶, enquanto o princípio da prevenção está direcionado a evitar riscos determinados, o princípio da precaução aponta para a adoção de medidas acautelatórias gerais, considerando o risco potencial.

A tutela jurídica da precaução e da prevenção representa a quebra do paradigma até então imperante, criando um espaço de confluência da segurança jurídica com a efetividade da jurisdição, agora imbricadas em articulação constante como vasos comunicantes, em benefício de todos os envolvidos, fazendo valer as diretrizes traçadas pelo Estado constitucional para reger um novo modelo de processo, muito mais comprometido com a eficiência do direito material como valor intrínseco à própria formação do direito do trabalho.

A conotação de natureza instrumental ao processo, além do reconhecimento dos efeitos e consequências que as lesões, mesmo as individuais, provocam em todo entorno social, levam à necessidade de garantir novas vias de acesso à jurisdição, notadamente quanto às tutelas de prevenção e de precaução, concedidas como obrigação de fazer/não fazer com esteio no artigo 461 do CPC, inclusive no que se refere à pretensão específica e direta quanto às “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”

Assim, ao ter conhecimento que determinada empresa procede ao controle da jornada de forma incorreta, que provoca não só prejuízo econômico, mas também dano às

condições de saúde dos empregados, se revela juridicamente sustentável que um sindicato, na qualidade de substituto processual, ingresse em juízo pleiteando tutela específica, ou seja, a obrigação de fazer consistente na alteração deste sistema. O atendimento desta pretensão confere efetividade substantiva ao acesso à justiça, porque além de resguardar os direitos trabalhistas da coletividade dos envolvidos na mesma situação fática, também propicia a eficiência da jurisdição, ao evitar o ajuizamento de inúmeras ações individuais futuras.

No caso de pagamento incorreto, “por fora”, com sonegação não só de direitos trabalhistas, mas também fundiários e previdenciários, fato que vem sendo constatado cada vez mais de forma recorrente, perfeitamente possível a atuação judicial do sindicato para que seja determinado o cumprimento da obrigação de fazer (lançamento correto em folhas de pagamento), o que também contribuirá para evitar o ajuizamento de inúmeras ações no futuro.

Imperativo pontuar que a matéria em que as tutelas de prevenção se revestem de maior relevância, em virtude da importância do bem jurídico protegido, se referem ao meio ambiente de trabalho, pois se trata de adotar conduta acautelatória para evitar o dano *in re ipsa*, cuja ocorrência, por si só, pode configurar irreversibilidade da lesão quanto à integridade física ou perda da vida, casos em que a tutela restrita a ameaça ou a reparação “será não só tardia como inócua”, explica **Scarpinella Bueno**¹⁷. Assim, propõe

OS PRINCÍPIOS POSTOS PELA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988 CONFIGURAM O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

uma nova leitura do inciso XXXV do artigo 5º, por entender que veio ampliar o acesso à justiça, convidando a uma “renovada reflexão” e sua “correspondente sistematização” no sentido “de pensar na tutela jurisdicional preventiva ao lado da tutela jurisdicional repressiva”.

Nesta senda, o inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 veio assegurar, como fundamental, o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, diretriz reiterada no inciso VIII do artigo 200, de modo que o local de trabalho também deve observar as exigências contidas no artigo 225 da carta constitucional, no sentido de propiciar “sadia qualidade de vida”.

A CLT dedicou todo o capítulo V para tratar deste assunto, merecendo destaque o constante dos artigos 163, 164 e 166 quanto à atuação da CIPA (comissão interna de prevenção de acidentes) e fornecimento de EPI (equipamento de proteção individual), bem como o constante da Portaria 3.214/78, que instituiu as NRs, periodicamente atualizadas para oferecer respostas aos novos problemas que surgem no ambiente de trabalho.

Destarte, se o empregador não fornece os equipamentos de proteção individual, ou deixa de atender às providências indicadas pela CIPA, tais pleitos poderão ser objeto de ação judicial intentada pelo sindicato e também pelo Ministério Público do Trabalho, com estipulação das respectivas obrigações de fazer. Assim, por exemplo, ao invés de ficar exposto anos a fio a elevado nível de ruído, o que poderá provo-

car surdez irreversível e incapacitar o empregado para a atividade laboral, além de comprometer para sempre sua qualidade de vida, o acesso à justiça se mostrará muito mais eficiente e efetivo se, durante a vigência contratual, for imputada à empresa obrigação de fazer preventiva que evite o aparecimento da lesão.

Tal se dá porque o meio ambiente de trabalho, pela dimensão que apresenta, congrega direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujo descumprimento provoca consequências que desbordam os limites de uma relação meramente contratual entre empregado/empregador, espalhando seus efeitos para todo o entorno social, além de comprometer a credibilidade das instituições judiciais quanto à eficácia de sua atuação. Conforme já sustentei em artigo sobre o tema¹⁸, a eficácia dos direitos fundamentais não se restringe mais ao plano vertical com o Estado, abrangendo também as relações horizontais entre particulares, de sorte que assim pode ser exigido.

Prevenir lesões beneficia não só o empregado durante a vigência do contrato de trabalho, mas também o empregador, pois não terá que arcar com um expressivo passivo trabalhista advindo de múltiplas demandas, além da sociedade como um todo, porque levará à redução dos níveis de conflitualidade, evitará a falta de recolhimentos fiscais e fundiários, diminuirá os custos com assistência médica e concessão de aposentadorias precoces por invalidez, além de impedir a saturação da máquina judiciária.

7. A mudança de paradigma

O positivismo dogmático baseou-se na interpretação radical da teoria de separação dos poderes, atribuindo ao legislador a exclusividade na criação do direito e restringindo a atuação do juiz à sua

aplicação e o conceito de jurisdição “à reparação do direito violado”, explica Luiz Guilherme Marinoni¹⁹, negando-lhe o “poder de dar tutela preventiva aos direitos, uma vez que, na sua perspectiva, a função de prevenção diante da ameaça de não observância da lei era da administração”, mediante implementação de políticas públicas, ficando para o judiciário a incumbência de “dar tutela aos direitos privados violados”.

Entretanto, a complexidade e a exposição a riscos crescentes na sociedade contemporânea veio demonstrar que se trata de modelo superado, que se tornou insustentável por comprometer os princípios da eficácia, eficiência e efetividade do ordenamento legal. Com efeito, ao invés de garantir tutelas de prevenção e de precaução, que evitem a ocorrência do evento danoso, admitir que a conduta ilícita possa ser *tolerada* provoca ao longo do tempo expressivo passivo trabalhista, que pode comprometer a viabilidade do empreendimento econômico e o perecimento de postos de trabalho, além do enorme custo previdenciário a ser suportado por toda a sociedade quanto aos tratamentos médicos, afastamentos por acidentes e doenças profissionais, mais a concessão de aposentadorias precoces. E, o mais crucial, gera efeitos nocivos muitas vezes irreversíveis à saúde e integridade física, comprometendo as condições de empregabilidade dos trabalhadores, que, alijados precocemente da atividade produtiva, levam seus filhos a abandonar mais cedo a escola para poder ajudar na manutenção da casa, assim criando um círculo vicioso de subqualificação e pobreza.

Ademais, é preciso relembrar que o processo trabalhista nasceu com o compromisso de conferir efetividade ao direito material e o conceito de acesso à justiça sempre teve conotação ampliada, no sentido de

impedir que a desigualdade econômica redundasse em desigualdade no exercício dos direitos de cidadania.

O estado constitucional veio desnudar o mito da lei “genérica, abstrata, coerente e fruto da vontade” do parlamento, revelando todo o embate e o jogo provocado pela correlação das diferentes forças que atuam numa sociedade cada vez mais heterogênea e complexa, que gera conflitos cuja solução não pode advir apenas das regras infraconstitucionais, tornando imperiosa a aplicação dos princípios constitucionais, o que vai conferir dimensão substantiva à legalidade.

Por isso, explica Marinoni, não há como reduzir a jurisdição apenas “à atuação da lei”, sendo necessário reconhecer ao judiciário a atribuição de construção, “já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade” aos direitos postos pela Constituição. Tal reflexão se reveste de realce peculiar quando o processo está voltado para a concretização dos direitos inseridos no artigo 7º da CF/88 como fundamentais que, “por serem mandamentos de otimização, tendem a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica”, como bem ressalta **Virgílio Afonso da Silva**²⁰.

Para tanto, cabe à jurisdição dar “tutela concreta ao direito material”, conferindo eficácia e eficiência ao seu “conteúdo operacional”. Este conceito adquire categoria significativa na era contemporânea, quando se constata que reparar a lesão já ocorrida, ou antecipar a concessão apenas deste tipo de tutela, se torna insuficiente para dar efetividade aos direitos garantidos pela Constituição, que não só albergam interesses individuais, mas também coletivos, especialmente quando se trata de preservar o direito à saúde e à integridade física no meio ambiente de trabalho. Diante disso, o acesso à justiça só se aperfeiçoa

com a “atividade executiva”, esclarece Marinoni, pois mais do que o direito à sentença “o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado”, o que redundaria no reconhecimento da necessidade de concessão das tutelas de prevenção e precaução.

Como bem observa **Norberto Bobbio**²¹, a expressão “direitos humanos” pode provocar equívocos se a considerarmos como “direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana: enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação”.

8. Síntese conclusiva

Não se pode deixar de considerar que a nova configuração que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos direitos fundamentais veio impactar não só os direitos trabalhistas materiais, mas também os processuais, assim desafiando a edificação de uma jurisdição constitucional. Tal se dá porque, ao impedir a justiça pelas próprias mãos, o Estado trouxe para si o dever de dotar a tutela jurisdicional de efetividade, o que não pode ser obtido de forma satisfatória apenas com a reparação e o ressarcimento do dano já ocorrido.

A comemoração dos 70 anos de publicação da CLT e dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 vem explicitar, de maneira contundente, que é necessário conferir maior amplitude às tutelas de urgência e de evidência, além de abrir espaços para a implementação das tutelas de prevenção e de precaução no processo traba-

lhista, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais que estabelecem a eficácia e efetividade da jurisdição.

Tal ocorre porque a complexidade dos novos conflitos trabalhistas, que surgem na era contemporânea, geram efeitos que ultrapassam os limites de uma relação meramente contratual, exigindo a ampliação qualitativa do acesso à justiça. Tutelar a prevenção e a precaução, reconhecendo-lhes a condição de bens jurídicos passíveis de ser judicialmente exigidos, preserva a saúde e a integridade física do trabalhador, a um menor custo para o empregador, além de possibilitar que a máquina judiciária atue com maior eficiência em prol de toda a sociedade, restaurando a credibilidade das instituições que sustentam a república brasileira. ■

Notas

1 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 313 e seguintes.

2 CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Sergio A. Fabris Editor, 1988.

3 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, 133.

4 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59 e seguintes.

5 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Bari-Laterza, 1990, p. 891/892.

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. In O processo – estudos e pareceres. Editora Perfil Ltda. São Paulo, 2005, p. 30-50.

8 CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade – a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 384-391 e seguintes.

9 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 172 e 190.

10 LIMA MARQUES, Cláudia. “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme” in Diálogo das Fontes – do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro – Cláudia de Lima Marques coordenação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 63.

11 BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 9. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília- DF: Ed. da UnB, 1997.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 e seguintes.

13 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008, p. 124 e seguintes.

14 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção. *Revista CEJ*, ano XVI, jan.-abril/ 2012, p. 50-58.

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

16 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65 e seguintes.

17 SCARPINELLA BUENO, Cassio. Obra citada, p. 102-103.

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

19 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 32 a 46 – 110 a 120.

20 AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175.

21 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 32 e seguintes.

Referências

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel, Jorge, Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1999.

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

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

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília- DF- Ed. da UnB, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

CAPPELLETTI Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet Sergio A. Fabris Editor 1988.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós- modernidade a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Malheiros Editores São Paulo, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Bari-Laterza, 1990.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista CEJ*, ano XVI, jan.-abril/2012.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*, in O processo, estudos e pareceres. Editora Perfil Ltda. São Paulo, 2005.

LIMA MARQUES, Cláudia. “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme” in Diálogo das Fontes – do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro – Cláudia de Lima Marques coordenação *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2012.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: ASPECTOS RELEVANTES À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

Adalberto José Queiróz Telles de Camargo Aranha Filho

camargoaranha@uol.com.br

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau (São Paulo)

Mestre em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Professor chefe do Núcleo de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Marina Domingues de Castro Camargo Aranha

marina.camargoaranha@gmail.com

Advogada

Mestranda em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Excertos

As agências reguladoras fazem parte da administração pública indireta e, por conseguinte, estão sujeitas ao controle exercido pelo Poder Legislativo

Ressurgiu a premissa de que a economia e a política estão indissolúvelmente ligadas, devendo o Estado atuar conjuntamente com a iniciativa privada, sem limitá-la, mas buscando evitar desvios e redistribuir seus rendimentos de uma forma mais justa, que atenda ao interesse coletivo

O primeiro requisito essencial à autonomia administrativa das agências reguladoras é a estabilidade de seus dirigentes no exercício do cargo, garantida pelo mandato fixo, o qual somente podem perder nas hipóteses legalmente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum

1. Introdução

Com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, o fim da segunda guerra mundial e o advento do Estado social, restou superada a concepção liberal negativa de Estado, pela qual o ente estatal deveria atuar apenas para garantir o sistema livre de mercado, que, por si só, asseguraria o equilíbrio econômico e social, posta como premissa a concorrência perfeita.

Com efeito, o desenvolvimento das relações econômicas, políticas e sociais demonstrou a imprescindibilidade da intervenção estatal na atividade econômica para garantir uma concorrência justa e equilibrada, promover a expansão da renda nacional e o desenvolvimento econômico.

Nesta toada, surgiram os chamados “Estados intervencionis-

tas”, legitimados a atuar sobre a atividade econômica privada, inclusive concorrendo com ela, com o fim de promover bem-estar social, a exemplo dos Estados Unidos com o plano de recuperação da economia *New Deal*, implementado após a quebra da Bolsa de Valores de Nova York.

Sob esta influência, as agências reguladoras surgiram no cenário brasileiro a partir dos anos de 1990, marcadas pela transferência de grande parte dos serviços públicos à iniciativa privada, diante da complexidade das funções desempenhadas pelo Estado, da necessidade da prestação de serviços eficientes e adequados à população e da impossibilidade de o Estado realizar vultosos investimentos, principalmente em setores de infraestrutura.

Estes órgãos foram criados por leis específicas na condição de autarquias “em regime especial”, por serem dotadas de autonomia normativa, financeira e administrativa um pouco maiores do que as demais autarquias. Além disso, seus dirigentes são indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, para um mandato fixo, proibida a exoneração *ad nutum*.

Neste contexto, ao tratar das agências reguladoras brasileiras, analisaremos a sua criação, características, natureza jurídica e independência, detalhando seu poder normativo, autonomia financeira e administrativa. Além disso, verificaremos a estabilidade dos dirigentes, aspectos de sua tecnicidade, bem como o controle exercido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por fim, diante de tamanha relevância, desenvolveremos uma análise da atuação das agências reguladoras no contexto do Estado

brasileiro, ponderando os atributos essenciais que devem ser preservados para o adequado controle da atividade econômica, capaz de assegurar existência digna a seus cidadãos.

2. As agências reguladoras e a Constituição de 1988

Ao tempo do Estado liberal, adotava-se o conceito de “Estado mínimo”, pelo qual, de acordo com **Adam Smith**, ao Estado cabia apenas proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades, estabelecer uma adequada administração da justiça e erigir e manter certas obras e instituições públicas indispensáveis ao interesse público, pois, garantido o sistema livre de mercado, o equilíbrio econômico e social estaria assegurado.

Neste contexto, entendia-se que, quanto menor fosse a presença do Estado dentro de uma sociedade, maior seria a liberdade dos indivíduos, estabelecendo-se uma nítida dissociação entre a atividade política e a atividade econômica.

Ocorre que esta concepção surgiu na transição do absolutismo para o liberalismo, estando impregnada pelos traumas decorrentes das arbitrariedades praticadas pelo Estado. No entanto, o liberalismo parte de uma ideia de concorrência perfeita, em que não há monopólios nem abusos, e pressupõe certa igualdade entre os agentes econômicos, de modo a haver uma competição equilibrada.

Em meio à depressão econômica experimentada entre as duas grandes guerras, a “mão invisível” de Adam Smith se mostrou utópica e ineficiente em um sistema econômico no qual as decisões de poucos conglomerados e do governo afetavam a renda e as oportunidades de emprego de todos os cidadãos.

Neste cenário, a teoria econômica de John Maynard Keynes, implementada pelo *New Deal* nos Estados Unidos na década de 1930, demonstrou que o Estado deve intervir na economia para minorar as crises inerentes ao sistema capitalista e os desequilíbrios do mercado, regular a atividade econômica e promover o desenvolvimento, sem que, com isso, se recrie uma ditadura ou se adote um sistema socialista. Assim, ressurgiu a premissa de que a economia e a política estão indissolúvelmente ligadas, devendo o Estado atuar conjuntamente com a iniciativa privada, sem limitá-la, mas buscando evitar desvios e redistribuir seus rendimentos de uma forma mais justa, que atenda ao interesse coletivo.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a ordem econômica brasileira se funda na valorização do trabalho e na livre iniciativa, a fim de assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da livre concorrência.

Nesta perspectiva, a partir da década de 1990, com a implantação do Programa Nacional de Desestatização (incrementado com a Lei 9.491/97), o Estado brasileiro, admitindo sua incapacidade econômica para fornecer serviços de forma adequada e digna e investir em infraestrutura, transferiu a execução de alguns serviços públicos para a iniciativa privada, notadamente nos setores de telecomunicações e energia elétrica, e flexibilizou o monopólio do petróleo.

Acompanhando a tendência político-econômica mundial da década de 1980 – de desestatizações, privatizações, concessões, parcerias e uma regulação desburocratizada¹ –, o Brasil adotou o modelo de “Estado Regulador”², em que a exploração direta de atividade eco-

nômica é realizada pelo agente privado, cabendo ao Estado exercer as funções de normatização, fiscalização e incentivo dessa atividade. Para tanto, foram criadas as agências reguladoras.

Modernamente, a atuação das agências reguladoras visa proteger o consumidor contra a ineficiência, o domínio do mercado, a concentração econômica, a concorrência desleal, o aumento arbitrário dos lucros, procurando garantir a qualidade, a universalidade e a continuidade do serviço para os destinatários finais. Para tanto, aumentase a ingerência estatal, propiciando maior influência sobre a gestão privada do que quando o Poder Público prestava diretamente, pois a regulação outrora praticada pelo Estado visava mais os seus interesses secundários do que o público.

Essa nova forma de atuação do Estado pressupõe, além da participação privada na prestação dos serviços públicos, a regulação da exploração da atividade econômica, buscando a defesa do interesse público e o equilíbrio nas relações de consumo no setor regulado, de modo que o Estado deve atuar num ponto equidistante entre os interesses dos usuários, dos prestadores dos serviços concedidos e do próprio Poder Executivo, para evitar eventuais pressões políticas.

Nesta perspectiva, por exercerem função essencialmente técnica e cumprirem tarefa de tamanha relevância, as agências reguladoras são constituídas de forma a se evitar ingerências políticas na sua direção, sendo dotadas de atributos peculiares, que causam divergência na doutrina e jurisprudência.

3. Atributos próprios das agências reguladoras

De acordo com a lei criadora da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei 9.472/97,

artigo 8º, § 2º), seus traços característicos são: independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

No mesmo sentido, a lei criadora da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961/00, artigo 1º, parágrafo único) estabelece que a natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

A lei criadora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Lei 9.782/99, artigo 30, parágrafo único), por seu turno, esclarece que a natureza de autarquia especial conferida a essa agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Ainda, a lei criadora da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei 10.233/01, artigo 21, § 2º) prevê que o regime autárquico especial atribuído a ditas agências é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.

Assim, em síntese, podemos concluir que as agências reguladoras são órgãos criados por leis específicas, na condição de autarquias “em regime especial” por serem dotadas de autonomia administrativa, financeira e normativa e tecnicidade maior que as demais autarquias, a fim de garantir-lhes uma atuação independente e capaz de fomentar o desenvolvimento econômico, fortalecer a justa competição e promover o bem-estar social.

A partir desta definição, analisaremos essas características em compatibilidade com o regime constitucional brasileiro frente aos três Poderes.

3.1. Autonomia normativa

As agências reguladoras exercem funções típicas dos três poderes, tendo autonomia e poder normativo para cuidar de determinados assuntos. No entanto, para que não haja usurpação de competências, é necessária uma delimitação precisa de sua atuação, de modo que, em relação ao Poder Legislativo, o verdadeiro problema reside em saber quais os limites de seu poder normativo frente ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, **Luís Roberto Barroso**³ pondera:

“A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É nesse território que se opera a complexa interação - ainda não totalmente equacionada - entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências.”

Com efeito, para parte da doutrina, encabeçada por **Maria Sylvia Zanella de Pietro**⁴, a função normativa exercida pelas agências reguladoras representa, em regra, invasão da competência do Poder Legislativo, exceto para a Anatel e ANP, em razão da expressa previsão constitucional:

“As duas únicas agências que podem exercer o poder regulador ou normativo são aquelas que possuem previsão constitucional para tal: a ANA-

TEL e a ANP. As demais não possuem previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência.”

Em sentido contrário, **Eros Roberto Grau**⁵ defende que o poder normativo conferido às agências reguladoras abarca o poder legislativo, o poder regulamentar e o poder regimentar, pois função normativa regulamentar da administração pública adviria de um poder derivado, mas poderia instituir normas primárias, sem que isso viesse a caracterizar derrogação ao princípio da separação de poderes. A ausência de uma moldura legislativa não impediria a administração pública de dispor de direitos e impor obrigações aos particulares, inovando na ordem jurídica, porque é próprio da administração o poder regulamentar, inserido na função normativa.

Por outro lado, representando a doutrina majoritária, **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁶ admite a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras entendendo que, dado o princípio constitucional da legalidade, e consequente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações advindas de tais entidades não de se cifrar em aspectos estritamente técnicos, e que estes, sim, podem, na forma da lei, provider de providências subalternas. De toda sorte, ditas providências, em qualquer hipótese, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, mormente para agravar a posição jurídica dos destinatários.

Em consonância, esclarece **Roberta Frago de Medeiros Menezes**⁷:

“Apenas a lei em sentido formal poderia impor obrigações e restringir

direitos. As agências reguladoras atuam dentro dos limites legais, explicitando os preceitos, sem inovar no ordenamento jurídico. O fundamento do poder regulador não pode advir de *standards*, quais sejam, dispositivos genéricos que fixem as competências das agências. Deve haver uma forte e bem articulada base legal que justifique o exercício da normatização por parte das agências reguladoras. A obediência ao princípio da legalidade não significa que a regulamentação deve repetir aquilo que está previsto em lei, mesmo porque a norma legal não traz precisamente o conteúdo, a forma, a oportunidade da matéria a ser regulada.”

Com relação à autonomia para exercer o poder normativo que lhes foi conferido, pondera-se que, por serem autarquias em regime especial, as agências reguladoras fazem parte da administração pública indireta e, por conseguinte, estão sujeitas ao controle exercido pelo Poder Legislativo como determina o artigo 49, inciso X da Constituição Federal⁸, nos seguintes termos:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”

Diante disso, a doutrina discute se a amplitude do controle pelo Poder Legislativo fulminaria a autonomia normativa das agências reguladoras.

Na defesa deste controle, **Adilson Abreu Dallari**⁹ ainda sustenta a criação de uma comissão permanente no bojo do Poder Legislativo para controlar as agências reguladoras:

“A composição heterogênea do Legislativo e, especialmente, a presença das minorias, asseguram o caráter democrático do controle parlamentar e evita a captura das agências reguladoras pelos setores por elas controlados. É plenamente justificável, por ser necessária e conveniente, a criação de

Comissão Permanente no Legislativo, para controle das agências reguladoras.”

Destarte, a competência normativa atribuída às agências reguladoras é fundamental para poderem alcançar uma atuação célere, flexível e técnica, independentemente de predileções políticas e interesses de grandes grupos econômicos.

Nesta perspectiva, razoável concluir que as agências reguladoras estão vinculadas ao princípio da legalidade, competindo ao Poder Legislativo estabelecer normas gerais e parâmetros, a partir dos quais deverão exercer suas atividades. Assim, para a edição dos atos normativos, as agências reguladoras deverão observar os limites impostos por lei, não podendo revogá-las nem, tampouco, restringir sua força. No entanto, ao que se refere ao controle pelo Congresso Nacional, sob pena de se tornarem órgãos figurativos e políticos, entende-se que o controle deverá limitar-se à legalidade dos atos, analisando se estão de acordo com os parâmetros legais traçados para sua atuação, sem adentrar no mérito da decisão.

3.2. Autonomia financeira

As agências reguladoras são concebidas para terem autonomia financeira suficiente para decidir e implementar suas decisões. No entanto, de acordo com os artigos 70 e 71 da Constituição¹⁰, o controle externo das atividades das agências reguladoras é exercido pelo tribunal de contas competente, órgão auxiliar do Poder Legislativo, que sobre elas exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, no pertinente à legalidade, legitimidade e economicidade.

Diante disso, parte da doutrina sustenta que, ao estabelecer a competência para fiscalizar a “economicidade” das atividades das

agências reguladoras, a Constituição Federal confere ao Tribunal de Contas competência para adentrar no mérito das ações administrativas destas agências.

Em um viés mais radical, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ entende que as agências reguladoras não possuem genuína autonomia financeira, pois estão sujeitas ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Poder Legislativo.

Por outro lado, Luís Roberto Barroso¹² acertadamente, segundo pensamos, sustenta que o Tribunal de Contas não pode adentrar no mérito das decisões das agências reguladoras em atenção ao princípio da separação de poderes. Além disso, esclarece que a atuação do Tribunal de Contas se dá em, basicamente, três áreas: (i) auditoria financeira e orçamentária; (ii) julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos e (iii) emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Poder Executivo. Assim, não há qualquer autorização constitucional para o Tribunal de Contas investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, nem, por conseguinte, de uma agência reguladora, razão pela qual “não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes”.

Ademais, em razão da complexidade e pelo acentuado caráter técnico-especializado que caracterizam as decisões das agências reguladoras, os tribunais de contas não estão aparelhados para exercer esta função adequadamente. Por esta razão, deve prosperar o entendimento de Adilson Abreu Dallari¹³, que defende que o controle pelo Tribunal de Contas deve

ser limitado à legalidade do ato, pois as decisões dos órgãos técnicos dos tribunais de contas sofrem interferências político-partidárias devido à sua forma de composição.

Pondera-se, outrossim, que para as agências reguladoras poderem fiscalizar adequadamente o poder concedente, concessionárias e usuários, é imprescindível ter autonomia orçamentária, inclusive para possibilitar a contratação de corpo técnico devidamente qualificado.

3.3 Autonomia administrativa

De acordo com **Joaquim B. Barbosa Gomes**¹⁴, a ideia central que fundamentou o surgimento das agências reguladoras “foi a de se criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração”, razão pela qual “concebeu-se um tipo de entidade que, embora mantendo algum tipo de vínculo com a Administração Central, tem em relação a ela um acentuado grau de autonomia”.

Nessa perspectiva, os requisitos essenciais à autonomia administrativa das agências reguladoras são, em síntese, a estabilidade dos dirigentes, com mandatos fixos, e a chamada autonomia decisória, que consiste na impossibilidade de recurso administrativo de suas decisões ao ministério a que estiverem vinculadas, com a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.

Em consonância, esclarece Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁵:

“As autarquias sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em

regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.”

O primeiro requisito essencial à autonomia administrativa das agências reguladoras é a estabilidade de seus dirigentes no exercício do cargo, garantida pelo mandato fixo, o qual somente podem perder nas hipóteses legalmente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁶, o fato de seus dirigentes terem garantida a estabilidade de seus mandatos torna mais evidente a autonomia das agências reguladoras em relação ao Poder Executivo, pois tal fato é incomum dentro da administração indireta.

Pondera-se, neste diapasão, a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷, para quem a independência administrativa, a ausência de subordinação hierárquica e a autonomia funcional, orçamentária e decisória, em verdade, “são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente”, de modo que “o único ponto realmente particular em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas”.

Por outro lado, defendendo entendimento francamente minoritário, **Leila Cuéllar**¹⁸ sustenta a inconstitucionalidade da estabilidade dos dirigentes nos seguintes termos:

“Embora se pretenda garantir a autonomia das agências também através da limitação das hipóteses de exonera-

ção de seus diretores, parece-nos que a impossibilidade de demissão ‘ad nutum’ dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior. Sabemos que esta afirmação é perigosa, pois pode vir a desnaturar um pouco a independência que se quer conferir aos entes reguladores. Porém, note-se que a independência da agência não deriva do ato de nomeação de seu dirigente, mas das garantias quanto ao exercício das prerrogativas que são atribuídas à entidade. Dessa forma, e rigorosamente, a singela substituição do presidente por sujeito que apresente afinidades técnico-políticas com o projeto social (e econômico) da Presidência da República (no caso de agências federais) não implicaria agressão à prestigiada independência das agências reguladoras. Assim, no intuito de reforçar e resguardar a independência política que se pretende conferir às agências, talvez fosse oportuno que se estabelecesse uma ‘regra fixa’ acerca da substituição dos seus diretores, de governo a governo. Reitere-se, ainda, que a alteração do titular do cargo não viola a independência da agência. Esta continua a ser independente, vez que os demais itens relativos à independência permanecem inalterados”.

Com efeito, em que pese o argumento, a estabilidade dos dirigentes é requisito fundamental para configurar-se a autonomia destas agências. Vale dizer, a independência das agências reguladoras, sustentada pela estabilidade de seus dirigentes, tem como fundamento a presunção absoluta de que as decisões desses dirigentes, ao contrário daquelas tomadas pelos políticos eleitos pela população, têm motivação estritamente técnica e são isentas de eventuais interesses eleitorais. Busca-se, com o instituto da estabilidade, em última análise, “proteger” a sociedade dos governantes por ela mesma eleitos¹⁹.

Nesse sentido, assevera **Carlos Ari Sundfeld**²⁰:

“Na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados ‘ad nutum’; isso é o que garante efetivamente a autonomia.”

De toda forma, a Lei 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, estabelece que o presidente ou o diretor-geral ou o diretor-presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do conselho diretor ou da diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação e que o mandato dos conselheiros e dos diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada agência.

Nesta toada, referido diploma prevê que os conselheiros e os diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, ressalvando a possibilidade de a lei de criação da agência reguladora prever outras condições para a perda do mandato.

A doutrina diverge quanto ao prazo desta estabilidade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello²¹, a estabilidade dos dirigentes deve limitar-se ao mandato do governante que os nomeou, pois a temporariedade dos mandatos é da essência da República e que, se assim não fosse, garantir-se-ia a influência deste governante para além de seu mandato. Nesse sentido, conclui:

“(…) a garantia dos mandatos dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental em que forem nomeados. Encerrado tal período governamental, independentemente do tempo restante para a conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo.”

Com efeito, para que as agências reguladoras não sucumbam a influências e interesses político-partidários do governo, o mandato dos seus dirigentes não deve coincidir com o do chefe do Poder Executivo, para realmente representar as diversas correntes de pensamento da sociedade.

Ademais, para garantir a independência, os mandatos devem ser fixos, evitando-se assim que, a cada troca de governo, os dirigentes das agências reguladoras sejam substituídos por outros coniventes com os interesses do novo governante.

Por fim, importa ressaltar que, de acordo com a lei em comento, os dirigentes serão escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, observados os seguintes critérios: “serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados”²².

Ocorre que estes atributos são bastante elásticos e subjetivos, permitindo a autoridade nomeante dar-lhes a interpretação que entender conveniente. Sendo assim, apesar da autonomia e do caráter técnico que se pretendeu conferir a estes órgãos, o sistema impõe limites que proporcionam a nomeação dos dirigentes por critérios políticos em detrimento do interesse público.

O segundo requisito essencial à autonomia administrativa das agências reguladoras é a autonomia decisória.

Além do exercício da função administrativa, as agências reguladoras exercem função decisória, solucionando controvérsias no campo administrativo entre os agentes econômicos. Neste contexto, importa saber o controle exercido pelos poderes Executivo e Judiciário sobre essas decisões.

Com relação ao controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, as agências reguladoras não são subordinadas ao órgão da administração a que pertencem, de modo que, a princípio²³, não se admite que suas decisões possam ser revistas ou modificadas pelo Poder Executivo, sob pena de infringir a sua autonomia e descentralização.

Contudo, estas agências não podem furtar-se às regras de controle finalístico ou de resultados comuns às entidades descentralizadas, submetidas que são à atividade supervisora do ministério ou da secretaria de Estado a que se achem vinculadas. Seguindo esta linha, **Flávio de Araújo Willeman**²⁴ aduz:

“Estes limites, além de não serem incompatíveis com a autonomia, integram o seu próprio conceito. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-los da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.”

De toda forma, a vinculação e subordinação dos atos decisórios seria incompatível com a implementação eficiente da regulação da atividade econômica.

Neste sentido, a presidente Dilma Rousseff declarou que “*é fundamental que as agências sejam pro-*

fissionalizadas cada vez mais, que elas tenham menos interferência política”, tendo solicitado em despacho publicado no dia 15 de março de 2013 no Diário Oficial da União a retirada de tramitação do Projeto de Lei 3.337, que foi criado em 2004 pela Casa Civil, à época chefiada pelo ex-ministro José Dirceu. O texto estabelecia diretrizes que deveriam ser seguidas por todas as agências reguladoras federais e atribuía aos ministérios a que elas estão vinculadas o poder de outorga, ou seja, a realização de licitações e a concessões de serviços. A justificativa apresentada à época pela Casa Civil foi a de que a Constituição determina que o Estado é o titular do direito de explorar, direta ou indiretamente, os serviços públicos. Mas, em verdade, o projeto retirava a autonomia e esvaziava o poder das agências [reguladoras]²⁵.

Ao que se refere ao Poder Judiciário, a Constituição Federal consagra a inafastabilidade do controle judicial na norma contida no inciso XXXV do artigo 5º, razão pela qual a doutrina é pacífica quanto ao cabimento do reexame da decisão da agência reguladora pelo Poder Judiciário com relação à adequação do ato a critérios de legalidade.

Por esta razão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶ entende que a independência das agências reguladoras praticamente não existe; pois apesar da possibilidade de dirimir conflitos em última instância administrativa, isso não impede e não pode ter o condão de impedir o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário.

Pondere-se, no entanto, que há divergência acerca da possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário do mérito do ato, se este estiver pautado em critérios técnicos, devidamente motivado e respeitados os direitos das partes, como contraditório e ampla defesa.

Consoante doutrina tradicional, o controle judicial do ato administrativo seria limitado aos aspectos de legalidade, não alcançando o mérito da decisão administrativa²⁷, em atenção ao princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, para Luís Roberto Barroso²⁸, frente aos princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência, o mérito do ato administrativo torna-se passível de avaliação pelo Poder Judiciário, e explica:

“A doutrina convencional em tela de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.”

José Afonso da Silva²⁹, por seu turno, entende que “na medida em que o Judiciário se envolve no mérito, oportunidade e conveniência da ação governamental, mais ele se envolve na política, se não desdobrar para a unilateralidade ideológica. E nesse rumo, logo estará também envolto em questões de moralidade e no descrédito”.

Nesta perspectiva, razoável concluir que a revisão do ato pelo Poder Judiciário será excepcional, sendo admitida para verificar o respeito aos direitos das partes

e a existência ou não de abuso de poder pelas agências em atenção aos princípios da legalidade e moralidade pública. Vale dizer, o cabimento do controle pelo Poder Judiciário deverá ser aferido à luz do caso concreto. Será, por vezes, um controle meramente formal e, em outras, incidirá no mérito das ações administrativas.

Por fim, insta consignar que a via concentrada não é admitida para controlar a constitucionalidade dos atos das agências reguladoras, ressalvada a possibilidade de controle pela via difusa, conforme observa Alexandre Moraes³⁰:

“Ressalte-se que não haverá, em regra, a possibilidade de

controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dos atos editados pelas agências reguladoras, pois haveria a necessidade de analisar a sua compatibilidade com os modelos genéricos – *standards* – previstos na lei, para concluir-se pela constitucionalidade ou não da norma secundária. Nesses casos, a jurisprudência da Corte Suprema é clara, ao proclamar que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas crises de legalidade, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição. Não ficará, todavia, afastada a via do controle difuso de descumprimento de preceito fundamental, desde que a conduta da agência reguladora desrespeite qualquer preceito fundamental.”

Assim, ainda que as agências reguladoras tenham autonomia decisória em relação à administração

O ESTADO DEVE ATUAR NUM PONTO EQUIDISTANTE ENTRE OS INTERESSES DOS USUÁRIOS, DOS PRESTADORES DOS SERVIÇOS CONCEDIDOS E DO PRÓPRIO PODER EXECUTIVO

pública, em atenção ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, estão sujeitas, excepcionalmente, ao controle judicial. Nestes casos, em regra, a análise se limitará a aspectos formais, podendo, no entanto, incidir no mérito do ato diante da violação de princípios constitucionais, como legalidade e moralidade pública.

3.4. **Tecnicidade**

Com relação à tecnicidade, as agências reguladoras foram concebidas como órgãos especializados em seus ramos de atuação, porque esses setores demandam uma normatização dinâmica e específica, incompatível com a atividade legiferante. Além disso, devem atuar para proteger os interesses dos consumidores dos serviços públicos privatizados e conferir às concessionárias e permissionárias a segurança jurídica necessária para atrair os investimentos exigidos em cada setor.

Neste contexto, estas agências têm que ser institucionalmente fortes, imparciais e tecnicamente capacitadas, além de protegidas da ingerência político-partidária. Por esta razão, são compostas por conselhos formados por profissionais altamente especializados em suas áreas de atuação, com independência em relação ao Estado, poderes de mediação e arbitragem e autonomia para traçar diretrizes e normas.

Com efeito, é requisito de validade de todos os atos das agências reguladoras serem pautados por critérios técnicos. Ocorre que tal critério pode ensejar decisões políticas travestidas de técnicas, servindo mais para afastar determinadas possibilidades do que para escolher a opção mais adequada. Diante disso, a fim de desqualificar o aspecto político e enfatizar o

técnico, conferindo-lhe maior credibilidade, exige-se também motivação de todos os atos praticados pelas agências reguladoras.

Muito embora os critérios a serem observados pelo Presidente da República na escolha dos dirigentes sejam extremamente subjetivos, deve-se atentar ao fato de que a *tecnicidade* das agências reguladoras é o que lhes confere a credibilidade e autonomia necessárias para não se curvarem a interesses eleitorais, devendo ser preservada em qualquer circunstância.

4. **Considerações finais**

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a ordem econômica brasileira se funda na valorização do trabalho e na livre iniciativa, a fim de assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da livre concorrência.

Sob esta influência, a partir da década de 1990, o Estado brasileiro, admitindo sua incapacidade econômica para fornecer serviços de forma adequada e digna e investir em infraestrutura, transferiu a execução de alguns serviços públicos para a iniciativa privada, notadamente nos setores de telecomunicações e energia elétrica, e flexibilizou o monopólio do petróleo.

Neste contexto, foram criadas as agências reguladoras, que são autarquias “em regime especial”, assim chamadas por terem autonomia administrativa, financeira e normativa e tecnicidade maior que as demais autarquias, a fim de garantir-lhes uma atuação apta a promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, fortalecer a justa competição, coibir eventuais abusos e satisfazer o interesse público.

Com relação à autonomia normativa, as agências reguladoras

estão vinculadas ao princípio da legalidade, competindo ao Poder Legislativo estabelecer normas gerais e parâmetros para sua atuação, a partir dos quais exercerão suas atividades. Assim, para a edição dos atos normativos, as agências deverão observar os limites impostos por lei, não podendo revogá-las nem, tampouco, restringir sua força.

Ao que se refere à autonomia para o exercício do poder normativo, pondera-se que, por serem autarquias em regime especial, as agências reguladoras fazem parte da administração pública indireta e, por conseguinte, sujeitam-se ao controle do Poder Legislativo, conforme preceitua o artigo 49, inciso X, da Constituição Federal. Este controle, no entanto, deverá limitar-se à legalidade dos atos, sem adentrar no mérito das decisões, sob pena de fulminar a própria razão de ser desses órgãos.

No que atine à autonomia financeira, apesar de as agências reguladoras terem sido concebidas para terem autonomia suficiente para decidir e implementar suas decisões, sujeitam-se ao controle externo do tribunal de contas competente, órgão auxiliar do Poder Legislativo.

Nesta perspectiva, em que pese o dissídio doutrinário, concluiu-se que as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas não lhe autorizam investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia e, por conseguinte, nem de uma agência reguladora. Ademais, pela complexidade e acentuado caráter técnico-especializado das decisões das agências reguladoras, os tribunais de contas não estão aptos a exercer esta função adequadamente. Pondere-se, neste diapasão, que a autonomia orçamentária também é fundamental para viabilizar a contratação de profissionais

capacitados e aptos a atingir os fins a que o órgão se destina.

Por fim, considerando as interferências político-partidárias que sofrem, os tribunais de contas podem ser parciais e ignorar os anseios da sociedade, devendo ater-se à legalidade do ato.

No tocante à autonomia administrativa, as agências reguladoras não têm vínculo de subordinação com o órgão da administração a que pertencem, de modo que, a princípio, não se admite recurso hierárquico impróprio para a revisão de suas decisões pelo Poder Executivo, sob pena de infringência a sua autonomia e descentralização.

No entanto, em atenção ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, excepcionalmente, suas decisões estão sujeitas ao controle judicial, sendo admitido, em um primeiro momento, para verificar a legalidade formal do ato, podendo incidir sobre seu mérito em atenção a princípios constitucionais, como legalidade e moralidade pública. De qualquer forma, o Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de controle concentrado de constitucionalidade dos atos destas agências, ressalvada a possibilidade de controle pela via difusa.

Com relação à tecnicidade, as agências reguladoras foram concebidas como órgãos especializados em seus ramos de atuação, devendo atuar para proteger os interesses dos consumidores e conferir a segurança jurídica necessária para atrair os investimentos da iniciativa privada. Por esta razão, têm que ser institucionalmente imparciais e tecnicamente capacitadas, além de protegidas da ingerência político-partidária.

Apesar disso, há possibilidade do critério técnico servir para travestir decisões políticas, bem como a subjetividade dos parâme-

tros estabelecidos para a escolha dos dirigentes, que, por óbvio, podem comprometer a credibilidade e autonomia necessárias para não se curvarem a interesses governistas.

Em síntese, as agências reguladoras foram concebidas para promover o bem-estar do Estado, dos prestadores de serviços e, principalmente, da sociedade, razão pela qual, teoricamente, são dotadas de autonomia e independência administrativa, financeira, normativa e tecnicidade.

No entanto, na medida em que o Poder Legislativo pode criar e extinguir essas agências, bem como delimitar as competências que desempenharão e, por meio do Tribunal de Contas, controlar seus orçamentos; ao Poder Executivo é dado nomear os dirigentes de acordo com critérios subjetivos e estabelecer as políticas públicas para o setor específico; e ao Poder Judiciário compete o controle dos atos administrativos, inclusive quanto ao mérito, ainda que em caráter excepcional, é certo que as agências reguladoras estão inseridas em um sistema que, na prática, impede uma atuação realmente independente.

É vital, portanto, que esta autonomia seja real e não meramente formal ou figurativa, para que as agências reguladoras possam desempenhar com eficiência suas atividades e aperfeiçoar o funcionamento dos setores regulados, contribuindo para o bem da sociedade e protegendo o interesse público. ■

Notas

1 BAGNOLI, Vicente. *Autonomia e independência das agências reguladoras*. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/vicente_bagnoli.pdf. Acesso em 07 mai.2013.

2 De acordo com Eros Roberto Grau, há três formas de intervenção estatal: (i) Agente da Atividade Econômica, em que o Estado atua por absorção, assumindo integralmente o con-

trole dos meios de produção, de modo a atuar em regime de monopólio; ou por participação, em que a atuação estatal ocorre em regime de competição com as empresas privadas, se necessária aos imperativos de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, em caráter subsidiário. (ii) Ente Regulador, estabelecendo mecanismos e normas para os sujeitos da atividade econômica, de modo a reduzir sua na economia. (iii) Estado como Planificador, em que o Estado cria uma política fiscal, concedendo incentivos regionais ou setoriais, de modo a reduzir custos e estimular a atividade econômica por meio da maior ou menor incidência de carga tributária (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 171).

3 BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia*, n. 1, fevereiro, 2005, Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 nov.2007, p.15-6.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 146.

5 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187 e ss.

6 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172-173.

7 MENEZES, Roberta Frago de Medeiros. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 227, jan. / mar., 2002, p. 61.

8 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 mai.2013.

9 DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito*

Público, n. 38. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

10 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...).

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 437.

12 BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia*, n. 1, fevereiro, 2005.

13 DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 38. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

14 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e comparado). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 50, ano 13, jan./mar. 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 401.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 437.

17 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 174.

18 CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*, 2001, Dialética, São Paulo.

19 BUCHEB, José Alberto. *Autonomia das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2062398.PDF>. Acesso dia 07 mai.2013.

20 SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*, in *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, p. 24-25.

21 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175.

22 Conforme prescreve o artigo 5º da Lei 9.986/2000, nos seguintes termos: O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do artigo 52 da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm. Acesso em 13 mai.2013.

23 Apesar do consenso quanto à impossibilidade de recurso hierárquico das decisões das agências reguladoras, bem como à não subordinação destas ao ministério a que estão vinculadas, excepcionalmente foi admitido recurso hierárquico impróprio em um caso que envolvia a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ. “A discussão teve início a partir da decisão da ANTAQ (Processo nº 50300.000022/02) pela ocorrência de índices de exploração abusiva de posição dominante no Porto de Salvador pelos operadores portuários por cobrança de taxa (THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados e determinação de remessa da questão ao CADE, o que motivou o consequente ‘recurso hierárquico’ contra a decisão da Agência Reguladora dirigido ao Ministério dos Transportes” (BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 29, p. 62).

24 WILLEMANN, Flávio de Araújo. O princípio de generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jan. - mar. 2002, v. 227, p. 144.

25 Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/dilma-diz-que-agencia-reguladora-deve-ter-menos-interferencia-politica.html>. Acesso em: 12 jun.2013.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 131.

27 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista Direito Administrativo*, 229: 285-311, jul./set. 2002, p. 305.

28 BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, ordem econômica e agências reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 nov.2007, p.15.

29 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 576.

30 MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 55/56, jan. / dez., 2001. p. 179.

Referências

BAGNOLI, Vicente. *Autonomia e independência das agências reguladoras*. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/vicente_bagnoli.pdf Acesso em 07.05.2013, às 18h50.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras*. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. R. Dir. Adm., 229: 285-311, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005.

BUCHEB, José Alberto. *Autonomia das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes*. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2062398.PDF> Acesso dia 07.05.2013, às 20h00.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. Dialética. São Paulo, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 38. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e comparado). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 50, ano 13, jan./mar.2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENEZES, Roberta Frago de Medeiros. As agências reguladoras no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 227, jan./mar. 2002.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 55/56, jan. / dez., 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*, in *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. O princípio de generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 227, jan./mar. 2002.

Endereços eletrônicos

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/dilma-diz-que-agencia-reguladora-deve-ter-menos-interferencia-politica.html>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2062398.PDF>

A BARGANHA E O ART. 105 DO PLS 236/2012: DOS PERIGOS E RETROCESSOS DE UMA DISPONIBILIZAÇÃO DA LIBERDADE MEDIANTE CONFISSÃO

Alexandre Brandão Rodrigues

Defensor Público no Rio Grande do Sul

Especialista em Direito e Processo Penal (Unijui)

Coordenador-Geral da Comissão Criminal Permanente do Conselho Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE)

Domingos Barroso da Costa | dobarcos@hotmail.com

Defensor Público no Rio Grande do Sul

Especialista em Criminologia e Direito Público

Resumo

Em tempos de culto a uma falaciosa eficiência, potencializado pelos clamores *punitivistas* irresponsavelmente difundidos pelos meios de comunicação de massa, há de se aguçar a atenção e o espírito crítico, sob pena de graves retrocessos e atropelos a garantias historicamente conquistadas. Afinal, como bem aponta Zaffaroni, nas frestas do Estado de direito espreita

ameaçador o Estado de polícia, exigindo do *saber* um constante esforço na contenção do *poder*. E é como resistência a essa viva ameaça que se constrói o presente trabalho, o qual, sem perder de foco os riscos descritos, expressa severa crítica ao que se propõe como regra no art. 105 do PLS 236/2012 (projeto de lei para o novo Código Penal), bem como ao ideal que veicula, em clara afronta à Constituição vigente

1. Considerações jurídicas introdutórias

Em tempos sombrios de absolutismo e indiferença a garantias que posteriormente viriam a compor a base do que se definiu como *direitos humanos*, a confissão era considerada a *rainha das provas*, o objetivo último de inquisidores, que deveriam obtê-la a qualquer custo para legitimar a pena a ser imposta àquele que admitiu sua culpa. Mas a civilização progrediu¹ e, em substituição às formas absolutas de imposição de poder, erigiu-se um modelo de Estado que, pela lei – então expressão máxima da razão –, passou a se autolimitar, condicionando as manifestações de *poder* ao *saber*. Trata-se do Estado de direito, fundado em garantias que asseguram o indivíduo contra intervenções absolutas – e, portanto, não mediadas – dos que representem o poder soberano que, nesses limites, se faz *público*².

Nessa moldura de garantias, o processo penal apresenta-se como instrumento inafastável de contenção ao exercício do poder de punir, que só se faz legítimo caso se venha a comprovar a *culpa* do acusado ao término de um rito que lhe assegure amplas possibilidades de defesa, prevalecendo seu estado de inocência caso não haja provas seguras o suficiente para afastar essa inocência presumida e, assim, autorizar a intervenção estatal em sua liberdade. Ou seja, frente ao poder punitivo do Estado, a liberdade individual torna-se direito indisponível, de modo que nem a confissão judicial pode, por si só, autorizar a aplicação de uma pena, que pressupõe o processo.

Segundo **Aury Lopes Jr.**:

“A *strumentalità* do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido

ou imperativo e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que o do processo civil” (Lopes Junior, 2010, p. 7).

Dessa forma, se, por versar sobre relações que no mais das vezes dizem respeito a interesses exclusivamente privados, a confissão em processo civil é absoluta; diferente é o que se verifica no que diz da aplicação de uma sanção penal³. Como garantia à liberdade individual e contenção de abusos, o Estado – de Direito – fez com que o *saber* obrigatoriamente mediasse o exercício de *poder* em sede penal, colocando entre si e o sujeito passível de sofrer a sanção dessa natureza o *processo*, instrumento informado por princípios que, pelo menos abstratamente, se mostram eficazes em assegurar a condenação de culpados e a absolvição de inocentes, mas a partir de uma perspectiva liberal segundo a qual sempre será preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente⁴.

Daí poder-se afirmar que a um Estado Democrático de Direito que tem por ideal a *Justiça* interessa tanto a preservação da liberdade – com garantias maximizadas em contenção aos abusos que advêm do exercício do poder de punir⁵ –, quanto a condenação daqueles que, ao cabo de um processo em que viabilizado o contraditório e a ampla defesa, tenham sua *culpa* demonstrada. Justamente por isso, em magistral ensinamento, esclarece **Eugênio Pacelli** que as questões envolvendo o exercício do poder de punir não se resumem a uma “oposição entre um interesse

punitivo e um interesse de liberdade individual. A questão não se limita à afirmação de um interesse sobre outro ou da preponderância de um, coletivo, sobre outro, individual”⁶. Segundo o autor:

“Já aqui salientamos que as normas constitucionais que frequentemente se põem em tensão no processo penal são *constitutivas* desse tipo de intervenção estatal. A imposição de sanção quando destinada à proteção de direitos fundamentais se coloca em posição de reciprocidade e de complementaridade com a proteção à liberdade individual, que também se qualifica como direito fundamental. Não se cuida de mera oposição entre segurança pública x liberdade individual, mas da afirmação de direitos fundamentais (potenciais) – direitos fundamentais (individualizado)” (Oliveira, 2012, p. 78).

Afirmada a *imprescindibilidade* do processo na aplicação de uma sanção penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito, dada a indisponibilidade da liberdade individual frente ao poder de punir, interessante destacar que esse entendimento foi preponderante até mesmo na elaboração de nosso Código de Processo Penal, ainda que tenha nítida inspiração fascista (inquisitória). Nesse sentido, relativizou a confissão não só em seu art. 197, mas também e expressamente em sua exposição de motivos, de cujo item VII se extrai que a “própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade”. E, vale ressaltar, refere-se aqui a uma legislação de inspiração fascista.

Nesse contexto, impossível não se reconhecer que o art. 105 do PLS 236/2012 representa não só um grave retrocesso, mas uma fonte de riscos. Eis o texto proposto:

“Art. 105. *Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa*, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da *autonomia das suas vontades*, poderão celebrar *acordo para a aplica-*

ção imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º São requisitos do *acordo* de que trata o *caput* deste artigo:

I – a *confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;*

II – o requerimento de que a *pena de prisão* seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de *dispensar a produção das provas por elas indicadas.*

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.” (destaques nossos)

Como se pode verificar, uma vez que o recebimento da denúncia requer – em exame precário – indícios de autoria e prova quanto à materialidade, de um só golpe⁷ o texto proposto tornou dispensável o processo (a produção das provas indicadas pelas partes) para uma imediata aplicação da pena, mediante confissão, total ou parcial, do acusado, deduzida em acordo a ser firmado pelo titular da ação penal e a defesa⁸. Noutros termos, tratou a confissão como prova absoluta, tornando disponível a liberdade individual frente à repressão penal, com o que fez dispensável o processo e a intervenção judicial na apuração da *culpa*. Assim, praticamente autorizou que a pena seja aplicada administrativamente⁹.

É um verdadeiro descalabro, considerando-se não só a impossibilidade de conformação entre o texto proposto e o modelo constitucional vigente, mas também as injustiças que podem resultar de sua aplicação, o que se conclui a partir de

breve análise metajurídica da regra sugerida e suas peculiaridades, considerando-se que ela será aplicada a sujeitos que convivem em uma sociedade, envolvidos numa realidade dinâmica que extravasa à que lhe procura impor o direito¹⁰.

2. Alguns apontamentos interdisciplinares

Não é necessário maior esforço crítico para se concluir que o texto em exame encontra inspiração em modelos penais *utilitaristas* e é atravessado por ideais de *lei e ordem* que visam *otimizar* a repressão penal. O dispositivo proposto *desempodera* o acusado, do qual retira a garantia de ser processado, tornando possível que lhe seja aplicada instantaneamente uma pena, após sua confissão e alguma negociação entre seu *manager* – advogado ou defensor público – e o titular da ação penal. Procura-se, obviamente, a uma maior *eficiência* no controle da *clientela*¹¹ cativa do sistema penal brasileiro, assegurando-lhe uma repressão administrativa ao mesmo tempo em que lhe priva de garantias judiciais mínimas, em adequação do modelo repressivo brasileiro ao paradigma globalizado do Estado neoliberal, rápido na penitência, inerte quanto à providência¹².

Mas, talvez encantados pela chance de protagonismo e pelo canto de sereias midiáticas, os idealizadores dessa *revolução eficientista* apenas se esquecem dos séculos de história de progresso da civilização¹³ que põem por terra com semelhantes medidas. Ameaçam fazer emergir do submundo em que jaz, em estado de latência, o *fetice* pela confissão, e todos os abusos e injustiças que vêm a seu reboque, passíveis de ser lembrados a partir de breve estudo dos *juízos* e punições medievais¹⁴. Esquecem também que, ao tornar instantânea a aplicação

da sanção penal, fazem com que o *poder* se sobreponha ao *saber*, em desconsideração a toda base filosófica que sustenta um Estado de Direito, relegando o *tempo do direito* ao converterem em regra a relativização das garantias, que deveria ser sempre excepcional e precária (Lopes Junior, 2010, p. 24-35).

E o pior: todo esse ritual de resuscitamento do Estado de polícia gira em torno do culto a uma confissão de poderes absolutos, como se a fragilidade dessa prova já não tivesse sido suficientemente desvelada pela história.

De início, não é difícil imaginar situações em que, prevalecendo o texto proposto, *laranjas* assumirão a culpa por terceiros, confessando crimes alheios e se submetendo à sanção penal seja por coação, seja em troca de um proveito qualquer. E também não se pode olvidar que a pressa em concluir o processo e aplicar a pena, em pronta resposta à sociedade e às demandas por vingança propaladas pelos meios de comunicação de massa, será decisiva na aceitação de pronto da primeira confissão que se apresentar minimamente coerente com o apurado em sede pré-processual – até o recebimento da denúncia. Mas e a Justiça? E aquilo que até há bem pouco tempo – com objetivos semelhantes, ironicamente – se cultuava como fim último do processo penal, a proclamada *verdade real*?

Mas não é só. Também não se pode desprezar a realidade de que Freud se ocupou em diversos de seus trabalhos¹⁵, referindo-se, aqui, aos indivíduos que buscarão numa falsa incriminação e posterior confissão – *negociável* e prontamente *apenável*, como sugere a proposta de texto le-

gal que se critica – o alívio para sua *necessidade de punição*, decorrente de um *sentimento difuso de culpa*, levado ao extremo pelo que o referido autor definiu como *masoquismo moral*.

Sobre tais indivíduos, eis o que disse **Freud**, ao palestrar para um público de juristas sobre a inadequação do uso de técnicas psicanalíticas em processos judiciais, especialmente em razão das diferenças existentes entre o *tempo do processo* e o *tempo de análise*:

“Gostaria também de assinalar que o teste dos senhores pode estar sujeito a uma complicação que, em virtude de sua própria natureza, não ocorre na psicanálise. Os senhores, em sua investigação, podem ser induzidos a erro por um neurótico que, embora inocente,

reage como culpado, devido a um oculto sentimento de culpa já existente nele e que se apodera da acusação. Não julguem essa possibilidade como uma invenção ociosa; lembrem-se que isso pode ser observado com frequência na infância. Muitas vezes uma criança acusada de uma transgressão nega veementemente sua culpa, embora chore como um criminoso desmascarado. Talvez pensem que a criança mentiu ao afirmar sua inocência, mas isto nem sempre é verdade. Pode ser que, embora não tenha cometido uma falta de que a acusam, tenha cometido uma outra que permanece ignorada e que não lhe foi imputada. Assim, fala a verdade ao negar ser culpada da primeira transgressão, ao mesmo tempo que revela seu sentimento de culpa proveniente da outra falta.”

E prossegue Freud:

“Nesse particular, como em muitos outros pontos, o adulto neurótico comporta-se exatamente como uma criança. Muitas pessoas são assim, e ainda é muito discutível se sua técnica logrará distinguir tais indivíduos autoacusadores daqueles que são realmente culpados” (1906, p. 103).

AO TORNAR INSTANTÂNEA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL, FAZEM COM QUE O PODER SE SOBREPONHA AO SABER

Aliás, é de se destacar que, em decorrência desse *masoquismo moral*, pode o indivíduo não só assumir uma culpa que não é sua – como acima exposto –, como também *atuar* criminosamente em busca de uma pronta punição – como a garantida pelo texto do artigo em análise –, numa espécie de rápido *suicídio jurídico*. Ou seja, visando providenciar uma razão para seu inconsciente, mas difuso e avassalador sentimento de culpa, pode vir o sujeito a atuar criminosamente e, dessa forma, materializar aquilo de que não sabia em consciência, mas que internamente clamava por punição.

Essa foi uma das hipóteses supostas por **Joel Birman**, ao analisar o caso de um indivíduo miserável, que teria assassinado – e confessado – uma criança que dele se aproximara para oferecer água e comida. De acordo com Birman:

“Pode-se supor, no entanto, que algo da ordem do masoquismo estaria aqui em questão. De fato, nosso personagem estaria impossibilitado de receber qualquer coisa boa de alguém, que lhe fosse oferecida generosamente, porque não seria digno de receber, não mereceria. Ele teria sido então objeto de sua autopunição. Com isso, teria sido conduzido a realizar justamente o contrário do que seria esperado de qualquer um que tivesse se inscrito em uma experiência como essa. De qualquer forma, é o *paradoxo* que caracteriza a totalidade da experiência desse personagem, na desproporção flagrante que existia entre generosidade e gentileza, de um lado, violência e crime, do outro” (2009, p. 85).

Isso ainda não é tudo. Também não se pode desprezar o fato de vivenciarmos um culto ao espetáculo da violência e da criminalidade quotidianas, que se tornam banalizadas pela preferencial e ininterrupta exposição midiática.

Pelas mãos de uma mídia esvaziata de discurso político e ávida por lucros¹⁶, o bizarro da criminalidade e da violência ganha espaço e força no imaginário popular, com

o mundo das aparências tomando ares de realidade, concretizando-se, em sua literalidade, a conhecida máxima atribuída a Berkeley, segundo a qual *ser é ser percebido*. Tomando-se por referência a visibilidade, difunde-se o entendimento de que “o que aparece é bom, o que é bom aparece”¹⁷, em confirmação ao diagnóstico de **Debord** de que “o espetáculo constitui o modelo atual da vida dominante na sociedade”¹⁸.

E, se assim é – se para existir é imprescindível ser visto e se para ser visto é necessário integrar o espetáculo –, considerando-se que talvez a maior parte do conteúdo exibido na mídia, especialmente em se tratando de TV aberta, está relacionada a criminalidade e violências de todo tipo – da pauta jornalística, às temáticas de filmes e novelas, passando pelos programas de variedades –, só se pode esperar que esses sejam os modelos conformadores das identidades de muitos dos que têm acesso a tais mensagens, sem o indispensável senso crítico para questionar o porquê de sua desenfreada exibição. Não é por acaso, portanto, que, em meio a um contexto de canonização imagética da drogadição, criminalidade e todas as formas de violência, tais comportamentos se expandem, protagonizados, em grande parte, por *indivíduos-espectadores* cada vez mais jovens, justamente os mais influenciados pelo processo de identificação ilusionista oferecido pelos *mass media*. O desvio, em sua extraordinariedade, atrai enquanto espetáculo, garantindo a visibilidade e, logo, a existência que se confirma através das manchetes jornalísticas, televisivas, radiofônicas ou impressas. Assim, o comportamento desviante instiga personalidades narcisistas e se apresenta como solução para a invisibilidade social, na medida em que é capaz de conferir o adjetivo de celebridade a seu pro-

tagonista, que tem, nessa condição, um passaporte de pertencimento à *sociedade do espetáculo*^{19 20}.

Nesse contexto, em que a condição de delinquente é capaz de conferir ao que por ela se identifica a visibilidade necessária à inserção social²¹, nada mais óbvio de que o texto legal proposto no PLS 236/2012 para o art. 105 do novo Código Penal tem, no mínimo, mais duas contraindicações, que se somam às já expostas: além de fomentar falsas confissões em delitos que alcancem qualquer repercussão midiática²², a promessa de punição instantânea terminará por fomentar a prática de crimes cuja autoria garanta visibilidade – identidade – social.

E permanecem sem respostas as perguntas anteriormente feitas: qual o lugar para a justiça e a *verdade*?

3. O ponto de vista interno: análise conforme a Constituição e o ensino de Ferrajoli

No anteprojeto que serviu de base para o PLS 236/2012, a Comissão de Reforma do Código Penal justifica a inclusão do *plea bargain* da seguinte forma:

“O acordo durante o processo. A ruptura do paradigma rígido da indisponibilidade da ação penal, e do processo penal, foi inaugurada, no direito brasileiro, pela Lei 9.099/95, que permitiu a transação penal e a suspensão condicional do processo. São importantes medidas de evitação do processo crime, oferecendo resposta tendencialmente mais rápida e efetiva a crimes de menor potencial ofensivo ou que possibilitariam a fixação de pena mínima, não superior a um ano. Ao contrário do que se poderia supor, tais medidas não ampliaram a sensação de impunidade (ainda que se deva desestimular o uso não-criterioso da obrigação de entregar cestas básicas). Ao contrário: permitiram soluções de compromisso em face de largo número de crimes, muitos dos quais antes comportariam o rol das cifras negras, ou seja, dos crimes não apresentados às instâncias formais de controle. Estes institu-

tos foram assimilados pela doutrina e jurisprudência brasileiras, ainda que, ao início, muitos os criticassem por pretendido desrespeito ao devido processo legal. É chegada a hora de novo e ousado passo, conforme deliberou a Comissão de Reforma do Código Penal: a transação durante o processo, não para evitá-lo, mas para abreviá-lo. Seguiu-se, com adaptações à realidade nacional, o modelo do *plea bargain* norteamericano, no sentido de conceder larga autonomia às partes para a concertação de termos de avença que possam convir a ambas. Não há meios de compelir as partes ao acordo. Elas transigirão se assim for de seu interesse. Não se desenhou a proposta no sentido de erigir o acordo em direito da acusação ou da defesa, posto que acordo obrigatório não é um acordo, é um oxímoro.”

A ideia básica é adotar o *plea bargain* como forma de abreviar o processo (qual?), possibilitando que as partes (Ministério Público e acusado, por seu defensor) transijam no sentido de o acusado confessar o delito e, como prêmio, receber a pena mínima ou, ainda, diminuída. Com isso, lograriam diminuir as cifras negras de criminalidade impune (mas, aumentariam, consideravelmente as cifras negras da injustiça²³). Ocorre que tal instituto, admitido e aplicado no direito anglo-saxão, não se coaduna com a nossa ordem constitucional vigente, ou seja, é inconstitucional por não observar o princípio da *jurisdicionalidade*²⁴ sintetizado no brocardo *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*.

A validade de uma norma jurídica se traduz na sua legitimidade – coerência material – em relação aos princípios e garantias estabelecidos pela Constituição. Assim, são legítimas ou válidas as normas que estão de acordo com os princípios e garantias constitucionais e, por sua vez, inválidas e ilegítimas as que vão *de encontro* a estes princípios e garantias. Sendo assim, certo é que nos sistemas jurídicos haja normas em pleno vigor que não são válidas,

por se contraporem aos princípios e garantias constitucionais, reclamando, portanto, “dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes”²⁵.

Em razão do exposto é que dispositivos legais ou projetos de lei – como no caso em tela – não podem ser analisados sob uma perspectiva puramente formal (mera legalidade), mas devem e têm que ser analisados em seu aspecto material, examinada a conformidade de seu conteúdo em relação aos direitos e garantias constitucionalmente instituídos.

Nesse ponto, nos ensina Ferrajoli que é uma utopia exigir uma justiça penal integralmente “com verdade”, mas “uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”²⁶, pois o juízo penal é um saber-poder, “uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*autoritas*)”. Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa. Por esse motivo, a Constituição da República prevê como garantias fundamentais o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa como pressupostos básicos para aplicação da pena.

Ocorre que esta verdade que busca o processo penal de cunho constitucional e, consequentemente, garantista, é a verdade formal (ou processual) que pode ser decomposta em uma verdade fática e outra jurídica: a verdade fática – “enquanto seja comprovável pela prova da ocorrência do fato e da sua imputação ao sujeito incriminado”²⁷ – e a jurídica – enquanto seja comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito (subsunção). Além disso, ela é

condicionada pelas normas constitucionais e legais de produção da prova, daí dizer Ferrajoli que a relação entre a verdade e a validade resulta complicada, pois:

“Não é só a verdade que condiciona a validade, mas também a validade que condiciona a verdade do processo. Esta é, com efeito, por assim dizer, uma verdade normativa, no triplice sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às normas” (Ob. cit., p. 62).

Assim, para impor uma pena, o raciocínio judicial necessita de uma inferência indutiva (prova de processo), outra dedutiva (subsunção ou dedução jurídica) e um silogismo prático ligando as duas. Claro que, como já dissemos, a verdade a que terá acesso o juiz nunca será a verdade absoluta (ou real, como alguns preferem), mas sim a *verdade verossímil*, plausível, diante das provas que foram produzidas no processo. Fora desse contexto, a pena é inadmissível (ao menos em um Estado Democrático de Direito). Como destaca Ferrajoli:

“Nem uma amplíssima maioria e nem sequer a totalidade dos consentimentos podem justificar que se aceite como pressuposto de uma decisão penal uma tese não provada ou não submetida à prova. Não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos” (Ob. cit., p. 69).

Desse modo, a garantia do devido processo legal, diferentemente do que pensam alguns adeptos do positivismo dogmático, exige não a mera adequação formal da lei, ou seja, a aplicação da lei vigente, mas “implica todas as demais ga-

PREVALECENDO O TEXTO PROPOSTO, LARANJAS ASSUMIRÃO A CULPA POR TERCEIROS, CONFESSANDO CRIMES ALHEIOS

rantias – da materialidade da ação ao juízo contraditório – como outras tantas condições de verificabilidade e de verificação e constitui por isso também o pressuposto da estrita legalidade do sistema” (Ob. cit., p. 94).

Assim, uma vez que, em última análise, termina por contrariar o que Ferrajoli denomina *pressuposto da estrita legalidade do sistema*, é que o art. 105 do PLS 236/12 afigura-se *inconstitucional*, na medida em que prevê a aplicação de pena sem o contraditório, ampla defesa, em exceção ao devido processo legal material (que exige, além de outras garantias, que haja prova do fato imputado). Para aplicação da pena, segundo o instituto criticado, basta o acordo e a confissão, o que torna o *procedimento* – não se pode aqui cogitar de *processo*, em sua atual concepção garantista – marcadamente *inquisitorial*, esvaziando-o de qualquer pretensão à verdade que seja admissível no contexto de um Estado Democrático de Direito, em aberto e medieval retrocesso, no qual retoma o trono a confissão, enquanto rainha das provas.

Além de afrontar as garantias do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, o dispositivo *projetado* afronta, como já destacado, uma das principais garantias processuais (senão a principal), que é a submissão da acusação à jurisdição, a qual, no modelo cognitivo do processo penal (e não dispositivo, como no instituto do *plea bargain*):

“(…) confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem nem no valor político do órgão julgante nem no valor intrínseco da justiça de suas decisões, mas sim na verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos” (Ob. cit., p. 499).

Em suma, o *plea bargain*, por esvaziar a dinâmica de aplicação das penas de qualquer incidência de garantias fundamentais, é um instituto *totalmente ilegítimo* frente à nossa ordem constitucional vigente.

4. Considerações finais

Diante do exposto, só resta concluir pela absoluta inviabilidade do proposto no art. 105 do PLS 236/12, seja em razão de sua inadequação ao modelo garantista constitucionalmente previsto, seja pelas injustiças que podem resultar de sua aplicação.

Fora da *excepcionalidade*, o instantâneo não se harmoniza com o direito e muito menos com o que diz respeito ao direito penal e sua aplicação, através do processo penal. O tempo do processo é necessário à maturação de uma decisão judicial que fundamente, com o *saber* extraído da relação dialética – e democrática – entre acusação e defesa, a aplicação do *poder* que se materializa na sanção penal. Fora desse tempo, que deve respeitar o razoável (CF, art. 5º, LXXVIII), emerge o arbítrio, como bem se extrai da seguinte lição de Aury Lopes Jr.:

“Nesse cenário, juízes são pressionados para decidirem ‘rápido’ e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais ‘acelerados’, esquecendo-se de que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de *atropelar* os direitos e as garantias do acusado. Em última análise, o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção” (2010, p. 27).

No caso, o instituto do *plea bargain*, diferentemente do que pensou a Comissão de Juristas, não é um instituto idôneo para conferir

ao processo penal um de seus objetivos, que é a pacificação social. Na verdade, ao contrário, por solapar garantias, por não exigir sequer a *verdade processual*, visto que as provas seriam até dispensadas, expressar-se-á como fonte de intranquilidades e arbítrios, como bem destaca Ferrajoli:

“A discricionariedade da ação e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado – e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal –, agora injustificado. Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transição entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração da culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torna regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo” (Ob. cit., os. 523-524).

Enfim, se pode assegurar uma satisfação à opinião publicada ao difundir o punitivismo fomentado por uma imprensa descompromissada com os direitos humanos e o que representam em termos de progresso civilizatório, por outro lado a implementação de regras como a veiculada pelo art. 105 do PLS 236/12 representa grave involução histórica, arriscada na medida em que abre as frestas para a emersão do Estado de polícia que pulsa e espreita nos frágeis limites que lhe impõe a Constituição que vem garantindo a tão recente democracia brasileira. ■

Notas

1 Diz-se da civilização ocidental, tomando-se por referência de progresso a superação do *ancien régime* a partir da Revolução Francesa, que possibilitou a estruturação do Estado de Direito.

2 Daí a *república*, em que o indivíduo – e o povo – é fonte e limite para o poder.

“Na moderna tipologia das formas de Estado, o termo República se contrapõe à monarquia. Nesta, o chefe do Estado tem acesso ao supremo poder por direito hereditário; naquela, o chefe do Estado, que pode ser uma só pessoa ou um colégio de várias pessoas (Suíça), é eleito pelo povo [de quem emana todo poder, segundo o parágrafo único de nossa Constituição republicana de 1988], quer direta, quer indiretamente (através de assembleias primárias ou assembleias representativas). Contudo, o significado do termo República evolve e muda profundamente com o tempo (a censura ocorre na época da revolução democrática), adquirindo conotações diversas, conforme o contexto conceptual em que se insere” (Bobbio, 2010, v. 2, p. 1.107).

3 A esse respeito, interessante a lição de Afrânio Silva Jardim, invocando Rui Barbosa:

“Note-se que mesmo a liberdade individual aqui não é enfocada dentro de uma ótica meramente privada, mas como algo que toca a todos enquanto cidadãos de uma coletividade civilizada. Isto está bem claro nas sábias palavras de Rui Barbosa: ‘O paciente pode, até, não requerer a liberdade; pode, resignado ou indignado, desprezá-la. É indiferente. A liberdade não entra no patrimônio particular, como as cousas que estão no comércio, que se trocam, vendem ou compram; é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica’” (JARDIM, 2010, ps. 16-17).

4 Tanto que a dúvida há de beneficiar o réu (CPP, art. 386, VI – parte final – e VII).

5 Como a História demonstra.

6 OLIVEIRA, 2012, p. 78.

7 E aqui não há palavra mais adequada.

8 Chega-se a dizer do exercício da *autonomia das vontades* do “advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa”, de outro.

9 Alertando sobre a necessidade do processo para aplicação da pena e os riscos de sua imposição pela via administrativa, eis o que diz Afrânio Silva Jardim:

“Destarte, ao exigir que a pretensão punitiva seja submetida ao crivo processual, o Estado de Direito fez uma sábia opção em prol da segurança e da justiça. Sem dúvida nenhuma, seria mais eficaz a repressão penal se a pena fosse aplicada administrativamente. Entretanto, dúvida também não há de que, se assim fosse, se estaria instaurando o império do medo e da prepotência. Assume-se, deliberadamente, o risco concreto de absolver alguns criminosos, mas não se assume o risco de condenar inocentes” (2010, p. 17).

10 Daí se poder afirmar que “quem só sabe Direito, nem Direito sabe”, na lição que muitos atribuem a Pontes de Miranda.

11 Aqui, os jargões originários do discurso da administração de empresas são mais adequados que aqueles próprios à expressão do saber jurídico.

12 WACQUANT, 2001.

13 Que se marca pelo progresso dos direitos humanos.

14 Como bem destaca Zaffaroni, os “Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto”.

E prossegue, em aguda análise:

“(…) Porém, estas couraças (ou *corsés*) de contenção que foram sendo construídas através dos tempos *não eliminaram o Estado de polícia, apenas o encapsularam*. No interior de todo Estado de direito histórico, quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é, em maior ou menor medida, bem sucedido.

Por isso, o Estado de direito histórico – i. e., o Estado de direito concreto realizado no mundo – não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia, tal como Merkl observou, com grande acerto, muitos anos atrás, quando recomendava que não fossem escritos obituários ao Estado de polícia, porque ele estava bem vivo dentro do Estado de direito. É por isso que o modelo ideal do Estado de direito, no qual *todos estão submetidos da mesma forma perante a lei*, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo. Sabe-se, outrossim, que a realização desse ideal será sempre impedida pelas pulsões que atuam para que todos estejamos simplesmente submetidos à vontade arbitrária de quem manda, que é a regra do Estado de polícia, permanentemente tentado a chegar ao Estado absoluto, ou seja, à sua máxima realização” (2007, p. 169-170).

15 Podendo-se mencionar, à guisa de exemplificação, os seguintes escritos: *A psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos*, de 1906; *Criminosos em consequência de um sentimento de culpa*, de 1916 (abordado por Salo de Carvalho, em seu *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 240-241), e *O problema econômico do masoquismo*, de 1924.

16 Regida por uma “mentalidade-índice-de-audiência”, denunciada por Pierre Bourdieu, na obra *Sobre a televisão* (1997, p. 37).

17 DEBORD, 1997, p. 16-17.

18 DEBORD, Ob. cit., p. 14.

19 DEBORD. Ob. cit.

20 As ideias expostas nos parágrafos anteriores foram originalmente trabalhadas no artigo Circuitos perversos II: os efeitos criminógenos da mídia exploradora da violência enquanto espetáculo, publicado no *Boletim IBCCRIM* n. 236, de julho de 2012.

21 Em contexto no qual a “infâmia não é senão uma modalidade da universal fama” (FOUCAULT, 2010, p. 210).

22 Valendo destacar que em cidades menores um simples furto pode ter a repercussão que um homicídio não teria em uma capital.

23 Nesse ponto, ensina Ferrajoli:

“Chamarei cifra da ineficiência à primeira, e cifra da injustiça à segunda, à qual pertencem: a) os inocentes reconhecidos por sentença absolutória, após terem se sujeitado ao processo e, não poucas vezes, ao encarceramento preventivo; b) os ino-

centes condenados com sentença definitiva e posteriormente absolvidos em segundo grau de revisão criminal; c) as vítimas, cujo número restará sempre ignorado – verdadeira cifra negra da injustiça – dos erros judiciais não reparados” (2006, p. 196).

24 Ou *princípio da necessidade do processo em relação à pena*.

25 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 787.

26 Ob. cit., p. 48.

27 Ob. cit., p. 51.

Referências

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o mal: agressividade, violência e crueldade*. Rio de Janeiro: Rcord, 2009, p. 85

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política* Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, v. 1. Brasília: Editora UnB, 2010.

BOURDIEU, Bourdieu. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Domingos Barroso da. Circuitos perversos II: os efeitos criminógenos da mídia exploradora da violência como espetáculo. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, p. 11-12, jul., 2012.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1930 [1929]/1997.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição standard brasileira, volume XIX (1923-1926), ‘O Ego e o Id’ e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1996a.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição standard brasileira, volume IX (1906-1908), ‘Gradiva’ de Jensen e outros trabalhos, Rio de Janeiro: Imago, 1996b.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição standard brasileira, volume XIV (1914-1916), A História do Movimento Psicanalítico, Artigos sobre a Metapsicologia e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1996c.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 169-170.

TEORIA GERAL DA PROVA: DO CONCEITO DE PROVA AOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO DA VERDADE

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

Advogado

Mestre em Processo Civil (UFRGS)

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

Resumo

O presente trabalho busca destacar de maneira objetiva as principais questões debatidas em torno da teoria geral da prova, úteis à elucidação de problemas corriqueiros na prática do foro, envolvendo especialmente a oportunidade e limites para utilização dos meios lícitos de prova

I. Introdução

Inegavelmente a temática probatória não ocupa o lugar de destaque nos estudos de teoria geral de processo e, mais especificamente, de processo civil. Mesmo quando a matéria “provas” é debatida, o enfoque se limita ordinariamente às disposições/particularidades de cada um dos “meios de prova” e não propriamente ao prévio e mais denso estudo da “teoria geral da prova”.

No entanto, há inúmeros e complexos dispositivos na Constituição Federal de 1988 e principalmente no Código de Processo Civil que tratam da matéria e exigem cuidado na sua articulada exegese. Ademais, presencia-se, na rotina do foro, inúmeras discussões a respeito do nesso objeto de investigação, como, por exemplo, da correção de deferimentos e principalmente de indeferimentos de meios de prova nas demandas judiciais.

Há, pois, espaço para melhor sedimentação dos aspectos centrais que circunscrevem o tema “teoria

geral da prova”, apontando, de acordo com o exemplo sobredito, para melhores soluções no acolhimento dos lícitos meios probantes. Por certo, forçoso ainda o registro inicial, iremos buscar nos posicionar, ao longo do trabalho, justamente pela defesa da realização da prova, respeitados os parâmetros constitucionais e infraconstitucionais atinentes à matéria.

II. Conceito de prova; objeto de prova; fontes e meios de prova; a dinâmica da prova e o procedimento judicial apto à produção de prova na instrução

1. Conceito de prova

Iniciamos o estudo do tema probatório pelas mais basilares nomenclaturas, definindo a prova como *todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas*.

Nas palavras de **Scarpinella Bueno**, seria a prova “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”¹. Já para **Marinoni e Mitidiero**, poderíamos definir a prova como “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”².

Pelo que se nota dos conceitos externados, evidentemente há uma grande diferença entre “alegar um fato” e “provar um fato”, o que será objeto de instrução processual, respeitando-se as disposições e limites fixados pela legislação adjetiva de regência.

2. Objeto de prova

Provavelmente o aspecto mais relevante nessa parte propedêutica da teoria geral da prova gira em torno do objeto de prova, o que seja, aquilo que deve ser provado no processo; responderia à pergunta: “sobre o que a prova deve recair?”.

Tem-se, nesse sentir, que o objeto de prova são os fatos controvertidos relevantes. Fatos incontroversos/notórios, confessados não precisam ser consequentemente provados; fatos irrelevantes/impertinentes também não dependem de prova.

Realmente, o grande objeto da prova recai sobre “fatos”, já que o “direito” dificilmente será matéria a ser provada, a não ser em casos absolutamente excepcionais regulados no art. 337 do CPC. Ademais, só os fatos “controvertidos” e “relevantes” merecerão investigação instrutória. Em outros termos, para se perfectibilizar detida averiguação judicial sobre fato deve existir determinada dúvida a respeito da veracidade e extensão do evento, como também só será incrementada a aludida investigação se a elucidação do fato for decisiva para a melhor compreensão do fato jurídico abarcado na causa de pedir.

3. Fontes e meios de prova

Aqui estamos diante de outra diferenciação clássica na teoria geral da prova, em que os primeiros são os elementos (mecanismos) externos do processo aptos a provar; e os últimos são os elementos (mecanismos) internos do processo aptos a provar, ou seja, as formas pelas quais se podem produzir provas em juízo de acordo com a legislação processual do país (confissão, depoimento pessoal, interrogatório, testemunhas, documentos, perícia e inspeção judicial).

Na prática, tem-se que nem toda fonte de prova pode se converter em meio lícito e apto de prova, diante justamente das restrições impostas

pela legislação processual vigente: uma informação só poderá ser obtida de uma fonte se isso se enquadrar entre os meios de prova admitidos pelo sistema³.

Vejam os seguintes exemplos: se a testemunha é amigo íntimo/familiar do autor da demanda, o peso da inquirição tende a acabar por ser rebaixado (à informante) ou mesmo excluído; ainda, mesmo que existam cinco testemunhas a comprovar em juízo determinado fato, a lei prevê que no máximo podem ir a juízo apenas três testemunhas por fato.

Realmente, da *diferenciação entre fontes e meios de prova, pode-se concluir que nem toda fonte de prova pode ser convertida em meio de prova a ser utilizado na instrução do processo*, já que há restrições legais ao uso das provas, mesmo lícitas.

4. A dinâmica da prova e o procedimento judicial apto à produção de prova na fase instrutória

A doutrina confirma que são previstas determinadas etapas, em ordem cronológica, para a realização da prova em juízo, geralmente podendo ser catalogadas em quatro – a) requerimento da prova, pela parte; b) deferimento (ou “admissão”) da prova, pelo juiz; c) produção da prova, pela parte ou por terceiro (perito); d) valoração da prova, pelo juiz⁴.

Uma análise atenta dessa sequência, que representa a dinâmica da prova, aponta, no entanto, que seria realmente própria para os meios de prova produzidos na fase instrutória (prova pericial e prova testemunhal, especialmente), não se aplicando, por exemplo, à prova produzida na fase postulatória (prova documental) – já que aqui o procurador da parte junta com a petição inicial os documentos, independentemente de fase de requerimento/deferimento/produção (nesse caso os documen-

tos serão juntados unilateralmente pela parte e, por regra, avaliados em sentença pelo juiz, em cognição exauriente junto com os demais meios de prova).

Tal constatação prática autoriza inclusive que cogitemos de diferenciar os termos “fase instrutória” e “instrução”. Sem dúvida, o último termo é mais amplo, já que compreende não só a prova produzida na fase instrutória (pericial e testemunhal, especialmente), mas também a prova produzida desde a fase postulatória (prova documental). *Em outros termos, toda a fonte convertida em meio de prova, utilizada no processo, independente da fase processual, integra a instrução.*

Aprofundemos a questão. Para ser proferida decisão final de mérito (sentença), há necessidade de serem vencidas determinadas etapas procedimentais, quais sejam: fase postulatória, fase saneadora e fase instrutória. A primeira integraria o momento inicial de judicialização do conflito, com a apresentação da inicial – contestação – réplica e apresentação das provas documentais. Após, caberia ao magistrado uma preliminar análise do feito, determinando o prosseguimento da demanda em caso de necessidade, quando não manifestasse a opção pela extinção do feito sem julgamento de mérito ou entendesse que caberia o imediato julgamento do mérito com a prova documental já acostada. Por fim, haveria uma fase complementar destinada ao prosseguimento da instrução, denominada fase instrutória, quando provas mais técnicas ou específicas se apresentassem indispensáveis para que o Estado-juiz pudesse melhor enfrentar o objeto litigioso da demanda.

Nesse diapasão, oportunas as palavras de **Elpídio Donizetti** ao descrever que “se o processo chegou a essa fase (instrutória ou probatória) é porque os elementos de prova, so-

bretudo documentais, apresentados na fase postulatória, não foram suficientes para formar a convicção do juiz, a fim de que ele possa compor o litígio, com o regular acolhimento ou rejeição do pedido do autor, de acordo com o art. 269, I do CPC”⁵.

Vê-se, assim, pela exposição dos oportunos conceitos, que a instrução se dá em todo e qualquer momento da etapa cognitiva, em que apresentados meios de prova aptos a elucidar a verdade dos fatos; sendo que a fase instrutória seria o momento de aprofundamento dessa instrução, quando não fosse o caso de imediato julgamento da lide – nos termos do amplo permissivo legal contido no art. 330 do CPC.

III. Momento de produção e avaliação da prova; diferença entre juízo de admissibilidade e juízo de valoração; história e sistemas contemporâneos de valoração da prova

5. Momento de produção e avaliação da prova

A produção da prova pode se dar ordinariamente – a) ao longo das fases do processo, especialmente instrutória; b) via carta precatória, fora do processo principal; c) via medida cautelar, especialmente preparatória ao processo principal (cautelar de produção antecipada de provas). Já o momento de avaliação da prova não pode se dar em outro momento senão o de conclusão dos autos principais ao juiz para prolação de sentença (fase decisória, encerrada a instrução do processo).

6. Juízo de admissibilidade e valoração

Se é diverso o momento de produção da prova e a sua avaliação, não pode haver também confusão por parte do julgador, no sentido de antecipar juízo de valor a respeito do conjunto probatório, em momen-

to próprio que deveria tratar da sua admissão aos autos. Eis aqui questão mais complexa, a merecer o devido tratamento autônomo no cenário da dinâmica da prova.

Vejamus um exemplo a respeito: deixa-se de fazer uma prova, já que anterior prova se postou em sentido contrário e já houve suposto convencimento pelo juiz a respeito de qual parte está com a razão. Tal providência judicial pode estar revelando claramente confusão entre a oportunidade de admitir prova e a oportunidade de valorá-la. Ora, se a parte impugnou o meio de prova anterior (pericial) e requereu outro meio de prova (testemunhal), o mesmo deve ser deferido, salvo se realmente se convencer o juiz que não está mais diante de fato controvertido relevante (situação absolutamente excepcional).

Repara-se, portanto, que no específico momento de admissibilidade da prova, deve o julgador indeferir a com base no critério do “objeto de prova”, e não adotando o princípio do livre convencimento motivado da prova – o qual só deve ser aplicado ao tempo de valoração da prova. De outra forma, tão somente em caso de não mais ser controvertido ou relevante o objeto de prova é que pode ser ela inadmitida pelo Estado-juiz, e não em razão de prévia tomada de convicção a respeito do mérito do pleito envolvendo o fato jurídico amoldador da causa de pedir.

Sobre o tema, cabe referência à doutrina de **Knijnik**: “O princípio do livre convencimento (motivado, a valoração) nada tem a ver com a admissibilidade da prova; a valoração entra em operação somente após o processo de seleção do material que comporá o objeto do seu exercício; daí segue-se que viciada a etapa preliminar, contamina-se seu resultado, sendo irrealizável a manutenção da valoração judicial exercida sob bases equivocadas”⁶.

Realmente, como exposto, o equívoco (vício) em confundir juízo de admissibilidade e valoração importa nulidade da sentença, com a necessidade de reabertura da instrução para produção da prova antes indeferida.

Permanecemos no exemplo acima exposto: se o laudo oficial é favorável ao autor e o réu requereu prova testemunhal como forma de impugnar o laudo, mantendo, pois, o fato controvertido, temos que sendo negada a prova testemunhal e julgado de plano o processo a favor do autor, pode o réu discutir a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa (apontando confusão judicial entre o juízo de admissibilidade e valoração), e requerer a reabertura da instrução para produção da prova testemunhal.

7. História e sistema contemporâneo de valoração da prova

Por fim, encerrando a parte preliminar dos essenciais conceitos integrantes da teoria geral da prova, necessário investigarmos rapidamente os marcos históricos atinentes à valoração da prova, fixando os contornos do atual sistema adotado pelo direito processual pátrio.

Quatro são os tradicionais sistemas de valoração da prova anotados nos mais diversos processos civis, assim encontrados em ordem cronológica: a) ordálios, b) sistema do livre convencimento imotivado, c) sistema da prova tarifada, d) sistema da persuasão racional.

Ordálios: julgamentos de Deus, próprios da Idade Média, caráter irracional e sobrenatural, caminho justo encontrado pela magia – sistema de valoração não mais utilizado.

Sistema do livre convencimento imotivado: convicção íntima do magistrado, caráter racional mas desprovido de motivação, julgava-se com base em provas constantes nos autos

e experiência do julgador, sem que se pudesse duvidar do juízo emitido pelo magistrado – resquício atualmente presente no campo penal pátrio, como tribunal do júri.

Sistema da prova tarifada: prova legal ou plena, vedado ao juiz a valoração da prova porque todo o seu valor está pré-fixado pelo ordenamento jurídico, magistrado seria um matemático – resquícios atualmente presentes na limitação da prova testemunhal a prova de dívida em contratos acima de 10 salários mínimos (art. 401 CPC) e na limitação da mesma prova para comprovar sozinha tempo rural para fins previdenciários (Súmula 149 STJ).

Sistema da persuasão racional: livre convencimento motivado do juiz; não é aceita hierarquia absoluta de provas, podendo o julgador se valer de qualquer uma, desde que haja motivação a respeito – é o sistema atualmente adotado pelo Brasil, conforme art. 93 IX CF/88 combinado com o art. 131 e 436 do CPC⁷.

Em relação aos dispositivos invocados, tratam, respectivamente, de: garantir a necessidade de fundamentação de todas as decisões sob pena de nulidade; explicitar que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, mas deverá indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento; e regular que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Atualmente, no sistema processual pátrio, como também nos principais sistemas alienígenos, o método de valoração do livre convencimento motivado é adotado em razão da necessidade de ser dada certa liberdade ao magistrado (uma das facetas do ativismo judicial) para, segundo a sua convicção, escolher as provas que melhor tendem

a resolver o caso concreto; situação que por outro lado é atenuada a partir da obrigatoriedade de densa fundamentação sentencial, prévia formação de contraditório, e posterior possibilidade de manejo de recurso pela parte eventualmente insatisfeita (acesso facilitado ao duplo grau jurisdicional)⁸.

Reforça-se, pois, que ao mesmo tempo em que não se nega a influência do ativismo judicial no comando da marcha do processo, reconhece-se a imprescindibilidade da motivação das decisões (tanto mais elevada quanto for a importância da medida a ser adotada pelo Estado-juiz), ao lado da presença constante do contraditório e da figura do duplo grau de jurisdição⁹. São com esses (três) elementos essenciais, integrantes de um “sistema de legalidade”, corporificador do *due process*, que se combate o arbítrio jurisdicional (desvios decorrentes da necessária conduta ativa do julgador), lavrando-se *decisum* final mais próximo da legitimidade exigida pela sociedade política¹⁰.

A discussão quanto à *fundamentação completa versus fundamentação suficiente* é conhecida no ambiente forense, tendo a jurisprudência pátria consolidado entendimento, por nós não acolhido¹¹, no sentido de que o julgador não está obrigado a desenvolver fundamentação plena, mas tão só suficiente para se posicionar a favor dos interesses de uma das partes litigantes¹².

Há, no entanto, firmes vozes, ao encontro do nosso raciocínio, fixando que a eventual autorização concedida ao juiz para não se manifestar expressamente a respeito de todo o material coletado no feito, entendendo-se que bastaria “uma consideração global e sintética dos elementos conhecidos sobre os quais se funda o seu convencimento”, nas palavras de **Michele Taruffo**, é regra que, por traz de uma aparente

razoabilidade, esconde grave equívoco procedimental¹³. **Egas Moniz de Aragão** observa por fim, criticamente, que é comum se dizer que na fundamentação da sentença/acórdão o magistrado não precisa examinar todas as questões do processo: “Isto está absolutamente equivocada (...); é inadmissível supor que o juiz possa escolher, para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhe submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas. Se não fizer, a sentença estará incompleta”¹⁴.

IV. Direito processual constitucional e o regime probatório: direito prioritário à prova e repercussão infraconstitucional; poderes instrutórios do juiz; princípio dispositivo e o sistema de preclusões; base infraconstitucional de apoio

8. Direito prioritário à prova

Chega-se, pois, à oportunidade de exame do lastro constitucional que embasa o estudo detido (prioritário) da prova no processo civil. A partir dessa premissa, discorre-se em boa medida a respeito de temas vitais para a estrutura do procedimento, como a preclusão e o princípio dispositivo. E encerra-se esta aproximação tratando das disposições no CPC que se dedicam à disciplina da prova e que podem, sim, ser (re)interpretadas diante do contexto constitucional vazado.

Pois bem. Extrai-se inegavelmente da CF/88 a máxima de que a prova é algo fundamental para o processo, que não é algo acessório, que não pode ser simplesmente indeferida pelo magistrado sem maiores repercussões. Se é bem verdade que há disposição expressa a respeito do macroprincípio da “efetividade”, conforme preconiza o novel inciso

LXXVIII do art. 5º, há dispositivos constitucionais – embora menos explícitos – que se colocam mais propriamente a favor da prova, voltados ao macrop princípio da “segurança jurídica”¹⁵, no sentido de garantia de aproximação do juiz da verdade no caso concreto¹⁶.

Dentre os fundamentos constitucionais do direito prioritário à prova, podemos elencar:

art. 5º, XXXV: acesso (adequado) ao judiciário; art. 5º, LIV: devido processo legal (processo justo); art. 5º, LV: contraditório e ampla defesa (com os meios de prova inerentes); art. 5º, LVI: provas lícitas (processo que aceita número amplo de provas lícitas).

Tais dispositivos podem (devem) ser

interpretados articuladamente a fim de que o processo judicial seja não só célere, mas também qualificado¹⁷ – o que, diante do nosso objeto de investigação, é obtido por meio de não limitação excessiva do direito de provar. Correto, nesse diapasão, **Eduardo Cambi** quando destaca que embora o direito à prova não seja absoluto (como nenhum direito pode desta forma ser concebido), “deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual, não podendo ser indevidamente limitado, a ponto de seu exercício ser meramente residual”¹⁸.

Tal constatação autoriza, sem dúvidas, a possibilidade de analisarmos as repercussões infraconstitucionais deste conceito de direito prioritário à prova, a partir da releitura de alguns importantes artigos do CPC à luz desse conjunto de garantias constitucionais à prova. Ocorre que a leitura isolada desses dispositivos infraconstitucionais po-

deria dar grande margem de arbítrio ao julgador, o qual diante do exposto contexto constitucional encontraria amparo a fim de ter maior cuidado/critério no ato (gravoso) de indeferir provas.

Nesse contexto, a releitura proposta é de dois principais dispositivos do CPC, a saber: art. 130 e art. 330, os quais, respectivamente, dis-

ciplinam o seguinte: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”; e “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou,

sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer a revelia (art. 319)”.

a) *indeferimento de provas como situação absolutamente excepcional – exegese art. 130, in fine*: a releitura do dispositivo à luz da CF/88 indica para uma menor liberdade do magistrado em indeferir as diligências inúteis ou procrastinatórias, assim agindo tão somente quando o caso concreto apontar claramente para esse sentido; nos demais casos, inclusive os de dúvida a respeito da necessidade ou não de produzir a prova, deve ela ser admitida em respeito ao direito prioritário à prova.

b) *não preclusividade do juiz em matéria probatória – exegese art. 130, ab initio*: a matéria probatória é de ordem pública (acima do interesse das partes), razão pela qual o magistrado pode requerer (admitir) a prova de ofício. Trata-se de notável dispositivo, alicerçado consti-

tucionalmente no direito prioritário à prova, que autoriza a direta participação judicial no esclarecimento dos pontos controvertidos no processo, tudo a resultar em decisão mais justa, que legitime o *decisum* com o selo estatal.

c) *juízo do feito de forma antecipada, sem audiência de instrução/julgamento, só em situações absolutamente excepcionais – exegese art. 330, I*: lógica semelhante à proposta para o art. 130, *in fine* é aqui testada. Havendo dúvida a respeito da necessidade de prosseguimento da instrução, especialmente para a produção de provas em audiência – onde se intensifica o contraditório e se aproxima o julgador da matéria a ser sentenciada, vivificando o princípio da identidade física constante no art. 132 do CPC – não pode o julgador antecipar o encerramento da instrução, sob pena de julgar sem todos os elementos de prova necessários.

d) *possibilidade real do revel produzir provas ao comparecer oportunamente ao processo – exegese art. 330, II: a luz do exposto contexto constitucional, indaga-se*: se se apresentar o revel antes do julgamento, poderia ele requerer as provas necessárias para superar a presunção legal relativa (presunção *juris tantum*) decorrente do art. 319? Ficaria assim excluída, nessa hipótese, a incidência do art. 330, II? Parece-nos que sim. A propósito, deve-se fazer menção à posição consolidada do STF sobre o tema, a partir da Súmula 231, *in verbis*: “O revel, em processo civil, pode produzir provas desde que compareça em tempo oportuno”. Daí resulta, *a priori*, que se o revel se fizer presente logo na sequência da decretação da revelia, o magistrado não poderá realmente julgar o processo antecipadamente, sob pena de cerceamento de defesa, o que implicaria nulidade da sentença.

9. Poderes instrutórios do juiz, princípio dispositivo e o sistema de preclusões

Ratifica-se que no contemporâneo sistema processual, o magistrado, como “diretor do processo”, pode deferir de ofício a produção de prova, já que se trata de matéria de ordem pública (de interesse “supra partes”)¹⁹, não estando mais a produção de provas na mera disponibilidade das partes.

Tal exigência moderna de suplementação de um modelo de atuação passiva do Estado-juiz na instrução processual orienta então o julgador a buscar a verdade independente da preclusão para as partes em matéria de prova – valendo-se de todos os meios probatórios lícitos e legítimos, típicos ou atípicos²⁰.

Daí por que se diz que estamos aqui diante de importante relativização do princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio (diferente do princípio em sentido material ou próprio, o qual ainda não sofre relativizações – ligado, este, diretamente, à atividade da parte ao definir a causa de pedir e o pedido da demanda²¹). Não há, nessa mesma conjectura, preclusão para o juiz em matéria probatória, podendo o magistrado deferir prova anteriormente indeferida, em face da necessidade de melhor instruir o feito²² – mas desde que mantenha jurisdição no feito.

Por derradeiro, cabe-nos destacar a seguinte discussão proposta por **Manoel Caetano Ferreira Filho**²³. Embora o poder de iniciativa probatória do Estado-juiz inclua o de determinar a produção de prova anteriormente indeferida, o contrário também poderia ser realizado pelo magistrado? Ou seja, poderia ele indeferir prova que já tenha determinado produzir, com base até na parte final do art. 130 do CPC, que prega o indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias; ou mesmo no regulado pelo art. 125,

II, do CPC, a estabelecer como dever do diretor do processo o de velar pela rápida solução do litígio?

A resposta, a partir desses fundamentos, é afirmativa para Eduardo Cambi, o qual alega que seria um contrassenso, se em face de outras provas produzidas, não pudesse o magistrado reconsiderar a decisão anterior autorizadora da realização da prova, que no curso da instrução aos olhos do diretor do processo mostrou-se supérflua ou irrelevante: “Assim, a inutilidade ou a desnecessidade da prova também podem ser supervenientes, quando um fato já estiver sido provado por outras provas, devendo-se aplicar, neste caso, o princípio da economia processual.”²⁴

No entanto, de acordo com a manifestação de Manoel Caetano Ferreira Filho, cremos, *a priori*, que não possui esse poder o juiz, a não ser que excepcionalmente a parte a quem aproveite a prova expressamente concorde com a sua não realização (diante do que Cambi denomina de uma superveniente verificação da inutilidade de sua produção). Assim também raciocina **Daniel Amorim Assumpção Neves**²⁵.

Temos, como regra geral, que se a parte exerceu regularmente a faculdade de requerer oportunamente a prova que entendia necessária para o resguardo dos seus interesses, e teve seu pedido acatado pelo magistrado, o posterior indeferimento da prova implicaria ofensa ao direito de lícitamente provar. Além disso, a preclusão tem por finalidade assegurar a estabilidade das situações jurídicas processuais; e a situação de quem teve a prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento²⁶.

10. Base infraconstitucional de apoio

Encerrando o cenário de apresentação da teoria geral da prova, em sua dimensão constitucional e

infraconstitucional, cabe colacionar os principais dispositivos em matéria probatória presentes no nosso Código Buzaid:

a) *art. 130/132 do CPC*: artigos que tratam, respectivamente, dos poderes do juiz em torno da admissibilidade da prova; sistema de valoração da prova baseada no princípio do livre convencimento motivado; e, ainda, a importância da identidade física do magistrado, o qual deve julgar a lide ao concluir à audiência de instrução.

b) *art. 330 do CPC*: matérias de fato/direito e julgamento imediato do feito, inclusive nos casos envolvendo a revelia.

c) *art. 319/324 do CPC*: revelia e efeitos para a prova. O grande ônus inicial à parte demandada mereceu tratamento diferenciado da legislação adjetiva.

d) *art. 332/457 do CPC*: teoria das provas e provas em espécie. O grande cenário em que se visualiza a disciplina da teoria geral da prova, e que passa ser objeto de nossa investigação a partir de agora, iniciando pela disciplina do art. 332 do CPC²⁷.

V. Provas típicas e atípicas e as regras sobre hierarquia de provas

11. Hierarquia de provas

De acordo com a disciplina do art. 332 do CPC articulado com o art. 131 (o sistema de persuasão racional, como modelo de valoração da prova), não há hierarquia de provas, podendo ser utilizados meios de prova típicos e mesmo atípicos, desde que moralmente legítimos.

O modelo da livre apreciação da prova, hoje mais em voga nas codificações processuais, garante que qualquer meio de prova lícito, típico ou atípico pode ser capaz de vencer o julgador da causa quanto às alegações e exceções anunciadas. O que se exige é que se tenha maior

cuidado na admissão e produção da prova atípica, já que, não havendo procedimento legal específico, deve o julgador redobrar a atenção para que não ocorram erros na utilização de tal prova para a solução do litígio²⁸. E onde é que se irá demonstrar a utilização das provas atípicas com a cautela maior supra-aludida? Na fundamentação da sentença²⁹.

Inexistindo hierarquia propriamente dita, o que se pode admitir, no máximo, é certa “preferência pela prova típica”, na forma como determinada pelo legislador, diante da maior facilidade, para o julgador, na sua admissão, produção e valoração³⁰. Ainda a confirmar a existência desta “preferência”, há de se convir que, na prática, em regra, a prova atípica (especialmente o “indício”) não serve, por si só, normalmente, de fundamento para a firmação de decisão final – sendo comum na doutrina ser mencionado da sua utilização excepcional “quando os meios de prova diretos são indisponíveis à prova dos fatos controvertidos”³¹.

Mas, em compatibilidade com a teoria da inexistência de hierarquia absoluta entre provas – que ratificamos, há de se registrar que em determinados casos, por certo, a prova atípica, aceita como meio probante, poderá sim ser a única disponível e compatível com a natureza da demanda³². Por isso, inapropriado se afirmar categoricamente que a prova atípica nunca passará de um “argumento de prova”, entendida a expressão destacada, na forma exposta dentre outros por **Michele Taruffo** e **Luigi Montesano**, como prova subsidiária a dar respaldo à prova típica

confeccionada, ou, em termos mais técnicos, como instrumentos lógico-críticos que auxiliam na valoração das provas típicas³³ – adquirindo a prova atípica, nesta perspectiva criticada, função não mais do que auxiliar e integrativa do teor das provas típicas, já que insuficiente, por si só, para convencer o julgador³⁴.

Responde-se negativamente assim também à seguinte indagação: há hierarquia entre a prova atípica indireta (v.g., uma prova indiciária) e a prova atípica direta (v.g., uma prova pericial emprestada)? Da mesma maneira aqui vê-se que não há distinções ontológicas entre a primeira (que é prova direta com relação ao fato menor, incidental, usualmente ligado a outro fato que dele se infere) e a última (prova que tem

por objeto diretamente o fato controvertido que está sendo investigado).

Nesse sentir, na jurisprudência pátria encontram-se inúmeros ares-tos, merecendo destaque por ora o HC 70344/RJ (Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma do STF), em que se referiu que “os indícios, dado ao livre convencimento do juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles”. E se pensarmos nas provas típicas, da mesma forma, conclui-se que não há hierarquia absoluta entre as modalidades que se encaixam na nomenclatura, sendo exemplo clássico da assertiva o teor do já anunciado art. 436 do CPC, admitindo que o juiz não está adstrito ao laudo (prova pericial), podendo firmar sua convicção por outros meios de prova (v.g., documentos, oitiva de testemunhas, laudo do perito assistente).

Portanto, inexistindo hierarquia absoluta entre a prova típica e prova atípica, nem mesmo entre as várias modalidades/espécies de prova que cada gênero comporta, descabido se relativizar, de antemão em todos os casos, a importância e o peso da utilização desta, em detrimento daquela³⁵.

12. Rol das principais provas típicas e atípicas

As provas típicas são regulamentadas no CPC, cuja ordem principal pode ser extraída do art. 452: a) prova documental; b) prova pericial; c) prova testemunhal.

Já as provas atípicas são assim denominadas justamente por não estarem regulamentadas no CPC; previstas, pois, em razão de uma cláusula escapatória constante no art. 332 do CPC³⁶.

Com o tempo, podem se transformar em provas típicas, devido ao fenômeno de assimilação. Sim, porque não raro com o passar do tempo, em face de necessidades práticas, um meio de prova ou forma de apresentá-la ao processo é desenvolvido e acolhido pela comunidade jurídica, vindo posteriormente a ser positivado – em consequência, com o advento de disposição legal, a prova que era atípica passa a ser típica.

A propósito, **Moacyr Amaral Santos** alude que “os meios de prova não são criações abstratas da lei, mas generalizações da experiência”³⁷, o que indica estarmos diante de fenômeno de criação/desenvolvimento incessante e irrefreável³⁸. Repara-se então, a importância da existência de uma “cláusula escapatória” nos sistemas processuais reguladores da prova, já que aos meios probantes apresentados e delimitados pelo legislador em determinado lapso temporal, podem ser desenvolvidos outros, que, enquanto ainda não positivados, não poderiam ser afastados como fontes hábeis, se

lícitas, para o convencimento do órgão judicial³⁹.

Dentre as principais provas atípicas hoje utilizadas no processo, temos: *a) indícios* – vestígios (meio de prova indireto) que somado as máximas de experiência autorizam presunções judiciais; *b) prova emprestada*: traslado da prova (geralmente pericial) de processo originário para processo secundário, devendo ter (em ambos os processos) a participação da parte contra quem a prova desfavorece, sendo então crucial o estabelecimento do contraditório no processo originário com a participação ao menos desta parte – em caso de não existir essa identidade, pode-se cogitar de utilização dessa prova não com o peso de prova emprestada, sendo recebida como prova documental unilateral (pré-constituída – sendo inclusive essa a forma que vai assumir no feito a ser julgado), a estar obrigatoriamente sujeita ao contraditório no momento de ingresso no processo secundário; *c) modernos meios de prova*: documento eletrônico (email), prova judicial via satélite, interrogatório online, prova extraída de conteúdo público exposto nas redes sociais (facebook, twitter).

VI. Regras do ônus da prova e inversão do ônus de provar

13. Regra do ônus da prova

A regra vem prevista no art. 333 do CPC (que incumbe ao autor alegar e provar o fato constitutivo do seu direito; e ao réu alegar e provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito), tinha importância muito grande ao tempo em que não admitida relativização do princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio. No processo moderno, tendo o juiz condições de ir em busca, *ex officio*, da verdade, entendemos que só deva julgar com base na regra do ônus de prova

em situações excepcionalíssimas, em que após todos os esforços (dos agentes atuantes no feito – Estado-juiz e partes) não for possível estabelecer grau de certeza suficiente em relação ao direito discutido no processo.

Nesse sentir, *a famosa disposição do art. 333 deve ser compreendida, restritivamente, como mera regra de julgamento*, a ser utilizada em último caso pelo julgador. Com esse adequado enfoque **Sidnei Amendoeira Jr.** registra que “o não cumprimento do ônus da prova pode ser suprido pela atividade instrutória do juiz (o que não é unânime), mesmo porque a prova não pertence à parte; uma vez produzida, passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu”⁴⁰.

Quanto ao ônus de prova, deve-se admitir que realmente não existe um dever jurídico de provar, apenas o ônus de fazê-lo. Nessa seara, merece referência expressa o clássico processualista **James Goldschmidt**, por ressaltar as grandes diferenças entre a relação jurídica de direito material para a relação jurídica de direito processual (que melhor entendia ser denominada de “situação jurídica”) – precipuamente a configuração no processo de relações complexas, múltiplas, nos diferentes estágios da demanda; e por introduzir na ciência processual moderna a noção de “ônus”, em oposição à de “deveres” (“obrigações”), por discorrer com razão que às partes “convêm” (e não categoricamente “devem”) se manifestar no feito em busca de melhor sorte, sob pena de se seguir uma desvantagem processual que, em última instância, representaria uma sentença contrária a seus interesses⁴¹.

14. Inversão do ônus de provar

A previsão constante no art. 333 é a de que a parte que fez determinada alegação deve tratar de prová-la:

fato constitutivo de direito (parte autora), fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito (parte ré) – regra tradicional ainda hoje presente no direito civil, por exemplo. Em alguns ramos do direito, no entanto, vem sendo admitida relativizações nesse ponto, admitindo-se a inversão do ônus de provar, geralmente em razão de maior condição técnica-financeira de uma parte: como no direito do trabalho e especialmente no direito do consumidor (art. 6º, VIII, CDC).

Quanto ao momento em que deve ser determinada a inversão do ônus da prova, tem-se que pelas regras postas não há obrigação de haver manifestação expressa do juiz no saneamento do feito, embora por prudência seja coerente a medida, evitando serem as partes surpreendidas de alguma forma. Em relação à aludida disciplina consumeirista, mesmo que não haja explicitação pelo julgador a respeito em meio à instrução, “o fornecedor sabe que a inversão é possível, devendo trabalhar com tal hipótese; não cabendo apenas a ele, mas também ao consumidor e ao próprio juiz, o dever de buscar a verdade possível”⁴².

VII. Temas complementares na teoria geral da prova: fatos notórios, confessados ou incontroversos; máximas de experiência; provas de direito

15. Sistema de matérias não objeto de prova

Ultrapassada a disciplina do ônus processual, passa-se a investigar os derradeiros dispositivos da teoria geral da prova, constantes nos arts. 334, 335 e 337. Inicia-se pelo sistema de matérias não objeto de prova constante no art. 334, a determinar que não são controvertidos ou relevantes especialmente os fatos notórios, os fatos confessados e os fatos incontroversos.

Fatos notórios: fatos públicos, de repercussão geral, noticiados.

Fatos confessados: pela parte contrária, reconhecidos como verdadeiros por uma das partes. A confissão pode ser provocada, espontânea ou ficta – nesse último específico caso, quando a parte não comparece, sem justificativa, a evento solene do processo em que deveria se pronunciar.

Fatos incontroversos: não impugnados no processo pela parte contrária, na primeira oportunidade processual. Se sobre determinada questão não há controvérsia, não há porque fazer prova no processo; sempre lembrando a regra processual, prevista no art. 302 do CPC, de que a parte deve fazer impugnação específica dos fatos apresentados pela parte contrária, não valendo por regra a impugnação genérica (própria para situações excepcionais de advogado dativo, curador especial e órgão do Ministério Público).

Nesses casos tradicionais, especialmente os elencados nos incisos II e III do art. 334 (fatos confessados e incontroversos, respectivamente), a prova se faz desnecessária (e pode por isso ser imediatamente inadmitida, com arrimo no estudo art. 130, *in fine*) já que atendidos simultaneamente dois requisitos essenciais, assim explicados por **Luis Alberto Reichelt**: “a inexistência de controvérsia entre as partes sobre a existência histórica ou não e a conformidade dessa versão da realidade em face de um padrão de normalidade explicitado em uma regra de experiência. Diante de tais pressupostos, o juiz pode dispensar a produção de provas ulteriores a respeito de alegações em torno das quais não pare controvérsia ou que tenha sido objeto de confissão por uma das partes, sendo estabelecida uma regra de exclusão pautada em critérios de normalidade”⁴³.

16. Máximas de experiência

Estamos aqui diante de regra de aplicação do bom senso, regra de experiência comum, espécie de válvula de escape para o julgador considerar o conjunto probatório, ao tempo de decidir, aplicando o que ordinariamente acontece. Regra, na parte geral da teoria das provas, que estabelece um vínculo entre o julgador e a comunidade em que se irá aplicar o direito.

Estabelece o art. 335 do CPC, ao regular o tópico, que em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

De fato, embora o dispositivo infraconstitucional, ao tratar das máximas de experiência, não indique com clareza se o momento oportuno de sua utilização é ao tempo de admissão ou ao tempo de valoração da prova, *hodiernamente, de acordo com a exposição contida no parágrafo supra, parece-nos que cabe a sua aplicação ao tempo de o julgador proferir sua decisão em cognição exauriente*⁴⁴.

Exemplo de aplicação: deixar o julgador de considerar determinado meio de prova que poderia resolver sozinho o litígio – como uma prova pericial – por se mostrar destoante do contexto fático apresentado e do que se poderia esperar daquele resultado pericial, levando em consideração o que ordinariamente acontece em casos semelhantes naquela comunidade e naquele lapso temporal.

É importante frisar, por fim, que as regras de experiência devem ser relatadas e demonstradas na motivação da decisão, para que possa se estabelecer um determinado “controle (pelas partes) da aplicação das regras de experiência”⁴⁵ – sendo tal circunstância confirmadora de que

“o campo próprio às máximas de experiência é o da valoração da prova e da formação do convencimento judicial”⁴⁶.

17. Provas de direito

Quando tratamos do “objeto de prova”, afirmamos que são os fatos controvertidos relevantes, sendo possível excepcionalmente a prova de “direito” (e não de “fato”) em circunstâncias excepcionais, as quais se encontram previstas no art. 337.

Disciplina, pois, o mencionado dispositivo infraconstitucional que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

Pode, nesses limites, ser controvertido o direito a ser aplicado, mas deve ser provado tão somente: a) se há determinação nesse sentido por parte do Estado-juiz (geralmente em despacho saneador); b) quando a aplicação discutida é direito que não seja federal – direito municipal, estadual, estrangeiro ou ainda consuetudinário (costume que possui relevância jurídica).

No entanto, interessante o registro complementar, constante em Marinoni e **Arenhart**, no sentido de que o juiz não pode determinar a prova do direito municipal ou estadual pertinente à sua especial competência. Em outros termos, se o direito municipal ou estadual é do *município* ou do *estado* em que o juiz exerce a sua atividade, não há como admitir que possa exigir prova do seu teor e vigência: “O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, ‘tratando-se de norma legal editada pelo Poder Executivo do Distrito Federal, não pode o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal deixar de decidir questão argüida, sob o fundamento de que não fora juntado aos autos o texto da referida norma’ (STJ, 1ª Turma, RESP 98377/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 03.08.1998)”⁴⁷.

VIII. Modelos de constatação da verdade

18. Cenário e conceito de modelo de constatação da verdade

Deixamos para examinar, na parte derradeira deste ensaio, o tema dos “modelos de constatação da verdade” em razão de sua complexidade articulada com a inexistência de clara disciplina legal.

De fato, não há consenso entre a doutrina e muito menos entre a jurisprudência, a respeito do modelo de constatação (averiguação) que deverá ser empregado no processo de formação do juízo de fato pelo juiz, ao tempo de avaliação do conjunto probatório.

Em outros termos, inexistente disciplina legal e consenso doutrinário/jurisprudencial a respeito do seguinte questionamento: “qual é o grau de certeza que o juiz precisa ter para resolver determinada demanda judicial?”

Necessário o registro de que se faz cogente a indagação e a consequente busca pela resposta, a fim de que haja melhor controle (pelas partes) do convencimento judicial⁴⁸.

No cenário nacional a atual discussão a respeito do tema, de construção americana, deve-se às bem lançadas linhas de Knijnik, estabelecendo que “o critério de prova (modelos de constatação da verdade) representa uma tentativa de instruir o julgador com relação ao grau de confiança que nossa sociedade crê que ele deveria utilizar nas suas conclusões factuais para um tipo particular de julgamento”⁴⁹.

19. Construção jurídica do modelo de constatação da verdade a ser empregado em um determinado processo

A questão é difícil/complexa, sem expressa disciplina no código processual, razão pela qual determina construção doutrinária e juris-

prudencial à luz também da nossa lei maior.

A construção jurídica irá depender da matéria objeto de determinado pleito judicial, não sendo crível se acreditar que para toda e qualquer demanda (previdenciária, civil, penal) o grau de certeza quanto aos fatos controvertidos e relevantes da demanda seja o mesmo.

Embora possa haver inexactidão na nomenclatura utilizada, mesmo porque a discussão na doutrina pátria é ainda incipiente, por certo é possível construir, com apoio em algumas paradigmáticas decisões jurisprudenciais, alguns *standards* em relação a esse grau de certeza esperado do magistrado para dirimir o pleito judicial, dependendo do direito material constante no objeto litigioso.

Ao menos, pode-se estabelecer uma diferença básica em relação ao grau de certeza que se deve utilizar para o julgamento de processos penais (grau maior), daqueles processos não penais (grau evidentemente menor), em que a discussão geral gira em torno de questões de ordem patrimonial e não em torno propriamente da perda de liberdade. Aliás, tal diferença, explicitada pelo princípio constitucional da presunção de inocência, determina, no campo da execução, que se possa cogitar de execução (provisória) de sentença cível mesmo que não transitada em julgado, mas não de sentença penal condenatória⁵⁰ – a exigir o trânsito em julgado para se corporificar como título executivo judicial, já que o valor defendido aqui seria, em tese, de maior envergadura.

20. Espécies de modelos de constatação da verdade

Pois bem, entendemos possível a fixação no atual cenário pátrio de ao menos três principais *standards* de grau de verdade em matéria fática, a ser exigida no processo:

a) *Certeza*: prova acima da dúvida razoável e mesmo da alta probabilidade. Espaço para utilização da expressão “verdade material”. Utilizado no campo penal, diante da regra constitucional da presunção de inocência, constante no art. 5º, LVII. Nesse sentir, paradigmática a posição do STJ quando do julgamento do RESP 363548/SC, em que restou sedimentado que a condenação (criminal) requer certeza alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador⁵¹.

b) *Preponderância de provas*: juízo de verossimilhança em cognição exauriente. Espaço para utilização da expressão “verdade formal”. Utilizado em geral no campo cível. Faz-se necessário mais do que a dúvida para se julgar em favor do autor da demanda, sob pena de aplicação das regras do ônus da prova, conforme disposições previstas no já estudado art. 333 do CPC. Na hipótese de tutela antecipada (art. 273 do CPC), tem-se a mesma presença de um juízo de verossimilhança, mas em cognição sumária (geralmente na preambular fase postulatória). Nesse contexto, oportuna a posição adotada pelo TJ/RS, julgando processo envolvendo responsabilidade civil em acidente de trânsito aplicando o modelo da preponderância das provas – AC 70038651477: “aplica-se ao caso o modelo de constatação dos fatos da preponderância das provas: provas preponderantes em favor da versão autoral, em detrimento da narrativa defensiva”⁵².

c) *Dúvida a favor do hipossuficiente*: juízo de dúvida (razoável), a ser utilizado em prol da parte autora eventualmente mais fraca no processo. Utilizada pela jurisprudência em algumas áreas cíveis específicas, como o direito previdenciário acidentário (área de benefício por incapacidade). De fato, boa parte da jurisprudência vem reconhecendo que

quando a perícia oficial é inconclusiva em relação à incapacidade do segurado-autor, o processo previdenciário pode ser julgado em seu favor, valendo-se o julgador da dúvida em favor do hipossuficiente (brocardo *in dubio pro misero*), mesmo porque o julgamento de improcedência nesses casos acarretaria prejuízo muitas vezes irreparável ao segurado, situação que não se verificaria com a mesma intensidade para a parte contrária, a Previdência Social. Exemplos paradigmáticos nesse sentido já foram colhidos em tribunais de justiça do Brasil, como o do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e de Minas Gerais (AC 70013472766/RS⁵³; AC 20030036300/SC⁵⁴ e AC 10479071328484001/MG⁵⁵).

IX. Síntese conclusiva

Em síntese do que ficou registrado neste ensaio, reafirmamos a necessidade do estudo da prova e, mais especificamente, da teoria geral da prova – sem a qual o estudo e a própria aplicação dos meios de prova carece de robusto substrato; e passamos, nesse diapasão, a destacar os dez principais aspectos salientados ao longo do ensaio:

Conceito de prova: todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.

Objeto de prova: fato controvertido relevante; lembrando que direito pode ser objeto de prova excepcionalmente e que os fatos notórios/confessados/incontrovertidos não são objeto de prova.

Juízo de admissibilidade da prova: própria da fase de deferimento da prova (admissão); devendo ser retomada a divisão de etapas que compreende a dinâmica da prova: requerimento, admissão, produção e valoração.

Juízo de valoração da prova: avaliação da prova em momento fi-

nal oportuno; não pode o juiz anteciper seu juízo de valoração para fins de indeferir meio de prova, em momento anterior, próprio da admissibilidade da prova.

Meios de prova: fontes admitidas pelo sistema processual que são aproveitadas no processo civil. Nem toda a fonte de prova é, pois, meio de prova; lembrando que os meios de prova podem ser típicos ou mesmo atípicos, não havendo, por regra, hierarquia entre eles.

Direito constitucional prioritário à prova: estudo constitucional do fenômeno probatório a indicar principalmente para a excepcionalidade da medida de indeferimento da prova; sublinhando a exegese desenvolvida dos arts. 130 e 330 do CPC, à luz do art. 5º, XXXV, LIV, LV e LVI da CF/88.

Poderes instrutórios do juiz: produção de prova de ofício pelo Estado-juiz; salientando que prova é matéria de ordem pública, não sujeita ao regime da preclusão para o magistrado; cabendo também o registro de que é admitida no processo civil moderno a relativização do princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio.

Ônus da prova: regra residual de julgamento, constante no art. 333 do CPC, aplicável quando não obstante todos os esforços levados a cabo pelos agentes do processo (Estado-juiz e partes) não foi possível aproximação suficiente da verdade para julgamento no mérito propriamente dito a favor de uma das partes litigantes.

Sistema de persuasão racional: sistema contemporâneo de avaliação do conjunto probatório, com base na convicção motivada do julgador, o qual pode nesse momento se valer inclusive das máximas de experiência; recordando que no processo civil moderno ainda há resquícios da prova tarifada (não se admitindo em alguns casos a utilização da prova exclusivamente testemunhal) e mes-

mo do sistema de convicção íntima (no tribunal do júri).

Modelo de constatação da verdade no processo civil: o modelo utilizado no campo cível vem sendo o da preponderância de provas, juízo de verossimilhança em cognição exauriente; admitida, pois, a “verdade formal” – alta probabilidade, que é menos que certeza, mas é mais do que uma dúvida (razoável). ■

Notas

1 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, Tomo I, p. 261.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 334.

3 RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 372.

4 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, Tomo I, p. 278/282.

5 DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 558.

6 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 181/182 e 410/411.

8 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Processo de conhecimento, v. 2, p. 78/79.

9 BARBOSA MOREIRA, J. C. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito” in *Temas de direito processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83/95.

10 A questão é bem desenvolvida pela especializada doutrina do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 200; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

11 RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 174/175.

12 Nesse sentido, dentre outros arestos, seguem-se dois: “O provimento dos embargos de declaração prequestionadores só poderão ser providos no caso de haver omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida, o que não foi demonstrado do recurso proposto. Salienta-se que o magistrado tem o dever de fundamentar devidamente sua decisão, mas não tem a obrigação de analisar todos os argumentos apresentados pelas partes” (Embargos de Declaração 70016937179, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 19/10/2006); “Inexiste obrigação do julgador em pronunciar-se sobre cada alegação trazida pelas partes, de forma pontual, bastando que apresente argumentos suficientes às razões de seu convencimento, pretensão de rediscussão da matéria, o que se mostra inviável pela via eleita, já que o recurso ora manejado, originariamente, possui natureza integrativa. Inteligência do art. 535 do CPC” (Embargos de Declaração 70022860035, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 28/02/2008).

13 TARUFFO, Michele. “*La motivazione della sentenza*”. Padova: CEDAM, 1975, p. 445 e ss.

14 ARAGÃO, E. D. Moniz. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 101/103.

15 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” in *Revista de Processo*, n. 137 (2006):7/31.

16 RUBIN, Fernando. “Preclusão processual versus segurança jurídica: possibilidades práticas de aplicação minorada da técnica preclusiva na instrução” in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 97, p. 25-36, 2011.

17 BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48/55.

18 “O reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, independente de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornam impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 35).

19 LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 161 e ss.

20 Da doutrina clássica italiana, ver: CAPPELLETTI, Mauro. “La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità”. Milão: Giuffrè, Primeira Parte, 1962, p. 270/286. Por aqui, ainda no mesmo diapasão, necessária a transcrição da bem lançada posição de Bedaque: “a preclusão da faculdade de requerer a produção de determinada prova, verificada em relação à parte, não impede o exercício dos poderes probatórios do juiz. Inexiste aqui regra que legitime solução diversa. Nada indica tenha o sistema optado por inibir a iniciativa probatória oficial em razão da perda, pela parte, da faculdade de produzir determinada prova” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 157).

21 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141/145.

22 BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 56/57.

23 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 91/92.

24 CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 267 e 444.

25 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 271 e 267/268.

26 RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 186/187.

27 As questões dispostas no CPC envolvendo à teoria geral da prova evidentemente se aplicam subsidiariamente ao processo trabalhista, ressalvada eventual disciplina especial no código adjetivo laboral. Nesse sentido, interessante a obra de processo trabalhista de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em que faz essas aproximações e está inclusive de acordo com o Projeto de novo CPC (BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Curso de direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 2ª Tiragem, de acordo com o Projeto do novo CPC, p. 24/29 e 438/439).

28 Sobre os maiores riscos na atividade probatória nessa seara, Eduardo Couture adverte: “en la prueba por deducción, la debilidad es absoluta: la imperfección de los puntos de apoyo, los vicios del razonamiento, las falacias de falsa experiencia, de falsa percepción, de falsa deducción; todo contribuye en este caso a aumentar los riesgos de la actividad probatoria” (COUTURE, Eduardo J. “*Fundamentos del derecho procesal civil*”. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 267).

29 Falando genericamente da motivação da decisão final valiosa a passagem de Moacyr Amaral Santos: “donde na motivação está a demonstração de que o magistrado examinou cuidadosamente o processo, distinguiu nitidamente os fatos e ponderou detidamente sobre as respectivas provas, analisou-os, sentiu-os e os apreciou com o espírito de quem prescrua e quer conhecer a verdade. À vista das mais variadas e contraditórias provas por vezes, exporá os motivos por que reconheceu valor nestas ou naquelas ou porque a todas rejeita, usando para isso da liberdade condicionada que lhe concede a lei” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I, p. 414).

30 VERDE, Giovanni. “La prova nel processo civile (profilo di teoria generale)” in *Rivista di Diritto Processuale*, ano 53, 2ª série, n. 1, 1998, p. 02/25; BARBOSA MOREIRA, J. C. “Provas atípicas” in *Revista de Processo*, n. 76, 1994: 114/126.

31 CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 364/365.

32 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. RJ: Forense, 2007, p. 31.

33 TARUFFO, Michele. “Prove atipiche e convincimento del giudice” in *Rivista di diritto processuale*, parte, 2, v. 28, 1973: 389/434; MONTESANO, Luigi. “Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti dei giudice civile”. Padova: Cedam, 1982, v. 2, p. 999/1015.

34 Bruno Cavallone é um dos processualistas italianos que criticou abertamente parte da doutrina do seu país que estabelece uma hierarquia entre a prova direta (e típica) e a indireta (e indiciária/atípica), reforçando que a prova indiciária nem sempre servirá ao julgador como mero “argumento de prova” (CAVALLONE, Bruno. “Critica della teoria delle prove atipiche” in *Ri-*

vista de Diritto Processuale, ano 33, 2ª série, n. 4, 1978. p. 679/740).

35 RUBIN, Fernando. “Provas atípicas” in *Lex de Direito Brasileiro*, n. 48 (2010), p. 44 e ss.

36 BARBOSA MOREIRA, J. C. “Provas atípicas” in *Revista de Processo*, n. 76, 1994: 114/126.

37 “Só depois que a observação quotidiana da vida, ou as aquisições da ciência impõem como verdadeiros certos princípios, se torna possível a sua recepção pelo direito judiciário. A observação, as regras de experiência, os princípios científicos mais variados têm, assim, admitido como elemento probatório uma porção de regras ou instrumentos capazes de descobrir a verdade que se não incluem entre os mencionados na lei” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1, p. 75).

38 Na mesma linha, na Itália, Giovanni Verde escreveu que “insomma, il diritto delle prove di un paese nasce da esperienze stratificate nei secoli” (VERDE, Giovanni. “La prova nel processo civile (profilo di teoria generale)” in *Rivista di Diritto Processuale*, ano 53, 1998, p. 02/25).

39 Ratificando a necessidade da “cláusula escapatória”, Eduardo Couture bem escreve que “cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos”; acrescentando ainda o processualista uruguaio que “el progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo com el progreso de la ciencia; negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho” (COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil”. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 260/263).

40 AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, 2. ed., p. 517, v. 1.

41 GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Trad. por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 22/23.

42 “O CPC (art. 333, parágrafo único) admite a inversão convencional do ônus da prova, mas o art. 51 do CDC veda tal inversão convencional se ela for contrária aos interesses do consumidor” (AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: 2. ed. Saraiva, 2012, v. 1, p. 517).

43 REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 318.

44 ROSITO, Francisco. *Direito probatório*: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 134/148.

45 “O juiz, através de argumentação racional, deve demonstrar a idoneidade da regra de experiência, assim como a oportunidade do seu uso para a decisão. Essa é a única maneira de se garantir a racionalidade na utilização das regras de experiência, e ao mesmo tempo, a possibilidade de seu controle pelas partes, evitando que o juiz pense pode utilizá-las sem qualquer critério, estabelecendo argumentos destituídos de qualquer valor” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 151/152).

46 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Processo de conhecimento, v. 2, p. 83.

47 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 134.

48 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Processo de conhecimento, v. 2, p. 80.

49 “Toda e qualquer decisão judicial que exarar uma conclusão de fato deve explicitar fundamentadamente e de forma clara e precisa, qual ‘modelo de constatação’ será utilizado na formação do juízo de fato” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33/34).

50 ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 13. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 178.

51 Parte da ementa do RESP 363548/SC, relatoria Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. em 02/05/2002: “Processual penal. Recurso especial. *Delito de falsum*. Reexame e reavaliação da prova. Silêncio do réu. Livre convencimento e convicção íntima. (...) III – O princípio do livre convencimento, que exige fundamentação concreta, vinculada e legalmente válida, não se confunde com o princípio da convicção íntima. IV – A condenação requer certeza, sub *specie universalis*, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador”.

52 Parte principal da ementa da AC 70038651477, relatoria Des. Umberto Guaspari Sudbrack, 12ª Câmara Cível, j. em 27/09/2012: “Apelação cível. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Concessionária de transporte público. Colisão frontal. Responsabilidade objetiva. Culpa da vítima. Ônus da prova. Preponderância. Princípio da imediatidade do juiz. Lesões corporais. Danos morais *in re ipsa*. *Quantum*. Correção monetária. Juros legais. Honorários sucumbenciais”.

53 Acórdão lavrado pela 10ª Câmara Cível do TJ/RS, Des. Rel. Ary Vessini de Lima, j. em 08/06/2006, em cujo corpo se lê o seguinte: “so-breleva anotar que eventual dúvida que ainda possa pairar a respeito há de ser dirimida em favor da trabalhadora, pelo princípio do ‘in dubio pro misero’ aplicável às ações de cunho acidentário, consoante tem-se entendido”.

54 Acórdão lavrado pela 1ª Câmara de Direi-to Público do TJ/SC, Des. Rel. Volnei Carlin, j. em 31/05/2005, em cujo corpo se lê o seguinte: “conquanto haja divergência em alguns pontos dos laudos (oficiais), deve prevalecer o resultado apresentado pela perita judicial, uma vez que mais benéfico ao autor (segurado), em respeito ao princípio do ‘in dubio pro misero’”.

55 Acórdão lavrado pela 14ª Câmara Cível do TJ/MG, Des. Rel. Rogério Medeiros, j. em 08/08/2012, em cujo corpo se lê o seguinte: “de resto, ao versar o feito sobre concessão de auxílio-acidente, de natureza social, é de aplicar-se hermenêutica sobre mais favorável à parte hipossuficiente. Nos Direito do Trabalho, Previdenciário e Acidentário, existe a norma de equidade in ‘dubio pro misero’. Na dúvida julga-se a favor do economicamente hipossuficiente, que é o trabalhador, o segurado ou o acidentado”.

Referências

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

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” in *Revista de Processo*, n. 137 (2006):7/31.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. “Curso de processo civil”. São Paulo: Atlas, 2012. Processo de conhecimento, v. 2.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

ARAGÃO, E. D. Moniz. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 13. ed. São Paulo: RT, 2010.

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Curso de direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 2ª tiragem, de acordo com o Projeto do novo CPC.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito” in *Temas de direito processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83/95.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Provas atípicas” in *Revista de Processo*, n. 76, 1994: 114/126.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

CAPPELLETTI, Mauro. “*La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*”. Milão: Giuffrè, Primeira Parte, 1962.

CAVALLONE, Bruno. “Critica della teoria delle prove atipiche” in *Rivista di Diritto Processuale*, ano 33, 2ª série, n. 4, 1978, p. 679/740.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1994.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

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

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Trad. por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

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

LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MONTESANO, Luigi. *Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti dei giudice civile*. Padova: Cedam, 1982, v. 2, p. 999/1015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

RUBIN, Fernando. Preclusão processual versus segurança jurídica: possibilidades práticas de aplicação minorada da técnica preclusiva na instrução” in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 97, p. 25-36, 2011.

RUBIN, Fernando. “Provas atípicas” in *Lex de Direito Brasileiro*, n. 48 (2010), p. 44 e ss.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, Tomo I.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. Padova: CEDAM, 1975.

TARUFFO, Michele. “Prove atipiche e convincimento del giudice” in *Rivista di diritto processuale*, parte 2, v. 28, 1973: 389/434.

VERDE, Giovanni. “La prova nel processo civile (profili di teoria generale)” in *Rivista di Diritto Processuale*, ano 53, 2ª série, n. 1, 1998, p. 02/25.

A TRANSFERÊNCIA DA ANÁLISE DA TEORIA DA ASSERÇÃO PARA O ADVOGADO

Nedson Ferreira Alves Júnior | nedsonjunior@hotmail.com

Advogado

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino

Professor de Processo Civil I e II da Faculdade Evangélica de Goianésia

Resumo

É inerente ao direito de ação a característica de ser voltado contra o Estado, mesmo que os efeitos sejam contra a parte demandada. Para tanto, o Estado, mediante a tutela jurisdicional, exige da parte interessada que preencha três requisitos para ter o direito de ação resguardado. São eles: interesse, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido. A normatividade da análise dessas condições, pelo atual sistema processual civil, é realizada pelo juiz. Essa análise ocorre em abstrato e decorre da asserção do autor sobre os fatos e fundamentos da demanda. Isso é representado pela teoria da asserção. Ocorre que é juridicamente viável que a análise da asserção seja feita pelo advogado, tendo em vista a natureza jurídica das condições da ação, que é de direito público. Ademais, o Estatuto da Advocacia e o Código de Ética da OAB impõem ao advogado orientar o patrocinado a não ingressar com lides temerárias ou aventuras jurídicas. Evitar-se-á isso se o interessado cumprir com as condições da ação, as quais são verificadas pela teoria da asserção

1. Introdução

A análise do direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro deve partir da garantia constitucional daquele direito, em especial pelo fato de que o Estado não excluirá a apreciação de ameaça ou lesão a direitos. Isto é o que preconiza o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O Código de Processo Civil determina que para ajuizar ou defender a parte interessada deve ter três requisitos abstratos: interesse, legitimidade e o pedido deve ter amparo no direito em vigor.

Quando a parte interessada ajuíza uma demanda o faz na expectativa de obter uma resposta do poder jurisdicional. O direito de ação conforme garantido na Constituição Federal é incondicionado, e o ação (enquanto ordem formal documentada) será aceita para processamento e julgamento com subsídio na afirmação do autor da demanda de que existe a causa de pedir.

Esta análise abstrata da presunção de verdade nas alegações do autor é reconhecida pela doutrina como *teoria da asserção*. O autor afirma que existe causa

de pedir e relação jurídica com a parte adversa, e ao juiz compete verificar a verossimilhança desta afirmação, o que garantirá o mínimo ao jurisdicionado: o direito da ação.

Busca-se com esta pesquisa perquirir se a teoria da asserção pode ser aferida pelo advogado como sujeito que tem o primeiro acesso à expectativa do direito de ação do autor. Para tanto, será realizado um apanhado sobre quais são as condições da ação e a sua importância para a garantia constitucional daquele direito.

Para responder a pretensão da pesquisa, será trabalhado o Estatuto e o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que determina ao advogado o devido e parcimônia na orientação jurídica à parte interessada. Será estudado se estes dispositivos são aplicações virtuais da teoria da asserção, o que configurará a transferência da função da análise da afirmação do juiz para o advogado.

Estudar-se-á a teoria da asserção, traçando um paralelo com as teorias que a contrapõem e também como é verificada no processo. No que tange a esta verificação, será abordado quem é o sujeito processual competente para fazê-la e a fase processual para fins de mister.

Não é viável questionar a teoria da asserção e o próprio direito de ação sem destacar o que é e quais são as condições da ação. Por este motivo, a pesquisa trará uma análise sintética sobre as condições da ação.

A metodologia utilizada foi a de compilação, compreendendo a análise de obras jurídicas, artigos científicos, interpretação de artigos da Constituição Federal, Código de Processo Civil e Estatuto e Código de Ética da OAB.

2. Breve análise das condições da ação

Em decorrência da necessidade estatal de manter a harmonia na sociedade, o Estado concede ao indivíduo a possibilidade de se socorrer do poder jurisdicional, o qual é entendido como uma das manifestações do poder do Estado, que visa pôr fim aos litígios.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 elencou no já citado artigo 5º, inciso XXXV, o direito da parte interessada em acessar o Poder Judiciário para obter uma resposta a respeito do seu questionamento. É de grande valia a lição de **Wambier** (2005, p. 138) quando faz menção à natureza jurídica do direito de ação. Para ele, “o direito de ação faz parte do sistema constitucional de garantias, próprias do Estado de Direito, razão pela qual alguns autores preferem denominá-lo de direito constitucional de ação, enquanto outros optam por enquadrá-lo no direito de petição”¹.

É garantido à parte interessada utilizar da jurisdição voluntária ou contenciosa, conforme o caso concreto exija. Esta dicotomia da jurisdição está prevista no artigo 2º do Código de Processo Civil (CPC) e dependerá da espécie de pendência a ser resolvida pelo Poder Judiciário.

Uma das lições comezinhas da teoria geral do processo explicita que o direito de ação é resguardado a qualquer indivíduo que necessite um amparo do Estado-juiz. Assim, o direito de ação está desvinculado do direito material, haja vista que o primeiro é de cunho formal.

Ao tomar parte nessa linha de raciocínio, **Rios Gonçalves** (2012, p. 131) escreve de forma clara que “uma coisa é o direito material, que a lei nos assegura; outra, o direito de ir a juízo, para que o Poder Judiciário dê uma

resposta a uma pretensão a ele levada”.

O desdobramento da ideia do parágrafo anterior é possível em razão da evolução do direito processual civil, que partiu da concepção de que só existiria processo se houvesse a clara demonstração da lesão ao direito material do interessado. Por esta concepção, inexistia a dualidade entre direito processual e direito material, sendo que este englobava e ditava as regras daquele.

Contudo, o processo civil moderno considera a teoria dualista entre o direito material e processual. Desta forma, há uma independência jurídica destes ramos, o que mostra ser desnecessária a demonstração efetiva do vínculo jurídico entre a parte demandante e a demandada.

O acesso à tutela jurisdicional, que é a função jurisdicional do Estado, é resguardado pela independência das normas processuais, que possuem princípios e exigências próprias perceptíveis através das codificações processuais, máxime do CPC.

O ajuizamento de uma ação judicial poderá ocorrer com a virtualidade do direito material, já que as normas de direito processual exigem da parte interessada o cumprimento de requisitos previamente delimitados. Tratam de requisitos principiológicos e legais, estes últimos explicados através de teorias.

É possível invocar como princípio básico do direito de ação o de acesso ao judiciário. Segundo este princípio, o Estado deve garantir meios eficazes para que o interessado seja socorrido pelo amparo jurisdicional nas ocasiões em que necessitar restabelecer a paz no seu convívio social.

Cumprido destacar que o princípio do acesso ao judiciário garan-

te de forma preliminar o direito de ação, pois requer apenas o interesse da parte autora em exigir do Estado o cumprimento da tutela jurisdicional. O acesso à justiça é incondicionado, ao passo que o direito de ação é condicionado.

Sobre a definição da ação em sentido estrito, é possível aproveitar das palavras de Rios Gonçalves (2012, p. 132). Ele define a ação como a forma pelo qual se provoca o Judiciário a prestar a tutela jurisdicional.

A respeito do acesso à justiça como manifestação da prestação jurisdicional, Rios Gonçalves (2012, p. 134) emite a seguinte opinião:

“Em sentido mais abrangente, ação é o direito subjetivo de acesso à justiça, o direito de obter do Poder Judiciário uma resposta, qualquer que ela seja, a todas as pretensões que lhe forem dirigidas. É o direito de pôr em movimento a máquina judiciária, de provocar uma resposta, enfim, o direito de acesso ao juízo. (...) Trata-se de uma garantia constitucional, atribuída a todos, que não depende de nenhuma condição. É direito incondicionado.”

Outrossim, a tutela jurisdicional somente é exercida pelo juiz natural, outro princípio básico da teoria geral do processo e que é resguardado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XXXV. Este princípio resguarda ao interessado a prévia constituição do Estado-juiz em relação a sua solicitação jurisdicional. O conflito levado à análise do Estado não poderá ser dirimido por um *tribunal de exceção*, que é aquele constituído após a existência do conflito.

Transpondo para a análise dos requisitos legais, o CPC exige que para o ajuizamento da ação a parte autora ou interessada esteja revestida de capacidade postulatória. Neste ponto, há duas ver-

tentes de pensamento jurídico. Parte da doutrina entende que a capacidade postulatória é da parte autora, que é o indivíduo que possui a pretensão da resposta jurisdicional. Para a outra corrente doutrinária, a capacidade postulatória é outorgada à pessoa do advogado, que é o profissional que possui capacidade técnica e autorização legal para postular em juízo.

Contudo, é necessário ressaltar que *capacidade postulatória* não pode ser entendida como *competência postulatória*. A primeira é inerente de quem possui interesse na solução da lide, visto que a análise etimológica significa requerer algo. A segunda é resguardada a quem possui capacidade legal para representar e requerer em juízo em nome do indivíduo interessado.

Prova de que capacidade postulatória e competência postulatória não se confundem é que a primeira deve preencher requisitos legais fixados nos artigos 3º e 6º do CPC, compreendendo: a) interesse de agir; b) legitimidade e c) capacidade jurídica do pedido, os quais são definidos como condições da ação. **Câmara** (2010, p. 123) critica a denominação “condições da ação”, argumentando que quando há condições, estar-se-á diante de um evento futuro. De acordo com a visão daquele jurista, a terminologia “condição” deve ser substituída por “requisitos da ação”.

2.1. As condições da ação

Sabe-se que a ação contrapõe-se à inércia do poder jurisdicional, que não age de ofício mas, sim, depende de uma provocação da parte interessada. Este ato de provocar a atividade do Estado-juiz depende do interesse do indivíduo em obter uma resposta à sua solicitação. “A ação em sentido estrito aparece,

portanto, como um direito condicionado. A qualquer tempo que verifique a falta das condições, o juiz extinguirá o processo, interrompendo o seu curso natural, sem apreciar o que foi pedido, sem examinar o mérito” (Gonçalves, 2012, p. 137).

Interesse de agir é entendido como o uso do direito facultativo da ação e esta sofre uma entre a necessidade da atividade jurisdicional e adequação da via processual para obter a análise do pedido. O sujeito que ajuíza uma demanda judicial o fará com base no interesse de agir para ver dirimida aquela peleja. O interesse de agir independe da prova concreta da violação do direito material. O interessado poderá ter interesse de agir para sanar dúvida sobre a existência ou não de algum direito que entenda ter sido violado, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante este direito.

De igual sorte, o artigo 4º do CPC reconhece como demonstrativo do interesse de agir o pedido do autor na declaração judicial sobre a existência ou inexistência de relação jurídica e falsidade ou autenticidade de documento.

A característica primordial da condição da ação em destaque é que somente o sujeito que possui relação jurídica com a causa de pedir é que possuirá interesse jurídico e poderá, em vista disso, valer-se do direito de ação. Nesse ponto, é necessária a lição de **Cintra, Grinover e Dinamarco** (2012, p. 285), que destacam:

“Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder. (...) A ação é dirigida apenas ao Estado (embora, uma vez apreciada pelo juiz, vá ter efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu, ou executado).”

É tênue a separação do interesse de agir e a legitimidade, consoante que a legitimidade é conceituada como vínculo jurídico das partes autora e requerida com o objeto da ação. Legítima será a parte que demonstrar a vinculação jurídica com a causa de pedir, como bem demonstrado pelo artigo 6º do CPC.

Esta condição não é absoluta pois sofre flexibilização quando a parte final do artigo 6º do CPC autoriza que terceiros defendam direitos alheios, desde que haja autorização legal para fins de direito. É o que ocorre com a substituição processual, *ex vi* nos moldes do artigo 42 do mesmo diploma legal.

O pedido juridicamente possível é concebido sob a ótica do pedido que não fere as normas legais ou que não é ilícito. A verificação desta condição se dá pelo fato de inviabilizar o processamento e julgamento de pedidos que não possuem amparo legal ou que fogem à realidade jurídica.

3. A teoria da asserção

Conforme visto, para configurar o direito de ação o indivíduo deve preencher os três requisitos discorridos acima. É prudente frisar que os três requisitos são cumulativos e a ausência de qualquer deles autoriza o juiz a não reconhecer o direito de ação.

Este reconhecimento acontece por determinação legal, considerando a redação dos artigos 3º e 6º do CPC, que obrigam a parte interessada no direito de ação demonstrar o interesse, legitimidade e que o pedido terá amparo jurídico.

Cumprindo a parte autora com o preenchimento das condições da ação, o seu direito de ação será analisado de forma abstrata. Esta análise será realizada com base na verossimilhança da causa de pedir.

Esta verossimilhança significa verificar se entre o demandante e o caso concreto existe ligação jurídica, o que dará credibilidade (mesmo que prévia) às argumentações postas em juízo. É extrair se entre o fato e o sujeito existe indícios de verdade.

Será verossímil, porque todas as alegações poderão ser contrariadas no decorrer do processo através do direito de defesa e da produção de provas. Além disso, é assegurado ao juiz o princípio do livre convencimento motivado (art. 130 do CPC) que autoriza o Estado-juiz valorar livremente as provas que estão nos autos, no afã de emitir uma decisão interlocutória ou sentença no limite do que está deduzido e produzido no processo. “Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que possa verificar se estão presentes as condições da ação” (Câmara, 2010, p. 130).

Na compreensão do instituto jurídico em questão, é crucial a análise etimológica da palavra *asserção*. Pela definição do dicionário da língua portuguesa, *Aurélio* (2008, p. 146) explica que *asserção* significa afirmação, assentimento. Logo, por uma definição extraída do vernáculo, a teoria da *asserção* é conceituada como a teoria de que, em razão do preenchimento das condições da ação, será afirmativo o direito de ação da parte interessada.

Silva (2007, p. 150) define a teoria da *asserção* como a teoria da causa madura. Dizer que a causa está em *estado de messe* é afirmar que o mérito deverá ser analisado pelo órgão julgador. Este entendimento não ganha amparo no ordenamento jurídico hodierno, haja vista ser corolário do impedimento da apreciação do mérito

as causas do artigo 267, inciso VI, do CPC.

“O exame das condições da ação deve ser feito em abstrato, pela versão dos fatos trazida na petição inicial, *in statu assertionis*. O juiz verificará se elas estão preenchidas considerando verdadeiro aquilo que consta da inicial, em abstrato. (...) Portanto, para um assertivista, elas são examinadas apelas em abstrato, pelo que foi afirmado na inicial: daí o nome teoria da *asserção*, ou da *afirmação*” (Gonçalves, 2012, p. 145).

O indivíduo poderá ter direito de ação, mas não necessariamente terá o mérito (ou objeto) analisado pelo juiz caso inexista alguma das condições da ação.

3.1. A dedução da asserção pelo juiz: a premissa geral

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do juiz natural, segundo o qual apenas o órgão investido de jurisdição poderá prestar a tutela jurídica. Ao discorrer sobre a função do juiz, **Carnelutti** (2010, p. 31), destacou que “juiz, é, em primeiro lugar, alguém que tem juízo. (...) Diz-se que têm juízo os que sabem julgar”.

Agregado ao princípio do juiz natural, o do devido processo legal resguarda as garantias do processamento da ação seguir as etapas definidas legalmente para determinada matéria.

Uma dessas etapas pode ser entendida como a das condições da ação, consoante o juiz fazer a prelibação da teoria da *asserção* no primeiro momento em que se manifesta no processo. Completando o raciocínio, **Rios Gonçalves** (2012, p. 138) afirma que “as condições da ação constituem matéria de ordem pública, a ser examinada de ofício pelo juiz, pois não se justifica que o processo prossiga, quando se verifica que não poderá atingir o resultado almejado”.

A dedução da *asserção* é feita, por entendimento extraído do CPC, pelo magistrado. É possível invocar os artigos 2º e 262 do mesmo código para fundamentar esta afirmação. Estes dois artigos ressaltam dois princípios específicos do direito processual: o princípio da demanda e o princípio do impulso oficial.

Para a abordagem do tema é viável discorrer apenas sobre o segundo princípio. Denota-se do *impulso oficial* que compete ao juiz proceder com o andamento do feito, determinando a prática das etapas processuais estipuladas pelo CPC.

Dentre as etapas que o juiz determina no desenvolvimento do processo, existem atos que dependem da cognição ou da análise de condições ou requisitos para que o ato da parte seja considerado válido.

É o que ocorre no despacho inicial, momento em que o magistrado verifica se estão presentes os requisitos dos artigos 282 e 283. Neste quadrante, o juiz verifica duas situações abstratas distintas: 1) as condições da ação e; 2) os elementos da ação. O primeiro já foi previamente discorrido. Quanto à segunda situação, os elementos da ação se dividem em três: partes; pedido e causa de pedir.

No juízo de admissibilidade da petição inicial, é inegável que o magistrado faz a análise da *asserção* da parte autora, pois é o momento no qual verificará as condições da ação, as quais, se inexisterem, suscitarão o indeferimento da petição inicial.

Há outros momentos em que a apreciação da teoria da *asserção* tornam-se evidentes como no despacho inicial. É o que ocorre na decisão interlocutória e na sentença: neste último ato, fica mais evidente, em decorrência da apreciação ou não do mérito da causa. Todavia, não se pode excluir

a possibilidade de, na sentença, o Estado-juiz entender que a parte interessada não preenche as condições da ação.

A respeito do momento de apreciação das condições da ação, Gonçalves (2012, p. 145) lembra que o assunto é de ordem pública, mas que existe controvérsia sobre o momento em que o juiz deve prelibar se as condições da ação estão ou não preenchidas.

Via de consequência, ila-se que o cumprimento de todo o trâmite processual não é sinônimo de cumprimento das condições da ação.

4. A prelibação da teoria da asserção pelo advogado

É evidente que pela sistemática processual é dedutível que o juiz é o sujeito processual com a função de fazer a análise da teoria da asserção nas etapas processuais em que lhe é conferido o juízo de prelibação e delibação. Esta análise é mais incisiva no ato da sentença, como anteriormente demonstrado.

Entretanto, é possível que a função de prelibação seja transferida ou reconhecida para um momento antes do ajuizamento da ação e análise pelo Estado-juiz. Tal proposição se dá pelo fato de que a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), prevê, no § único do artigo 32, que o advogado deve orientar o interessado a não ingressar em lides temerárias. Outrossim, o Código de Ética e Disciplina da OAB prescreve no artigo 2º, inciso VII, que o advogado deve “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial”.

Os dois artigos supramencionados refletem que o advogado deve perceber, no caso, se estão presentes as condições da ação, tendo em vista que essas são ma-

térias de ordem pública, o que permite serem analisadas por qualquer pessoa e em qualquer grau de jurisdição.

Com esta análise anterior ao ajuizamento existirá a concretude na verificação das condições da ação. A doutrina e o CPC não taxam quem é a pessoa específica que fará esta verificação, o que permite transferi-la para a figura do advogado.

A compreensão desta transferência da função de prelibação deve ser captada através da antecedência da ação enquanto direito subjetivo do interessado. É raciocínio lógico dedicar a prelibação das condições da ação antes do ajuizamento desta, pois senão haverá um falso entendimento de que o Estado reconheceu aquele direito. Uma vez reconhecido um direito, o indivíduo terá assegurado o direito adquirido referente à ação naquele processo em específico.

Isto inviabilizaria que o magistrado extinguisse o processo por faltas das condições da ação e esta passaria a ser considerada como existente ou válida após a manifestação expressa do Estado. Assim, o artigo 262 do CPC será interpretado como consequência do princípio da inafastabilidade da jurisdição ao contrário de ser compreendido como uso do direito de ação.

É possível extrair duas vantagens claras sobre a transferência da análise da teoria da asserção para o advogado. Primeiro porque a análise do direito de ação será feita no momento temporal lógico: antes do ajuizamento da ação. Se inexistirem as condições da

ação, não será possível que a ação seja ajuizada e conseqüentemente movimentada nos moldes do rito processual. Disso é possível extrair a segunda vantagem, que homenagearia a intenção do Poder Judiciário de evitar demandas desnecessárias.

O advogado é indispensável para a administração da justiça, como estabelece o artigo 93 da Constituição Federal de 1988. Por este motivo, é possível reconhecer ao advogado a função do *juízo de admissibilidade* da ação, pois estará atuando no controle do processo, máxime das condições da ação, que, pela autorização do artigo 267, § 3º, do CPC, podem ser verificadas a qualquer momento.

Isto não configurará usurpação de função do poder jurisdicional, haja vista que o juízo de admissibilidade é de caráter subjetivo e não está vinculado à personalidade do juiz. A valoração prévia das condições da ação já é feita empiricamente pela pessoa do advogado. Isso acontece porque, “inatendidos esses pressupostos, não há viabilidade de desenvolver-se regularmente o processo, que, assim, não funcionará como instrumento hábil à composição do litígio ou ao julgamento do mérito da causa” (Theodoro Júnior, 2010, p. 68).

A determinação expressa na legislação processual do deslocamento do juízo da teoria da afirmação para o advogado garantirá à parte interessada que o mérito seja analisado, e o Estado cumprirá, com irrefutável dúvida, a sua função jurisdicional de apreciar

A ANÁLISE ABSTRATA DA PRESUNÇÃO DE VERDADE NAS ALEGAÇÕES DO AUTOR É RECONHECIDA PELA DOUTRINA COMO TEORIA DA ASSERÇÃO

o objeto do processo. Enquanto o Estado não analisa o questionamento do interessado, não há o cumprimento da tutela jurisdicional.

Quando o juiz faz a análise das condições da ação e extingue o feito sem apreciar o objeto, o Estado nada mais garante do que a inafastabilidade da jurisdição e o direito da ação, ficando ainda por completar a função jurisdicional, que é responder ao interessado.

5. Considerações finais

A discussão doutrinária sobre a análise das condições da ação reflete diretamente à análise do direito de ação, o qual não se confunde com direito ao processo, conforme visto. Ao juiz é autorizado pelo artigo 267, § 3º, do CPC analisar o mérito da lide, se estiverem presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Ocorre que a análise pelo juiz nos moldes reconhecidos pela doutrina e jurisprudência não se adequa com as novas propostas de economia processual e celeridade impingidas pela Emenda Constitucional 45, de 2004.

Terá direito de ação aquela pessoa interessada em obter uma resposta do Estado. Ocorre que esta resposta somente será dada se as condições da ação estiverem presentes, o que possibilitará a análise do mérito. Todavia, o que preconiza a teoria da afirmação é garantir que a parte tenha a ação posta à frente em decorrência da probabilidade de certeza do seu arrazoado.

Sem embargos, o indício de probabilidade de verdade nas alegações da parte autora é primeiramente verificado pelo advogado. Em razão da competência postulatória e das normas que regem a profissão, o advogado deve evitar

que demandas que não possuem lastro jurídico sejam levadas ao conhecimento do Judiciário.

A asserção feita pelo advogado é conferida na entrevista com o cliente, pois é o momento em que será mensurado o grau de fidedignidade dos fatos narrados pelo autor. Este ato é recomendado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados como diligência voltada à captura dos fatos e solicitação de documentos.

É através daí que o advogado toma subsídios suficientes para ponderar as afirmações da parte interessada, o que, posteriormente, converterá nas condições da ação preliminarmente verificadas.

O deslocamento da função de análise da asserção para o advogado não retirará do Estado-juiz o poder de polícia sobre o direito de ação. Isto porque as condições da ação são matérias de ordem pública e poderão ser revistas em qualquer momento ou grau de jurisdição.

Como foi visto durante a pesquisa, a legislação processual não impede esta transferência de função. O Estatuto e o Código de Ética da OAB recomenda ao advogado o cuidado e denodo no ajuizamento da ação.

Outrossim, os artigos 32 do Estatuto da Advocacia e 2º, inciso VII, do Código de Ética da OAB fazem alusão implícita à teoria da asserção, o que autoriza a considerar o advogado como o responsável pela análise da teoria da afirmação. ■

Nota

¹ No mesmo sentido: Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 285).

Referências

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

_____. *Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*: institui o Código de Processo Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

_____. *Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994*: dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7 ed. Curitiba: Editora Positivo, 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.). *Curso avançado de processo civil: volume 1 – teoria geral do processo de conhecimento*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CIVIL E COMERCIAL

AVALISTA DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO NÃO PODE QUESTIONAR CONTRATO DE FACTORING

Superior Tribunal de Justiça
 Recurso Especial n. 1.305.637 – PR
 Órgão julgador: 3a. Turma
 Fonte: DJe, 02.10.2013
 Relator: Ministra Nancy Andrighi

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL (FACTORING). EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. NOTAS PROMISSÓRIAS EMITIDAS EM GARANTIA DE EVENTUAL RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA PELA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO. CAUSA NÃO PASSÍVEL DE SER ALEGADA PELO AVALISTA. OBRIGAÇÃO CAMBIAL AUTÔNOMA. DEFESA PRÓPRIA DO DEVEDOR PRINCIPAL. ÔNUS DA PROVA IMPUTÁVEL APENAS A ESTE. ARTIGO ANALISADO: 333, II, CPC.

1. Embargos do devedor opostos 27/09/2007, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 06/03/2012.

2. Discute-se, quando executadas notas promissórias dadas em garantia da existência de crédito cedido em contrato de *factoring*, se é ônus do devedor demonstrar a inocorrência dessa causa.

3. Sendo o embargado avalista das notas promissórias executadas, é-lhe vedado sustentar a inexistência da causa que pautou a emissão das notas promissórias executadas, dada a autonomia que emana do aval e a natureza de exceção pessoal dessa defesa.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça,

na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e nesta parte negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2013 (Data do Julgamento)
 MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 Relatora

RELATÓRIO

AEXMA. SRA. MINISTRANANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por (...), com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: embargos do devedor opostos pelo recorrente (...) em face da credora-recorrida AFG FACTORING LTDA, no qual sustenta ser avalista das notas promissórias que embasam a execução, as quais, contudo, teriam sido emitidas paralelamente ao contrato de *factoring* firmado entre a recorrida e faturizada Ocidental Distribuidora de Petróleo Ltda (cedente-faturizada) exclusivamente para garantia de eventual responsabilidade desta pela existência do crédito cedido. Aduziu-se a inexigibilidade do título executado diante da não demonstração, pela credora-recorrida, de ocorrência da causa que deu ensejo à garantia (fls. 03/13, e-STJ).

Sentença: julgou procedente os embargos, extinguindo a execução, sob o fundamento de que o contrato de *factoring* não admite a pactuação de garantia (fls. 139/146, e-STJ).

Acórdão: reformou a sentença, para reconhecer a exigibilidade das notas promissórias, pois firmadas não para garantia do adimplemento dos títulos cedidos, mas sim para a hipótese de responsabilidade do cedente pela existência do crédito. Nesse compasso, estabeleceu ser ônus do recorrente-embargante a demonstração de “ausência de vícios de origem dos títulos

cedidos” e não dever do exequente fazê-lo quando da propositura da execução (fls. 214/223, e-STJ). A ementa correspondente está assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE *FACTORING*. TÍTULO EXECUTIVO. NOTAS PROMISSÓRIAS. CONTRARRAZÕES. PRELIMINAR. RECURSO ADESIVO. PREPARO. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO EFICAZ. EMBARGOS À EXECUÇÃO, CONTRATO DE *FACTORING*. NOTAS PROMISSÓRIAS. EMISSÃO EM GARANTIA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DO FATURIZADO. EXEGESE DO ART. 295, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DO ÔNUS DA PROVA. FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO. ÔNUS DO EMBARGANTE. INTELIGÊNCIA DO ART., 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TÍTULO CAMBIAL. EXIGIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. Recurso adesivo. Deserção. O recurso adesivo não colhe admissibilidade, sendo deserto, pois não atendeu cabalmente as disposições dos arts. 500, inciso III e 511 ambos do Código de Processo Civil.

2. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Não ocorre cerceamento de defesa se as provas contidas nos autos são suficientes para formar o convencimento do magistrado, mormente se a relação jurídica em exame é de natureza simples.

3. Notas promissórias emitidas em garantia ao contrato de *factoring* – possibilidade. Conforme exegese do art. 295,

do Código Civil, em contratos de fomento mercantil o faturizado deve responder pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu. Mostra-se legítima, portanto, a pactuação da emissão pelo cedente de nota promissória em garantia de vícios de origem nos títulos negociados.

4. Princípio do ônus da prova. Cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio. Na ausência de provas de que os títulos negociados com o faturizador, não padecem de vícios na origem, prevalece a presunção de regularidade e validade do título de crédito.

5. Princípio da sucumbência. A sucumbência deve ser sopesada tanto pelo aspecto quantitativo quanto pelo jurídico em que cada parte decai de suas pretensões e resistências, respectivamente impostas. Reformada a sentença, com procedência da execução, inverte-se a condenação da sucumbência.

Embargos de Declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados (fls. 234/238, e-STJ).

Recurso Especial: Aduz-se violação aos arts. 333, II, 580 e 614, II, do CPC e art. 125 do Código Civil e dissídio jurisprudencial (fls. 243/268, e-STJ). Sustenta-se ser ônus do credor, ao ajuizar a execução nas notas promissórias dadas em garantia, demonstrar a inexistência do crédito cedido no *factoring*. Por fim, alega-se divergência jurisprudencial acerca da possibilidade de garantia no contrato de *factoring*, ainda que para a hipótese de eventual responsabilidade do cedente pela existência dos títulos faturizados.

Prévio juízo de admissibilidade: o recurso foi inadmitido na origem pelo TJ/PR (fls. 304/309, e-STJ), tendo sido interposto agravo contra a decisão denegatória, ao qual foi dado provimento, determinando-se sua conversão em recurso especial (fl. 350, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRANANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia em definir i) se, quando executadas notas promissórias emitidas em garantia da existência de crédito cedido em contrato de *factoring*, é ônus do devedor demonstrar a incorrência dessa causa; ii) se é possível a emissão de notas promissórias para assegurar eventual inexistência do crédito faturizado; e, incidentalmente, iii) se houve negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal de origem.

1. Negativa de prestação jurisdicional – violação do art. 535, I e II, do CPC.

1.1. Sustenta o recorrente ter havido “omissão e contradição das autoridades julgadoras, não obstante a oposição de embargos declaratórios, configurando a negativa de prestação jurisdicional pelos órgãos do Poder Judiciário de inferior hierarquia” (fls. 249, e-STJ).

1.2. Não há, contudo, indicação precisa em que consistiram a omissão e a contradição do Tribunal de origem, limitando-se o recorrente à alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional.

1.3. Assim, no ponto em análise, o recurso não comporta conhecimento, em razão da incidência do enunciado nº 284 da Súmula/STF.

2. Inexistência de título executivo e presença de condição não demonstrada pelo credor – violação aos arts. 580 e 614, III, do CPC e art. 125 do CC/02.

2.1. O acórdão recorrido não decidiu acerca dos dispositivos indicados como violados pela recorrente em seu recurso especial (arts. 580 e 614, III, do CPC e art. 125 do CC/02), apesar da interposição de embargos de declaração.

2.2. Por isso, inviável o conhecimento do recurso especial no particular. Incidência do enunciado nº 211 da Súmula/STJ.

3. Imposição ao embargante do ônus de provar a causa de inexistência do crédito faturizado – violação ao art. 333, II, CPC.

3.1. Prefacialmente, convém anotar que, apesar de ser contrato atípico, não contando com uma legislação que o regule exhaustivamente, o *factoring* é definido pelo art. 15, III, “d”, da Lei nº 9.249/95, como sendo uma “prestação cumulativa e

contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”.

Segundo a jurisprudência do STJ, no que concerne especificamente à compra de direitos creditórios, aplicam-se ao *factoring*, primordialmente, as normas que regem a cessão civil, pois, apesar da transferência do título ser operada formalmente por endosso, em sua essência há uma compra e venda de crédito, mediante pagamento à vista (REsp 612.423/DF, minha relatoria, 3a. Turma, DJ 26/06/2006; REsp 992.421/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 3a. Turma, DJe 12/12/2008).

Vale dizer, por meio do *factoring* não se negocia o título em si, mas o crédito nele consubstanciado, de modo que o endosso tem a mera finalidade de legitimar a respectiva posse pelo cessionário.

Arnaldo Rizzardo, citado por Ricardo Negrão (Manual de Direito Comercial e de Empresa. Títulos de Crédito e Contratos Empresariais. 2a. ed. Editora Saraiva. São Paulo : 2011. p. 391), anota que:

“No *factoring*, há compra de crédito, ou do ativo de uma empresa, e não apenas dos títulos. Não se opera o simples endosso, mas a negociação do crédito. Há uma individualidade própria, um conteúdo mais extenso que o mero endosso, ou a simples cessão de crédito.”

A par da transferência do título operar-se por endosso (instituto de natureza cambial), tem-se também a incidência das regras da cessão civil sobre o fomento mercantil. A propósito, atenta à natureza sui generis dessa modalidade contratual, a doutrina ora pontua algumas limitações à aplicação irrestrita da lei civil ora também afasta regramentos de natureza cambial, sempre em prestígio às nuances próprias e autônomas do contrato do *factoring*.

Como bem aponta Ricardo Negrão (ob. cit. id.),

“As razões pelas quais os princípios da cessão não se aplicam inteiramente ao

fomento são as mesmas que lhe negam a plena aplicação dos princípios cambiais ao endosso lançado nos títulos transferidos: o risco e a natureza especial do contrato”.

3.2. Na espécie, tem-se a formalização de notas promissórias (subscritas/emitidas pela faturizada Ocidental Distribuidora de Petróleo Ltda e avalizadas pelo embargante-recorrente) para garantia de eventual inexistência do crédito representado pelas duplicatas cedidas no contrato de *factoring*.

Não se pretendeu, na hipótese, garantir a solvência do devedor das duplicatas, mas tão somente a existência (exigibilidade) do crédito cedido, *ex vi* do disposto no art. 295 do CC/02, segundo o qual “o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu”.

Como exemplos de causa de inexistência do crédito, podem ser citadas a emissão fraudulenta de duplicata (frias/sem causa); o recebimento, pela faturizada, do pagamento do título após efetivada sua cessão à faturizadora; a existência de justa recusa de pagamento por parte do devedor, a exemplo das hipóteses previstas nos arts. 8º, 10 e 21 da Lei 5.474/68, e outras relacionadas ao cumprimento do negócio subjacente etc. (ob. cit. p. 395).

3.3. Ocorre, contudo, que o recorrente-embargante, na condição de avalista das notas promissórias, não integra a relação comercial que ensejou a emissão das duplicatas cedidas à recorrida, tampouco é parte no contrato de fomento mercantil.

Nessa condição, está impedido de opor à cessionária-recorrida questões que dizem respeito à relação entre o devedor principal das notas promissórias e a sociedade de fomento mercantil.

Esse impedimento decorre da autonomia característica do aval e da natureza pessoal – atinente à faturizada – da defesa deduzida.

O aval, como instituto de direito cambial, é dotado de autonomia, desprendendo-se da obrigação avalizada: a existência, validade e eficácia daquele não estão condicionadas à da obrigação avalizada.

Desse modo, como explica Fábio Ulhoa Coelho (Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa. Empresa e Estabelecimento. Títulos de Crédito. 14a. ed. Editora Saraiva. São Paulo : 2010. p. 421), “se o credor não puder exercer, por qualquer razão, o direito contra o avalizado, isto não compromete a obrigação do avalista”.

As obrigações cambiais são autônomas e independentes umas das outras (art. 43, Dec. nº 2.044/1908). E o aval, como tal, mantém-se hígido mesmo no caso da obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão, a exceção de vícios de forma (art. 32, 2a. alínea, LUG e art. 899, § 2º, CC/02).

Rubens Requião (Curso de Direito Comercial. 2º vol. 30a. ed., rev. e at. São Paulo: 2013. p. 522), nessa esteira, assevera que:

“Sendo as obrigações cambiárias autônomas umas das outras, o avalista que está sendo executado em virtude da obrigação avalizada, não pode opor-se ao pagamento, fundado em matéria atinente à origem do título, que lhe é estranha. O aval é obrigação formal, autônoma, independente e decorre da simples oposição, no título, da assinatura do avalista”.

3.4. Por isso, na ação cambial, somente é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, bem ainda em defeito de forma do título e na falta de requisito necessário ao exercício da ação (art. 51, Dec. nº 2.044/1908; art. 27, LUG). Nessas exceções não se encaixa a defesa do embargante-recorrente.

Conforme explica Rubens Requião (ob. cit. p. 560), “as exceções fundadas em direito pessoal (...) devem decorrer das relações diretas entre devedor e credor cambiários”, hipótese na qual não se inclui o avalista.

3.5. Destarte, ainda que não fosse possível falar – tal como fez o acórdão recorrido – na atribuição ao embargante do ônus de demonstrar a inoccorrência da causa que pautou a emissão das promissórias (art. 333, II, CPC), pois essa defesa sequer lhe é permitida, ainda assim não há razão para extinção da execução. Portan-

to, subsiste a conclusão obtida pelo acórdão recorrido, malgrado amparada, agora, por fundamento diverso.

4. Possibilidade de emissão de nota promissória para garantia de existência do crédito cedido em contrato de fomento mercantil (*factoring*) – dissídio jurisprudencial.

4.1. O acórdão recorrido decidiu que:

“Conforme exegese do art. 295, do Código Civil, em contratos de fomento mercantil o faturizado deve responder pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu. Mostra-se legítima, portanto, a pactuação da emissão pelo cedente de nota promissória em garantia de vícios de origem nos títulos negociados.”

4.2. Segundo o recorrente, a decisão impugnada diverge do acórdão paradigma, o qual afirma que “a exigência de nota promissória, para garantia do negócio, não se mostra adequada porque a embargada não é instituição financeira, (...) daí não ser razoável que exijam notas promissórias em garantia dessa operação” (fl. 258, e-STJ).

4.3. Contudo, como facilmente se constata, a base fática dos acórdãos confrontados não é a mesma, tanto que as decisões possuem conteúdos distintos.

O acórdão recorrido entendeu ser possível a pactuação de garantia para a hipótese específica de responsabilidade do cedente pela existência do crédito cedido através do fomento mercantil. O acórdão paradigma, ao revés, tratou da impossibilidade de garantia do contrato de *factoring* em si (álea do negócio), com o que não se confunde a situação abordada nestes autos pela decisão impugnada.

4.4. Por isso, inviável o conhecimento do recurso, nesse ponto, porque a falta da similitude fática – requisito indispensável à demonstração da divergência – inviabiliza a análise do dissídio.

Forte nessas razões, NEGOU PROVIDÊNCIA 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, conheceu em parte do recurso especial e nesta parte negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

IMOBILIÁRIO

CONDOMÍNIO NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PASSIVA EM AÇÃO INDENIZATÓRIA ORIUNDA DE PERTURBAÇÕES CAUSADAS POR ACADEMIA NO PRÉDIO

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Agravo de Instrumento n. 20130020172984

Órgão julgador: 6a. Turma Cível

Fonte: DJe, 08.10.2013

Relator: Desembargador Jair Soares

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDOMÍNIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

O condomínio não é parte legítima passiva em ação de indenização por danos materiais, morais e obrigação de fazer decorrente de perturbações causadas por academia esportiva instalada no condomínio, que é imóvel comercial, sobretudo se os atos reputados perturbadores não foram praticados pelo condomínio, e nem pode impedi-los. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6a. Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JAIR SOARES – Relator, JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA – Vogal, VERA ANDRIGHI – Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, em proferir a seguinte decisão: DESPROVIDO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 2 de outubro de 2013

Documento Assinado Digitalmente

04/10/2013 – 15:59

Desembargador JAIR SOARES

Relator

RELATÓRIO

Agravo de decisão que, em ação de indenização por danos materiais e morais cumulada com obrigação de fazer, excluiu o segundo réu – Condomínio do Edifício Centro Empresarial Rogério Freitas Cunha – do polo passivo da ação e condenou o agravante em honorários de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Sustenta o agravante, em síntese, que o segundo réu não pode ser excluído do polo passivo da ação, pois o condomínio não cumpriu a obrigação de convocar assembleia extraordinária para deliberar sobre inconvenientes advindos da instalação de academia esportiva no centro empresarial.

Aduz que o segundo réu não fez cessar as condutas prejudiciais praticadas pela academia e noticiadas pelo agravante ao síndico.

Requer seja mantido o condomínio no polo passivo e afastada a condenação em honorários.

Preparo regular (f. 11). Os agravados apresentaram resposta (fls. 66/77).

VOTOS

O Senhor Desembargador JAIR SOARES – Relator

O agravante ajuizou ação indenização por danos materiais, morais e obrigação de fazer em desfavor de academia esportiva e do condomínio do centro empresarial.

Disse que as atividades exercidas pela academia causam aborrecimentos aos condôminos como impacto sobre o teto, abalos na estrutura do edifício e barulho excessivo.

Aduziu que tais fatos foram noticiados ao síndico, que não tomou providência para solucioná-los, como convocar assembleia extraordinária ou determinar que cessassem as atividades da academia.

Compete ao síndico convocar a assembleia dos condôminos e cumprir e

fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia (CC, art. 1.348, incisos I e IV).

E “se o síndico se omite quanto à adoção de medida para impedir que condôminos violem regra da Convenção, qualquer condômino é parte legítima para propor ação de preceito cominatório, conforme se infere a contrário *sensu* da regra estabelecida no artigo sexto do CPC e à luz do que dispõe o parágrafo único do artigo 21, da Lei 4.591/64”. (Acórdão n. 99746, APC4331896, Relator: Ana Maria Duarte Amarante Brito, Revisor: Romão C. Oliveira, 5a. Turma Cível, Data de Julgamento: 28/04/1997, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 19/11/1997. Pág.: 28). Haverá, anualmente, uma assembleia geral ordinária dos condôminos, convocada pelo síndico na forma prevista na Convenção, à qual compete, além das demais matérias inscritas na ordem do dia, aprovar, por maioria dos presentes, as verbas para as despesas de condomínio, compreendendo as de conservação da edificação ou conjunto de edificações, manutenção de seus serviços e correlatas (L. 4.591/64, art. 24).

Estabelece a cláusula 15a. da convenção de condomínio que a assembleia geral ordinária será realizada no mês de janeiro de cada ano. E que “as assembleias extraordinárias, realizar-se-ão sempre que houver necessidade, por iniciativa do síndico ou pelo menos $\frac{1}{4}$ (um quarto) dos condôminos do prédio” (parágrafo primeiro).

O centro empresarial é composto por 84 unidades, sendo que 24 condôminos manifestaram insatisfação com as atividades da academia (f. 113), número suficiente para se convocar assembleia extraordinária, por iniciativa dos próprios condôminos.

Esses, contudo, não convocaram assembleia.

O condomínio, portanto, não tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação que pretende ressarcimento por danos materiais, morais e obrigação de fazer em desfavor exclusivamente de academia esportiva instalada no centro empresarial, sobretudo se não praticou ilícito que possa ser imputado a ele.

Saliente-se que o síndico, após receber a reclamação do condômino, ora agravante, encaminhou documento à academia, ora agravada, para que tomasse as “providências no sentido de buscar solução para a reclamação” (f. 205).

Os honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00, estão em consonância com o disposto no § 4º, do art. 20, do CPC, porquanto a causa, ainda que singela, demandou trabalho dos advogados do condomínio.

Nego provimento.

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA – Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI – Vogal

Com o Relator.

PROCESSO CIVIL

PETIÇÃO ELETRÔNICA SÓ É VÁLIDA QUANDO ADVOGADO QUE ASSINOU DIGITALMENTE TEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS

Superior Tribunal de Justiça

Emb. Declaração nos Emb. Declaração no Ag. Regimental no Ag. Instrumento n. 1.165.174 – SP

Órgão julgador: 3a. Turma

Fonte: DJe, 16.09.2013

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. PETIÇÃO ELETRÔNICA. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO ADVOGADO DETENTOR DO CERTIFICADO DIGITAL. IRRELEVÂNCIA DA ASSINATURA NO DOCUMENTO FÍSICO. IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO. SÚMULA N. 115/STJ. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

1. Quando a petição é apresentada por meio eletrônico, é irrelevante, para se conhecer do recurso, eventual assinatura no documento físico ou, até mesmo, a ausência dela. Nesses casos, a va-

lidade e existência do documento estão condicionadas à existência de procuração ou substabelecimento outorgado ao titular do certificado digital, ou seja, ao advogado que assinou digitalmente a petição.

2. Não se conhece de embargos de declaração enviados por meio eletrônico quando constatado que o advogado que encaminhou a petição, que é o detentor do certificado digital e do respectivo cadastramento, não tem procuração nos autos. Incidência da Súmula n. 115/STJ.

3. Embargos de declaração não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de segundos embargos de declaração opostos por Transbrasil S/A Linhas Aéreas a acórdão da relatoria do Ministro Massami Uyeda assim ementado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – EMBARGOS REJEITADOS.

I – Não demonstrando o embargante qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ou mesmo equívoco manifesto, capaz de ensejar a

inversão do julgamento, não merecem acolhida os embargos. Precedentes.

II – Embargos de declaração rejeitados” (e-STJ, fl. 648).

Nas razões (fls. 642/643), a embargante alega que o acórdão impugnado incorreu em omissão ao deixar de analisar a juridicidade da aplicação da multa por litigância de má-fé. Argumenta que requereu, nas instâncias ordinárias, a suspensão da execução ou o seu processamento de forma provisória, uma vez que já havia sido declarada a nulidade do título exequendo em outro feito. Sustenta que não deduziu pretensão contra texto de lei, tanto que a execução ajuizada por Alcyone FSC Corporation foi posteriormente extinta em virtude da declaração de nulidade da nota promissória, razão pela qual não pode ser condenada por litigância de má-fé.

Pede o acolhimento dos embargos para que seja sanada a omissão, propondo-se, em consequência, inclusive, o recurso especial para se afastar a aplicação da multa por litigância de má-fé.

A parte embargada apresentou impugnação (fls. 665/673).

É o relatório.

VOTO

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

De início, observa-se que a Seção de Protocolo de Petições emitiu a certidão de fl. 659 (e-STJ), por meio da qual informa que não consta do feito o instrumento de mandato outorgado ao advogado Cristiano Zanin Martins, OAB/SP, signatário da Petição n. 449.083/2012, relativa aos presentes embargos de declaração.

Compulsando os autos, verifica-se que, embora constem do documento físico o nome e a assinatura manuscrita de dois advogados e um deles tenha procuração nos autos, quem assinou digitalmente os embargos de declaração não recebeu procuração/substabelecimento, outorgando-lhe poderes para representar a parte.

Desse modo, aplica-se ao caso a Súmula n. 115/STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

Ressalte-se que, no Superior Tribunal de Justiça, a parte, representada por seus advogados, dispõe de vários meios de formalizar seus pedidos, seja utilizando-se da remessa via fac-símile, combinada com o envio dos originais pelos Correios, seja protocolizando-os diretamente no Tribunal, seja optando pela petição eletrônica.

Ora, ao escolher o meio digital, deve atentar para o respectivo regimento, estabelecido, inclusive, para salvaguarda do interesse das próprias partes. Uma dessas regras é a de que o titular do certificado digital, ou seja, o advogado que subscreve a petição digital, também deve ter procuração/substabelecimento nos autos.

No caso, deve-se observar o disposto no art. 18, § 1º, c/c o art. 21, I, da Resolução STJ n. 1 de 10.2.2010, e na Lei n. 11.419/2006, bem como estar atento à regra contida na primeira parte do art. 37 do Código de Processo Civil, que veda a prática de atos em juízo sem o indispensável instrumento de mandato (procuração com cláusula *ad judicium*).

Não importa se a petição física contenha assinatura manuscrita de advogado com procuração nos autos ou, até mesmo, que não esteja assinada, pois o que dá validade ao documento transmitido por meio eletrônico é a assinatura digital.

Admitir o contrário seria aceitar que qualquer advogado que fosse titular de certificado digital e estivesse cadastrado no Tribunal pudesse peticionar em qualquer feito, como se fosse advogado da parte, o que geraria tumulto e caos processual.

Em suma, constatado que o nome do titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica do documento não possui procuração/substabelecimento nos autos, a petição é considerada inexistente, nos termos da Súmula n. 115/STJ.

Como o caso em análise tem certa peculiaridade, cito precedente do qual se extrai a premissa de que, se foi utilizada petição eletrônica, para o reconhecimento da existência e validade da petição, basta que o advogado que assinou digitalmente

tenha sido constituído procurador nos autos, *in verbis*:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PETICIONAMENTO ELETRÔNICO. ASSINATURA DIGITAL POR ADVOGADO COM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SUFICIÊNCIA. IRRELEVÂNCIA DA AUSÊNCIA DE MENÇÃO DO SEU NOME NA PETIÇÃO REMETIDA ELETRONICAMENTE. EXEGESE DAS NORMAS CONTIDAS NA RESOLUÇÃO N. 01/2010 DA PRESIDÊNCIA DESTES TRIBUNAL E NA LEI 11.419/2006. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL E CONHECER DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O acesso ao serviço de recebimento de petições eletrônicas depende da utilização, pelo credenciado, da sua identidade digital, pessoal e de uso exclusivo (Resolução n. 01/2010 da Presidência do STJ). Desnecessidade, no entanto, de o advogado que assina digitalmente a petição eletrônica nela fazer grafar o seu nome, bastando que possua procuração judicial para atuar no feito. Embargos de declaração acolhidos para dar provimento ao agravo regimental e conhecer de anteriores embargos de declaração.

(...)” (EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no Ag n. 1234470/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 19/4/2012.)

Ante o exposto, não conheço dos embargos.

É como voto.

CERTIDÃO

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

A Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

PENAL E PROCESSO PENAL

DECLARAÇÃO FALSA PARA REDUZIR IMPOSTO E AUMENTAR RESTITUIÇÃO É CRIME DE SONEGAÇÃO, NÃO DE ESTELIONATO

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.111.720 – PR
(2009/0037442-5)

Órgão julgador: 6a. Turma

Fonte: DJe, 28.08.2013

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

RECURSO ESPECIAL. PENAL.

INFORMAÇÃO FALSA EM DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL DE IMPOSTO DE RENDA. TIPIFICAÇÃO. ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990. ESTELIONATO. INEXISTÊNCIA. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. CONSEQUÊNCIA DO DELITO. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. QUITAÇÃO INTEGRAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.826/2003.

1. A conduta daquele que presta informação falsa quando da declaração de ajuste anual de imposto de renda para reduzir o tributo devido amolda-se ao tipo penal do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, e não ao crime de estelionato (art. 171, § 3º, do CP), sendo o fato de a conduta ter gerado indevida restituição do imposto retido na fonte apenas consequência do delito, desnecessária para a sua configuração.

2. Julgado que não debateu a questão objeto do recurso especial não presta para caracterizar a divergência jurisprudencial.

3. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, firmado do sentido de que há a extinção da punibilidade pelo deferimento do parcelamento do débito tributário, nos termos

do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, antes do recebimento da denúncia.

4. Hipótese concreta em que o parcelamento do débito tributário ocorreu apenas em 2006, ou seja, já na vigência da Lei n. 10.684/2003, quando o simples parcelamento não é suficiente para a extinção da punibilidade, exigindo-se o pagamento integral da dívida, a qualquer tempo.

5. Noticiado pelo Juízo de primeiro grau ter havido a quitação integral do débito parcelado, operou-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 13 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4a. Região no Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 2007.70.01.000265-8/PR (fl. 141):

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. ESTELIONA-

TO. ARTIGO 171, PARÁGRAFO TERCEIRO, DO CÓDIGO PENAL. RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS QUE SE RESOLVE PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO VERIFICADO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 34 DA LEI Nº 9.249/95.

1. Verificado que o objetivo da conduta da contribuinte era a redução do tributo devido, deve-ser aplicar ao caso o princípio da especialidade, porquanto a norma inscrita no artigo 1º da Lei 8.137/90 possui sobre a prevista no art. 171, § 3º, do CP uma particular condição objetiva e outra subjetiva. Ou seja, o sujeito passivo daquela é o Fisco, bem como não é necessário o erro da vítima, razão pela qual a consumação do crime de sonegação fiscal independente deste aspecto subjetivo. Assim, constatada a elementar essencial redução do tributo na conduta, configurando o crime contra a ordem tributária e não o estelionato, pois a vantagem indevida (restituição do imposto de renda) é, na verdade, neste caso específico, o exaurimento da conduta.

2. Inaplicável à hipótese a aplicação do princípio da bagatela, tendo em vista que a importância devida a título de Imposto de Renda Pessoa Física é superior ao previsto no art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002.

3. O parcelamento do crédito tributário regularmente firmado entre a contribuinte e o Fisco, em data anterior a do recebimento da denúncia, implica extinção da punibilidade da agente, nos termos do artigo 34 da Lei nº 9.249/95 (Precedentes desta Corte e do STJ).

Nas razões do especial, trouxe o recorrente as seguintes alegações:

a) ofensa ao art. 171, *caput* e § 3º, do Código Penal e divergência jurisprudencial, ao argumento de que a conduta praticada pela recorrida se amoldaria ao referido dispositivo, e não ao art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990. Diz que não houve supressão ou redução de tributo, mas conduta fraudulenta (declaração falsa) com a finalidade de obter vantagem indevida

(restituição do imposto de renda nos anos-base 2000 e 2001), intentos esses que foram concretizados (fl. 155);

b) negativa de vigência ao art. 34 da Lei n. 9.249/1995 e dissenso pretoriano, pois, para a declaração da extinção da punibilidade, seria necessário o pagamento dos valores sonegados antes do recebimento da denúncia, não sendo suficiente o simples parcelamento.

Pede o provimento do recurso especial, determinando-se o prosseguimento da ação penal.

Apesar de devidamente intimada, a recorrida deixou transcorrer *in albis* o prazo para contrarrazões (fl. 187).

Inadmitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte por força de agravo de instrumento, provido pela ilustre Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (fl. 222):

PENAL. ESTELIONATO. RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. DECLARAÇÕES FALSAS.

1. A inserção de informação falsa na declaração anual de imposto de renda caracteriza estelionato e não sonegação fiscal.

2. Tal conduta caracteriza obtenção de vantagem indevida, e não supressão ou redução de tributos.

– Parecer pelo provimento do recurso especial.

O Juízo de primeiro grau prestou informações (fl. 237), sobre as quais se manifestou o Parquet federal (fl. 242).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): Extrai-se do acórdão impugnado (fls. 136/138):

(...) Assevera, preliminarmente, o *custos legis* que o presente caso, na verdade, trata de estelionato e não de crime contra a ordem tributária, haja vista que não trouxe supressão ou redução de tributo (elementares essenciais), mas conduta fraudulen-

ta (declaração falsa) com a finalidade de obter vantagem indevida (restituição do imposto de renda nos anos-base 2000 e 2001 (fl. 86).

(...)

No estelionato, a ação incriminada assemelha-se em parte à que configura o crime contra a ordem tributária, porquanto exige-se: (a) o emprego, pelo agente, de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento; (b) induzimento ou manutenção da vítima em erro; (c) obtenção de vantagem patrimonial ilícita pelo agente; e (d) prejuízo alheio.

E como é sabido, nestes casos, ocorre o conflito aparente de normas quando sobre o mesmo fato incidem aparentemente várias normas que apresentam em princípio uma relação de hierarquia de forma que somente uma delas deve ser aplicada.

In casu, narra o Relatório da Representação Fiscal para fins Penais que a representada, nos anos de 2001 e 2002, com intuito de reduzir as bases de cálculo de Imposto de Renda Pessoa Física, informou em suas Declarações de Ajuste Anual deduções a título de despesas médicas, relativa à prestação de serviços supostamente realizados pelos médicos (...) e (...). Todavia, devidamente cientificada a contribuinte não apresentou comprovantes da realização dos serviços profissionais e muito menos do efetivo pagamento.

Das Declarações de Ajuste Anual, verifica-se que a contribuinte, nos exercícios de 2001 e 2002 (fl. 05/11), obteve rendimentos tributáveis, respectivamente, no valor de R\$ 23.698,34 e R\$ 26.923,39, sendo Imposto de Renda retido na Fonte da na ordem de R\$ 1.395,68 e R\$ 1.833,39.

Ao deduzir R\$ 6.323,92 e R\$ 8.598,33, a título de despesas médicas fictícias, prestou declaração falsa às autoridades fazendárias a fim de reduzir o valor do tributo devido, respectivamente, para R\$ 71,26 e R\$ 181,58.

A toda evidência, (...), com tal proceder, logrou reduzir a base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física e,

conseqüentemente, o montante do imposto devido.

Em suma, com tal agir, a contribuinte obteve indevidamente a restituição de R\$ 2.100,00 (fl. 03), decorrente da redução do montante do tributo devido nos dois exercícios.

Com efeito, verificado que o objetivo da conduta recorrida era a redução do tributo devido, deve-se aplicar ao caso o princípio da especialidade, porquanto a norma inscrita no artigo 1º da Lei 8.137/90 possui sobre a prevista no artigo 171, § 3º, do CP uma particular condição objetiva e outra subjetiva. Ou seja, o sujeito passivo daquele é o Fisco, bem como não é necessário o erro da vítima, razão pela qual a consumação do crime de sonegação fiscal independente deste aspecto subjetivo.

Assim, constatada a elementar essencial redução do tributo, na conduta de (...), configurado o crime contra a ordem tributária e não o estelionato, pois a vantagem indevida (restituição do imposto de renda) é, na verdade, neste caso específico, o exaurimento da conduta.

(...)

O acórdão recorrido não está a merecer reparos.

O art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990 estabelece que:

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

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

A conduta daquele que presta informação falsa quando da declaração de ajuste anual de imposto de renda para reduzir o tributo devido amolda-se ao tipo penal em questão, sendo o fato de a conduta ter gerado indevida restituição do imposto retido na fonte apenas consequência do delito, desnecessária para a sua configuração.

Não prospera o argumento ministerial de que a conduta não gerou a supressão de tributo, mas sim teve por finalidade o recebimento de vantagem ilícita, razão pela

qual seria estelionato, e não crime contra a ordem tributária.

Com efeito, o imposto de renda tem base de cálculo anual (art. 8º, I, da Lei n. 9.250/1995), sendo o montante devido apurado quando da declaração de ajuste. Em caso de haver imposto a pagar, deve ser feito o recolhimento. Se tiver havido retenção de valores diretamente na fonte pagadora e os valores retidos forem superiores ao imposto devido, é efetivada a restituição.

Apenas se a declaração falsa constante da declaração de ajuste anual tiver o condão de suprimir tributo que seria devido é que haverá a percepção da indevida restituição. Em outras palavras, a restituição indevida nada mais é do que consequência do tributo indevidamente suprimido pela afirmação falsa.

Caso se adotasse a tese sustentada nas razões recursais, teríamos condutas idênticas caracterizando delitos distintos.

Destarte, caso o contribuinte inserisse afirmação falsa na declaração de ajuste de imposto de renda, reduzindo indevidamente o tributo a ser pago por ele, mas não a ponto de gerar direito a restituição (seja porque não houve a retenção de valores na fonte, seja porque estes seriam inferiores ao tributo devido), o crime seria o do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990. Mas se a mesma conduta suprimisse tributos a ponto de ser o valor devido ao Fisco inferior àqueles que foram retidos como imposto de renda na fonte, o crime seria o do art. 171, § 3º, do Código Penal.

A esse respeito:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/90. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NULIDADE. PENA-BASE EXARCEBADA EM RAZÃO DE INQUÉRITO POLICIAL E AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I – Se o v. acórdão reprochado demonstrou de forma exaustiva o animus do recorrente de omitir informações obrigatórias em sua declaração de imposto de renda, resta devidamente ca-

racterizado o delito do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

II – Inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados, como maus antecedentes, para fins de exarcebção da pena-base. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido.

(REsp n. 565.867/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 11/10/2004)

Também sobre o tema:

A declaração anual do imposto de renda, qual falsa, é outro exemplo comum. O contribuinte, pessoa física ou jurídica, reduz o tributo, prestando declaração falsa quer sobre os dependentes, quer sobre as despesas dedutíveis, quer sobre os valores tributáveis. Tratando-se de declaração de rendimentos falsa, ensejadora de redução ou supressão de tributo, invariavelmente a pessoa fica induzida a tipificar o fato no inciso I. Como bem observado pelo Min. Pedro Aciole, no RHC 4097-1, 6a. T, do STJ, “Nos crimes contra a ordem tributária, definidos no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a consumação ocorre com a prestação da declaração falsa ou o uso do documento falso perante as autoridades fazendárias, com o resultado ou efeito de suprimir ou reduzir tributo. Na declaração de rendimentos (imposto de renda), a relação de doações e pagamentos efetuados é desacompanhada de documentos que eventualmente poderão ser solicitados pelo Fisco” (in DJU 13.3.95). Daí que, ao assinar a declaração falsa, entregando-a ao Fisco, sendo ela capaz de reduzir ou suprimir tributo, configura-se o delito.

(LOVATTO, Alecio Adão. Crimes Tributários: aspectos criminais e processuais. 3a. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pág. 102)

Cabe ressaltar que o acórdão trazido como paradigma, proferido pela Quinta Turma no RHC n. 18.178/TO, não debateu o tema referente à tipificação da conduta de inserir afirmação falsa em declaração de imposto de renda objetivando o recebimento de restituição de impos-

to. Destarte, na hipótese do referido do julgado, o acusado havia sido indiciado como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal e, no referido recurso, não se discutia se correta a tipicidade atribuída pela autoridade policial, mas apenas se seria aplicável a extinção da punibilidade, pelo parcelamento previsto na Lei n. 10.684/2003, ao crime de estelionato.

De outra parte, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, firmado no sentido de que há a extinção da punibilidade pelo deferimento do parcelamento do débito tributário, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, antes do recebimento da denúncia (REsp n. 1.083.633/RS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 5/9/2012; RHC n. 22.689/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2010).

No caso, entretanto, verifica-se que o parcelamento do débito tributário ocorreu apenas em 2006, ou seja, já na vigência da Lei n. 10.684/2003, quando o simples parcelamento não é suficiente para a extinção da punibilidade, exigindo-se o pagamento integral da dívida, a qualquer tempo.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. VIGÊNCIA DA LEI Nº 10.684/03. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO. ART. 34 DA LEI 9.249/95. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Terceira Seção desta Corte, interpretando o art. 34 da Lei nº 9.249/95, firmou o entendimento de que o simples parcelamento do débito tributário leva à extinção da punibilidade, desde que efetuado na vigência da mencionada norma.

2. Tratando-se de crime supostamente praticado em abril de 1999, tendo sido requerido o parcelamento quando já em vigor o artigo 9º da Lei 10.684/03, a extinção da punibilidade fica condicionada ao seu pagamento integral. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.168.657/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 23/11/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. ICMS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ADESÃO AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO INCENTIVADO (PPI) E POSTERIOR PAGAMENTO DO DÉBITO, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI Nº 10.684/2003. PLEITO DE SOBRESTAMENTO DA EXECUÇÃO PENAL ATÉ O JULGAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 estabelece expressamente que a quitação integral do débito tributário pela pessoa jurídica, decorre a extinção da punibilidade.

2. É entendimento jurisprudencial desta Corte Superior que com o advento da Lei nº 10.684/03 o pagamento do tributo a qualquer tempo extingue a punibilidade quanto aos crimes contra a ordem tributária. Precedente.

3. Habeas corpus concedido para sobrestar a execução do feito até que se julgue a Revisão Criminal.

(HC n. 232.376/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 15/6/2012)

No caso, conforme noticiado pelo Juízo de primeiro grau, o débito tributário referente ao presente recurso foi extinto por quitação de parcelamento em 16.01.2010, conforme informação da Delegacia da Receita Federal de Londrina, através do Ofício DRF/LON/GAB nº 202/2013 (fl. 237).

Ocorrida a quitação integral do débito tributário, operou-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

Não se pode deixar de registrar, por derradeiro, que agiu com acerto o Juízo de primeiro grau ao rejeitar a representação criminal pela aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o total do débito tributário, no caso concreto, era de R\$

2.100,00 (dois mil e cem reais), que, com a inclusão de multa, juros e acessórios, totalizou R\$ 7.018,05 (sete mil, dezoito reais e cinco centavos), valor inferior ao previsto no art. 20 da Lei. 10.522/2002.

Sobre o tema:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. INEXISTÊNCIA. DESCAMINHO. ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. LIMITE ULTRAPASSADO. HABITUALIDADE DA CONDUTA. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

– A eg. Terceira Seção, no julgamento do REsp. 1.112.748/TO, firmou a compreensão de que incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.349.682/PR, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 7/6/2013)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial n. 1.112.748/TO, qualificado como representativo de controvérsia, consignou que em matéria relativa à aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, o vetor a ser utilizado é aquele previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/02 (R\$ 10.000,00), ajustando-se à orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.133.820/RS, Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 22/4/2013)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento.

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

DIVERGÊNCIA ENTRE A SENTENÇA PROFERIDA E A DISPONIBILIZADA NA INTERNET GERA NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS DESDE SUA PUBLICAÇÃO

Tribunal Regional do Trabalho da 12a. Região
Embargos de Declaração n. 04854-2009-035-12-85-2

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: TRT-SC/DOE, 23.09.2013

Relator: Desembargadora Viviane Colucci

DIVERGÊNCIA ENTRE O TEOR DA SENTENÇA PROFERIDA E DA QUE FOI DISPONIBILIZADA NA PÁGINA DO TRT12 NA “INTERNET”. NULIDADE DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS DESDE A SUA PUBLICAÇÃO. REABERTURA DE PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS.

Constatada a divergência entre o teor da sentença proferida nos autos e da que foi disponibilizada na página do TRT12

na “internet”, o que induziu os litigantes ao erro na interposição dos agravos de petição, imperioso decretar a nulidade do processo desde a publicação, determinando-se o retorno dos autos à origem para que seja publicada a decisão judicial correta, com a reabertura do prazo para a interposição dos recursos.

VISTOS, relatados e discutidos estes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, opostos ao acórdão proferido nos autos do AGRAVO DE PETIÇÃO nº 04854-2009-035-12-85-2, provenientes da 5a. Vara do Trabalho de Florianópolis, SC, sendo embargante LE MONDE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.

A executada opôs embargos de declaração ao acórdão das fls. 242/244. Sustentou que o Colegiado não conheceu do agravo de petição quanto aos honorários assistenciais, sob o fundamento de que o pedido de exclusão da verba já havia sido acolhido na decisão de embargos à execução. Alegou que a decisão *a quo*, nos termos em que foi lançada no sistema de acompanhamento processual do e. TRT da 12a. Região, rejeitou os embargos neste ponto. Afirmou haver erro de fato, passível de correção via embargos de declaração, com efeito modificativo.

Constatada a divergência em diversos itens entre o teor da sentença constante dos autos físicos e da que foi disponibilizada às partes no sistema da consulta de processos na página do TRT12 na internet, determinei que fosse oficiado ao Juízo *a quo* para que prestasse os esclarecimentos necessários.

Através do Ofício SETUR nº 40/2013 (fl. 249), a Diretora da Secretaria informou que, de fato houve equívoco na geração do arquivo que efetivamente correspondia à decisão prolatada e que consta fisicamente dos autos.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos embargos de declaração, porque atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

Segundo se depreende das informações prestadas pela Secretaria da 5a. Vara do Trabalho de Florianópolis, a decisão disponibilizada na página do TRT12 na internet não corresponde à que foi proferida, o que induziu os litigantes ao erro na apresentação dos recursos.

O art. 226, parágrafo único do Regimento Interno do TST, dispõe como fonte oficial de publicação dos julgados, entre outros, o sítio dos Tribunais Regionais do Trabalho na internet.

Considerando que o equívoco não reside na sentença proferida e que se encontra nos autos físicos, mas sim na sua divulgação na internet, entendendo desnecessário declarar nulo o julgado, tornando-se imperioso pronunciar a nulidade de todos os atos desde a sua publicação, devendo os autos retornar à origem para que seja disponibilizada no sistema a decisão judicial correta, intimando-se novamente os litigantes e a União, com a reabertura de prazo para apresentação dos recursos.

Nestes termos,

ACORDAM os membros da 1a. Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12a. Região, por unanimidade de votos, CONHECER DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E ACOLHÊ-LOS para declarar a nulidade de todos os atos desde a publicação da sentença recorrida, devendo os autos retornar à Vara de origem para que seja disponibilizada no sistema a decisão judicial correta, intimando-se novamente os litigantes e a União, com a reabertura de prazo para apresentação dos recursos.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 20 de agosto de 2013, sob a Presidência da Desembargadora Viviane Colucci, os Desembargadores Jorge Luiz Volpato e Mari Eleda Migliorini. Presente a Procuradora do Trabalho Ângela Cristina Pincelli.

VIVIANE COLUCCI

Relatora

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

É DEVIDO O DEPÓSITO DO FGTS A TRABALHADOR CUJO CONTRATO DE TRABALHO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEJA DECLARADO NULO

Superior Tribunal de Justiça

Ag. Regimental no Recurso Especial n.

1.368.155 – SC

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DJe, 30.09.2013

Relator: Ministro Humberto Martins

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. CONTRATO ADMINISTRATIVO TEMPORÁRIO DECLARADO NULO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PAGAMENTO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE.

1. O STJ, em acórdão lavrado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (REsp 1.110848/RN), firmou entendimento segundo o qual a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS.

2. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado”. (AI 767024 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma). Precedentes.

3. Recentemente, a Segunda Turma deste Tribunal, firmou entendimento no sentido de que “Em razão de expressa previsão legal, “é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado

nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário” (art. 19-A da Lei 8.036/90 incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001). “(AgRg no AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/5/2013, DJe 22/5/2013)

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2013 (Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA contra decisão monocrática de minha relatoria assim ementada (fl. 955, e-STJ):

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. CONTRATO ADMINISTRATIVO TEMPORÁRIO. PAGAMENTO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”

Desta decisão, os ora agravados opuseram embargos de declaração que foram acolhidos (fls. 977, e-STJ):

“PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA OMISSÃO ACERCA DOS ÔNUS SUBCUMBENCIAIS E DEMAIS CONSECUTÁRIOS LEGAIS. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA PROSEGUIMENTO DO FEITO TRABALHISTA,

A QUAL FIXARÁ DEVIDAMENTE AS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA E DEMAIS DIREITOS LABORATIVOS. OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.”

O agravante sustenta, em síntese, que “diferentemente do decidido, é inaplicável ao caso em deslinde o benefício do pagamento do FGTS, tendo em vista ser indiscutível que o contrato de trabalho discutido nos autos é de natureza administrativa e temporária, realizado nos termos regulamentados na LC n. 260, regulamentada pelo Decreto n. 1.545/04 que determina a aplicação das disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina” (fls. 971, e-STJ).

Aduz que “a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de reconhecer a impossibilidade de pagamento do FGTS nas ações em que se discute contrato de trabalho de natureza administrativa” (fls. 972, e-STJ). Cita precedentes da Primeira Turma.

Alega ainda, que “dessa forma, uma vez demonstrada a ausência de violação à lei federal pretendida, e uma vez que esta também não restou prequestionada, não preenchendo o comando do artigo 105, 111 a e o da CF/88, nos termos das Súmulas 280 e 282/STJ, merece provimento o presente agravo” (fls. 973, e-STJ).

Pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não obstante os esforços expendidos pelo recorrente, sua irresignação não merece provimento, devendo a decisão agravada ser mantida.

Discute-se, no caso vertente, se os servidores contratados temporariamente por pessoa jurídica de direito público fazem jus ao levantamento do FGTS, uma vez declarada a nulidade dos contratos de trabalho, em razão da ocupação de car-

gos públicos sem a necessária aprovação em prévio concurso.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão lavrado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS.

Confira-se a ementa do acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS. CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284 DO STF.

1. A declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS.

2. Precedentes do STJ: REsp 863.453/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12.11.2007; REsp 892.451/RN, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 877.882/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 28.02.2007; REsp 827.287/RN, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.06.2006; REsp 892719/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segun-

da Turma, julgado em 13.03.2007, DJe 02.06.2008.

3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. *In casu*, os arts. 22 e 29-C da Lei 8.036/1990, 21 do CPC, e 406 do CC, não foram objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-los, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto aos aludidos dispositivos.

5. As razões do recurso especial mostram-se deficientes quando a recorrente não aponta, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

6. *In casu*, a recorrente não aponta violação a qualquer dispositivo legal, limitando-se a alegar a necessidade de chamamento ao processo do Município de Mossoró, incidindo, *mutatis mutandis*, a Súmula 284 do STF, bem assim as Súmulas 282 e 356, haja vista a simultânea ausência de prequestionamento da questão.

7. A eventual ação de regresso, quando muito, importaria a denunciação da lide do Município, que é facultativa, como o é o litisconsórcio que o recorrente pretende entrevê-lo como ‘necessário’.

8. Não há litisconsórcio passivo entre o ex-empregador (o Município) e a Caixa Econômica Federal – CEF, uma vez que, realizados os depósitos, o empregador não mais detém a titularidade sobre os valores depositados, que passam a integrar o patrimônio dos fundistas. Na qualidade de operadora do Fundo, somente a CEF tem legitimidade para integrar o pólo passivo da

relação processual, pois ser a única responsável pela administração das contas vinculadas do FGTS, a teor da Súmula 82, do Egrégio STJ (Precedente: REsp 819.822/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 29.06.2007 p. 496). 9. A Corte, em hipóteses semelhantes, ressalva o direito da CEF ao regresso, sem prejudicar o direito do empregado (Precedente: REsp 897043/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 11.05.2007 p. 392). Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3.8.2009).”

A propósito, segue abaixo precedente mais recente:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DO FGTS.

1. O Tribunal de origem decidiu que o fato de o contrato temporário ser declarado nulo não induz ao pagamento do FGTS. Tal entendimento destoa da jurisprudência do STJ, que é no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada do FGTS.

2. Recurso Especial provido.”

(REsp 1335115/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/9/2012, DJe 24/9/2012)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS CONTRATO NULO DE TRABALHO. DIREITO DO TRABALHADOR

1. ‘A declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária apro-

vação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS’. (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3.8.2009, sob o rito do artigo 543-C).

2. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 18.438/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.2.2012, DJe de 5.3.2012.)

O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado”. Eis a ementa do julgado:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor temporário. Contrato prorrogado sucessivamente. Gratificação natalina e férias. Percepção. Possibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado.

2. Agravo regimental não provido.

(AI 767024 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 23-04-2012 PUBLIC 24-4-2012.)

No mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CONTRATADO PELA ADMINISTRAÇÃO EM CARÁTER EMERGENCIAL. CONTRATO PRORROGADO SUCESSIVAMENTE. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DEVIDO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”.

(AI nº 837.352/MG-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 26/5/2011.)

Recentemente, a Segunda Turma deste Tribunal, firmou entendimento de que “Em razão de expressa previsão legal, “é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário” (art. 19-A da Lei 8.036/90 incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001). “(AgRg no AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/5/2013, DJe 22/5/2013), eis a ementa do julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO DEPÓSITO E LEVANTAMENTO. SÚMULA 466/STJ.

1. “O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público” (Súmula 466/STJ). Em razão de expressa previsão legal, “é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário” (art. 19-A da Lei 8.036/90 incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001).

2. Ressalte-se que “a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS” (REsp 1.110.848/RN, 1a. Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.8.2009 recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC).

3. No caso, “o Tribunal de origem decidiu que o fato de o contrato temporário ser declarado nulo não induz ao pagamento do FGTS”. Contudo, “tal entendimento destoa da jurisprudência do STJ, que é no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada do FGTS” (REsp 1.335.115/MG, 2a. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.9.2012).

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/5/2013, DJe 22/5/2013)

Cumpra asseverar, que em relação aos precedentes colacionados da Primeira Turma desta Corte, o agravo regimental não é sucedâneo de embargos de divergência.

Quanto à incidência da Súmula 280 e 282/STF, não procedem tais argumentos, uma vez que a matéria encontra-se devidamente prequestionada e é desnecessária a análise de lei local para chegar à conclusão de que é devido o depósito do FGTS.

Ante o exposto, e em vista de que o agravante não trouxe argumento que pudesse infirmar a decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

TRIBUTÁRIO

É INCONSTITUCIONAL A COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO À SAÚDE SOBRE PROVENTOS E PENSÕES DE SERVIDORES NA VIGÊNCIA DA EC 20/98

Supremo Tribunal Federal
Ag. Regimental no Rec. Extraordinário n. 628162 – RS
Órgão julgador: 2a. Turma
Fonte: DJe, 22.08.2013
Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INSTITUIÇÃO PELOS ESTADOS DE CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA DESTINADA AO CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS AOS SEUS SERVIDORES. INCONSTITUCIONALIDADE. INVALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE PROVENTOS E PENSÕES NA VIGÊNCIA DA EC 20/1998. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I – Falece aos Estados-membros competência para criar contribuição compulsória destinada ao custeio de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos prestados aos seus servidores. Precedentes. II – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o AI 831.223-RG/MG, Rel. Min. Presidente, assentou a inconstitucionalidade de cobrança de contribuição à saúde sobre proventos e pensões de servidores públicos na vigência da Emenda Constitucional 20/1998. III – A controvérsia atinente ao direito de servidores públicos estaduais à restituição de valores descontados compulsoriamente a título de contribuição declarada inconstitucional possui natureza infraconstitucional. IV – Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda

Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de agosto de 2013.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu parcial provimento ao recurso extraordinário por entender que os Estados-membros não têm competência para criar contribuição compulsória destinada ao custeio de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos prestados aos seus servidores. Ademais, salientou-se que a questão referente à devolução dos valores eventualmente cobrados possui natureza infraconstitucional.

O agravante sustenta, em suma, que a hipótese dos autos é diversa daquela apreciada nos precedentes que embasaram a decisão agravada, sobretudo porque, na espécie, **“não restou demonstrado que o servidor está compulsoriamente vinculado à contribuição prevista na Lei 7.672/82 e que paga a contribuição mensal de 3,6% contra a sua vontade”** (fl. 171, grifos no original)

Requer, por fim, o provimento do agravo regimental, a fim de que seja reconhecida a legalidade da contribuição ao FAS – Fundo de Assistência à Saúde e que seja negado o pedido de restituição dos valores pagos relativos à contribuição para o custeio de assistência médica.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Conforme salientado na decisão agravada, esta Corte, no julgamento do RE

573.540/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, fixou orientação no sentido de que falece aos Estados-membros competência para criar contribuição compulsória destinada ao custeio de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos prestados aos seus servidores. Confira-se a ementa desse julgado:

“CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACEÚTICA. ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 62/2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. COMPULSORIEDADE. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. ROL TAXATIVO. INCOMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I – É nítida a natureza tributária da contribuição instituída pelo art. 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, haja vista a compulsoriedade de sua cobrança. II – O art. 149, *caput*, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas no arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, aos Estados-membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade. III – A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição. IV – Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão “regime previdenciário” não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos.”

Extrai-se do voto condutor:

“Em outras palavras, a Constituição não autoriza os Estados-membros a instituir, para o custeio de serviços de saúde, exação que possua natureza tributária, cujo pagamento seja exigido a todos os servidores independentemente da voluntária adesão ao ‘plano’.

Por outro lado, não há óbice constitucional ao oferecimento desses serviços, pelo Estado, aos seus servidores, desde que a adesão e a ‘contribuição’ não sejam compulsórias. Convém esclarecer, também, que os serviços somente serão prestados àqueles que, voluntariamente, aderirem ao ‘plano’, inexistindo, pois, direito subjetivo à sua fruição independente do pagamento da ‘contribuição’. Ressalte-se que o termo ‘contribuição’, nesse contexto, não é mais entendido em sua acepção jurídico-tributária.

Diante de todos esses argumentos, conclui-se que os Estados-membros possuem competência apenas para a instituição de contribuição voltada ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores. Falece-lhes, portanto, competência para a criação de contribuição ou de qualquer outra espécie tributária destinada ao custeio de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos prestados aos seus servidores.

Ademais, não há óbice constitucional à prestação, pelos Estados, de serviços de saúde a seus servidores, desde que a adesão a esses ‘planos’ seja facultativa”.

Nesse mesmo sentido, observe-se o julgamento da ADI 3.106/MG, Rel. Min. Eros Grau, de cuja ementa destaco o seguinte trecho:

“2. Os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir.(...)”.

Especificamente quanto à inconstitucionalidade da contribuição destinada ao custeio de assistência médica paga ao Instituto de Previdência do Estado do Rio

Grande do Sul, cito os seguintes precedentes, entre outros: AI 854.804-AgR/RS e RE 631.648-AgR/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 617.415-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux; RE 629.570-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

Além disso, cumpre ressaltar que esta Corte, ao julgar o AI 831.223-RG/MG, Rel. Min. Presidente, assentou a inconstitucionalidade de cobrança de contribuição à saúde sobre proventos e pensões de servidores públicos na vigência da Emenda Constitucional 20/1998. Por oportuno, transcrevo a ementa do aludido julgado:

“RECURSO. Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Proventos e pensões. Contribuição. Assistência à saúde. Servidores Públicos. Interregno das EC nº 20/98 e nº 41/03. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É incompatível com a Constituição norma que institui contribuição à saúde incidente sobre o valor de proventos e pensões de servidores públicos, no interregno das Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/03”.

Por fim, no que se refere à restituição do indébito, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança, este Tribunal, no RE 633.329-RG/RS, Rel. Min. Presidente, concluiu que a controvérsia em questão – direito de servidores públicos estaduais à restituição de valores descontados compulsoriamente a título de contribuição declarada inconstitucional – possui natureza infraconstitucional.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2a. Turma, 06.08.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Ravena Siqueira – Secretária Substituta

CIVIL E COMERCIAL

CDC é aplicável quando a incorporadora constrói unidades imobiliárias mediante financiamento

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Embargos á execução. Distrato de instrumento particular de incorporação. Incidência do CDC. Eficácia do título executivo. Súmulas STJ/5 E 7. Improvimento. 1. - Embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes, logo, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2.- Já decidiu a Corte que o Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção das unidades imobiliárias, mediante financiamento. 3.- A convocação a que chegou o Tribunal *a quo* quanto à regularidade do distrato do instrumento particular de incorporação e à eficácia do título executivo decorreu da análise do contrato e do conjunto probatório. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto as Súmulas STJ/5 e 7. 4.- Agravo Regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 160412/RJ - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJ, 01.10.2013).

Cobertura securitária não é excluída pela condução do veículo por terceiro alcoolizado

Agravo Regimental. Recurso Especial. Ação de cobrança de indenização securitária. Seguro de veículo automotor. Embriaguez de terceiro condutor. Fato não imputável à conduta do segurado. Exclusão da cobertura. Impossibilidade. 1. Para a recusa de pagamento

de indenização securitária, o agravamento do risco deve ser imputado à conduta direta do próprio segurado. A presunção de que o segurado tem por obrigação não permitir que o veículo seja conduzido por pessoa em estado de embriaguez é válida até a efetiva entrega do veículo a terceiro. 2. Condições e valores de pagamento estipulados no contrato de seguro deverão ser analisados pelo magistrado de primeira instância. 3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração no Rec. Especial n. 1341392/SP - 3a. T. - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJ, 01.07.2013).

Indenização por matéria publicada em blog

Direito Civil. Internet. Blogs. Natureza da atividade. Inserção de matéria ofensiva. Responsabilidade de quem mantém e edita o blog. Existência. Enunciado nº 221 da Súmula/STJ. Aplicabilidade. 1. A atividade desenvolvida em um blog pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no blog por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos *posts* dos seguidores do blog. 2. Nos termos do enunciado nº 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação. 3. O enunciado nº 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria de informação, cabendo àquele que mantém blog exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no *site* de matérias ou artigos potencialmente danosos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ - Rec. Especial n. 1381610/RS - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 12.09.2013).

Irmão bilateral ganha o dobro do irmão unilateral em caso de herança

Recurso Especial. Direito civil. Sucessão. Inventário. Depósito judicial dos aluguéis auferidos de imóvel do espólio. Concorrência de irmão bilateral com irmãs unilaterais. Inteligência do art. 1.841 do Código Civil. 1. Controvérsia acerca do percentual da herança cabível em favor das irmãs unilaterais no inventário do “de cujus”, que também deixou um irmão bilateral a quem indicara em testamento como herdeiro único. 2. Discussão judicial acerca da validade do testamento. 3. Possibilidade de o irmão bilateral levantar a parte incontroversa dos aluguéis do imóvel deixado pelo “de cujus”. 4. Necessidade, porém, de depósito judicial da parcela controvertida. 5. Cálculo do valor a ser depositado em conformidade com o disposto no art. 1841 do Código Civil (“Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”). 6. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1203182/MG - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino - Fonte: DJe, 24.09.2013).

NOTA BONIJURIS: *Citamos trecho da doutrina de Sílvio de Salvo Venosa: “O art. 1.841 (antigo, art. 1.614) cuida da sucessão dos colocados em primeiro lugar na linha colateral, os irmãos (parentes em segundo grau). O Código estabelece diferença na atribuição da quota hereditária, tratando-se de irmãos bilaterais ou irmãos unilaterais. Os irmãos, bilaterais filhos do mesmo pai e da mesma mãe, recebem em dobro do que couber ao filho só do pai ou só da mãe. Na divisão da herança, coloca-se peso 2 para o irmão bilateral e peso 1 para o irmão unilateral, fazendo-se a partilha. Assim, existindo dois irmãos bilaterais e dois irmãos unilaterais, a herança divide-se em seis partes, 1/6 para cada irmão unilateral e 2/6 (1/3) para cada irmão bilateral. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões, 7a. edição, São Paulo: Atlas, 2007. p. 138).”*

Possível circulação de guias com imagens publicadas sem autorização

Comercial. Direito autoral. Utilização desautorizada de fotografia para ilustrar capa de guia rodoviário. Composição da condenação. Indenização pelos danos sofridos e sanção pela conduta ilícita. Limites. 1. O art. 102 da Lei nº 9.610/98 fixa sanções cíveis decorrentes da violação de direitos autorais. A exegese desse dispositivo legal evidencia o seu caráter punitivo, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. Tanto é assim que a sua parte final ressalva que as penas serão impostas, “sem prejuízo da indenização cabível”. O art. 103 da Lei nº 9.610/98, por sua vez, assume também um caráter indenizatório, na medida em que prevê que a perda dos exemplares e o pagamento daqueles que tiverem sido vendidos se dê em favor da vítima. Realizando-se uma análise sistemática dessas normas, conclui-se que elas criam uma via de mão dupla: assim como poderá haver situações em que as sanções não compensarão de forma plena e satisfatória os prejuízos suportados pela vítima - exigindo complementação a título de indenização pelos danos sofridos - haverá casos em que a própria indenização já cumprirá a contento não apenas a função de ressarcir a vítima pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita. 2. Cabe ao julgador, fazendo uso de seu prudente arbítrio, interpretar casuisticamente os comandos dos arts. 102 e 103 da Lei nº 9.610/98, definindo a composição e os limites da condenação, utilizando os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, alerta para o fato de que os valores arbitrados não deverão conduzir ao enriquecimento indevido da vítima. 3. Tendo em vista as peculiaridades presentes na espécie, de que: (i) as fotografias do recorrente compõem pequena parte do todo da obra; (ii) os novos exemplares serão acompanhados de errata, atribuindo a correta autoria para as fotos; e (iii) não se identifica na conduta das recorridas a

tentativa de utilização do trabalho do recorrente para incrementar - pelo menos não de forma substancial - a vendagem da obra; a condenação imposta pelas instâncias ordinárias se mostra satisfatória, isto é, apta a desempenhar o duplo papel de indenizar a vítima pelos prejuízos suportados, bem como de desestimular a prática ilícita. 4. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - Rec. Especial n. 1.367.021/RS - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 12/09/2013).

Responsabilidade solidária dos integrantes da cadeia de consumo

Agravo Regimental em Agravo (art. 544 do CPC) - Rescisão de contrato de compra e venda - Julgamento antecipado da lide - Responsabilidade solidária entre os integrantes da cadeia de consumo - Fixação de *quantum* compensatório a título de dano moral - Insurgência da ré. 1. A análise da pretensão recursal referente à necessidade de produção de outras provas para o deslinde da controvérsia e à possibilidade do julgamento antecipado da lide demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido. Incidência da Súmula 7 do STJ. 2. Os integrantes da cadeia de consumo, em ação indenizatória consumerista, também são responsáveis pelo danos gerados ao consumidor, não cabendo a alegação de que o dano foi gerado por culpa exclusiva de um dos seus integrantes. Precedentes. 3. Pretensão de redução valor fixado a título compensatório dedanos morais. Impossibilidade. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o *quantum* indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ). 4. Agravo regimental desprovido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 207708/SP - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Marco Buzzi - Fonte: DJe, 03.10.2013).

Teoria da imprevisão não é aplicada aos contratos agrícolas de venda para entrega futura

Processual Civil e Civil. Agravo no Recurso Especial. Ação de rescisão contratual. Compra e venda de soja. Entrega futura. Rescisão. Onerosidade excessiva. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. 1. Reconhecidas no acórdão de origem as bases fáticas em que se fundamenta o mérito, não configura reexame de fatos e provas sua mera valoração. 2. Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita a imprevisão. 3. Agravo não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1210389/MS - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 27.09.2013).

Validade do contrato celebrado em moeda estrangeira

Direito Civil. Contrato de empréstimo celebrado em moeda estrangeira e indexado ao dólar. Alegada inexistência do pacto. Ausência de indicação do dispositivo legal violado. Pagamento mediante conversão em moeda nacional. Cálculo com base na cotação da data da contratação. 1. O recurso especial não pode ser conhecido quando a indicação expressa do dispositivo legal violado está ausente. 2. O art. 1º da Lei 10.192/01 proíbe a estipulação de pagamentos em moeda estrangeira para obrigações exequíveis no Brasil, regra essa encampada pelo art. 318 do CC/02 e excepcionada nas hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69. A despeito disso, pacificou-se no STJ o entendimento de que são legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. 3. A indexação de dívidas à variação cambial de moeda estrangeira é prática vedada desde a entrada em vigor do Plano Real, excepcionadas as hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69 e os contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com

base em captação de recursos provenientes do exterior (art. 6º da Lei 8.880/94). 5. Quando não enquadradas nas exceções legais, as dívidas fixadas em moeda estrangeira deverão, no ato de quitação, ser convertidas para a moeda nacional, com base na cotação da data da contratação, e, a partir daí, atualizadas com base em índice oficial de correção monetária. 6. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1323219/RJ - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 26.09.2013).

IMOBILIÁRIO

Animus domini é requisito indispensável para usucapião

Apelação Cível. Ação de reintegração de posse. Escritura pública de comodato. Falecimento da comodatária. Notificação da sucessão para desocupação. Esbulho. Requisitos da possessória demonstrados. Exceção de usucapião desacolhida. Benfeitorias. Indenização. Afastada a preliminar de incompetência do juízo. Anterior ação de usucapião que está arquivada por desistência da autora, inexistindo conexão. Demonstrado que a autora, titular de domínio, cedeu em comodato a área para a ré, que veio a falecer, caracterizada a posse anterior, que acabou perdida, pelo esbulho cometido pela sucessão, no momento em que, notificada, se negou à desocupação do imóvel. Requisitos do art. 927 do CPC preenchidos. Posse direta, resultante de comodato, permissão, assim como a mera detenção, são situações que excluem o *animus domini*, pois se possui o bem em nome alheio, onde nem posse há. Nestas condições, ausente o ânimo de dono, defeso se mostra alegar usucapião. Exceção de usucapião inócurrenente. A indenização por benfeitorias realizadas pela comodatária somente pode ser excepcionalmente deferida, caso demonstrado serem extraordinárias, desvinculadas do regular uso e gozo da coisa, realizadas com a anuência da empresa comodante. Inteli-

gência do art. 584 do CCB. Benfeitorias feitas sem o conhecimento da comodante, para comodidade da comodatária, ou ainda para utilização do imóvel com destinação diversa da que consta no ajuste, que não merecem indenização. Sentença confirmada. Negaram provimento aos recursos. Unanime.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70043141522 - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Nelson José Gonzaga - Fonte: DJ, 02.10.2013).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos trecho da doutrina de Arnaldo Rizzardo: “... Em primeiro lugar, há de configurar-se como posse com animus domini a própria para o usucapião. A pessoa que mantém a posse deve exercê-la em seu nome próprio ou pessoal, com a intenção de dono. É a preponderância do elemento animus, ou intenção, da teoria subjetiva de Savigny. O possuidor deve ter a coisa para si, ou seja, animus rem sibi habendi. Salienta Ulderico Pires dos Santos (Usucapião - Doutrina, Jurisprudência e Prática, p. 19): ‘Como é notório, todo aquele que sabe que a coisa não lhe pertence não é detentor da posse ad usucapionem, por que esta exige animus domni. Quer dizer: se o possuidor não fizer a prova de que possui o imóvel como seu, não há que se cogitar de usucapião porque a posse sem a intenção de dono não autoriza a declaração de domínio’ (Rizzardo, Arnaldo. Direito das Coisas - de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 265/266)”.*

Lapso temporal exigido para configuração da usucapião extraordinária deve estar consolidado antes do ajuizamento da respectiva ação

Apelação Cível. Usucapião. Bens imóveis. Ação de usucapião. Não preenchimento dos requisitos do art. 550 do Código Civil de 1916 em sua integralidade. Lapso temporal. Momento do implemento do requisito legal. Ajuizamento da ação. O lapso de 20 anos, na usucapião

extraordinária, deve estar implementado na data do ajuizamento da ação, e não apenas na data da sentença. Entendimento tranqüilo do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “para efeito de usucapião extraordinário, é inadmissível o cômputo do prazo posterior ao ajuizamento da demanda até a prolação da sentença”. Hipótese em que restou demonstrado período de ocupação inferior ao preconizado pela legislação de regência. Deram provimento. Unânime.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70056219066 - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Pedro Celso Dal Pra - Fonte: DJ, 30.09.2013).

Não constitui dano moral a publicidade em elevador e garagem do número dos apartamentos inadimplentes do condomínio

Ação de Indenização - Condomínio - Afixação de lista contendo o número dos apartamentos inadimplentes na garagem e nos elevadores - Ato ilícito - Ausência - Exercício regular do direito - Indenização por dano moral indevida. - A afixação de listas contendo o número dos apartamentos inadimplentes na garagem e nos elevadores do condomínio constitui exercício regular do dever de o síndico prestar contas. - A indenização por danos morais, como toda forma de responsabilidade civil, demanda comprovação do ato ilícito, do nexos de causalidade e dos prejuízos sofridos. - Inexistindo prova da conduta antijurídica, incabível a condenação do suposto agente do dano ao pagamento de indenização.

(TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.10.304276-8/001 - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Luiz Artur Hilário - Fonte: DJe, 16.09.2013).

Possível a propositura de ação de nunciação de obra nova movida por condômino em desfavor do vizinho que ampliava residência invadindo área comum

Civil e Processual Civil. Ação de nunciação de obra nova com pedido demolitório. Propositura pelo condomínio

contra condômino. Admissibilidade. Legitimidade ativa reconhecida. Litisconsórcio passivo necessário inexistente. Ação procedente. Recurso especial improvido. 1.- Embargos de Declaração corretamente rejeitados porque não houve omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão recorrido. 2.- Admite-se ação de nunciação de obra nova demolitória movida pelo condomínio contra condômino, proprietário de apartamento, que realiza obra pela qual transforma seu apartamento em apartamento de cobertura. Inteligência do art. 934 do Código de Processo Civil, consentânea com a defesa da coletividade de condôminos representada pelo condomínio. 3.- Inexigibilidade de acionamento, em litisconsórcio passivo, dos demais condôminos do último andar do prédio. 4.- Recurso Especial improvido.

(STJ - Rec. Especial n. 1374456/MG - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 13.09.2013).

Rateio de cotas condominiais deve respeitar o disposto na convenção

Ação de cobrança e ação de redução de cotas condominiais. Unidades térreas. Rateio. Critério expresso na Convenção de Condomínio. Validade. Prevalece a convenção condominial quanto à forma de rateio proporcional das despesas condominiais, salvo grave desproporção prejudicial ao condômino, e isso sem prejuízo de nova estipulação no âmbito do condomínio edilício, a quem incumbe deliberar.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70054979844 - 20a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Carlos Cini Marchionatti - Fonte: DJe, 03.10.2013).

Reintegração à posse do condomínio de garagem cercada com grades por condômino

Apelação Cível. Ação de reintegração de posse. Fechamento da área comum com grades na garagem do condomínio. Posse dos demais condôminos anterior ao esbulho demonstrada. Cabi-

mento da tutela pretendida. Denúnciação da lide improcedente. Recurso provido. I - Em sede de ação de reintegração de posse, deve o demandante, a fim de obter a tutela interdital, comprovar cabalmente os requisitos de fundo estabelecidos nos arts. 1.196 e 1.210 do Código Civil, em sintonia com o disposto no 927 do Código de Processo Civil. Por conseguinte, demonstrada a posse anterior do condomínio sobre o bem litigioso, uma vez que antes de a ré cercar a área da garagem, após alegar tê-la adquirido da incorporadora, foi ela utilizada pelos condôminos como área comum, pelo menos por 5 meses, a proteção possessória perseguida há de ser concedida. Ademais, importa destacar que é da essência do condomínio edilício a composesse sobre as áreas comuns, não sendo lícito a um condômino apossar-se de parte dela, ou a quem quer que seja, inclusive o incorporador, aliená-la. II - Deve ser rejeitada a denúncia da lide feita pela Ré, porquanto não se enquadra a hipótese no inciso I do art. 70 do Código de Processo Civil.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2010.033235-5 - 6a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Joel Figueira Júnior - Fonte: DJ, 08.10.2013).

PROCESSO CIVIL

Aplicação de prazo subsidiário é afastada por prazo prescricional específico

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Fundamentação. Ausente. Deficiente. Súmula 284/STF. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Parcelas referentes a contrato de mútuo para custeio de estudos universitários. Prazo prescricional. 1. Discute-se o prazo prescricional aplicável à pretensão de cobrança de parcelas referentes a contrato de crédito rotativo para financiamento de mensalidades universitárias. 2. A ausência de fundamentação ou a sua

deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 4. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 5. Sob a égide do Código Civil de 1.916, o prazo prescricional aplicável era o vintenário, previsto no art. 177 do CC/16. 6. A partir da entrada em vigor do Código Civil de 2.002, impera a regra de prescrição inserta no art. 206, § 5º, I, do CC/02, que prevê o prazo prescricional quinquenal para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular. 7. Negado provimento ao recurso especial.

(STJ - Rec. Especial n. 1188933/RS - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 26.08.2013).

Autor de ação civil pública não precisa adiantar honorários do perito

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Danos ambientais. Adiantamento de despesas periciais. Art. 18 da Lei 7.347/1985. Encargo devido à Fazenda Pública. Dispositivos do CPC. Descabimento. Princípio da especialidade. Inversão do ônus da prova. Princípio da precaução. 1. Segundo jurisprudência firmada pela Primeira Seção, descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da ação civil pública, conforme disciplina o art. 18 da Lei 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ. 2. Diante da disposição específica na Lei das Ações Cíveis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade. 3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao em-

preendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes. 4. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1237893/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Eliana Calmon - Fonte: DJe, 01.10.2013).

Cônjuge que também é devedor não pode ajuizar embargos de terceiro

Direito Processual Civil. Recurso Especial. Embargos de terceiro. Cônjuge que também é devedor. Ilegitimidade ativa. 1. O § 3º do art. 1.046 do CPC visa resguardar os bens próprios ou os reservados do cônjuge, bem como os bens pertencentes à sua meação, tendo em vista que esses bens integram seu próprio patrimônio, e não o do devedor. 2. São partes, e não terceiros, as pessoas designadas no título executivo como devedor ou responsável. 3. O cônjuge que é também devedor não é, portanto, parte legítima para opor embargos de terceiro. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1197422/SC - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 05.09.2013).

Indicação de bens à penhora não vincula o juiz

Processo Civil. Recurso Especial. Ação de cobrança de despesas condominiais. Cumprimento de sentença. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Penhora. Desnecessidade de nomeação de bens. Atribuição legal do juiz. Princípio da adstrição. Congruência entre pedido e provimento jurisdicional. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 2. Não há decisão *extra petita* porque o provimento judicial deferido corresponde exatamente ao pedido formulado na petição inicial, qual seja, a satisfação do crédito decorrente de despesas condominiais. 3. Na sistemática do cumprimento de sentença, a penhora é

determinada de ofício pelo Poder Judiciário, independentemente de indicação de bens à penhora pelo credor ou de contraditório prévio quanto ao bem alcançado, não estando o órgão julgador limitado aos bens apontados pelas partes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1366722/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 23.08.2013).

Não é possível decretação de fraude contra credores em embargos de terceiro

Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Embargos de terceiro. Penhora que recaiu sobre imóvel adquirido através de escritura pública de dação em pagamento. Má-fé da embargante não caracterizada. Súmula 7 do STJ. Fraude contra credores. Impossibilidade de decretação no âmbito dos embargos de terceiro. Inteligência da súmula 195 do STJ. Princípio da sucumbência. Inaplicabilidade da súmula 303 do STJ. 1. O Tribunal *a quo* consignou, com base na documentação acostada aos autos, que não se caracterizou a má-fé do ora recorrido. Rever a conclusão do Tribunal de origem ensejaria a revisão do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal. 2. Inviável o reconhecimento da fraude contra credores no bojo de embargos de terceiro, sendo necessária a sua investigação e decretação na via própria da ação pauliana ou revocatória (REsp 471.223/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174). 3. Aplica-se à hipótese o princípio da sucumbência, uma vez que o embargado resistiu à pretensão meritória deduzida na inicial e não obteve êxito. Incidência da súmula 303 do STJ afastada. 4. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 347562/RJ - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 24.09.2013).

Pensão não pode ser penhorada

Constitucional e Processual Civil. Mandado de segurança contra decisão judicial que autoriza a penhora sobre 15% da pensão do devedor. Ilegalidade. Violação do art. 649, IV, do CPC. Recurso ordinário provido. 1. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra decisão judicial que deferiu a penhora de 15% da pensão recebida pela ora recorrente, que responde a execução forçada ante o descumprimento do dever de indenizar o dano moral fixado em sentença. Insurge-se a recorrente contra decisão do Tribunal *a quo*, que entendeu viável a constrição determinada pelo juízo de primeiro grau. 2. A pensão está protegida da expropriação forçada por se tratar de verba de natureza alimentar, razão pela qual está acobertada pela cláusula da impenhorabilidade que preceitua o art. 649, IV, do CPC, ressalvado apenas o caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia, conforme a disciplina estabelecida pelo § 2º do mesmo dispositivo. Precedentes. 3. *In casu*, a execução origina-se de ação indenizatória na qual a impetrante fora condenada a reparar danos morais, crédito esse que, apesar de absolutamente legítimo e devido pela recorrente, não ostenta natureza alimentar e, portanto, não autoriza excepcionar a impenhorabilidade prevista em lei. 4. Recurso ordinário provido.

(STJ - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 39308/RO - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 04.10.2013).

NOTA BONIJURIS: *Art. 649/CPC, IV: "São absolutamente impenhoráveis: (...) IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo."*

Validade da petição eletrônica assinada digitalmente por advogado é condicionada à existência de procuração nos autos

Processual Civil. Segundos embargos de declaração. Alegação de omissão. Petição eletrônica. Ausência de procuração do advogado detentor do certificado digital. Irrelevância da assinatura no documento físico. Irregularidade da representação. Súmula n. 115/STJ. Embargos não conhecidos. 1. Quando a petição é apresentada por meio eletrônico, é irrelevante, para se conhecer do recurso, eventual assinatura no documento físico ou, até mesmo, a ausência dela. Nesses casos, a validade e existência do documento estão condicionadas à existência de procuração ou substabelecimento outorgado ao titular do certificado digital, ou seja, ao advogado que assinou digitalmente a petição. 2. Não se conhece de embargos de declaração enviados por meio eletrônico quando constatado que o advogado que encaminhou a petição, que é o detentor do certificado digital e do respectivo cadastramento, não tem procuração nos autos. Incidência da Súmula n. 115/STJ. 3. Embargos de declaração não conhecidos.

(STJ - Ag. de Instrumento n. 1165174/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJe, 16.09.2013).

Violação extrema de dispositivo de lei gera ação rescisória

Administrativo. Ação rescisória. Mandado de segurança. Servidores da assembléia legislativa que obtiveram a concessão da segurança para ser promovidos. Lei estadual n. 1.674/1970. Decisão superveniente modifica o conteúdo do acórdão proferido no writ. Inexistência de quaisquer vícios aptos a ensejar a rescisão do julgado. Segurança jurídica. 1. A violação de dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida

na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Precedentes. 2. O acórdão rescindendo presta eficácia à decisão prolatada pela instância de origem e que transitou em julgado. 3. Ação rescisória improcedente. (STJ - Ação Rescisória n. 2625/PR - 3a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior - Fonte: DJe, 01.10.2013).

NOTA BONIJURIS: *Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar literal disposição de lei.*

PENAL E PROCESSO PENAL

É absoluta a violência sexual cometida contra menor de 14 anos

Recurso Especial. Direito Penal. Negativa de vigência ao art. 224, a, do CP. Inexistência de violência. Consentimento da vítima. Divergência jurisprudencial. Estupro. Violência presumida. Ocorrência. Ressalva do ponto de vista do relator. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a violência em relação à vítima menor de 14 anos, de que trata o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, é absoluta. 2. Em decorrência da segurança jurídica, a vinculação ao precedente judicial é essencial para que a sociedade confie no Poder Judiciário. Portanto, desarrazoado o desrespeito à jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, em particular no Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso especial provido para, ressalvado o ponto de vista do Relator, cassar o acórdão *a quo* e condenar o recorrido, nos termos da denúncia, pelo delito descrito no art. 213, c/c os arts. 224, a, 225, § 1º, I, e § 2º, e 226, III, todos do Código Penal, vigentes à época dos fatos,

determinando-se o envio dos autos ao Tribunal de origem para, diante das circunstâncias fáticas contidas nos autos, fixar a adequada dosimetria da pena e verificar a possibilidade da retroatividade de lei penal mais benéfica, nos termos deste voto.

(STJ - Rec. Especial n. 1122681/SP - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior - Fonte: DJ, 01.10.2013).

Entrega de arma de fogo à polícia até o dia 31.12.2009 extingue a punibilidade do delito correspondente

Apelação. Art. 12 da Lei nº 10.826. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. *Abolitio criminis*. Fato posterior a 31/12/2009. Decreto nº 7.473/2011. Tese afastada. Improvimento. O texto do Decreto nº 7.473/2011 prevê que a entrega espontânea da arma de fogo e/ou munição, à polícia, por possuidor/proprietário de boa-fé, é causa de extinção da punibilidade, em relação a eventual delito de posse irregular de arma de fogo ou munição. No entanto, somente na hipótese de efetiva entrega do artefato, o evento pode ser considerado atípico, não se tratando de prorrogação da *abolitio criminis*, que se encerrou em 31/12/09, segundo a Lei nº 11.922/09. Recursos improvidos.

(TJ/RS - Ap. Criminal n. 70054260328 - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Gaspar Marques Batista - Fonte: DJe, 04.10.2013).

Impossível concessão de habeas corpus para pessoa jurídica

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das cortes superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento deste tribunal, em consonância com a suprema corte. Crime ambiental. Paciente pessoa jurídica. Impossibilidade. Empreendimento situado em área limítrofe a unidade de conservação federal (ESEC - Estação Ecológica de Carijós). Danos causados à referida unidade. Lesão a bem da união. Com-

petência da Justiça Federal. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão do writ de ofício. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.a. Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.a. Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.a. Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.” 3. Segundo o ordenamento jurídico pátrio e a partir da Constituição, mesmo quando se encontra no pólo passivo de ação penal, a pessoa jurídica não pode se valer do *habeas corpus*, uma vez que o bem jurídico por ele tutelado é a liberdade corporal, própria das pessoas naturais. 4. Tratando-se de fatos ocorridos em área limítrofe a Unidade de Conservação Federal, e tendo ocorrido danos à referida Unidade, evidencia-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa, *ex vi* do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, na medida em que o pretense delito atenta contra bem e interesses da União. 5. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 6. Ordem de *Habeas corpus* não conhecida. (STJ - *Habeas Corpus* n. 180987/RS - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Laurita Vaz - Fonte: DJe, 18.09.2013).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos jurisprudência no mesmo sentido: “Penal e processual penal. Habeas corpus. Crime ambiental. Impossibilidade de qualificar-se a pessoa jurídica como paciente no writ. Sistema ou teoria da dupla imputação. Denúncia. Inépcia não verificada. I - A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de não se admitir a utilização do remédio heróico em favor de pessoa jurídica (Precedentes). II - Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” cf. Resp nº 564960/SC, 5a. Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). III - A denúncia, a teor do que prescreve o art. 41 do CPP, encontra-se formalmente apta a sustentar a acusação formulada contra o paciente, porquanto descrita sua participação nos fatos em apuração, não decorrendo a imputação, de outro lado, pelo simples fato de ser gerente da pessoa jurídica ré. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.” (HC 93867. 5.a. Turma, Rel. Min. Felix Fischer; DJe de 12/05/2008 - sem grifos no original)*

Inaplicável redutora do art. 115/CP quando o acusado completa 70 anos após a prolação da primeira decisão condenatória

Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. 1. Prescrição da pretensão punitiva. Redução do prazo. Aplicação do art. 115 do CP. Impossibilidade. Réu que completa 70 anos após a confirmação da sentença. ERESP nº 749.912/PR. 2. Julgamento por decisão monocrática de relator.

Ofensa ao princípio da colegialidade. Não ocorrência. Art. 557 do CPC e art. 34, XVIII, do RISTJ. 3. Crime de sonegação tributária. Dosimetria da pena. Revisão. Impossibilidade. Violação ao art. 59 do CP. Não verificação. Aumento da pena-base inserido no critério da proporcionalidade. 4. Agravo regimental improvido. 1. É pacífico nos Tribunais Superiores o entendimento no sentido de não se aplicar a redutora trazida no art. 115 do Código Penal àqueles que completam 70 (setenta) anos após a prolação da primeira decisão condenatória. Entendimento pacificado no julgamento dos Embargos de Divergência nº 749.912/PR. 2. Nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e do art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental. 3. O Tribunal de origem entendeu devida a exasperação da pena do réu na fração de 1/6 (um sexto), em razão da valoração negativa das consequências do crime, pois o valor dos tributos subtraídos “representa acentuado prejuízo à toda a sociedade, posto que destoa, sim, do padrão de normalidade dos crimes tributários imputados a pessoas físicas”. O aumento de 1/6 (um sexto) insere-se no critério discricionário do órgão julgador, não se revelando desproporcional de modo a ensejar a revisão por esta Corte, sendo que não há uma vinculação direta entre o montante sonegado e o *quantum* a ser estabelecido pelo aumento da pena. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1101928/PR - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze - Fonte: DJe, 02.10.2013).

Inexiste quadrilha com menos de quatro indivíduos

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Tentativa de roubo circunstanciado e quadrilha (artigo 157, § 2º, incisos I e II, e artigo 288 do Código Penal). Alegada atipicidade do delito de quadrilha. Necessidade da associação de mais de três pessoas no bando. Ilícito atribuído a quatro acusados. Absolvção de três deles. Justa causa não configurada. 1. Para a configuração da infração tipificada no artigo 288 do Código Penal, exige-se a presença de pelo menos 4 (quatro) indivíduos, uma vez que o tipo penal prevê que o ilícito resta caracterizado somente quando “mais de três pessoas” associam-se para o “fim de cometer crimes”. Doutrina. Precedentes. 2. No caso dos autos, ainda que exista a suspeita de que outros dois indivíduos compunham a quadrilha integrada pelo recorrente, com a absolvição de 3 (três) dos corréus pela prática do referido delito, não se perfaz o número mínimo de pessoas exigido para a caracterização do ilícito previsto no artigo 288 do Código Penal, motivo pelo qual se revela imperioso o trancamento da ação penal quanto ao crime em questão. Prisão preventiva. Requisitos. Preenchimento. Segurança da aplicação da lei penal. Acusado foragido. Fundamentação idônea e constitucional. Provimento parcial do recurso. 1. A fuga do paciente do distrito da culpa, após o cometimento do delito, é fundamentação suficiente a embasar a manutenção da custódia preventiva, ordenada para assegurar a aplicação da lei penal. 2. Recurso parcialmente provido apenas para determinar o trancamento da ação penal no que se refere ao delito de quadrilha. (STJ - Rec. Ordinário em *Habeas Corpus* n. 37015/PE - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Jorge Mussi - Fonte: DJe, 02.10.2013).

NOTA BONIJURIS: *Sobre o tema explica Rogério Greco: “(...) para efeito de configuração do delito de quadrilha ou bando, o art. 288 do Código Penal exige um número mínimo de quatro pessoas, uma vez que utiliza*

a expressão mais de três pessoas, cuja interpretação, logicamente, nos conduz a um número mínimo de quatro” (Código Penal Comentado. 4a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 759).

Porte de munição de uso permitido desacompanhada de arma é fato atípico

Apelação Crime. Delito de porte de munição de uso permitido. Munição desacompanhada de arma não é capaz de gerar perigo à incolumidade pública. Com o acusado não foi apreendido nenhum artefato apto a detoná-la. Fato atípico. Apelo defensivo parcialmente provido. (TJ/RS - Ap. Criminal n. 70054921259 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Newton Brasil de Leão - Fonte: DJ, 11.09.2013).

Princípio da insignificância é inaplicável ao crime de contrabando

Penal e Processual Penal. *Habeas Corpus*. Contrabando (art. 334, § 1º, c, do CP). Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Necessidade, ou não, da prévia conclusão de procedimento administrativo fiscal antes da propositura da ação penal. Matéria não submetida à apreciação das instâncias precedentes. Supressão de instância. Vedação. Ordem denegada. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. No crime de descaminho, o princípio da insignificância deve ser aplicado quando o valor do tributo sonegado for inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela

Lei 11.033/04, para o arquivamento de execuções fiscais. Todavia, ainda que o quantum do tributo não recolhido aos cofres públicos seja inferior a este patamar, não é possível a aplicação do aludido princípio quando tratar-se de crime de contrabando, tendo em vista que, neste delito, não há apenas uma lesão ao erário e à atividade arrecadatária do Estado, mas também a outros interesses públicos. Precedentes: HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 14.12.12; HC 110.964, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 02.04.12; HC 100.367, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11. 4. *In casu*, conforme decidido pelas instâncias precedentes, a conduta praticada pelo paciente - ingressar no território nacional com 585 (quinhentos e oitenta e cinco) litros de gasolina proveniente da Venezuela, sem recolher aos cofres públicos o respectivo tributo, com o finalidade de revenda - amolda-se ao tipo de contrabando, provocando, além da lesão ao erário, violação à “política pública no país na área de energia, onde são reguladas produção, refino, distribuição e venda de combustíveis derivados do petróleo”. 5. Destarte, em que pese o valor do tributo sonegado ser inferior ao limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela Lei 11.033/04, não é possível aplicar-se o princípio da insignificância, porquanto trata-se de crime de contrabando. 6. A instauração de procedimento administrativo fiscal antes da propositura da ação penal sobre ser ou não necessária não foi submetida à apreciação das instâncias precedentes, razão pela qual é inviável o conhecimento do *habeas corpus* neste ponto, sob pena de supressão de instância. Precedentes: HC 100.616, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 14.03.11, HC 103.835, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 08.02.11. 7. Ordem denegada. (STF - *Habeas Corpus* n. 116242/RR - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luiz Fux - Fonte: DJe, 17.09.2013).

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

Impossível execução de sócio por multa administrativa de empresa sem patrimônio

Execução Fiscal. Multa administrativa. Redirecionamento da execução aos sócios. Impossibilidade. É inviável o redirecionamento da execução fiscal de multa administrativa imposta pelos órgãos de fiscalização do trabalho, a teor do art. 135, inc. III, do CTN, por ser este dispositivo aplicável apenas às execuções fiscais de dívidas de natureza tributária, e não às de natureza administrativa, hipótese dos autos. Recurso de Revista de que não se conhece.

(TST - Rec. de Revista n. 313600-98.2005.5.15.0130 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. João Batista Brito Pereira - Fonte: DJe, 13.09.2013).

Indenização por extravio da CTPS em processo seletivo

Recurso de Revista - Honorários advocatícios - Pretensão de compensação por dano moral decorrente de extravio de CTPS durante processo seletivo - Responsabilidade civil do empregador em fase pré-contratual - Causa oriunda de relação de emprego - Incidência da súmula nº 219 do TST. A presente lide trata de pretensão de compensação por dano moral em decorrência do extravio da CTPS do reclamante em processo seletivo realizado pela reclamada. O evento danoso ocorreu em fase pré-contratual da relação de emprego, que restou frustrada. Portanto, não pairam dúvidas de que a demanda tem origem numa relação de emprego, embora não levada a cabo. Nas causas oriundas da relação de emprego, mesmo que se refiram à fase pré-contratual, a verba de honorários advocatícios continua a ser regulada pelo art. 14 da Lei nº 5.584/70, e a concessão dos honorários não decorre

pura e simplesmente da sucumbência, estando condicionada ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula nº 219, I, e na Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 111700-06.2010.5.17.0010 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - Fonte: DJe, 27.09.2013)

Inexiste aviso prévio quando a contratação do reclamante se deu em cargo comissionado, mesmo quando o ente público adota o regime celetista

Exoneração de cargo comissionado. Regime celetista. Aviso prévio indevido. Segundo entendimento perfilhado por esta Corte, a contratação para o exercício de cargo em comissão, ainda que o ente público adote o regime celetista, não comporta a concessão de aviso prévio, uma vez que os comissionados são demissíveis *ad nutum*. Nesse contexto, o acórdão regional, ao deferir o pagamento de aviso prévio ao reclamante exonerado de cargo em comissão, contrariou o disposto do art. 37, II, da Carta Magna. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 1560-35.2011.5.15.0038 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Dora Maria da Costa - Fonte: DJe, 20.09.2013).

Mediante norma coletiva favorável é possível intervalo intrajornada superior a duas horas

Recurso de Revista. Intervalo intrajornada. Duração superior a duas horas. Fixação por meio de negociação coletiva. Possibilidade. Havendo previsão, em norma coletiva, para a prorrogação do intervalo intrajornada, a decisão que nega validade à avença implica violação do art. 71, “caput”, da CLT. Com a aquiescência das categorias, reputa-se eficaz a ampliação da duração do intervalo para período superior a duas

horas. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 140-24.2012.5.09.0653 - 3a. T. - Rel.: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira - Fonte: DJe, 20.09.2013).

NOTA BONIJURIS: *Art. 71/CLT, caput: “(...) em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas”*

Permanência de comissário de bordo durante abastecimento de aeronave não enseja adicional de periculosidade

Recurso de Revista. Periculosidade. Exposição ao risco. Comissário de bordo. Aeronave. Abastecimento. 1. A permanência do comissário de bordo no interior da aeronave durante o seu abastecimento não configura situação de risco capaz de ensejar o pagamento do adicional de periculosidade. 2. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 1129-58.2010.5.03.0106 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. João Oreste Dalazen - Fonte: DJe, 27.09.2013).

Rastreamento via satélite de caminhão gera o dever de pagamento de horas extras para o motorista

Recurso de Revista. Horas extras. Motorista de caminhão. Atividade externa. Controle da jornada de trabalho. 1. A inserção do empregado nas disposições do art. 62, I, da CLT exige a comprovação de absoluta impossibilidade de controle direto ou indireto da jornada de trabalho realizada externamente. 2. O rastreamento via satélite, diferentemente do tacógrafo, viabiliza o controle da jornada de trabalho do empregado motorista, porquanto se realiza por meio

de aparelho que capta sinais de GPS e permite a transmissão de dados como a localização exata do veículo, tempo no qual ficou parado, bem como a velocidade em que trafega. Precedentes. 3. Recurso de revista de que não se conhece, no particular. Honorários advocatícios. Assistência sindical. Ausência 1. Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, conforme diretriz perflhada na Súmula nº 219, I, do TST, não decorre pura e simplesmente da sucumbência. Tal condenação exige a satisfação dos requisitos da assistência jurídica por sindicato da categoria profissional e da declaração de hipossuficiência econômica. 2. Dessa forma, não subsiste a decisão que defere os honorários de assistência judiciária sem que a parte reclamante esteja assistida pelo sindicato representativo da categoria profissional. 3. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá parcial provimento.

(TST - Rec. de Revista n. 43500-

68.2009.5.04.0292 - 4a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. João Oreste Dalazen - Fonte: DJe, 04.10.2013).

Reconhecimento de vínculo empregatício feito por auditor fiscal do trabalho é legítimo

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Reconhecimento da configuração de vínculo empregatício pelo auditor fiscal do trabalho após a constatação de irregularidade na contratação de trabalhadores. Possibilidade. Invasão de competência da justiça do trabalho. Não ocorrência. Recurso de revista que não merece admissibilidade em face da aplicação das Súmulas nos 126 e 333 desta Corte, bem como porque não ficou configurada, de forma direta e literal, nos termos em que estabelece a alínea “c” do artigo 896 da CLT, a alegada ofensa aos artigos 5º, inciso II, e 114 da Constituição Federal, 3º e 273 da CLT e 151, inciso V, do CTN, pelo que, não infirmados os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revis-

ta, mantém-se a decisão agravada por seus próprios fundamentos. Ressalta-se que, conforme entendimento pacificado da Suprema Corte (MS-27.350/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/06/2008), não configura negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação a decisão do Juízo ad quem pela qual se adotam, como razões de decidir, os próprios fundamentos constantes da decisão da instância recorrida (motivação per relationem), uma vez que atendida a exigência constitucional e legal da motivação das decisões emanadas do Poder Judiciário. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - Ag. de Instrumento em Rec. de Revista n. 8500-49.2006.5.02.0039 - 2a. T. - Ac.

unânime - Rel.: Min. José Roberto Freire Pimenta - Fonte: DJe, 04.10.2013).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos trecho do voto do relator: “O auditor fiscal do trabalho, no desempenho de suas atribuições, não está limitado à mera análise da regularidade formal da documentação dos empregadores, incumbindo-lhe, dentre outras funções, a de verificar o fiel cumprimento da legislação trabalhista, em especial, da obrigação legal de formalização do vínculo empregatício quando constatada a presença dos elementos que o compõem.”*

Recurso com assinatura digital de advogada que não consta da petição é válido

Recurso de Revista. Processo eletrônico. Procedimento sumaríssimo - Recurso ordinário não conhecido porque inexistente. Petição eletrônica. Ausência de identidade entre a advogada que assina eletronicamente e os procuradores que subscrevem a petição. Regularidade de representação. Viola o artigo 5º, LV, da Constituição Federal a decisão que não conhece do Recurso Ordinário da Reclamada, porque inexistente, tendo em vista que o nome da advogada que assinou digitalmente o

recurso não é o mesmo que subscreve a petição. Ora, considerando que a advogada titular da assinatura digital tem poderes para representar a Reclamada, esta deve ser reconhecida como a subscritora da petição recursal protocolada, tendo em vista que, pelo que se infere da lei que regulamenta a informatização do processo judicial, a responsabilidade pelo envio da petição e pelo seu conteúdo recai sobre o advogado que a assina digitalmente. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 297-

05.2012.5.04.0663 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Márcio Eurico Vitral Amaro - Fonte: DJe, 27.09.2013).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Impossível usucapir terra pública

Apelação Cível. Ação de usucapião. Parte da área situada em bem pertencente ao município. Impossibilidade de aquisição pela usucapião. Área remanescente. Descrição. Planta e memorial descritivo. Em que pese a existência de lei municipal, autorizando a desafetação de parte da área objeto desta ação, a desafetação fará com que o bem passe a ser bem público dominical. A impossibilidade de bens públicos sejam comuns, de uso especial ou dominicais tornarem-se objeto de aquisição por usucapião, é inarredável, *ex vi* do disposto nos artigos 183, § 3º e 191, da Constituição Federal e da Súmula 340 do STF. Ao depois, a possibilidade de o autor adquirir a área em decorrência da desafetação para fins de regularização fundiária, por ser ocupante dela, difere da aquisição pela usucapião. No que concerne à área remanescente, oportunizado ao autor a juntada de planta do imóvel, este não atendeu à determinação. O documento acostado aos autos não substitui a planta do imóvel, firmada por profissional competente, que

deve indicar os logradouros que o cercam, a identificação dos imóveis confrontantes e seus proprietários, a discriminação da localização, distâncias e fronteiras do imóvel, correlacionando com as respectivas matrículas. Sentença confirmada. Negaram provimento ao recurso. Unanime.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70045107505 - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Nelson José Gonzaga - Fonte: DJ, 01.10.2013).

Inexiste ofensa à separação de poderes quando o Poder Judiciário efetua o controle de legalidade dos atos administrativos

Direito Administrativo. Concurso público. Preenchimento dos requisitos estabelecidos em edital. Matéria infraconstitucional. Análise da ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo dependente da análise de normas infraconstitucionais e da reelaboração da moldura fática constante no acórdão regional. Eventual violação reflexa da Constituição Federal Não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. Acórdão recorrido publicado em 25.10.2007. O exame da alegada ofensa à Constituição Federal, dependeria de prévia análise de norma infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. O controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao reexame da moldura fática constante no acórdão regional, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

(STF - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 822395/RJ - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Rosa Weber - Fonte: DJe, 02.10.2013).

Pensão por morte de militar rege-se pela lei vigente na data do óbito

Administrativo. Recurso Especial. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Prescrição. Termo inicial. Militar. Pensão por morte. Filho maior de 21 anos. Universitário. Lei vigente ao tempo do óbito. Lei 3.765/60. Prorrogação até os 24 anos de idade. Impossibilidade. 1. A Corte de origem dirimiu a controvérsia de forma clara e fundamentada, embora de maneira desfavorável à pretensão do recorrente. Não é possível se falar, assim, em maltrato ao art. 535, II, do Código de Processo Civil. 2. O termo inicial da prescrição é a data em que suspenso o pagamento do benefício, pois é nesse momento que nasce a pretensão à sua prorrogação. 3. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a pensão se rege pela lei vigente na data do óbito do instituidor. Se o óbito ocorreu na vigência da Lei 3.765/60, a pensão somente é devida ao filho maior do sexo masculino até os 21 anos, não sendo possível sua extensão até os 24 anos, ainda que universitário, previsão que somente passou a vigor com a edição da Medida Provisória 2.131/01. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1405116/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Eliana Calmon - Fonte: DJe, 01.10.2013).

Poder Judiciário pode anular ou reformar sanções aplicadas a servidores públicos

Administrativo. Mandado de Segurança. Adequação da via eleita. Cassação de aposentadoria. Conduta desidiosa. Possibilidade. Razoabilidade e proporcionalidade. Observância. 1. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior, especialmente por sua Terceira Seção, é firme no sentido de que o Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, não se limita a aferir a correção de aspectos formais do procedimento,

podendo anular ou reformar sanções impostas a servidores públicos quando estas contrariem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 2. Os documentos juntados aos autos indicam com clareza, em diversos casos, a existência de conduta desidiosa, violadora de dever funcional. Os repetidos erros, o descaso e o acúmulo de desvios, no caso concreto, caracterizaram a imprudência no desempenho da função pública, justificando a pena de cassação da aposentadoria. 3. A jurisprudência desta Corte Superior está firmada no sentido de que a eventual nulidade do procedimento exige a respectiva comprovação do prejuízo à defesa, sem a qual torna-se aplicável à espécie o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes: MS 13.520/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3S, DJe 02/09/2013; MS 7.681/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, 3S, DJe 5.8.2013). 4. Não serve o mandado de segurança, dada sua natureza cognitiva, para demonstrar a ausência de conduta desidiosa por parte da impetrante. Precedente: MS 8.858/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezini, 3T, DJ 8.3.2004, p. 167. 5. Segurança denegada.

(STJ - Mand. de Segurança n. 12584/DF - 3a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz - Fonte: DJe, 01.10.2013).

Possível incorporação de quintos decorrentes do exercício de função comissionada quando da posse em cargo público anterior à MP 305/06

Administrativo. Incorporação de quintos. Servidores da justiça federal. Posse em outro cargo público. Procurador da Fazenda Nacional. Transposição da VPNI. Possibilidade limitada até a data da publicação da MP 305/06, convertida na Lei 11.358/2006, que instituiu o sistema de subsídio para a carreira de procurador federal. 1. A questão do direito à incorporação dos quintos decorrentes do exercício de função comissionada entre 08.04.1998 e 05.09.2011 já restou pacificada nes-

ta Corte com o julgamento do REsp 1.261.020/CE, submetido ao rito dos recursos repetitivos. 2. A Lei Complementar 73/93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, afirma em seu art. 26, *caput*, terem os membros efetivos da Advocacia-Geral da União seus direitos assegurados pela Lei 8.112/90, a qual, em seus arts. 62 e 62 - A, trata da incorporação de quintos e sua transformação em vantagem pecuniária individual. 3. Não se aplica à hipótese o postulado de o servidor público não ter direito adquirido a regime jurídico, pois no caso a Lei reguladora dos direitos atinentes ao novo cargo também prevê o direito requerido. 4. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1225436/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Eliana Calmon - Fonte: DJe, 01.10.2013).

NOTA BONIJURIS: *Realçamos jurisprudência no mesmo sentido: “Agravamento regimental em recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Incorporação de quintos. Posse em outro cargo público (ingresso na magistratura). Manutenção de pagamento da vantagem pessoal. Transposição do estipêndio obtido na esfera federal para o âmbito estadual. Direito adquirido. 1. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de que o servidor público que incorporou quintos aos seus vencimentos pode continuar a percebê-los após o ingresso na magistratura, não sendo óbice o art. 65, § 2º, da LOMAN, uma vez que não se trata de concessão de vantagem, e sim de manutenção de um direito adquirido. 2. As vantagens pessoais adquiridas em determinado cargo público podem ser transpostas para outro, ainda que vinculado a ente da Federação diverso. Desse modo, é admissível a manutenção de pagamento em âmbito estadual de quintos incorporados na esfera federal. Precedentes. 3.*

Agravamento regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 30.436/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013)”

Quando a administração pública contrata temporários para função de servidor com cargo efetivo é flagrante a preterição de candidato aprovado em concurso público e necessária a nomeação

Direito Administrativo. Contratação de temporários. Candidata aprovada em concurso público. Preterição. Direito à nomeação. Precedentes. Acórdão recorrido publicado em 27.8.2012. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a contratação de temporários para o exercício de atribuições próprias do cargo efetivo, quando existem candidatos aprovados em concurso público vigente, configura preterição na ordem de nomeação e faz surgir para os referidos candidatos o direito à nomeação. Precedentes. Agravamento regimental conhecido e não provido.

(STF - Ag. Regimental no Rec. Extraordinário n. 739426/MA - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Rosa Weber - Fonte: DJe, 03.10.2013).

Reconhecida a repercussão geral que versa sobre a fixação do termo final do direito à paridade remuneratória entre servidores ativos e inativos

Direito Administrativo. Recurso extraordinário. Gratificação de desempenho de atividade técnica de fiscalização agropecuária. GDATA. Termo final do direito à paridade remuneratória entre servidores ativos e inativos. Existência de repercussão geral. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute a fixação do termo final do direito à paridade remuneratória entre

servidores ativos e inativos, prevista no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal. (STF - Rec. Extraordinário n. 662406/AL - Plenário - Ac. unânime - Rel.: Min. Teori Zavascki - Fonte: DJe, 13.08.2013).

TRIBUTÁRIO

Acréscimos financeiros decorrentes da venda a prazo fazem parte da base de cálculo do ICMS

Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Tributário. ICMS. Base de cálculo. Vendas efetuadas a prazo. 3. Inclusão na base de cálculo do ICMS do valor referente aos acréscimos financeiros decorrentes das vendas a prazo. Constitucionalidade. Precedentes. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento.

(STF - Ag. Regimental em Rec. Extraordinário com Agravo n. 760455/SC - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Gilmar Mendes - Fonte: DJe, 02.10.2013).

Contribuinte de direito deve provar que adimpliu o crédito tributário de IPI para o deferimento de compensação ou restituição de tributo indireto

Tributário. Agravamento Regimental no Recurso Especial. IPI. Repetição de indébito. Legitimidade. Comprovação do não repasse da exação. Necessidade. Aplicação do art. 166 do CTN. Precedentes. 1. Cuida na origem de ação pela qual a empresa contribuinte de direito busca a restituição ou a compensação do que teria indevidamente recolhido a título de IPI exigido sobre as despesas de frete e de seguro. 2. “A compensação ou restituição de tributos indiretos (ICMS ou IPI) exige que o contribuinte de direito comprove que suportou o encargo financeiro ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a pleitear a repetição do indébito, nos termos

do art. 166, do CTN” (AgRg no REsp 1058309/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira turma, DJe 14/12/2010). No mesmo sentido: REsp 1.250.232/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/06/2013; AgRg no REsp 1.028.031/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 25/09/2012; AgRg no AgRg no REsp 752.367/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/10/2009. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1233729/SC - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Benedito Gonçalves - Fonte: DJe, 30.09.2013).

Dedução do CSLL da base de cálculo do IRPJ não é possível

IRPJ - Dedução do valor da CSLL da base de cálculo. A jurisprudência do Supremo é no sentido da impossibilidade de dedução, do valor relativo à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ - Recurso Extraordinário nº 582.525/SP, relator ministro Joaquim Barbosa, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 9 de maio de 2013. Agravo - Caráter infundado - Multa. Surgindo do exame do agravo a convicção sobre o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (STF - Ag. Regimental no Rec. Extraordinário n. 451891/PR - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Marco Aurélio - Fonte: DJe, 19.09.2013).

Impossível creditamento de IPI na compra de matéria-prima para fabricação de produto isento anterior à Lei 9779/99

Tributário. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. IPI. Creditamento. Aquisição de matéria-prima e insumos tributados. Produto final isento. Período anterior à vigência da Lei 9.779/99. Impossibili-

dade. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 562.980, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJe de 04/09/2009, tema 49, sob o regime do art. 543-B do CPC (repercussão geral), assentou o entendimento de que não há, nas operações anteriores à vigência da Lei 9.779/99, direito ao creditamento do IPI pago na aquisição de matéria-prima e insumos utilizados na fabricação de produtos isentos. 2. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.

(STF - Embs. de Declaração no Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 692786/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Teori Zavascki - Fonte: DJe, 19.09.2013).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos jurisprudência sobre o tema: “IPI - Creditamento - Isenção - Operação anterior à lei nº 9.779/99. A ficção jurídica prevista no artigo 11 da Lei nº 9.779/99 não alcança situação reveladora de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI que a antecedeu (Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 562.980, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJe de 04/09/2009)*

Incidência de contribuição previdenciária sobre 13º salário

Tributário. Contribuição previdenciária. Incidência sobre gratificação natalina. Possibilidade. 1. A gratificação natalina, por ostentar caráter permanente, integra o conceito de remuneração, sujeitando-se, conseqüentemente, à contribuição previdenciária. A Lei 8.620/1993, em seu art. 7º, § 2º, autorizou expressamente a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor bruto do 13º salário. 2. Agravo Regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 343983/AL - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 04.10.2013).

Multa fiscal de 100% sobre o valor do tributo é confiscatória

Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Tributário. Multa fiscal. Percentual superior a 100%. Caráter confiscatório. Alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Inexistência. Agravo improvido. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. II - A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. III - Agravo regimental improvido.

(STF - Ag. Regimental em Rec. Extraordinário n. 748257/SE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Ricardo Lewandowski - Fonte: DJe, 20.08.2013).

Somente o proprietário ou o possuidor do imóvel são sujeitos passivos da obrigação tributária do IPTU

Execução Fiscal. IPTU. Legitimidade passiva. O sujeito passivo da obrigação tributária do IPTU é o proprietário ou o possuidor que pode ser proprietário da coisa. Artigo 34 do CTN. Hipótese em que o executado não era mais proprietário do imóvel tributado à época dos fatos geradores, tendo promovido o registro do contrato de compra e venda no Ofício Imobiliário. Recurso provido.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70055357347 - 22a. Câ. Civ. - Dec. monocrática - Rel.: Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza - Fonte: DJ, 03.10.2013).

NOTA BONIJURIS: *Art. 34/CTN: “Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.”*

INSTITUIÇÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE DETERMINADOS FONOGRAMAS E VIDEOFONOGRAMAS MUSICAIS

Emenda Constitucional nº 75, de 15 de outubro de 2013

Acrescenta a alínea *e* ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso VI do art. 150 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido da seguinte alínea *e*:

"Art. 150.....

VI –

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes

materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

....." (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 15 de outubro de 2013.

Mesa da Câmara dos Deputados
Deputado HENRIQUE EDUARDO ALVES
Presidente
Deputado ANDRÉ VARGAS
1º Vice-Presidente
Deputado FÁBIO FARIA
2º Vice-Presidente
Deputado MÁRCIO BITTAR
1º Secretário
Deputado SIMÃO SESSIM
2º Secretário
Deputado MAURÍCIO QUINTELLA LESSA
3º Secretário
Deputado ANTONIO CARLOS BIFFI
4º Secretário

Mesa do Senado Federal
Senador RENAN CALHEIROS
Presidente
Senador JORGE VIANA
1º Vice-Presidente
Senador ROMERO JUCÁ
2º Vice-Presidente
Senador FLEXA RIBEIRO
1º Secretário
Senadora ANGELA PORTELA
2ª Secretária
Senador CIRO NOGUEIRA
3º Secretário

(D.O.U. de 16.10.2013, col. I, p. 5)

Tribunal de Justiça do Paraná

Súmula 46 **Recurso adesivo**

É cabível a interposição de recurso adesivo pela parte vencedora questionando os honorários advocatícios fixados na sentença de procedência da pretensão do recorrente.

Súmula 45 **Direitos individuais homogêneos**

Tratando-se de direitos individuais homogêneos afetados em âmbito nacional, não incide a restrição territorial prevista no art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Lei n. 9.494/97.

Súmula 44 **Instituição financeira**

A cobrança de tarifas e taxas pela prestação de serviços por instituição financeira deve ser prevista no contrato ou expressa e previamente autorizada ou solicitada pelo correntista, ainda que de forma genérica.

Súmula 43 **Exibição de documentos bancários**

Em sede de exibição de documentos bancários, não basta a mera menção do CPF ou CNPJ do titular para comprovação da relação jurídica com a instituição financeira, devendo o autor instruir a inicial com indício de prova documental da existência da relação jurídica entre as partes.

Súmula 42 **Honorários periciais**

O ônus do adiantamento dos honorários periciais na segunda fase da ação de prestação de contas é daquele que requereu a realização da prova ou da parte autora, quando determinado de ofício pelo juiz.

Súmula 41 **Curador especial**

É inexigível, da parte autora, a antecipação dos honorários do curador especial.

Súmula 40 **Relação de consumo**

Em se tratando de relação de consumo, a natureza jurídica da competência é absoluta, vedado o reconhecimento de ofício em desfavor do domicílio do consumidor.

Súmula 39 **Abono de permanência**

O direito à percepção do abono de permanência pelo servidor que permanecer em atividade se constitui imedia-

tamente ao implemento das condições referidas pelo art. 40, §19 da Constituição Federal, independente de requerimento.

Súmula 38 **Ação coletiva e direitos homogêneos**

Nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva envolvendo direitos homogêneos, face a natureza genérica da sentença, somente após a liquidação é possível a incidência de multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil”.

Súmula 37 **Imóvel financiado pelo SFH**

O cessionário de direitos sobre imóveis financiados pelo SFH possui legitimidade ativa para discutir em juízo as cláusulas do contrato de financiamento, desde que a cessão tenha ocorrido até 25.10.1996. Após esse período, é necessária a anuência da instituição financeira mutuante, nos termos do artigo 20 da Lei n. 10.150/2000.

Súmula 36 **Apropriação de conta do devedor**

É inadmissível, pela instituição financeira, a apropriação de quaisquer valores de natureza salarial da conta bancária do devedor, exceto quando relativo a empréstimo garantido por margem consignável.

Súmula 35 **Ação de pagamento do DPVAT**

A competência para o ajuizamento da ação de pagamento de seguro DPVAT é restrita aos foros dos locais onde ocorreu o acidente, dos domicílios do autor e da ré, sendo este a sede principal ou o da agência em que foi efetuado o pagamento do seguro obrigatório.

Súmula 34 **Taxa de incêndio**

A taxa de segurança, que corresponde ao serviço de combate a incêndio, quando instituída pelo município, ainda que por intermédio de convênio, é inconstitucional, tendo em vista que a sua criação é de competência tributária exclusiva do estado.

Súmula 33 **Certidão negativa de antecedentes**

A exigência de apresentação de certidão negativa de antecedentes para renovação da credencial de despachante não fere o princípio constitucional da presunção de inocência – certidão positiva é a circunstância de conde-

nação com trânsito em julgado. Certidão negativa, para todos os fins de direito, inclusive para fins de renovação da credencial de despachante junto ao DETRAN, é toda aquela em que nada conste, como aquela com anotação de inquérito e ação penal sem, ainda, trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção da inocência.

Súmula 32 **Gratificações da Polícia Militar**

As leis estaduais nos 7.637/1982 e 11.366/96 não infringem o princípio da isonomia, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao estabelecer alíquotas diferentes para gratificações relacionadas ao Curso de Oficiais de Administração (COA) e ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (CAO) da Polícia Militar do Estado do Paraná.

Súmula 31 **Nota promissória rural**

Os juros moratórios na nota promissória rural limitam-se ao patamar máximo de 1% ao ano.

Súmula 30 **Invalidez permanente e DPVAT**

Nas hipóteses de invalidez permanente anteriores à Lei n. 11.945/2009, a indenização do seguro DPVAT deverá ser proporcional ao grau do dano sofrido, cuja mensuração carecerá de exame realizado perante o Instituto Médico Legal, ou, em sua ausência, através de perito indicado pelo juízo.

Súmula 29 **Complementação de indenização do DPVAT**

Aos pedidos de complementação de indenização de seguro DPVAT, ainda que relacionados a eventos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 8.441/92, não se aplica a limitação do §1º do art. 7º da Lei 6.194/74.

Súmula 28 **Desapropriação por utilidade pública**

Nas desapropriações por utilidade pública, não obstante o contido no artigo 15, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, exige-se a avaliação judicial prévia ao deferimento na imissão provisória da posse do imóvel.

Súmula 27 **PIS e COFINS**

O recurso interposto em demanda que visa a declaração da ilegalidade da cobrança de tributos (PIS E COFINS) de forma embutida na conta do consumidor, por se tratar de tema relativo à prestação de serviços, deve ser julgado pelas 11a. e 12a. Câmaras Cíveis.

Súmula 26 **Taxa de esgoto**

O recurso interposto em face de decisão proferida em demanda que pretende a restituição dos valores pagos indevidamente pelos consumidores, a título de taxa de esgoto cobrada pela Sanepar, deve ser julgado pela 11a. e 12a. Câmara Cível.

Súmula 25 **Graduação a nível superior**

Os diplomas e certificados expedidos pela VIZIVALI, do “Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil”, ofertado na modalidade a distância, não conferem aos alunos concluintes qualquer graduação a nível superior, senão a necessária capacitação para o melhor exercício de suas atividades docentes.

Súmula 24 **Exame psicotécnico em concurso**

É possível a terceirização do exame psicotécnico em concurso público para Agente Penitenciário do Estado do Paraná, sem que isso implique afronta ao art. 6º, § 2º da Lei Estadual 13.666/02.

Súmula 23 **Mútuo com garantia fiduciária**

O recurso interposto em virtude de sentença que promove a revisão das cláusulas financeiras de contrato de mútuo com garantia fiduciária deve ser julgado pela 17a. e 18a. Câmaras Cíveis.

Súmula 22 **Adjudicação compulsória**

A ação de adjudicação compulsória também denominada ação de outorga de escritura, não apresenta questão domínial a ser dirimida e não foi disciplinada pelo regimento interno, situando-se no âmbito dos recursos alheios à área de especialização.

Súmula 21 **Atos disciplinares militares**

As ações judiciais contra atos disciplinares militares, nos termos da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, devem ser processadas e julgadas perante a Vara da Auditoria da Justiça Militar.

Súmula 20 **Débito tributário**

Em face do regime especial de pagamento introduzido pela Emenda Constitucional n. 62/2009 (art. 97, ADCT), adotado pelo Decreto Estadual n. 6.335/2010-PR, carece

de interesse processual o demandante da compensação de débito tributário com crédito representado por precatório; nas ações em andamento fundamentadas no art. 78 do ADCT, extingue-se o processo sem resolução de mérito (art. 267, VI do CPC).

Súmula 19 **Servidor público papiloscopista**

Os efeitos financeiros da promoção do servidor público (papiloscopista) têm início na data da publicação do respectivo decreto, afastada, nesse aspecto, a disposição contida no Decreto Estadual n. 1.770/2003.

Súmula 18 **Cadastramento de magistrados no Bacenjud**

É obrigatório o cadastramento dos magistrados ao sistema BACENJUD, no escopo de se conferir ao processo executivo maior celeridade e garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Súmula 17 **DPVAT**

O pagamento da complementação no seguro DPVAT pode ser exigido de qualquer seguradora integrante do convênio.

Súmula 16 **Contribuição previdenciária**

Os juros moratórios, em repetição de indébito de contribuições previdenciárias, são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva.

Súmula 15 **Ação civil pública**

Os processos em que se discute a concessão de liminar referente a indisponibilidade de bens em ação civil pública, se faz necessária a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Súmula 14 **Desconto previdenciário**

Os processos em que se discute o desconto previdenciário sobrestado pela ADIN n. 2.189-3, de servidores inativos e pensionistas, assim como a repetição do indébito no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998 e da EC n. 41/2003, devem tramitar normalmente até o julgamento de mérito, sem aguardar o julgamento da referida ADIN pelo Supremo Tribunal Federal.

Súmula 13 **Professores**

Não se exige o curso de especialização para que os professores aposentados na classe “E” nível “5” sejam en-

quadrados na última classe e nível criado pela Lei Complementar n. 77/1996, sobretudo porque o novo diploma legal apenas reclassificou os cargos de carreira, devendo assim ser observados o § 8º, do art. 40, da Constituição Federal (art. 35, § 8º da Constituição Estadual), que estende aos inativos as mesmas benesses concedidas aos servidores da ativa, ao menos àqueles aposentados até a edição da EC n. 41/2003, que modificou a disciplina.

Súmula 12 **Prestação de contas**

Nas ações de prestações de contas, em ambas as fases, é admissível a concessão de medida liminar de natureza cautelar para impedir ou suspender a inscrição do nome do devedor nos cadastros da proteção ao crédito.

Súmula 11 **Procedimento sumário**

A Lei n. 10.444 de 07/05/2002, que deu nova redação ao artigo 275, I, do Código de Processo Civil e alterou o limite legal de adoção do procedimento sumário de 20 para 60 salários mínimos, tem aplicação imediata a todos os recursos pendentes de julgamento no Tribunal de Justiça. A competência recursal caracteriza-se como funcional, absoluta, e, portanto, inderrogável, circunstancia a competência de julgamento de todo e qualquer recurso com o valor da ação até 60 salários mínimos para o Tribunal de Alçada.

Súmula 10 **Supressão de gratificação**

Se o funcionário público não reclamou contra a supressão da gratificação da percentagem fazendária, em decorrência da Lei Estadual n. 5.978, de 1º de agosto de 1969 (art. 57), passados cinco anos prescreve o próprio fundo do direito e não apenas as prestações correspondentes, a teor do Decreto Federal n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Não se pode manter direito à percepção de vantagem concernente à verba fazendária, já que ela foi revogada por lei (Lei Estadual n. 5.978/69, do art. 57) e definitivamente desfeita por preceito constitucional (Constituição Federal de 1967, do art. 196), contra o qual não se pode arguir direito adquirido.

Súmula 9 **Agravo de instrumento**

O recurso cabível da decisão homologatória de simples atualização de conta de liquidação de sentença é o de agravo de instrumento, por não se tratar de ato que ponha termo ao processo (artigos 162, parágrafo 2º e 522, do Código de Processo Civil). É admissível, contudo o princípio da fungibilidade recursal desde que não decorrido o prazo previsto para o recurso apropriado.

Súmula 8

Indenizações para desapropriação

I – As indenizações para desapropriações, equivalentes em ORTNs, com trânsito em julgado, serão convertidas em OTNs. Expedido o precatório, devidamente formalizado, extinguem-se a obrigação de acordo com o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil, com o seu efetivo pagamento;

II – As indenizações estabelecidas em cruzeiros, com trânsito em julgado, serão atualizadas até 28/02/1986, de acordo com a Súmula 561 do Supremo Tribunal Federal, sobre o principal, em suas respectivas parcelas, até as datas dos pagamentos efetuadas, deduzidas as importâncias pagas, também atualizadas. Feita a atualização, será a mesma transformada, definitivamente, na mesma data, em cruzados, nos termos dos decretos-leis n. 2.283/86 e 2.284/86, com equivalência em OTNs. Expedido o competente precatório, extingue-se a obrigação, com o real pagamento, conforme dispõe o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil.

Súmula 7

Lei de Falências

Nos processos regidos pela Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) não se aplicam as disposições da Lei n. 6.899/81.

Súmula 6

Gratificação pela prestação de serviços

A gratificação pela Prestação de Serviços em Regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva, incorpora-se, para todos os efeitos, aos vencimentos, e tem como base de incidência, não só o vencimento básico, como também, os acréscimos constitucionais e demais vantagens pecuniárias percebidas ou perciendas.

Súmula 5

Gratificação de risco de vida e saúde

A absorção da vantagem determinada pelo artigo 57 da Lei Estadual n. 5.978, de 01/08/1969, não importou em revogação ou extinção da gratificação de risco de vida e saúde instituída pelo Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Paraná de 1949 (art. 123, VI, *b*) e

mantida pela posterior legislação. O vigente Estatuto manteve essa gratificação ao mencioná-la no artigo 127, V, e ao estabelecer no parágrafo único do artigo 354 que, até serem expedidos aos atos complementares referidos nos artigos 173 e 354, *caput*, para execução do Estatuto, continuaria em vigor a regulamentação existente anteriormente.

Súmula 4

Juros em ação expropriatória

Nas ações expropriatórias, com a imissão provisória na posse e de desapropriação indireta, são cumuláveis os juros moratórios e os compensatórios, pois os últimos têm finalidade diversa dos primeiros, ou seja, ressarcir o prejudicado pelo não uso da propriedade, durante o período que dela foi privado. Demais disso, tais juros compensatórios não padecem da limitação do artigo 1.063, do Código Civil e devem representar, assim, a melhor taxa do mercado (12% ao ano).

Súmula 3

Imóvel expropriado

Os adquirentes de imóvel indiretamente expropriado, mesmo que a aquisição ocorra posteriormente ao apossamento administrativo, têm direito de pleitear indenização contra o expropriante.

Súmula 2

Interpretação da Lei 3.365/41

Nas desapropriações, aplica-se o artigo 30 da Lei n. 3.365, de 21/06/1941 com a seguinte interpretação:

As custas serão pagas:

1º) pelo autor, se o réu aceitar o preço oferecido;

2º) pelo autor, se o réu recusar o preço oferecido, prevalecendo essa oposição;

3º) em proporção, quando o preço oferecido for recusado, apresentando o réu outro, igualmente, não fixado pela decisão.

Súmula 1

Honorários na desapropriação

Na indenização por desapropriação incluem-se os honorários do advogado do expropriado.

(Fonte: www.tjpr.jus.br/jurisprudencia-sumulas)

SUA EXCELÊNCIA, DEFENSOR PÚBLICO GERAL

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

Quando devemos usar o Vossa Excelência e Sua Excelência ao nos dirigirmos a um Juiz? Reinaldo

Usamos *Vossa Excelência*, *Vossa Majestade*, *Vossa Senhoria*, quando nos dirigimos diretamente à pessoa, quando falamos COM ela. Vejamos o exemplo de um Papa que vem ao Brasil; alguém que o encontre pessoalmente ou escreva a ele, dirá:

–Vossa Santidade nos honra com sua visita.

Já os pronomes de tratamento *Sua Excelência*, *Sua Majestade*, *Sua Senhoria*, etc., são utilizados quando a pessoa está ausente ou quando falamos DELA como terceira pessoa. Exemplos:

Sua Santidade visitou Aparecida do Norte, onde foi recebido por milhares de fiéis.

Sua Excelência [o presidente do Tribunal] não pôde vir hoje. Neste caso, Dr. Luís, Vossa Excelência pode substituí-lo à mesa?

Gostaria de saber o feminino e o plural de Defensor Público-Geral. A meu ver, a resposta é: Defensora Público-Geral e Defensores Público-Gerais. Cristiano M.

Primeiramente, seria melhor escrever Defensor Público Geral,

sem hífen, pois se trata de um defensor público que tem função geral. Observe que no lugar de *geral* poderíamos ter outro adjetivo, como *federal*, usado sempre sem hífen: Defensor Público Federal, ou mesmo Defensor Público Estadual.

O plural de Defensor Público Geral é Defensores Públicos Gerais, forma que se usaria numa frase como: “Os defensores públicos gerais de todo o país se reunirão em Brasília na terça-feira”.

O feminino deve ser Defensora Pública Geral. A dúvida do leitor decorre justamente da inserção do hífen em Defensor Público-Geral, que dá a impressão de estar ali formando um adjetivo composto por *público* e *geral*, cujo plural de fato seria “público-gerais”. No entanto, o nome desse cargo, seja masculino ou feminino, constitui-se de dois adjetivos independentes.

Em outras palavras, a forma hifenizada é errônea porque os dois adjetivos pertencem a regimes diferentes: a pessoa é um defensor público ou uma defensora pública que tem um cargo ou função de direção geral. Como os dois elementos, portanto, não configuram um adjetivo composto, o adjetivo *público* passa para o feminino, concordando com o substantivo *defensora*, e varia no plural para fazer a concordância com *defensores* ou *defensoras*.