

A seção *Doutrina* deste mês de março é aberta com os advogados e professores de direito **Sérgio Augusto Pereira Lorentino** e **Vinicius Pinheiro Marques**, que discorrem sobre a ética entre o ativismo judicial e o estado de exceção. Discutem o fenômeno jurídico do ativismo judicial, suas características, importância dentro do contexto do processo instrumental e da necessidade de dinamismo do Poder Judiciário frente às novas necessidades da sociedade, bem como seus limites jurídicos e éticos, abordando as consequências da exacerbação do ativismo como estado de exceção.

O professor e mestre em direito **Luiz Marcelo Gois** escreve sobre questões polêmicas referentes à participação nos lucros ou resultados. Assevera que tal participação é, atualmente, um decisivo fator de coesão entre capital e trabalho, e o estudo das regras que norteiam este instituto é, ainda hoje, embrionário, talvez pelo fato de que a legislação infraconstitucional sobre o tema sequer tenha completado vinte anos de existência.

Prosseguindo, a professora e pesquisadora **Cecilia Pires** trata da falta de cuidado do Estado com o bem-estar na sociedade civil. Ressalta que a construção de uma espécie de razão ética, na práxis social, requer um avanço no conceito de democracia como organização da vida coletiva, e tal anseio por uma razão ética talvez seja a utopia de um estado ético, cuja conformação possa aliar as relações intersubjetivas com vistas a um desenho da democracia possível.

Elisandra Riffel Cimadon, advogada e mestre em ciência jurídica, e **Aristides Cimadon**, reitor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), tecem anotações sobre a alteração da atividade jurisdicional. Arrazoam que o substancialismo, entendido como a aceitação de diferentes respostas para cada caso em concreto, ajuda a perceber este questionamento e ao mesmo tempo deixa a certeza da mutação constante da atividade jurisdicional, cujos fundamentos variam à medida que o juiz está obrigado a garantir direitos com base em critérios de justiça.

Finalizando a seção *Doutrina*, o advogado e especialista em direito penal **Fernando dos Santos Lopes** pondera sobre o desrespeito à proporcionalidade no direito penal econômico. Argumenta que muitos aplicadores da lei preferem adotar a postura inquisitória – de um Tomás de Torquemada – ao invés de julgar com a sobriedade dos filósofos morais, e que qualquer aplicação de uma pena há de ser fundamentada de modo a demonstrar a adequação da medida – assim como sua proporcionalidade num sentido estrito do termo.

Em *Legislação* transcrevemos o texto da **Emenda Constitucional 77**, de 11 de fevereiro de 2014, que altera a Constituição Federal para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea “c”; e o texto da **Lei 12.955**, de 5 de fevereiro de 2014, que modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

Assentando termos a esta edição, transcrevemos textos de súmulas extraídas da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Boa Leitura.
Equipe Bonijuris

Revista Bonijuris

Ano XXVI | # 604 | Março 2014

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 Ética entre o Ativismo Judicial e o Estado de Exceção**
Sérgio Augusto Pereira Lorentino
Vinicius Pinheiro Marques
- 12 | **Questões Polêmicas sobre a Participação nos Lucros ou Resultados**
Luiz Marcelo Gois
- 23 | **O Não Cuidado do Estado com o Bem-Estar na Sociedade Civil**
Cecilia Pires
- 30 | **Notas sobre a Alteração da Atividade Jurisdicional**
Elisandra Riffel Cimadon
Aristides Cimadon
- 41 | **Os Torquemadas de Hoje e o Desrespeito à Proporcionalidade no Direito Penal Econômico**
Fernando dos Santos Lopes

Acórdãos em destaque

- 43 | STJ | **Min. Sidnei Beneti**
Inexiste abusividade em cláusula que prevê a possibilidade de não renovação do contrato de seguro de vida em grupo
- 45 | STJ | **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**
Se o condomínio tiver ciência da alienação, as despesas condominiais devem ser cobradas do adquirente do imóvel e não do antigo proprietário
- 47 | STJ | **Min. Luis Felipe Salomão**
A denunciação da lide não é obrigatória e sua falta não gera a perda do direito de regresso
- 50 | STF | **Min. Gilmar Mendes**
Exigência de exame criminológico para concessão de comutação de pena configura constrangimento ilegal
- 52 | TST | **Des. José Maria Quadros de Alencar**
Servidor celetista demitido sem motivo durante estágio probatório deve ser reintegrado
- 56 | STJ | **Min. Humberto Martins**
Reconhecimento de suspeição em PAD requer prova de violação da impessoalidade
- 59 | STJ | **Min. Ari Pargendler**
Para fins de ICMS, hospital assume a condição de substituto tributário em relação à última fase do ciclo de comercialização

Legislação

- 79 | **Emenda Constitucional 77/14**
Possibilidade de cumulação de cargo dos profissionais de saúde das Forças Armadas
- Lei 12.955/14**
Prioridade em processo de adoção que envolva criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica

Ementário

- 67 | TJ/RS | **Civil e Comercial**
Des. Paulo Sérgio Scarparo
Ajuizamento de ação revisional não impede a caracterização da mora do autor
- 68 | TJ/SC | **Imobiliário**
Des. Joel Figueira Júnior
Zelador ofendido em condomínio recebe indenização por danos morais
- 70 | TJ/RS | **Processo Civil**
Desa. Elisa Carpim Corrêa
A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício
- 71 | TJ/RS | **Penal e Processo Penal**
Des. Diogenes V. Hassan Ribeiro
Denunciado não deve provar acusações realizadas em interrogatório
- 73 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**
Min. Waldir Oliveira da Costa
Número incompleto na guia DARF não impede admissão de recurso
- 75 | STJ | **Administrativo e Constitucional**
Min. Ari Pargendler
Impossível corte de energia elétrica por débitos pretéritos
- 77 | TJ/RS | **Tributário**
Desa. Marilene Bonzanini Bernardi
Generalidade do fato gerador impede a criação de taxa de limpeza pública

Súmulas em destaque

- 80 | **Súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo (II)**

Não tropece na língua

- 82 | **Maria Tereza de Queiroz Piacentini**
Barra, isto posto, obrigado eu

A ÉTICA ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Sérgio Augusto Pereira Lorentino | sergiolorentino@uft.edu.br

Professor de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT)

e da Faculdade Serra do Carmo (FASEC)

Advogado e presidente da Escola Superior da Advocacia (OAB/TO)

Vinicius Pinheiro Marques | viniciusmarques@uft.edu.br

Professor de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT), da Faculdade de Ciências

Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)

Advogado e membro da Escola Superior da Advocacia (OAB/TO)

Excertos

O papel do juiz ativo é, sem dúvidas, fundamental para que o estado de direito se consolide na prática, uma vez que o normativismo puro não é e nunca foi capaz de se manter vivo face ao avanço dos anseios e dos paradigmas da vida real que vão se sucedendo com o tempo em intervalos cada vez mais angustos

O ativismo judicial violaria o princípio da separação dos poderes, porque operacionalizaria a invasão do juiz, por meio de suas decisões, em setores que cabem, por exemplo, à gestão do Poder Executivo

Se, por um lado o juiz do século XXI não mais pode ser um mero reprodutor da dogmática jurídica (positivista), é de se esperar que esse juiz agora liberto pelo pós-positivismo típico do estado social-liberal cumpra com seu dever dentro de uma postura ética que lhe imponha limites

Introdução

A jurisprudencialização dos conflitos (busca pela justiça formal como meio de solução das lides) se tornou no Brasil uma realidade bem mais concreta após o advento da Constituição Federal de 1988, quando se descortinou como *direito fundamental* de todo o cidadão o *acesso à justiça* para prevenir ou reparar lesão a direito.

Mais que isso, foi conferido ao cidadão meios para que tal direito fosse levado a efeito como a criação, em sede constitucional, da defensoria pública, bem como a ratificação da advocacia, ambos como funções essenciais à administração da justiça.

Paralelamente, o Brasil viveu um momento de crescimento econômico, notadamente após o chamado Plano Real, elevando o poder de compra da população e, de consequência, inserindo-a na condição efetiva e clássica de uma sociedade de consumo por excelência, com acesso a boa parte dos bens e serviços essenciais e não essenciais disponíveis no mercado.

Este eldorado econômico trouxe consigo, no universo dos milhares de relações jurídicas que se implementaram, como era de se esperar, diversos conflitos entre fornecedores e consumidores e, consequentemente uma carga de demandas judiciais até então não experimentadas pela jurisdição brasileira.

Não apenas as ações individuais se proliferaram como também as ações de massa (ações coletivas) decorrentes do próprio consumo massificado.

O Estado, por seu turno, também passou a ser jurisdicionalmente credor de diversas ações tributárias, em sua maioria, bem como sujeito passivo de outras tantas ações decorrentes de lides com seus servidores públicos, aposentados, pensionistas, bem como por terceiros atingidos pelas operações do Estado por seus agentes (responsabilidade objetiva).

Nos juízos trabalhistas também se verificou uma profusão de demandas decorrentes da afirmação de direitos laborais até então previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), ratificados e ampliados pela Constituição Federal.

Disso decorreu que a jurisdição foi acometida por incrível demanda, não estando preparada para responder à altura, com eficiência técnica e temporal necessárias e compatíveis com a nova ordem jurídica.

Na década de noventa seguidas reformas no Código de Processo Civil foram implementadas, e leis procedimentais, como as que instituíram os juizados especiais, vieram a lume, mas nenhuma destas soluções logrou êxito.

Por certo muitas hipóteses de solução foram aventadas, mas nenhuma delas se convolou em solucionar, no plano da concretude, os problemas da jurisdição, que vão

muito além do processo, propriamente dito, mas perpassam a estrutura do Poder Judiciário, a formação positivista dos magistrados e a própria cultura jurídica brasileira (Nalini, 2008).

Especificamente, no que se faz de interesse central ao presente artigo, a postura ética do juiz diante do processo é também retratada como um dos fatores que podem contribuir para a conquista de soluções mais aprimoradas das lides.

Conforme se verá em tópico específico, o juiz, antes vinculado às fórmulas normativas, agora é alçado a uma função mais liberta dentro do processo civil, podendo adotar soluções específicas e voltadas à eficiência da jurisdição, bem como podendo observar as repercussões de sua atuação no meio social em que ela será implementada.

Por outro lado, questiona-se sobre os limites éticos de tal liberdade que se pretende aos magistrados, sobretudo naquilo que concerne à possibilidade de abuso e autoritarismo dentro do processo.

Paradoxalmente, o normativismo processual civil é, ao mesmo tempo, a salvaguarda contra abusos e o entrave à efetividade do processo e da própria jurisdição. É o que **Cássio Scarpinella Bueno** (2010, p. 109) afirma em sua obra ao tratar da dualidade entre segurança jurídica e efetividade, segundo a postura do juiz perante o processo.

Assim, o ativismo judicial, como fator de aperfeiçoamento da jurisdição, surge como uma arma que se materializa na liberdade do magistrado. Tal liberdade, porém, se não balizada pela ética, pode se convolar em autoritarismo, enquadrando esta segunda hipótese como um verdadeiro estado de exceção que deve ser repellido por toda a sociedade.

1. Ativismo judicial

1.1. Conceito

A função clássica, passiva, inerte do juiz (princípios da inércia e da demanda) vem sofrendo grande transformação durante as mutações do liberalismo, tipicamente positivista, para o social-liberalismo, com maior influência do Estado e, portanto, do Estado-juiz, na vida das pessoas e da própria sociedade como um todo.

Desta forma, segundo **Alexandre Garrido da Silva** (1996, p. 56): “O ativismo judicial é percebido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outros poderes. A judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de metacondições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.”

Por certo, o ativismo judicial está diretamente ligado ao rompimento com o positivismo kelseniano, evoluindo para um pós-positivismo, fazendo com que o juiz do estado moderno, fundado na preservação dos interesses individuais em consonância com os da coletividade, tenha que realizar uma tarefa integrativa de construção de soluções jurídicas a partir de diversas fontes, normativas e não normativas, sempre buscando a harmonia da norma com o contexto social onde a sua decisão irá exercer efeitos práticos.

Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 97) discorrendo sobre o papel do juiz na atualidade, afirma categoricamente que: “A função do juiz, já não há mais como esconder esta realidade, é uma atividade criativa. Não ser espera mais do juiz, apenas e tão somente, que ele realize uma reflexão quase-

que-lógica ou quase-que-matemática, sobre dadas premissas para concluir em um ou outro sentido, mas bem diferentemente, de aceitar, na formação das suas próprias premissas e na sua conclusão, elementos diferentes, diversos, não levados em conta na evolução e sistematização do pensamento do direito na primeira metade do século XIX, em especial na era das codificações.”

E conclui seu pensamento retratando o perfil do juiz que passa de mero aplicador da lei a um agente transformador, “de uma atividade de mero *conhecimento* (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passe a uma atividade *criadora-valorativa* (um comportamento ativo), *conscientemente* criadora e valorativa do juiz”.

Em uma sociedade cada vez mais dinâmica, o papel do juiz ativo é, sem dúvidas, fundamental para que o estado de direito se consolide na prática, uma vez que o normativismo puro não é e nunca foi capaz de se manter vivo face ao avanço dos anseios e dos paradigmas da vida real que vão se sucedendo com o tempo em intervalos cada vez mais angustos. Podemos, nesse sentido, tomar como exemplos o Código Civil de 1916, de índole liberalista, individualista, que atravessou todo o século XX, e ainda permaneceu vigente após a nova ordem constitucional brasileira que instituiu um Estado fundado na função social da propriedade e na proteção do Estado ao mais fraco, vindo a ser substituído somente no ano de 2003, com a entrada em vigor do atual Código Civil.

É de se supor que a norma civil vigente após a Constituição de 1988 não guardava com ela relação de harmonia, sendo certo que o magistrado deveria optar

(se esse fosse o caso) por seguir as normas civilistas vigentes ou se observaria o fato jurídico sob uma perspectiva de nova valoração jurídica e social.

Não se trata aqui de dizer que o juiz declararia o direito conforme a constituição, porque isso, por si só, é também normativismo, mas sim observar a norma constitucional como muito mais do que uma mudança do cenário normativo: uma mudança na própria política do Estado, segundo as aspirações do povo.

Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira (2009, p. 204), sobre o conceito de ativismo judicial, discorre: “Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização dos direitos fundamentais. (...) Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista e sua decisão cria a norma adequada para o caso concreto.”

Seguindo esta linha, é possível imaginar que o juiz ativo, para implementar a construção do direito, também pode ser o mesmo juiz que o desconstrói segundo conveniências não legítimas, como por exemplo as conveniências políticas localizadas, as arbitrariedades motivadas por conveniências ou crenças ideológicas, religiosas, raciais, de gênero etc.

Aqui, portanto, leciona **Eduardo Bittar** (2013, p. 199), na linha do pensamento de Aristóteles em *Ethica Nicomachea*, que a ética está nas ações justas ou de justiça que correspondam a virtudes quando implementam condições sociais para que possam ser qualificadas como tais. Afirma que a eticidade da conduta lhe confere esta característica de ser ou não conforme os objetivos sociais.

Portanto, o ativismo não pode ser considerado como valor absoluto ou como uma ferramenta dissociada de seu dever operacional.

As limitações (éticas e jurídicas) devem existir e acontecer na medida certa para o desiderato de que o processo civil seja capaz de fazer justiça, segundo um conjunto harmônico de paradigmas jurídicos e sociais. Aliás, o direito reclama, em todas as suas facetas, por razoabilidade e proporcionalidade.

Sobre isso, **Aristóteles** (p. 119) afirma que: “Em todas as disposições de caráter que mencionamos, assim como em todos os demais assuntos, há uma meta certa a visar, no qual o homem, orientado pela razão, fixa o olhar, ora intensificado, ora relaxado, a sua atividade, no sentido de adotar o meio-termo; e há um padrão que determina os estados medianos que dizemos ser meios-termos entre o excesso e a falta, e que estão em conformidade com a reta razão.”

Portanto, de maneira desmedida, para mais ou até mesmo em diminuta ação, o ativismo judicial violaria o princípio da separação dos poderes, porque operacionalizaria a invasão do juiz, por meio de suas decisões, em setores que cabem, por exemplo, à gestão do Poder Executivo, tal como decidir se determinada obra é ou não necessária em determinado lugar ou momento (juízo de conveniência e oportunidade). Também se poderia cogitar de, em nome do ativismo, o juiz violar diretamente, por omissão ou comissão, preceito legal, inverter ou mudar o sentido da norma, invadindo assim a função legiferante do Poder Legislativo, o que para **Ronald Dworkin** (1999, p. 451), seria o ativismo judicial “uma forma virulenta do pragmatismo jurídico”.

Assim, podemos observar que a razão jurídica, mas também a ética,

são elementos vitais ao tempero do ativismo judicial como ferramenta de apoio à jurisdição e, de consequência, da implementação da justiça.

1.2. Limites

Limitar o ativismo judicial não significa traçar marcos precisos para o agir do juiz, porque isso seria, nada mais nada menos, que novamente impor-lhe amarras, antes mais, agora menos rígidas.

As limitações ao ativismo judicial decorrem, em primeiro plano, da necessidade de se criar não limites objetivos, mas operacionalidade para o ativismo. Assim, o ativismo somente terá lugar se for capaz de realizar o ideal de justiça. Logo, o ativismo somente será considerado legítimo se for útil e necessário ao processo civil em sua missão de instrumentalizar o direito no plano da concretude.

Não se trata, portanto de uma limitação normativa, mas principiológica. **Alexandre de Moraes** (2013, p. 786), propõe de forma brilhante uma solução que parece sinérgica com ideia ora proposta, senão vejamos: “O bom-senso entre a ‘passividade judicial’ e o ‘pragmatismo jurídico’, entre o ‘respeito à tradicional formulação das regras freios e contrapesos da Separação dos Poderes’ e ‘a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade’ deve guiar o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a expressão de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente afastando sua aplicação em questões estritamente políticas.”

Vê-se que a busca pela concretização dos direitos fundamentais é o que determina a legitimidade do ativismo judicial.

Qualquer agir que se situe fora do objetivo do ativismo, fenômeno típico do estado social-liberal, será considerada afronta ao equilíbrio das forças estatais e uma afronta à ordem jurídica constitucional, notadamente a de separação dos poderes.

2. Estado de exceção

Segundo Agamben (2004, p. 11) “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”.

O autor sugere profundas dúvidas sobre como conceituar claramente o que se entende por estado de exceção na medida em que não fica muito clara se esta distinção é política ou jurídica.

Historicamente cita como exemplos de estados de exceção as medidas tomadas na guerra civil norte-americana e a política do nazismo na Alemanha da segunda guerra. Reconhece, todavia, que o caráter beligerante do Estado ou intervenções com o estado de sítio, não são suficientes ou corretas para, por si só, exemplificar o que vem a ser o estado de exceção.

Propõe Agamben (2004, p. 15) que estado de exceção “não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite”. Assim, violação ao estado de direito pode ser entendida como estado de exceção.

Situando tal assertiva à função ativista, notadamente a violação de seus limites, é possível con-

cluir que o agir desmedido do magistrado para além dos objetivos constitucionais abre campo para o arbítrio e para o autoritarismo, um verdadeiro estado de exceção dentro do estado de direito.

Como dentro do estado de direito há delimitações para o agir do Estado em face das suas próprias estruturas, bem como do indivíduo e da sociedade, Agamben afirma categoricamente que o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o *locus* que lhe cabe.

Desta forma, o ativismo judicial que não se enquadra em sua função essencial de afirmação de direitos fundamentais termina por violar uma ordem de poder e de competências definidas, caracterizando-se como um estado de exceção.

Na verdade o ativismo judicial não é o estado de exceção em si, porque a noção de ativismo é compatível com a ordem jurídica, mas sim o abuso de tal mecanismo jurídico-processual o é.

Agamben conclui, portanto que: “O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção isto e, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em

última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e praxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.”

Portanto, o ativismo judicial sem consecução prática de direitos fundamentais não se legitima, sendo considerado estado de exceção pela violação da ordem jurídica.

Podemos também observar que o abuso é preexistente a um desvio ético, porquanto sendo o magistrado conhecedor dos limites de seu agir, notadamente em face dos objetivos a serem perseguidos pela jurisdição na afir-

mação do direito a quem nela se socorre, não é de se olvidar que age fora de suas plataformas valorativas e morais.

Thomas Hobbes (2011, p. 73), em seu clássico “Diálogo entre um Filósofo e um Jurista”, revela com perfeição o que se passa no autoritarismo típico de quem rompe com os limites da ética na atividade jurisdicional, sobretudo no que concerne ao ativismo. Afirma então que “a segurança do povo é a lei suprema; e que a segurança de um povo de um reino consiste na segurança do rei e da força necessária à defesa de seu povo, tanto contra inimigos externos quanto contra súditos rebeldes”.

Mais uma vez, é possível observar que a razoabilidade na dose da autoridade judicial é fator determinante de sua validade ética, não deixando que determinado ato se

O ATIVISMO JUDICIAL NÃO É O ESTADO DE EXCEÇÃO EM SI, PORQUE A NOÇÃO DE ATIVISMO É COMPATÍVEL COM A ORDEM JURÍDICA, MAS SIM O ABUSO DE TAL MECANISMO JURÍDICO-PROCESSUAL O É

transforme em arbítrio ou estado de exceção.

Assim, voltando a Aristóteles e com olhos postos no pensamento de que toda arte ou ação tendem a um bem qualquer (2013, p. 9), imaginamos que a atividade jurisdicional somente tem como escopo a dicção da justiça ao caso concreto.

É certo que a atividade jurisdicional injusta pode também decorrer de um erro não intencional. Mas aqui estamos a considerar o dolo do magistrado que, usando do ativismo judicial que lhe é outorgado pela lei, comete o injusto, através do arbítrio em seu pior sentido. Ora, se o propósito do ativismo é a busca pela justiça, logo todos os atos do juiz devem ser no sentido de maximizar essa busca. Aqui, segundo Aristóteles (2013, p. 9), a busca pelo bem se confunde com a própria busca pela justiça.

Portanto, agir eticamente, ante ao ativismo judicial, é o agir pela busca do bem da justiça. Para Aristóteles, a atividade virtuosa se conforma quando há necessariamente um agir, um agir bem (2013, p. 13).

Para a ética Aristotélica, além da busca pelo bem, no caso presente, a própria ideia de justiça por meio do ativismo judicial, é necessário virtudes morais e instituais (2013, p. 31). Nelas podemos associar o juiz em quem as virtudes morais são alcançadas com a prática, com a vivência. É preciso, pois, que os juízes sejam maleáveis às mudanças sociais, porque,

principalmente entre os mais velhos, já não se compatibilizam os valores liberalistas e positivistas que os limaram com os valores sociais imperativos dos dias atuais. Se o ativismo se implementar com anacronia, o ideal de justiça não se revelará. Por outro lado, o das virtudes intelectuais, está o juiz que promove constantes estudos da doutrina, das leis e das jurisprudências, mantendo-se ativo e atual em face do conhecimento que lhe é exigido para a tarefa jurisdicional.

Com efeito, os valores morais e intelectuais são pressupostos de um ativismo judicial responsável e seguro.

Assim, o juiz moralmente edificado é corajoso, nem medroso, nem confiante em excesso (2013, p. 59). Tem temperança, porque é comedido e controla os instintos.

É liberal, porque dá na medida certa, nem pouco, nem muito, mas na medida certa (2013, p. 39). Tem magnificência, porque não vulgariza, nem amesquinha seu poder ativo (2013, p. 79). Tem justo orgulho, na medida em que é consciente de seu valor e não abusa dessa qualidade. Prefere o anonimato, porque o excesso seria a ambição. É calmo, porque o excesso seria a cólera e a deficiência a pacatez (2013, p. 86). É verdadeiro, porque o excesso seria a jactância e a falta a falsa modéstia. É espirituoso, é o meio-termo na aprazibilidade no proporcionar divertimento. O excesso é a deficiência, a rusticidade. É amável, nem obsequioso, nem lisonjeiro.

É modesto. Nem acanhado, nem despuddorado. Tem justa indignação, sem ser invejoso ou despeitado e por fim, é justo, porque é proporcional (2013, p. 100).

Nessa particular virtude de justiça, afirma **Aristóteles** (2013, p. 106) que: “a justiça é uma espécie de meio termo mas não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque ela se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, ao passo que a injustiça, se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo que se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que quando se trata de distribuir, quer entre si mesmo e outra pessoa, quer entre duas outras pessoas, não dá mais do que convém a si mesmo e menos do que convém ao seu próximo (e de maneira análoga no que diz respeito ao que não convém) e sim dá o que é igual de acordo com a proporção, agindo da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas ou mais pessoas. (...) Por essa razão, injustiça é o excesso ou falta”.

Já as virtudes intelectuais (2013, p. 226) podem ser observadas a partir do conhecimento científico, porquanto o juiz deve demonstrar com esmero as bases científicas (do direito e das ciências que lhes são afetas) com que se utiliza para as decisões. Deve também demonstrar arte no sentido de bem erigir, sob a lógica do conhecimento científico, as soluções adequadas para cada caso. A sabedoria prática também compõe o intelecto e se identifica com a experiência e a vivência, pressupostos de uma decisão harmônica com o tempo e o modo de viver e de ser da sociedade e dos homens que a integram. A razão intuitiva, ou seja, o conhecimento do princípio de onde parte a ciência e a sabedoria teórica, que vem a ser a

**RAZOABILIDADE
NA DOSE DA
AUTORIDADE
JUDICIAL É FATOR
DETERMINANTE
DE SUA VALIDADE
ÉTICA, NÃO
DEIXANDO QUE
DETERMINADO ATO
SE TRANSFORME
EM ARBÍTRIO
OU ESTADO DE
EXCEÇÃO**

junção da razão intuitiva com o conhecimento técnico.

Por certo, ao juiz ativo impõe-se a medida da razoabilidade e da proporcionalidade, porque todos os elementos morais constitutivos da ética se baseiam em tais postulados.

O poder outorgado pelo ativismo judicial ao juiz determina-lhe, por certo, grandes responsabilidades e moderação no uso das ferramentas que lhe são próprias.

Ora, o ideal buscado pelo ativismo não é outra coisa senão a justiça. Portanto, é ela, o fim, quem determina a linha que delimita o estado de direito (ativismo judicial) ou o estado de exceção (violação da ordem).

Conclusão

O ativismo judicial é fenômeno típico do Estado social-liberal, na medida em que impõe ao poder jurisdicional a intervenção no domínio privado de forma a promover, por meio do processo jurisdicional, os objetivos fundamentais de uma sociedade justa e de relações sociais fundadas no equilíbrio e na equivalência material.

Por ativismo judicial é possível entender a atuação do magistrado de forma a situar suas decisões de maneira integrativa com a sociedade e com o fomento dos direitos fundamentais, tendo o magistrado papel atuante na observação do fenômeno social e, de consequência, podendo adequar a realidade jurídico-normativa de forma a atender aos objetivos da sociedade e do estado de direito onde está inserido.

O ativismo judicial deve ter limites e somente ser levado a efeito quando identificada a necessidade de agir dentro de “uma referência real”, como sugere Agamben, sob pena de convolar-se em

poder de arbítrio e autoritarismo do magistrado, um verdadeiro estado de exceção.

Assim, fazer justiça dentro de uma equação jurídico-social é objeto do ativismo judicial, fora do que enquadra-se como abuso de direito e desvirtuamento da ordem jurídica.

A filosofia de Aristóteles bem se aplica ao cenário atual, na medida em que se harmoniza com o problema do ativismo judicial, ou, mais precisamente, com o exagero no uso de tal ferramenta jurisdicional.

Por certo, os limites éticos delineado por Aristóteles contemplam as hipóteses de requisitos viáveis ao controle ou mesmo à criação de pressupostos seguros para se aferir até onde pode ou não pode ir o magistrado na sua missão ativista tão reclamada pelo direito moderno.

Se, por um lado o juiz do século XXI não mais pode ser um mero reproduzidor da dogmática jurídica (positivista), é de se esperar que esse juiz agora liberto pelo pós-positivismo típico do estado social-liberal cumpra com seu dever dentro de uma postura ética que lhe imponha limites.

Na verdade, o ativismo judicial, para o juiz moderno, é um agir para dentro de si mesmo buscando respostas para tentar compreender a dimensão de seus atos em relação aos valores que estarão presentes em suas virtudes morais e intelectuais ou nas virtudes morais e intelectuais que sejam aptas a produzir ações (decisões) capazes de cumprir o ideal da atividade jurisdicional, que não é outra senão a própria justiça.

Assim, é impossível não retornar a Aristóteles, nos primórdios de sua obra *Ética a Nicômaco*, para dela retirar que “Toda arte e toda investigação, bem como toda

ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tentem”.

O ativismo, portanto, tende à justiça. Toda ética do juiz deve levar a este desiderato. ■

Referências

AGAMBEN, Giorgio, 1942-*Estado de exceção*/Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito: O que é o direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Maria Cecília Máximo Teodoro. *Crise do Estado social e o papel do juiz na efetivação de direitos trabalhistas*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-21062011-154129/>>. Acesso em: 2013-07-19.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Milenium, 2008.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996, p. 56-57.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011.

QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS

Luiz Marcelo Gois | lmg@bmalaw.com.br

Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP) e especialista em Direito Civil-Constitucional (UERJ)

Professor de Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior

Excertos

O único tributo devido por força da distribuição de lucros ou resultados é o imposto de renda a cargo do empregado, que o empregador deve reter na fonte quando efetua o pagamento do benefício

O instituto da participação nos lucros ou resultados é reflexo do momento expansivista de direito do trabalho, em que prevalece um espírito integrativo do trabalhador ao seio da empresa, de quem se exige um efetivo compromisso com sua função social

O que distingue a participação nos lucros ou resultados de um simples prêmio ou gratificação pelo alcance de metas é justamente o caráter negocial do PLR

Normalmente, os bônus (que são pagos por meio de programas de participação nos lucros e resultados) são extremamente agressivos, e seus montantes ficam próximos (quando não superam) ao somatório dos salários mensais pagos pelo empregador ao longo do ano

Introdução

O direito do trabalho tem impresso no seu DNA a luta da classe trabalhadora na busca de melhores condições de vida. Justiça social, melhor divisão de riquezas e proteção à dignidade do trabalhador são propósitos ínsitos à disciplina, os quais inspiraram seu nascimento, desenvolvimento e consolidação.

O passar dos anos fez com que os ordenamentos jurídicos mundiais comesçassem a aderir a este ideal de defesa do trabalhador e editassem, aqui e ali, regramentos voltados à sua proteção. Em um primeiro momento – de nascimento do direito do trabalho –, surgiram simples normas assecuratórias do básico de dignidade para o empregado, a exemplo de um salário mínimo, da limitação da jornada de trabalho e da garantia de um repouso semanal.

Daí se evoluiu, a partir da consolidação do direito do trabalho como disciplina jurídica, para normas mais sofisticadas que almejavam já não apenas garantir um mínimo, mas sim uma melhora na situação socioeconômica do trabalhador.

Mais modernamente, prega-se, na terceira fase da disciplina, um maior envolvimento do empregado no cotidiano do capital, a partir da “democratização” do ambiente de trabalho.

Não se trata de transferir para os trabalhadores o poder diretivo empresarial (ou, menos ainda, o risco do empreendimento), mas, antes, permitir que estes se façam escutar em certos atos decisórios que lhes digam respeito de forma mais próxima. Abandona-se, dessa forma, a figura da empresa como sendo o ente “ego-ísta” (alheio aos anseios daqueles que fazem parte de seu cotidiano), exigindo-se dela uma postura “altro-ísta”, preocupada com o impacto social de sua atuação¹.

Dentro desta perspectiva contemporânea, abraçada pelo espírito constitucional brasileiro², o lucro e a proteção à propriedade privada, passam a se justificar na medida e proporção em que a empresa observe sua função social³, a qual impõe, de acordo com o art. 186, IV, da Constituição Federal, o favorecimento simultâneo do bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

É dentro deste contexto que se insere o instituto da participação dos lucros ou resultados, existente no Brasil desde a Constituição Federal de 1946, mas apenas efetivamente tutelado por meio de legislação ordinária a partir de 1994. Seu espírito de integração entre capital e trabalho reflete a opção do ordenamento brasileiro por esta vertente mais moderna do direito do trabalho, de romper com a visão essencialmente antagonista entre capital e trabalho para buscar a convergência entre ambos, em prol de um ambiente de trabalho mais democrático e participativo.

Passados quase vinte anos da edição do primeiro diploma infraconstitucional a respeito, foi possí-

vel observar alguns temas que suscitaram maiores questionamentos no âmbito da aplicação de planos de participação nos lucros ou resultados e que, por isso, desafiaram de forma mais intensa o pronunciamento de nossos tribunais trabalhistas.

Nossa proposta, com o presente estudo, não é esmiuçar todas as regras aplicáveis à participação nos lucros e resultados – atualmente previstas na Lei 10.101/00. Tampouco temos a intenção de fazer um estudo histórico sobre as origens do instituto. O que faremos nas próximas linhas é identificar os principais requisitos de validade dos planos de participação nos lucros ou resultados (PLR) previstos na lei, percorrendo os pontos mais controvertidos referentes a cada um deles. Feito isso, poderemos nos debruçar sobre duas questões mais sensíveis que mais recentemente desafiaram o pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho, a saber: a obrigatoriedade do pagamento proporcional aos empregados desligados no curso do ano e a ultratividade de planos de PLR negociados por meio de normas coletivas de trabalho.

Regramento legal

Como visto, o instituto da participação nos lucros ou resultados é reflexo do momento expansivista de direito do trabalho, em que prevalece um espírito integrativo do trabalhador ao seio da empresa, de quem se exige um efetivo compromisso com sua função social.

Nesta linha, a relação antagônica antes existente entre capital e trabalho dá espaço para um viés integrativo e colaborativo entre eles.

Assim é que, ao se oferecer parte dos lucros aos trabalhadores, cria-se um incentivo a que eles se envolvam com o negócio desenvol-

vido pela empresa e se preocupem em trabalhar com afinco para que o empreendimento atinja resultados positivos. Afinal, quanto melhor a performance do empreendimento, mais resultados haverá disponíveis para distribuição.

Cria-se, assim, um ponto de convergência entre os interesses de patrão e empregado: o sucesso do empreendimento. Daí ser correta a afirmação de que a participação dos empregados nos lucros ou resultados “traduz um instrumento de integração entre capital e trabalho, além de ser um incentivo à produtividade”⁴, sendo igualmente relevante a observação de Mozart Victor Russomano quando, em seus *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, assevera que a participação nos lucros ou resultados é “um fator de coesão entre as duas classes, pelo qual se pode chegar à paz coletiva”⁵.

Foi com este espírito de incentivar o trabalhador a “passar a participar da vida e do desenvolvimento da empresa, de maneira a cooperar com o empregador no desenvolvimento da atividade deste”⁶, que foi editada a Lei 10.101/00, que atualmente tutela a participação nos lucros ou resultados em nosso país.

Com a promulgação do diploma em questão – editado após sucessivas medidas provisórias tratando do tema – estava criada a “lei” a que alude a parte final do art. 7º, XI, da Constituição Federal, quando arrola a participação nos lucros ou resultados como um direito fundamental dos trabalhadores.

Desvinculação da remuneração

A Constituição prevê que as quantias distribuídas aos empregados a título de lucros ou resultados são desvinculadas da remuneração, o que, basicamente, significa

que aquilo que é pago por meio de planos de participação nos lucros ou resultados não constitui base para recolhimento de FGTS e não é considerado pelo duodécimo para cálculo de férias, 13º salário, adicionais legais e horas extras. Esta realidade é reforçada pela redação do *caput* do art. 3º da Lei 10.101/00.

Diante da ausência de natureza remuneratória, os valores distribuídos aos empregados a título de PLR tampouco integram o salário de contribuição para o INSS, conforme prevê, inclusive, o art. 28, § 9º, *j*, da Lei 8.212/91. Assim, nem empregadores nem trabalhadores sofrem incidência de contribuição previdenciária sobre aquilo que é distribuído a título de lucros ou resultados.

O único tributo devido por força da distribuição de lucros ou resultados é o imposto de renda a cargo do empregado, que o empregador deve reter na fonte quando efetua o pagamento do benefício. No entanto, mesmo com relação a este encargo percebe-se a preocupação do legislador em desonerá-lo, conforme se viu a partir da edição da Lei 12.832/13, que alterou os parágrafos 5º e seguintes do art. 3º da Lei 10.101/00 no tocante ao tema.

Entretanto, para que as parcelas distribuídas aos trabalhadores a título de lucro ou resultado efetivamente não tenham caráter remuneratório – e, assim, não reflitam em verbas trabalhistas e previdenciárias – é necessário que elas decorram de um plano construído em conformidade com as regras da Lei 10.101/00, como exigem o art. 7º, XI, da Constituição Federal, e o art. 28, § 9º, *j*, da Lei 8.212/91.

No particular, a Lei 10.101/00 estabelece requisitos *formais* e requisitos *materiais* para que um plano de PLR seja válido – e, con-

sequentemente, opere-se a desonegação trabalhista e previdenciária tratada acima.

Entre os principais requisitos que dizem respeito à *forma* de constituição do plano estão: (a) ser elaborado a partir de um processo de negociação entre empregador e empregados, com intermediação sindical (art. 2º); (b) ser negociado antes do período de apuração dos resultados (art. 2º, § 1º, II) e (c) ser arquivado no sindicato profissional (art. 2º, § 2º).

Com relação aos requisitos *materiais* – que se referem ao conteúdo do plano – destacam-se: (a) necessidade de se contemplar regras claras, objetivas e mensuráveis pelo trabalhador (art. 2º, § 1º); (b) proibição de pagamento em substituição ao salário (art. 3º, *caput*) e (c) impossibilidade de mais de dois pagamentos no mesmo ano civil e com periodicidade inferior a três meses entre eles (art. 3º, § 2º).

A seguir detalharemos cada um dos requisitos em questão.

Requisitos formais Negociação com intermediação sindical

O que distingue a participação nos lucros ou resultados de um simples prêmio ou gratificação pelo alcance de metas é justamente o caráter negocial do PLR. Nos prêmios, o empregador estabelece vertical e unilateralmente as metas que, se alcançadas, dão ensejo a determinado pagamento. Já na participação nos lucros ou resultados, os indutores do pagamento são definidos a partir de um processo horizontal de negociação entre patrão e empregados. Ambas as partes definem, em conjunto não só as metas que, se atingidas, dão direito à PLR, mas também os próprios valores a serem distribuídos e a forma de distribuição a cada trabalhador.

O requisito da existência de negociação está previsto no art. 2º da Lei 10.101/00, que estabelece dois formatos pelos quais ela pode ser encetada: mediante tratativas diretamente com o sindicato profissional (via convenção ou acordo coletivo de trabalho) ou por meio de negociação com uma comissão paritária, constituída no âmbito da empresa, da qual deve participar um membro indicado pelo sindicato.

O primeiro formato não suscita maiores dúvidas. Manifestada a vontade de criação de um programa de PLR pelo empregador (ou reivindicado este pelos trabalhadores), o sindicato é chamado (seja pela empresa, seja por seus empregados) para dar início ao processo de negociação coletiva. Convoca-se a assembleia dos trabalhadores interessados, votam-se propostas e, ao final do processo previsto nos arts. 612 e seguintes da CLT, formaliza-se o plano por meio da celebração de um acordo coletivo de trabalho. Naturalmente, também é possível que a participação nos lucros ou resultados seja inserida no âmbito de uma negociação coletiva entre sindicatos patronal e profissional, hipótese em que o plano de PLR será criado via inserção de uma cláusula em uma convenção coletiva de trabalho.

A segunda modalidade de negociação do plano de PLR já dá ensejo a alguns debates. Trata-se da negociação intramuros, diretamente entre empresa e empregados.

Até a entrada em vigor da Lei 12.832/13, a Lei 10.101/00 previa que os empregados deveriam escolher uma comissão que seria constituída com a incumbência de negociar com o empregador as regras do plano de PLR. Tal comissão era composta apenas de empregados.

Com o advento da Lei 12.832/13, a redação do art. 2º, I, da Lei 10.101/00 foi alterada e, assim, esta comissão passou a ser “paritária”, o que, na prática, significa que, além dos representantes escolhidos pelos trabalhadores, o empregador tem direito a indicar igual número de representantes para dela participarem. Será no âmbito das reuniões dessa nova comissão que serão negociados os termos, metas, prazos e valores que comporão o plano de PLR da empresa. Tendo em vista a inexistência de vedação legal, os representantes do empregador não necessitam ser empregados (como se faz necessário, por exemplo, no caso das comissões internas de prevenção de acidentes); eles podem ser administradores ou mesmo sócios da empresa.

Justamente a fim de que seja assegurado o processo democrático de escolha das métricas do plano de PLR e para que não haja imposições ou coações por parte dos representantes do empregador nessa comissão, a Lei 10.101/00 exige que dela participe também um membro do sindicato profissional, que deve ser convocado para todas as reuniões em que serão discutidos os termos do plano.

Há posicionamento doutrinário no sentido de que a ausência injustificada do representante sindical às reuniões de negociação não inviabiliza o prosseguimento das tratativas para criação do plano⁷. Contudo, a nosso ver, muito embora não se esteja tratando de uma negociação coletiva de trabalho *stricto sensu*, a presença do sindicato é necessária para assegurar a transparência da negociação encetada. Há, afinal de contas, uma negociação coletiva *lato sensu* no âmbito da empresa, pois o resultado dos trabalhos da comissão paritária impactará a coletividade de

empregados da empresa. Por esta razão, parece mais sensato que a comissão paritária observe, por analogia, a regra do art. 617, § 1º, da CLT, convocando a federação a destacar um representante para compor a comissão – caso o sindicato não mande um representante às reuniões – e, sucessivamente, a confederação. Apenas no silêncio destes dois entes estariam as partes autorizadas a seguir em frente sem a presença de um membro vinculado à entidade sindical.

Não há previsão legal acerca da quantidade de membros da comissão paritária. Por esta razão, cada empresa pode definir a quantidade de representantes de trabalhadores adequada a representar a coletividade dos seus empregados. Naturalmente, seria recomendável – dentro da perspectiva democrática inerente à PLR – que um critério de proporcionalidade fosse observado, assegurando-se um número de cadeiras suficiente para que cada setor da cadeia produtiva empresarial possa ser representado por um empregado na comissão.

Não há previsão de suplentes para tal comissão, muito embora as partes possam, se quiserem, optar por tê-los.

Representantes dos empregados nesta comissão não são detentores de estabilidade provisória, por ausência de previsão legal.

A última discussão que surge no tocante à composição da comissão paritária é a forma de escolha dos representantes dos trabalhadores. Alguns auditores-fiscais do INSS, ao fiscalizarem empresas que instituíram planos de PLR, exigem prova de ter havido uma *eleição* entre os empregados e que tenha sido dada oportunidade que todos os interessados se candidatem para as vagas da comissão paritária.

Entretanto, o art. 2º, I, da Lei 10.101/00 utiliza a expressão “co-

missão paritária *escolhida* pelas partes”. Caso o legislador quisesse que a indicação de membros para a comissão fosse feita por meio de processo eleitoral, certamente teria optado pela expressão “*eleita* pelas partes”, de modo que as autuações de empresas com base no fato de membros dessa comissão não terem passado pelo crivo de eleição parecem-nos violar o princípio da legalidade (art. 5º, II, Constituição Federal).

Assim, os trabalhadores podem utilizar outras formas de escolha de seus representantes que não a via eleitoral, a exemplo da delegação da nomeação de seus membros em favor de outros órgãos, como o sindicato ou a CIPA.

Antecedência na negociação das metas

O segundo requisito de validade dos planos de PLR é que as metas nele estipuladas sejam fixadas com antecedência à sua apuração (art. 2º, § 1º, II, parte final, Lei 10.101/00).

Se o objetivo da participação nos lucros ou resultados é justamente proporcionar a integração entre capital e trabalho, contemplando o pagamento de uma recompensa aos empregados quando seu esforço ao longo de determinado exercício consegue fazer com que a empresa atinja resultados satisfatórios, é mais que natural que primeiro se defina qual resultado deve ser alcançado, para, em um segundo momento, se verificar se ele foi alcançado pelos empregados (e pela empresa). A *álea*, portanto, é fator inerente e indissociável da PLR, sem a qual sua natureza é desvirtuada.

Dito de outro modo, não é possível se instituir um programa de participação nos lucros ou resultados quando as partes, de antemão, já sabem que determinada meta já

foi alcançada. Fazer isso significa tentar atribuir uma roupagem de PLR a um simples prêmio que o empregador quer pagar a seus empregados, com o propósito fraudulento de retirar a natureza remuneratória de tal verba.

Portanto, a *anterioridade* das metas e indutores é o segundo requisito formal de validade de um plano de PLR, sendo ele inválido se for pactuado *a posteriori*, ou em um momento em que as partes já tenham *certeza* de que as metas serão cumpridas. Caso ele não seja observado, a natureza indenizatória dos pagamentos feitos como decorrência do plano deixa de existir, passando os valores distribuídos a integrar a remuneração dos trabalhadores para todos os efeitos.

Arquivamento do plano na entidade sindical

O terceiro requisito formal de validade de planos de participação nos lucros ou resultados é que ele seja arquivado junto ao sindicato envolvido na sua negociação (art. 2º, § 2º, Lei 10.101/00). Tal requisito tem por objetivo assegurar não só que o sindicato possa efetuar o controle, em favor dos empregados, da observância dos termos pactuados, mas também que ele possa ter um registro histórico das metas e valores distribuídos, de modo a tais informações poderem norteá-lo em negociações em exercícios futuros.

O requisito em questão também objetiva que qualquer trabalhador interessado possa ter acesso ao conteúdo dos planos de PLR, bastando, para tanto, solicitá-lo ao seu sindicato representativo.

Os arquivamentos dos planos de PLR serão feitos mediante simples protocolo, quando resultarem de negociação no âmbito da comissão paritária intramuros. Já nos casos em que o ele é formalizado via

convenção ou acordo coletivo de trabalho, é necessário, adicionalmente ao protocolo junto ao sindicato, o registro do instrumento coletivo por meio do sistema Mediador do Ministério do Trabalho e Emprego⁸.

Requisitos materiais Regras claras, objetivas e mensuráveis

A primeira observação que se faz necessária a respeito do conteúdo material de planos de participação nos lucros ou resultados refere-se aos critérios que as partes podem fixar para justificar a distribuição de valores sob tais rubricas aos trabalhadores.

Muito embora a Constituição Federal use a expressão participação “nos lucros ou resultados”, a Lei 10.101/00 possui uma definição extensiva daquilo que se pode entender como sendo “lucro” ou “resultado”.

Com efeito, um plano pode, perfeitamente, prever que os trabalhadores serão contemplados com certa quantia se a empresa atingir um percentual de lucratividade acima de determinado valor ou em dado percentual superior a anos anteriores. Este seria um clássico exemplo de um plano de participação *nos lucros*.

Entretanto, as partes também podem negociar um plano que contemple distribuição de certos valores aos empregados se a empresa alcançar, por exemplo, um determinado valor a título de receita bruta anual. Neste caso, ainda que este patamar de receita bruta não seja suficiente para que o empregador alcance lucro no exercício, ele estará obrigado a efetuar o pagamento previsto no plano. Trata-se, aqui, de um plano de participação *nos resultados*.

Ocorre que a definição de *resultados* dada pelo art. 2º, § 1º, II, da

Lei 10.101/00 é bastante abrangente. Ele pode dizer respeito ao resultado operacional do empregador, ou as partes podem simplesmente atribuir outros fatores ao “resultado” tais como, por exemplo, a redução de gastos com insumos ao longo do ano, a queda do nível de absenteísmo dos empregados e até mesmo a avaliação que os clientes fazem dos serviços prestados pela empresa⁹. A lei aqui deixa ao total arbítrio das partes a concretização do que querem entender por *resultados* para efeito da fixação das metas e indutores durante a negociação do plano.

Como se vê, o simples fato de um programa de PLR não estar atrelado ao resultado financeiro e operacional da empresa não retira dos pagamentos feitos aos empregados a natureza indenizatória prevista no art. 3º da Lei 10.101/00.

Mais que isso, as partes têm liberdade, ainda, para estabelecer metas distintas de acordo com cada setor da empresa, podendo até mesmo combinar diversos indutores para avaliação dos resultados. Assim, não é difícil imaginar um plano em que haja (i) metas individuais estabelecidas para os empregados (ex.: o trabalhador ter um número inferior a duas faltas injustificadas no ano), (ii) metas setoriais (ex.: o departamento do empregado deve celebrar pelo menos 50 novos contratos ao longo do ano) e (iii) metas corporativas (ex.: a empresa deve ter receita bruta de R\$ 10 milhões ao final do ano); sendo atrelada a distribuição dos resultados ao trabalhador proporcionalmente ao alcance de cada uma das metas inseridas pelas partes no programa de PLR.

Portanto, de acordo com os incisos do art. 2º, § 1º, da Lei 10.101/00, é possível concluir que as partes têm ampla liberdade para desenhar o conteúdo do plano de

acordo com a realidade de cada empresa e segmento de negócio, podendo moldá-lo – qual um terno sob medida – conforme seja necessário ao que se espera do empreendimento durante determinado período de tempo (após o qual haverá a apuração do alcance ou não das metas estabelecidas).

As partes podem, inclusive, estabelecer que determinadas categorias de empregados receberão valores superiores a outras. No particular, Cesarino Junior, muitos anos antes da edição da Lei 10.101/00, já defendia que os níveis menos favorecidos de empregados deveriam receber valores relativamente mais elevados do que os trabalhadores de maior escalão:

“A distribuição da cota-parte global de lucros entre os empregados (...) deve ser feita de maneira a conciliar-lhes os interesses particulares, com os da coletividade e os da produção, dado o caráter eminentemente social do instituto da participação nos lucros.

Assim é que, quanto ao interesse particular do empregado, deve levar em conta o valor de seu salário mensal, a lei deveria estabelecer pesos maiores para os menores salários, tendo em vista ainda o citado caráter social, preocupação dominante em nossa legislação (...).”¹⁰

A única – e primordial – exigência feita pela lei quanto ao conteúdo dessas metas é que elas sejam claras, objetivas e mensuráveis para os trabalhadores (art. 2º, § 1º). Veda-se, assim, que sejam utilizados em planos de PLR critérios subjetivos de aferição pelo empregador, tais como “desenvolvimento pessoal”, “envolvimento com o negócio” e “foco no trabalho”.

A *ratio* por trás desta exigência é simples: evitar colocar exclusivamente nas mãos do empregador a definição de quanto será pago a cada trabalhador.

Isto porque a concretização desses indutores subjetivos – como

os do exemplo acima – caberia apenas ao empregador. Afinal de contas, como avaliar se um empregado teve “desenvolvimento pessoal” durante um dado exercício? Para alguns o mesmo empregado poderá ter se desenvolvido mais, enquanto para outros esse desenvolvimento não será sido nítido. E como determinar se este ou aquele empregado tem mais “foco no trabalho”? Naturalmente, esta tarefa ficaria ao sabor de subjetivismos e preferências tendenciosas do avaliador que, em regra, é o empregador.

Com efeito, ao se exigir a presença de regras claras e objetivas, evita-se que a empresa manipule a avaliação do atingimento dos resultados fixados no plano de PLR, evitando-se, assim, o favorecimento a alguns empregados e o prejuízo de outros. Por este motivo é que não se admite que um programa fixe indutores subjetivos, ainda que conte com a anuência dos empregados e do sindicato profissional.

O mesmo se diga com relação à definição dos valores a serem distribuídos a cada trabalhador como resultado ou lucro: é necessário que os trabalhadores saibam de antemão quanto vão ganhar caso alcancem as metas fixadas no plano. Nesse sentido, a adoção de fórmulas de cálculos complexas e incompreensíveis aos olhos do obreiro para determinar o *quantum* da participação de cada um nos lucros ou resultados parece fazer com que o plano fique em desacordo com as exigências legais.

Como se vê, a intenção da lei é proporcionar que, a partir da análise do plano negociado, os trabalhadores sejam capazes de apreender não só o que precisam fazer para serem mercedores do pagamento de PLR, mas também qual o valor da participação a que terão direito

a título de lucro ou resultado e em que periodicidade.

Ainda quanto ao tema, cabe lembrar que o requisito previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 10.101/00 engloba o direito de os empregados serem informados periodicamente acerca do atingimento (ou não) das metas definidas no plano. Assim, é necessário que o plano de PLR contemple mecanismos para transmissão aos trabalhadores, de tempos em tempos, dos resultados alcançados, seja individual, seja coletivamente.

Não substituição ao salário

A participação nos lucros ou resultados, por definição, representa um pagamento complementar à remuneração dos trabalhadores. Considerando a incerteza sobre o alcance das metas definidas no plano de PLR, seu pagamento não é algo com que os empregados possam necessariamente contar ao final do exercício. Esta realidade é o que reforça a natureza não remuneratória do benefício, prevista na Constituição Federal e na Lei 10.101/00.

De tal lógica extrai-se que a instituição de um programa de PLR não pode servir como justificativa para que a remuneração do trabalhador seja parcialmente reduzida e substituída, naquilo em que foi diminuída, pelo pagamento de lucros ou resultados.

A regra parece óbvia – até mesmo em função do princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, Constituição Federal) –, mas nem sempre o é.

Com efeito, tornou-se prática corriqueira em entrevistas para

emprego – especialmente em instituições financeiras – prometer-se ao candidato um “pacote de remuneração” anual composto de salário básico mensal acrescido de “bônus”.

Normalmente, os bônus (que são pagos por meio de programas de participação nos lucros e resultados) são extremamente agressivos, e seus montantes ficam próximos (quando não superam) ao somatório dos salários mensais pagos pelo empregador ao longo do ano.

Não é difícil perceber que, nestes casos, as empresas utilizam a participação nos lucros ou resultados como verdadeiro componente da remuneração do empregado, que cria a legítima expectativa, desde sua admissão, de recebê-los como complemento ao salário-base.

A formatação do pacote remuneratório desta maneira afronta a real essência da participação nos lucros ou resultados: proporcionar a possibilidade (e não a certeza) de o empregado receber pagamentos adicionais ao seu salário se do fruto do seu trabalho decorrerem resultados positivos para o empregador.

Como se vê, a verdadeira PLR não compõe seu pacote de remuneração. Desse modo, quando o empregador promete, de antemão, a PLR como algo pago em contraprestação aos serviços, ele desvirtua o propósito da Lei 10.101/00 e viola seu art. 3º, o que traz como consequência a obrigação de refletir os valores distribuídos sob esta rubrica nos demais direitos trabalhistas devidos em virtude da relação de emprego.

**AS PARTES
PODEM,
INCLUSIVE,
ESTABELECEM QUE
DETERMINADAS
CATEGORIAS DE
EMPREGADOS
RECEBERÃO
VALORES
SUPERIORES A
OUTRAS**

Outro cenário, entretanto, é desenhado quando se pretende transformar em PLR um programa de gratificação ajustada que tenha sido criado unilateralmente no âmbito de determinada empresa.

Estamos tratando da hipótese em que o empregador pratica, espontaneamente, um programa de premiação dos trabalhadores pelo alcance de metas periódicas, criado por meio de regulamento interno da empresa. Premiações pagas sob estas rubricas, como se sabe, são parte da remuneração do empregado, tal qual prevê o art. 457, § 1º, da CLT. Refletem, assim, em todas as verbas trabalhistas previstas em nossa legislação.

Entretanto, se, em dado momento, o sindicato profissional for chamado a negociar as metas e valores a serem distribuídos por seu atingimento, em tese seria possível transformar este programa unilateral de recompensa em um plano bilateral de PLR sem que isto consistia em ilegalidade.

Isto porque o espírito do programa de recompensa instituído por regulamento interno, no exemplo dado, seria o mesmo da participação nos lucros e resultados, qual seja, a complementação da renda dos trabalhadores. Nele, o fator álea também se encontraria presente. Desse modo, a conversão desse programa em um plano de PLR não colidiria com a regra do art. 3º da Lei 10.101/00, pois esse pagamento adicional não estaria substituindo nem complementando o salário, ante a incerteza do seu recebimento pelos trabalhadores.

É POSSÍVEL ENCONTRAR POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO NO SENTIDO DE SER POSSÍVEL FLEXIBILIZAR A PERIODICIDADE MÍNIMA DE PLR

Todavia, a conversão do programa de gratificação em um plano de PLR faria com que os valores distribuídos aos empregados fossem excluídos da base de cálculo dos encargos trabalhistas e previdenciários, o que representaria violação ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, contemplado no art. 468 da CLT.

Entendemos, aqui, que o cancelamento do programa de gratificação instituído pela empresa, como resultado de uma negociação coletiva de trabalho mantida com o sindicato profissional, sendo ele substituído por um programa de PLR negocia-

do bilateralmente, estaria dentro dos limites de atuação sindical, diante da lógica da flexibilização trabalhista presente no art. 7º da Constituição Federal. Afinal, se o sindicato tem o poder de negociar validamente a redução de salários (art. 7º, VI, parte final), não há porque dele se retirar a possibilidade de converter parcelas remuneratórias (pagas por meio de política interna do empregador) em parcelas não remuneratórias (pagas via plano de participação nos lucros ou resultados).

Entretanto, sabe-se que flexibilizar não pode ser interpretado como sinônimo de precarizar as condições de trabalho. Por esta razão, seria necessário que os trabalhadores recebessem alguma contrapartida pela perda que experimentaríamos a partir da transformação do programa de gratificação patronal em um plano de PLR.

Por este motivo, a transformação do programa de recompensa patronal no plano de PLR só seria legítima se os trabalhadores efeti-

vamente tivessem aumento no valor percebido na hipótese de atingimento das metas, como forma de lhes compensar as perdas decorrentes da retirada da natureza salarial dos valores que lhes eram distribuídos no programa anterior.

Naturalmente, um segundo requisito para validade desta “conversão” (de programa de gratificação unilateral em plano de PLR) seria a necessidade de que a participação nos lucros ou resultados fosse instituída por meio de acordo coletivo de trabalho, formato necessário à validade da flexibilização que se pretende levar a efeito no exemplo em questão. Não seria possível, portanto, que a criação do plano de PLR (voltado a substituir o programa unilateral de gratificação) fosse levada a efeito por meio da comissão paritária de que trata o art. 2º, I, da Lei 10.101/00, pois lhe falta legitimidade para justificar a flexibilização pretendida, já que o documento que resulta de tal negociação não tem força de norma coletiva de trabalho (e, por isso, não seria possível invocar o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, para sustentar a legalidade da flexibilização encetada).

Periodicidade da distribuição

Ainda com relação ao conteúdo dos planos de PLR, extrai-se do art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/00 não ser possível que estes contenham regra prevendo mais de duas distribuições no mesmo ano civil, sendo certo que, caso as partes negociem dois pagamentos de lucros ou resultados no mesmo ano, é necessário que eles sejam feitos com pelo menos três meses de distância entre si.

Até meados de 2013, a periodicidade mínima entre dois pagamentos de PLR era de seis meses, que foi reduzida para três meses com o advento da Lei 12.832/13.

Novamente aqui, o que se busca é evitar que a distribuição de lucros ou resultados seja utilizada com o intuito de remunerar o trabalhador, substituindo o salário. Com efeito, autorizar que fossem feitos mais pagamentos anuais, ou em periodicidade inferior a um trimestre, poderia dar azo a situações de achatamento de valores de salário, em troca de pagamentos de lucros ou resultados.

Embora a regra de periodicidade da distribuição de PLR seja extremamente objetiva, convém lembrar que, em situação pontual de crise econômica, o Tribunal Superior do Trabalho admitiu que ela fosse flexibilizada por meio de negociação coletiva de trabalho. Assim foi que o TST, prestigiando o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, reconheceu validade ao acordo coletivo de trabalho firmado entre a Volkswagen e o sindicato dos metalúrgicos do ABC (SP), que previa, em caráter excepcional, a diluição do PLR em pagamentos mensais entre os anos de 1999 e 2000¹¹.

O precedente em questão pôde ser mais facilmente obtido, à época, em virtude da redação do art. 4º da Lei 10.101/00, que previa a possibilidade de o Poder Executivo alterar, até o final do ano 2000, a periodicidade semestral (então vigente), em função do impacto decorrente do advento daquela lei nas receitas tributárias das empresas.

Sem embargo, mesmo hoje é possível encontrar posicionamento doutrinário no sentido de ser possível flexibilizar a periodicidade mínima de pagamento de lucros ou resultados¹², posição esta que, inclusive, também ecoa junto ao TST, em decisões que asseguram o respeito à autonomia privada coletiva, quando o sindicato profissionista pactua a distribuição de

lucros ou resultados em periodicidade inferior à semestral, mesmo em situações em que as partes não podem invocar o art. 4º da Lei 10.101/00¹³.

Últimos posicionamentos do TST

Compreendidos os principais requisitos de validade dos planos de participação nos lucros ou resultados, bem como suas respectivas questões controvertidas, cabe, enfim, tecer breves comentários sobre dois temas que, mais modernamente, suscitam debate jurisprudencial a respeito da PLR.

O primeiro deles diz respeito ao entendimento consolidado pelo TST relativamente à necessidade de pagamento proporcional da PLR àqueles trabalhadores cujos contratos de trabalho são rescindidos ao longo da vigência de um programa dessa natureza. O segundo refere-se à ultratividade dos efeitos de acordos coletivos de trabalho firmados para a implementação de planos de PLR, à luz da nova redação dada pelo TST para a sua Súmula 277.

Pagamento proporcional

Questão que até pouco tempo gerava controvérsia nos tribunais dizia respeito à obrigatoriedade de o empregador efetuar o pagamento da participação nos lucros ou resultados aos empregados cujos contratos eram rescindidos durante a vigência de um plano de PLR.

Com efeito, era extremamente comum que planos dessa natureza trouxessem disposições no sentido de que o trabalhador somente faria jus à percepção da parcela de lucro ou resultado caso estivesse com contrato de trabalho em vigor na data prevista no plano para o seu pagamento, ou, quando menos, se permanecesse empregado até o final do exercício de apuração.

Ocorre que regras neste sentido podiam ser facilmente manipuladas pelo empregador, que, caso quisesse “economizar” e deixar de efetuar a distribuição de PLR, poderia simplesmente demitir o trabalhador às vésperas do fechamento do ano-base de apuração. Assim, o empregado não faria jus ao recebimento dos lucros ou resultados, já que não estaria empregado no momento necessário à sua percepção de acordo com a regra do plano.

Tendo em vista o caráter puramente potestativo de uma cláusula desta natureza – que deixa ao sabor do empregador a decisão de pagar ou não lucros ou resultados ao seu trabalhador – os tribunais, aos poucos, foram firmando posicionamento no sentido de que a demissão do empregado no curso do exercício de apuração não lhe obstava o direito ao recebimento dos lucros ou resultados.

Além de fundamentarem a nulidade da cláusula pelo fato de ela ser puramente potestativa (e, portanto, vedada pelo art. 122 do Código Civil), os tribunais também ponderavam que o trabalho desempenhado pelo empregado durante os meses em que permaneceu trabalhando contribuía – assim como o de qualquer outro trabalhador – para o resultado final da empresa e para o alcance das metas corporativas definidas no plano de PLR. Por este motivo, por questão de isonomia e equidade, e também visando a evitar o enriquecimento ilícito do empregador, consolidou-se o entendimento de que mesmo os trabalhadores demitidos durante o ano deveriam fazer jus à distribuição de lucros ou resultados, de forma proporcional ao período trabalhado ao longo do exercício.

Este entendimento foi, enfim, consolidado pelo TST no ano de

2010, por meio da Orientação Jurisprudencial 390 da SDI-1, segundo a qual “inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa”.

Estamos plenamente de acordo com o entendimento em questão, o qual privilegia, sobretudo, o bom senso e o sentimento de justiça.

Entretanto, reputamos conveniente refletir sobre a redação dessa orientação jurisprudencial (OJ), especialmente quando ela alude à “rescisão contratual antecipada” como autorizadora do pagamento proporcional da PLR.

A nosso sentir, faltou ao TST efetuar a distinção entre as diversas modalidades de rescisão contratual existentes em nosso ordenamento. Com efeito, a conclusão da OJ em questão é válida quando o término do contrato é feito de forma unilateral e sem justa causa por iniciativa patronal. Mas ela se sustenta em outras situações?

Analisemos, primeiro, o pedido de demissão.

Em princípio, faz sentido manter o entendimento cristalizado pelo TST. Mesmo o empregado que se desliga por iniciativa própria contribui para os resultados positivos da empresa, de modo que, em tese, ele também deveria fazer jus ao pagamento proporcional de PLR na hipótese de pedido de demissão.

Não obstante, muitas vezes o programa de participação nos

lucros ou resultados é utilizado como ferramenta de retenção de talentos. Assim é que, dentro da perspectiva de integração entre capital e trabalho, não é difícil imaginar que planos de PLR possam ser criados com o objetivo não só de premiar resultados bons, mas também de se evitar que a empresa perca empregados para a concorrência.

Nessa perspectiva, seria no mínimo razoável admitir que o plano contemplasse regras com vista a desestimular a evasão de talentos e, assim, restringisse a distribuição de lucros e resultados apenas àqueles que, alinhados com os objetivos da empresa, nela permanecessem até a data estipulada para seu pagamento.

Por este motivo, parece-nos que, se for possível identificar – a partir da redação do plano ou das atas de reunião mantidas durante o processo de sua negociação – essa intenção recíproca de retenção de talentos, o raciocínio consagrado na OJ 390 do TST não deverá prevalecer na hipótese de rescisão antecipada do contrato sem justa causa por iniciativa do trabalhador.

E, com muito mais razão, entendemos que essa OJ não tem espaço para incidência nos casos em que o empregador rescinde o contrato de trabalho do empregado durante o exercício, mas em virtude do cometimento de falta grave.

Com efeito, a despedida por justa causa constitui a “pena capital” do poder disciplinar patronal em nosso ordenamento. Como expressão de uma verdadeira sanção privada, esta modalidade de res-

cisão traz uma série de impactos econômicos negativos ao trabalhador. Assim é que o empregado não faz jus ao aviso prévio nem à indenização por rescisão contratual. Também perde o direito às férias vencidas (art. 147, CLT), ao 13º salário proporcional (art. 3º, Lei 4.090/62) e não pode movimentar sua conta de FGTS.

Destarte, estaria em total harmonia com nosso ordenamento trabalhista o entendimento de que a natureza sancionadora da despedida por justa causa também deveria privar o empregado do recebimento proporcional da participação nos lucros ou resultados. Não faz sentido exigir que um empregador premie um empregado recalciante, que contra ele cometeu grave infração trabalhista¹⁴.

Portanto, ao menos aqui, somos categóricos ao defender a necessidade de revisão da redação da OJ 390, para que esta exclua expressamente do seu âmbito de aplicação – a fim de expurgar dúvidas sobre sua abrangência – a rescisão antecipada do contrato de trabalho quando ela decorrer de falta grave praticada pelo trabalhador.

Ultratividade de normas coletivas que instituem PLR

Finalmente, cremos ser necessário analisar o impacto da nova redação conferida pelo TST à Súmula 277¹⁵ – que trata da ultratividade das normas coletivas de trabalho – aos acordos coletivos de trabalho que instituem participações nos lucros ou resultados no âmbito de determinada empresa.

Como visto, um plano de PLR pode ser instituído por meio de negociação direta entre empregador e empregados – no âmbito de uma comissão paritária – ou da negociação coletiva de trabalho travada entre empresa e sindicato profissional.

Do primeiro formato exsurge um acordo individual (ainda que conte com a assinatura de um membro do sindicato), cuja natureza é meramente privada. Ele não possui natureza de norma coletiva de trabalho, visto que é celebrado sem observância dos arts. 611 e seguintes da CLT. Por este motivo a Súmula 277 não se aplica a tal modalidade de convenção. Expirado o prazo de sua vigência, tal acordo deixa de produzir efeitos.

Não obstante, o resultado da negociação travada diretamente com o sindicato para a criação de um plano de PLR, é materializado – este sim – por meio de um acordo coletivo de trabalho.

Pela regra da ultratividade da Súmula 277, uma vez expirado o período de vigência do acordo coletivo de PLR, este continuaria a produzir efeitos até que novo plano viesse a substituí-lo.

Esta conclusão parece-nos, entretanto, um contrassenso.

Como exposto anteriormente, os planos de participação nos lucros e resultados fixam, em regra, metas e indutores amoldados à realidade socioeconômica da empresa, bem como à capacidade de trabalho e produção dos trabalhadores. Elas são pactuadas a partir de uma negociação que leva em conta fatores como a realidade financeira da empresa, as perspectivas do empreendimento à luz do mercado, a quantidade de trabalhadores, a expectativa de receita do empregador etc.

Além disso, estes acordos coletivos preveem um período de exercício após o qual deve ser feita a apuração sobre o alcance das metas. Estas, uma vez atingidas, ensejam o pagamento de certos valores que são, também eles, fixados tomando-se em conta a fotografia que se tira da empresa no momento da pactuação. Se ela reflete um

momento econômico favorável, paga-se mais; se retrata uma situação menos abastada, os pagamentos são menores.

Já por esta realidade, entendemos que não faz sentido que os acordos coletivos de trabalho que criam planos de participação nos lucros ou resultados produzam efeitos para além do período dentro do qual foram destinados a vigor. Impor a ultratividade de acordos desta natureza, fatalmente, importaria o risco de criar situações de *onerosidade excessiva* para o empregador – já que, por exemplo, a continuação de metas como “receita bruta no valor de R\$ XXX” faria com que elas fossem facilmente batidas em anos seguintes – ou situações de *lesão* para o trabalhador, que poderia, por exemplo, ter de alcançar metas que faziam sentido no exercício anterior, mas que, no seguinte, mostram-se, na prática, inatingíveis.

Em ambos os casos o próprio direito civil socorreria as partes, uma vez que tanto a *lesão* quanto a *onerosidade excessiva* seriam argumentos suficientemente fortes para fazer com que empregador ou empregados (estes representados pelo sindicato profissional) validamente descumprissem os termos do acordo coletivo de trabalho ao final de sua vigência, com arrimo, respectivamente, nos arts. 157 (*lesão* como defeito do negócio jurídico) e 478 e seguintes (resolução do acordo coletivo de trabalho por *onerosidade excessiva*), ambos do Código Civil.

Soma-se ao argumento em questão o posicionamento majoritário da doutrina no sentido de que as empresas não estão obrigadas a instituir programas de participação nos lucros ou resultados¹⁶, sendo certo que a decisão sobre fazê-lo (ou não) depende justamente da análise dos fatores narrados ante-

riormente, em especial a situação econômico-financeira do empreendimento.

Mas há ainda um terceiro fundamento para afastar a incidência da Súmula 277 nos acordos coletivos de distribuição de lucros e resultados. É que a parte final do *caput* do art. 3º da Lei 10.101/00 veda expressamente a incorporação da participação nos lucros ou resultados ao patrimônio jurídico do trabalhador, não só porque a PLR não possui natureza remuneratória, mas também porque tal dispositivo categoricamente prevê que não se lhe aplica “o princípio da habitualidade”.

A redação do artigo em questão fulmina de vez a possibilidade de acordos coletivos de PLR produzirem efeitos para além do prazo de sua vigência com base na Súmula 277, já que aquele verbete parte do pressuposto de que as disposições pactuadas coletivamente integram os contratos individuais de trabalho, efeito este que é expressamente vedado aos planos de PLR pelo art. 3º, *caput*, da Lei 10.101/00.

Portanto, não nos parece haver margem para dúvidas de que a ultratividade de normas coletivas de trabalho não se aplica para acordos ou convenções coletivas que instituem planos de participação nos lucros ou resultados.

Síntese conclusiva

A participação nos lucros ou resultados é, atualmente, um decisivo fator de coesão entre capital e trabalho.

Entretanto, o estudo das regras que norteiam o instituto é, ainda hoje, embrionário, talvez pelo fato de que a legislação infraconstitucional sobre o tema sequer tenha completado vinte anos de existência.

Entendemos que a reflexão sobre elas, em especial aquelas

que suscitem maior debate nos tribunais, é algo relevante para o aprofundamento e amadurecimento do instituto, bem como para sua maior difusão no meio acadêmico.

No particular, cremos que falta um debate mais completo sobre questões que o tangenciam, a exemplo do pagamento proporcional da PLR na hipótese de rescisão do contrato de trabalho durante o exercício e a ultratividade de acordos coletivos que instituem planos de participação nos lucros ou resultados.

A nosso ver, o entendimento dado pelo TST para tais temas ainda precisa de alguma lapidação, para reconhecer a desnecessidade do pagamento proporcional de PLR na hipótese de despedida de trabalhadores por justa causa, bem como para se pronunciar pela inaplicabilidade da Súmula 277 aos acordos e convenções coletivas de trabalho que formalizam planos de participação nos lucros ou resultados. ■

Notas

1 Já defendemos essa nova postura do empregador em “A Caminho de um Direito Trabalhista-Constitucional” (São Paulo: LTr, 2010, pp. 80 e ss.).

2 Exemplo disso está no art. 7º, XI, da Constituição Federal, que consagra o direito de os empregados participarem nos lucros e também na gestão da empresa.

3 A Encíclica Quadragesimo Anno já condenava a obtenção de lucro sem a contrapartida social: “Ora nem toda a distribuição dos bens ou riquezas entre os homens é apta para obter totalmente ou com a devida perfeição o fim estabelecido por Deus. É necessário que as riquezas, em contínuo incremento com o progresso da economia social, sejam repartidas pelos indivíduos ou pelas classes particulares de tal maneira, que se salve sempre a utilidade comum, de que falava Leão XIII, ou, por outras palavras, que em nada se prejudique o bem geral de toda a sociedade. Esta lei de justiça social proíbe, que uma classe seja pela outra excluída da participação dos lucros. Violam-na por conseguinte tanto os ricos que, felizes por se verem livres de cuidados em meio da sua fortuna, têm por muito natural embolsarem eles tudo e os operários nada, como a classe proletária que, irritada por tantas injustiças e demasiadamente propensa a exagerar os

próprios direitos, reclama para si tudo, porque fruto do trabalho das suas mãos, e combate e pretende suprimir toda a propriedade e rendas ou proventos (...)”

4 Barros, Alice Monteiro de. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 629.

5 Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 510.

6 Martins, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 307.

7 “O sindicato deve ser comunicado da criação da Comissão para que envie o seu representante, que a esta se integrará. A ausência do representante do sindicato, por opção do Sindicato, não impedirá os trabalhos da Comissão, visto que esse representante terá, na comissão, direito a um voto com o mesmo peso dos votos dos demais membros, com o que, na sua ausência, o plano será discutido, deliberado, aprovado ou rejeitado pelos demais membros da Comissão.”; in Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 860.

8 Conforme Instrução Normativa MTE 11/2009.

9 “Resultados, a meu ver, são metas que podem estar relacionadas com a produtividade, a produção, a renda bruta, índices de venda ou de qualidade; numa empresa de exportação de bens, com o volume total ou o valor em dólares da exportação etc. (...)”; in Süsskind, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. ed. 2005. São Paulo: LTr, 22. p. 484.

10 *Direito Social Brasileiro* – vol. II; Cesarino Junior; Freitas Bastos; 1953; p. 263.

11 O entendimento em questão foi consolidado na Orientação Jurisprudencial Transitória n. 73, da SDI-1 do TST.

12 “A convenção coletiva que ‘expressa’ a vontade das partes não está impedida de modificar a periodicidade do pagamento (...), distribuindo desta forma não traz prejuízo aos empregados”; in Carrion, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 567.

13 “Integração da gratificação semestral nos lucros e resultados. Deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, em que pese o disposto no art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/00, que veda o pagamento da participação nos lucros e resultados em periodicidade inferior a um semestre, se as partes decidiram pactuar o seu pagamento em duodécimos, não se pode pretender por isso atribuir-lhe natureza salarial, conferindo interpretação elastecida ao instrumento normativo.” (Data de Julgamento: 13/03/2013, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2013); in <<http://www.tst.jus.br/consultaunificada2>>, acesso em 4 de novembro de 2013.

14 “Caso a despedida se dê por justa causa (...) nada lhe será devido, pois seu o ônus do

desfazimento do contrato de trabalho.” Manus, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 171.

15 Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho. Eficácia. Ultratividade (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

16 “A questão da obrigatoriedade ou da facultatividade, ainda não totalmente pacificada perante os Tribunais do Trabalho, deve ser examinada em duas perspectivas diferentes. (...) A segunda, a da obrigatoriedade da instituição de um programa de participação nos lucros ou resultados, inexistente, por todos os motivos, apesar de entendimentos minoritários vencidos, porque a participação é sempre condicionada à existência de lucros ou resultados (...). A sua previsão constitucional em 1988 não é razão suficiente para a sua exigibilidade, uma vez que é um direito constitucional, mas condicionado pela sua própria natureza (...). A lei submete, sempre, a um procedimento de negociação, coletiva ou pluriindividual, com o que submete a sua gênese à vontade das partes. Não há sanção legal para a falta de pactuação (...)”; in Nascimento, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, pp. 860/861. No mesmo sentido Pedro Paulo Manus, “(...) não pode a Justiça do Trabalho pretender substituir a vontade das partes, instituindo por iniciativa sua a participação nos lucros ou resultados, pois a tanto as partes não estão obrigadas por lei, tendo apenas a faculdade de instituir o benefício” (*op. cit.*, p. 171), e Sérgio Pinto Martins “a participação dos lucros é facultativa, isto é, não é obrigatória, como mencionava a Constituição de 1946” (*op. cit.*, p. 307). Em sentido contrário, Alice Monteiro de Barros: “A Constituição de 1988 torna obrigatória a participação nos lucros ou resultados (...)” (*Op. cit.*, p. 629).

O NÃO CUIDADO DO ESTADO COM O BEM-ESTAR NA SOCIEDADE CIVIL

Cecilia Pires

Professora e pesquisadora na área de Filosofia Política no

Programa de Pós-Graduação em Direito (Escola de Direito da IMED – Passo Fundo)

Excertos

O compromisso de proteger e cuidar os indivíduos está pactuado, mas o que se evidencia é o não cuidado – ou certo descaso – do Estado com a sociedade civil, nas suas necessidades e reivindicações

A sociedade civil é uma força viva que o Estado se apodera com vistas à proteção. É o lugar do cultivo de valores, os quais são esquecidos pelo Estado, um espaço econômico e moral, algumas vezes forte, com traços de militância e resistência

A fala e a força dos mecanismos de controle que a sociedade recebe, no momento, do Estado, como instituição, não são, necessariamente, contra a sua vontade. Em muitas situações, a sociedade legítima o instituído e favorece sua ação reguladora em detrimento do cuidado

Por que, então, o Estado não possibilita a realização de uma cidadania plena como condição necessária para a vida feliz? Seria esta a dimensão do cuidado com o bem-estar na sociedade civil, efetivamente

1. Os marcos da argumentação na fala da filosofia política: a tese do contrato

O tema do Estado está situado no contexto da filosofia política como uma questão de fundo, mais do que um problema metodológico. Trata-se de construir um caminho de reflexão acerca do gerenciamento que o Estado realiza sobre os interesses da sociedade, regulando a vida dos cidadãos.

O marco da abordagem teórico-hermenêutica da filosofia política diferencia-se da ciência política, pois não lida com o empírico, com o verificável e o quantificável. Não há um viés positivista no pensar a política, a partir do Estado-gerente, na medida em que, na reflexão filosófica, não se apresentam dados de estatísticas ou desempenhos de governabilidade.

A lógica, a partir da qual a filosofia política opera, se orienta para o entendimento da legitimação do poder e sobre as relações que se estabelecem com as demais áreas do saber acerca do poder. Há, pois, uma reflexão sobre o fazer político em sociedade, momento em que aparecem as tensões entre indivíduos e sociedade, entre liberdade individual e ação coletiva.

Pelas razões apresentadas, é possível pensar no poder como elemento dinâmico na questão do Estado. Aí se envolvem diferentes pontos de vista, desde o modelo de uma república perfeita, passando pela análise dos que apresentam critérios de legitimidade do poder, como os contratualistas modernos. A obrigação de obedecer ao poder constituído é fundamental nessa tradição, momento em que se enfrentam a razão individual e a razão de Estado.

Esta abordagem crítica da questão do Estado na sua relação com os indivíduos é o momento epistemológico da filosofia política quase como um ultrapassar do sistema de códigos estabelecido no *corpus* jurídico. Na realidade, a dimensão da política interessa à filosofia como uma das características do humano, uma vez que “a política se dá entre os homens”, nas palavras de H. Arendt (2002). Se deixasse de existir a política, deixaria de existir a própria relação social entre os sujeitos.

A política ocorre entre os humanos como experiência da liberdade. O sentido, pois, da política é a liberdade. Os homens se organizam politicamente para sair do caos ou a partir do caos absoluto produzido pelas diferenças. Em todo caso, para entender o que é política e entender sua tarefa, faz-se necessário considerar a pluralidade dos homens, a convivência entre os diferentes e os laços de parentesco que dificultam o entendimento da pluralidade.

Mas a pergunta sobre o sentido da política toma outra ênfase hoje: “tem a política algum sentido ainda” (Arendt 2002)? Esta questão, formulada por **Hannah Arendt**, no século XX, demonstra a insatisfação pela prática da política, pelo modo como ela foi realizada no convívio dos humanos, como

ausência ética. Da pergunta *o que é política* decorre outra acerca do sentido da política.

Na fala da autora:

“A pergunta atual surge a partir de experiências bem reais que se teve com a política, ela se inflama com a desgraça que a política causou em nosso século, e na maior desgraça que ameaça resultar delas. Por conseguinte, a pergunta é muito mais radical, muito mais agressiva, muito mais desesperada: tem a política algum sentido ainda? (Arendt, 2002: 38)”

A compreensão arendtiana dos procedimentos expansionistas da antiga URSS e do totalitarismo nazista demonstra sua tese de que houve uma invenção totalitária, vivida no âmago de um Estado forte, que aniquilou as subjetividades.

A forma como a política e o poder político foram exercidos atingiu a liberdade dos sujeitos, produzindo um afastamento dos princípios da liberdade com a efetividade das ações políticas autoritárias. Na realidade, ações são necessárias para que se produzam mudanças, na medida em que o movimento próprio da ação engendra o novo. Mas há ambivalências nessas mudanças, que podem afetar a liberdade própria dos sujeitos.

A ação é o nosso fazer, além do trabalho. Ela é a dinâmica da nossa vida. Agimos como seres singulares e plurais, e agimos porque nossa liberdade sustenta nossa ação.

Hannah Arendt analisa em *Crisis da República*:

“Somos livres para reformar o mundo e começar algo novo sobre ele. Sem a liberdade mental de negar ou afirmar a existência, de dizer “sim” ou “não”, – não apenas a afirmações ou proposições para expressar concordância e discordância, aos nossos órgãos de percepção e conhecimento – nenhuma ação seria possível, e ação é exatamente a substância de que é feita a política” (Arendt, 1999: 15).

Essa é a consideração forte entre verdade e política, nas instâncias da ação dos sujeitos. O que esteve em jogo, portanto, foi a continuidade da vida nessas experiências autoritárias e totalitárias. O poder de Estado se impôs de modo ameaçador, algumas vezes. São as obliquidades da razão se expressando entre os humanos. Uma das obliquidades da racionalidade humana é o poder.

Em **Thomas Hobbes** isto se torna mais enfático, quando ele estabelece a necessidade dos homens estarem disciplinadamente sob um comando, regido pela governabilidade do soberano, que é a representação do Estado. Este é, por excelência, o símbolo do poder, na visão hobbesiana.

É útil, pois, que o sujeito se adapte ao que governa, para sobreviver. A garantia de sua vida está vinculada à submissão ao Estado. Para o autor de *Leviatã*, esta é a condição dos súditos na República: entregar a liberdade pessoal ao soberano, para conseguir a própria proteção. Nisto consiste o pacto¹ – o conceito de poder aparece como uma totalidade fechada na efetividade do Estado, representado pelo soberano.

Os homens construíram o contrato como um dado da cultura política, quando se reuniram para pensar e experimentar a convivência organizada. Esta tese está presente nas análises dos contratualistas, ainda que esses aportes dos teóricos apresentem múltiplos e conflitantes argumentos acerca da organização social e política da humanidade.

Na tradição contratualista, a ideia de soberania está sobreposta ao valor da autonomia dos sujeitos. O soberano é o governante, o rei, aquele com o qual os indivíduos contrataram a governabilidade. O Estado é o artefato jurídico-

político que avalia esse contrato, que é imprescindível para a sobrevivência, pois sem ele se instaura o estado de guerra entre os indivíduos. *Os pactos, portanto, dizem respeito somente a coisas possíveis e futuras. Ninguém por pacto se obriga ao impossível*, assevera Hobbes². O Estado, na figura do príncipe ou do soberano, torna-se o eixo em torno do qual a sociedade civil se organiza e experimenta múltiplas variações dessa gestão governamental.

O compromisso de proteger e cuidar os indivíduos está pactuado, mas o que se evidencia é o não cuidado – ou certo descaso – do Estado com a sociedade civil, nas suas necessidades e reivindicações.

2. A dissonância entre regulação e não cuidado

O Estado simboliza o *locus politicus* das relações de poder, na sociedade civil organizada. Como tutor da vida social, faz sua presença acontecer em todos os espaços geográficos e em todos os níveis das organizações civis, políticas, econômicas, educacionais, culturais e religiosas.

Observam-se, na atualidade, novas características do pacto em relação ao entendimento dos contratualistas dos séculos XVII e XVIII. Não ocorre mais o pacto entre cidadãos, como no liberalismo clássico, quando a sociedade civil estava distante do Estado³. As diferentes etapas pelas quais passou a organização social mostraram certo positivismo na política, daí decorrendo uma relação corporativa neoliberal em que tudo está reunido, Estado e Sociedade como dois sistemas que se interpenetram.

Após as duas guerras mundiais do século XX, a sociedade civil se evidencia miscigenada com a so-

cidade política, ocorrendo uma ideologização exacerbada da sociedade civil. Identifica-se, nessa conjuntura, o que foi denominado crise do Estado, traduzida na organização do poder e na constituição do sistema político. Hoje, a sociedade civil é uma organização política, em que acontece certo nível de trocas, permitindo mudanças e partilhando experiências entre iguais. Opõe-se ao discurso do Estado, baseado em interesses diversos, cuja base é ainda a classe social ou frações de classe.

A sociedade civil é uma força viva que o Estado se apodera com vistas à proteção. É o lugar do cultivo de valores, os quais são esquecidos pelo Estado, um espaço econômico e moral, algumas vezes forte, com traços de militância e resistência. Ela aponta esta dissonância entre regulação e não cuidado de parte do Estado, uma vez que este tem uma economia planejada e a sociedade civil busca uma economia utopista. O Estado regula em nome do sentido que ele constrói para a sociedade e isso pode ocasionar rupturas políticas, a perda do elo social.

Se a tarefa da sociedade política é regular e proteger a existência dos indivíduos, a partir da formação do corpo político, por que os conflitos e a insatisfação dos cidadãos? A história registra que ocorreu uma espécie de perda de confiança no princípio único da ordem, e o Estado democrático foi posto em questão. Na verdade, o debate surgiu mais em torno de uma democracia em crise do que um Estado em crise.

Qual a origem da crise? Como medir a crise? Qual a relação entre crise e crítica? É a crise crítica? Como fazer a crítica da crise?

O discurso da crise é um dos momentos mais difíceis de serem entendidos, na sua exata di-

mensão, por haver certa perda de controle. No entanto, se se aceita a crise como sinal de movimento, de crescimento social, não pode ser olhada com desencanto ou desespero. Pois os sujeitos estão atuando, movimentando-se e vivendo crises circunstanciais, cíclicas, estruturais. Experimentam tal situação os que estão na dinâmica da vida, fazendo história. O pressuposto é que, não sendo estáticos e imobilizados, no seu cotidiano, os sujeitos não podem ser vítimas de um postulado teórico-prático que os inviabilize e os situe numa condição de subalternidade. Daí a relevância da crítica para entender a crise.

A reflexão de **Alejandro Serrano Caldera** auxilia no debate:

“A crise no mundo em que vivemos é uma crise de ruptura; a ruptura entre economia e política é uma delas e certamente não a menos importante. A essa situação teria que acrescentar a própria crise da política caracterizada pelo atraso das transformações institucionais e das concepções políticas face às grandes mudanças da revolução tecnológica” (Caldera, 1984:56).

Deste modo, não há necessidade de temer crises. O problema é fazer um uso equivocado da crise, atribuindo o foco da crise à experiência democrática, como ocorreu no Brasil e em vários países da América Latina e do Caribe. A crise foi de governabilidade na segunda metade dos anos 60 do século passado, não foi uma crise da forma democrática de governo⁴.

Isto posto, podemos avançar para o entendimento da crise como espaço da crítica, ou seja, a

crítica assinala medida, critérios que podem ser dimensionados no território da normalidade, se bem administrados. O que inquieta é uma crise sistêmica, sem horizontes de intervalos, sem perspectiva de solução.

Busca-se instaurar como o fato da democracia, enquanto relação intersubjetiva de poder, a efetivação de uma sociedade em que os homens se estabeleçam como os interlocutores legítimos do poder social, nem sempre “reconciliados” com o poder político. Nesse caso, a práxis não será

entendida como categoria epistemológica nem identificada como técnica de ação.

Nas palavras de **Tzvetan Todorov**:

“O regime democrático não se define por um traço único, mas por um conjunto de características que se combinam para formar um arranjo complexo, em cujo seio elas se limitam e se equilibram mutuamente, pois, mesmo sem estar em contradição frontal uma com a outra, têm fontes e finalidades diferentes. Se o equilíbrio for rompido, o sinal de alarme deve ser desencadeado” (Todorov, 2012: 15).

E este alarme vem sob a forma de crise ou de ruptura do tecido social. Pode resultar em avanços e recuos, dependendo da firmeza valorativa do Estado face aos valores contidos na democracia. O episódio do 11 de setembro, quando ocorreu a explosão das torres gêmeas em Nova York, e as guerras regionais atuais revelam, de algum modo, o desencontro entre regulação e cuidado. As autoridades obrigaram-se a

A DIMENSÃO DO NÃO CUIDADO POR PARTE DOS PODERES DO ESTADO, COM OS QUAIS ELE OPERA, MANIFESTA-SE EM VÁRIOS DESCUIDOS

rever suas práticas e a sociedade civil repensou sua práxis. Não significa que houve um entendimento do que Todorov chama de “arranjo complexo”, referindo-se às características do regime democrático, mas os adversários face a face mediram as forças da ordem e ficaram explícitos os “inimigos da democracia”, no dizer do autor.

A reavaliação de estratégias deflagra uma nova práxis. A práxis social é o acontecer na esfera do homem, construtor da racionalidade dialética na história de uma sociedade democrática, em constante reavaliação. Essa reavaliação possibilita a superação de uma prática determinista, onde o fenômeno oculta a essência da vida sócio-histórica.

Este é o fenômeno da fragilidade das instituições políticas, quando se alinham como espaços da crise, no sentido de ausência de algo direcionado para o bem. A dimensão do não cuidado por parte dos poderes do Estado, com os quais ele opera, manifesta-se em vários descuidos: o descuido face a direitos, ou seja, a dificuldade de uma atitude isonômica, em que nenhum indivíduo se sintá desrespeitado em seus direitos; o descuido face à representação, num flagrante descompromisso civil produzindo uma vacuidade na ação política e sem a intenção de repensar essas práticas; o descuido face a verbas públicas, de modo a prejudicar a vida dos cidadãos numa revelação de desca-so com as questões éticas; o descuido face a conquistas culturais que devem ser postas a serviço da população, resolvendo os constrangedores atrasos tecnológicos e científicos, especialmente prejudiciais aos povos desfavorecidos pelas riquezas acumuladas pela humanidade.

Este conjunto de descuidos, por um lado, atinge o âmago da sociedade civil. Há o discurso de um Estado bonzinho para com a população, que, para um olhar mais acurado, se mostra como uma regulação gerencial e não como cuidado, o zelo próprio de quem realmente está atento às demandas da sociedade.

Por outro lado, a sociedade civil deixa-se seduzir por *benesses*, nem sempre sólidas, e que por qualquer fator conjuntural da gerência estatal pode perder a validade como política pública. A relação de poder é assimétrica e o poder coercitivo se instaura como poder de Estado, secundarizando o outro polo da relação, que é a sociedade, como singularidade política, que não se apresenta como polo de poder regulador.

A sociedade é um constitutivo sócio-histórico de sujeitos reunidos em torno de interesses determinados e com alvo de ação envolvendo esses interesses. Desta reunião/organização resulta a forma aparente de controle organizado desses sujeitos envolvidos no processo. Aparente porque, na realidade, esse controle social não alcança o cerne do Estado-gerente.

A materialidade da categoria-real chamada Estado traz para o horizonte da discussão filosófica a exigência de uma compreensão positivo-identitária do Estado, como estado de classe, cujas relações de poder se expressam na forma de realização de interesses de classe.

Como a classe é uma determinação social ativa, ela só existe situada social e economicamente, numa esfera de poder ou de contrapoder. Não há lugar abstrato para a classe social. O Estado é lugar da classe social que ele representa, na congruência do polí-

tico e do econômico, como dados culturais, no exercício do poder instituído.

A fala e a força dos mecanismos de controle que a sociedade recebe, no momento, do Estado, como instituição, não são, necessariamente, contra a sua vontade. Em muitas situações, a sociedade legitima o instituído e favorece sua ação reguladora em detrimento do cuidado.

3. A possível vida ética na sociedade civil

A reflexão ética requer o trato com o universal, sem perder a perspectiva da singularidade. A razão da sociedade civil precisaria aliar-se com a razão ética⁵ para poder enfrentar a razão do Estado. Para isto, no entanto, seria necessário um resgate valorativo, político e cultural, que retire os véus conciliadores de práticas subservientes aos procedimentos pragmáticos e utilitaristas. Não faz parte da razão do Estado ir ao encontro da razão ética. Sua intenção é a de regulação, de tutoria, de administrar o que entende como possível, de estimular a competitividade e de realizar a fala do poder.

Para pensar a razão ética do ponto de vista da filosofia política, é preciso ir além dos meros indicadores de máximos e mínimos; há que se destacar a importância do reconhecimento de um sujeito por outro sujeito, para ser pensada uma racionalidade intersubjetiva, que enfatiza a moralidade pública, raiz do reconhecimento de iguais.

As possibilidades éticas numa sociedade democrática, mediada por relações de poder, só podem ser referidas se os sujeitos repensarem o conceito de pacto social do modelo liberal. A organicidade social precisaria estar assentada de modo próprio, além das rela-

ções de poder e de submissão, num componente de regimes políticos e de sistemas econômicos. É o desafio deste século. Nesse aspecto, a democracia necessita do pensamento ético para se fortalecer como uma via emancipatória.

O que pode desafiar, hoje, os envolvidos com um projeto de emancipação? Atitudes e ações que envolvam rebeldia, tolerância, alegria, amizade, solidariedade e humanização.

Essas características não podem ser vistas de modo isolado. Antes, fazem parte da dinâmica dos sujeitos sociais nos contextos em que vivem e como manifestação das diversas racionalidades políticas. É evidente que não se forma um consenso sobre a forma rebelde ou tolerante de agir. Nem se administra a alegria e a solidariedade por regulações legais. Importa aqui salientar o significado de uma sociedade acolhedora dos sujeitos, de modo que se produzam expectativas de convívio.

O consenso não é gerenciado pelo Estado nem administrado pela sociedade civil. Pode, talvez, ser pensado a partir de situações em que os envolvidos nas ações revelem intenções de autonomia, preservadoras da liberdade e da felicidade, ambas características da condição originária da espécie. Pensar, pois, a política é pensar a ação nos contornos da ética.

A ética entra na dimensão do comportamento social, de forma abrangente, verificando a sua diversidade e a sua totalidade. A moral torna-se regulativa, normativa face aos problemas práticos da experiência da vida humana, na sua significação concreta. Como a ética se articula no espaço do sujeito e o sujeito apresenta a dimensão da racionalidade, é possível debater a construção

teórica de conceitos éticos baseados na razão, ainda que envolvam o componente das contradições humanas. Lidamos, então, com ambivalências, com pares conceituais de bem e de mal, de paz e de violência, de justo e de injusto, de ordem e de desordem.

Tudo isso se refere a valores, que nem sempre são consensuais entre os sujeitos e os grupos. Falando-se em valores, fala-se em ética e fala-se em comportamento. Aí aparece a ideia da eticidade, em que cada sujeito, possuidor de um *ethos*, manifesta seu modo de ser, apresentando um caráter, que resulta na consciência moral, a partir da internalização de valores que fazem parte de sua história social e pessoal. Esses valores são valores humanos que explicitam o *ethos* social.

Todavia, esta complexidade valorativa vivida pelos humanos requer o reconhecimento da subjetividade, de modo expressivo.

Afirma **Appiah**:

“Nós, seres humanos, precisamos que os outros respondam apropriadamente ao que somos e ao que fazemos. Precisamos que os outros nos reconheçam como seres conscientes e percebam que nós também os reconhecemos assim. Quando você avista outra pessoa na rua e seus olhos se encontram num mútuo reconhecimento, ambos estão expressando uma necessidade humana fundamental e ambos estão respondendo – instantaneamente, sem esforço – àquela necessidade que cada um identifica no outro” (Appiah, 2012:13).

Esse reconhecimento entre os humanos fortalece o pensar ético e permite pronunciamentos que podem ser acolhidos por outras áreas do saber que buscam escla-

recimentos acerca do homem, de sua cultura e de sua história. Tudo isto tem mediações valorativas, como já foi referido. Trata-se de um procedimento teórico-prático da racionalidade. É o procedimento hermenêutico necessário para que a compreensão do reconhecimento consiga avançar na esfera da moralidade pública. É uma questão de sobrevivência.

Nesse sentido, podemos perguntar: até que ponto a ética é bem vista na sociedade? Em que medida o sujeito se liberta da natureza e se acomoda na cultura? Parece que o homem primitivo era um feliz ignorante, submetido à ordem das necessi-

dades, o homem da natureza, do instinto. E parece que o homem da cidade, pertencente ao corpo político, cumpridor das normas sociais, é um infeliz cerceado na sua liberdade: o homem das leis. Será assim?

Como resolver o problema das nossas ambivalências, neste momento de progresso tecnológico, em que a humanidade não usa mais o arado, substituindo-o pela máquina? Qual o espaço da ética na contemporaneidade?

Estas situações novas são responsáveis pelo aumento do espaço da ética na sociedade contemporânea, porque irão demonstrar que as análises comportamentais não se darão apenas na esfera privada ou grupal e sim na esfera pública, societária. Cada ação dos sujeitos sociais, hoje, tem repercussão significativa, a partir da informatização do mundo. A ética deixou de ser um assunto reservado a especialistas e passou a ocupar todos os espaços, de

A MORAL DO IMPERATIVO DA LEI PERDEU SUA VALIDADE, A NÃO SER NUMA SITUAÇÃO DE VIGILÂNCIA

todas as profissões, nas concentrações de grupos e nos debates das redes sociais. Da ecologia à engenharia genética, do aborto ao homossexualismo, da administração pública ao rito religioso, tudo passou a ser interessante para o debate ético, que apresenta suas repercussões políticas.

As conjunturas históricas relativizaram os valores éticos. A moral do imperativo da lei perdeu sua validade, a não ser numa situação de vigilância. O formalismo da lei tornou-se distante da realidade social contemporânea. As inovações da cultura e da ciência produziram novos

conteúdos para a lei, que assim sofre as alterações históricas, até mesmo necessárias, se pensarmos na escravidão, no isolamento social das mulheres e das crianças, no poder absoluto dos patrões sobre os empregados, no domínio econômico

do chamado “chefe de família” e tantas outras instituições hoje superadas. Tais transformações aceleraram medianamente o projeto democrático.

A democracia não é dimensionada nos limites dos decretos formais da representação regimental, mas a realização histórica de uma eticidade intersubjetiva, momento de totalidade ética, aparecer das razões históricas dos sujeitos sociais. É um empenho valorativo incessante. As situações não são democráticas por decreto, senão que são expressões vivas das construções históricas dos sujeitos sociais. A exigência é a do caráter vinculante entre as postulações éticas dos sujeitos, nas situações concretas,

A CONSTRUÇÃO DE UMA ESPÉCIE DE RAZÃO ÉTICA, NA PRÁXIS SOCIAL, REQUER UM AVANÇO NO CONCEITO DE DEMOCRACIA

e os limites estruturais impostos pelo sistema e governos.

A construção de uma espécie de *razão ética*, na práxis social, requer um avanço no conceito de democracia, como organização da vida coletiva. Nesta singularidade histórica chamada América Latina, como em tantas outras, vivemos desafios constantes em torno de sistemas sociais e regimes políticos, que nos estão a solicitar mais do que uma análise de períodos. Estamos sendo exigidos a pensar-realizar novas possibilidades no caminho da construção democrática.

Novamente aparece o problema da liberdade como fundamento da democracia. Como podemos construir a forma de vida democrática, efetivamente, sem a liberdade real? Será o Estado o guardião da liberdade dos sujeitos sociais?

Sem descartar a racionalidade da práxis social, a expressão significativa da razão ética, entendemos, como constatação prático-dialética, que os sujeitos são reais-possíveis, não reais-imaginários. Desta forma, eles são vistos na relação de classe, com interesses diversos, compreensões de mundo e de vida diferentes, e que, em algum momento, são interlocutores antagônicos, situados em paradigmas de conflito. A possibilidade de construção da democracia real, com liberdade real, por e para sujeitos-reais, passa pela compreensão desses paradigmas e sua incorporação no quadro teórico e no regramento da vida social.

A democracia como possibilidade de vivência ético-política só

pode acontecer em base às construções não formais dos sujeitos da *pólis*. O fato da democracia é uma realidade de âmbito coletivo, que ultrapassa o fato instrumental do poder de classe.

Quem determina o exercício democrático são os envolvidos no processo da história como experiência coletiva, não estabelecida por doutrinas, partidos e governos. A liberdade da consciência dialética dos sujeitos sociais substancializa essa prática, sem os desencantos do anarquismo e sem a prepotência de classes monopolizadoras.

Pensar o significado ético da práxis social ou a presença da razão ética no movimento da história remete à confluência possível entre os sujeitos sociais, que, reunidos em circunstâncias históricas, nem sempre fazem a história que desejam, mas a história que lhes permitem – e nem sempre é a melhor.

Tzvetan Todorov adverte para o que ele chama a tirania dos indivíduos que molestaram a coletividade em função de parâmetros de poder autoritário. Mas o perigo continua ainda, assevera:

“Pois bem, hoje, no mundo ocidental, uma das principais ameaças que pesam sobre a democracia não provém de uma expansão desmesurada da coletividade; ela reside antes num fortalecimento sem precedentes de certos indivíduos, que com isso põem em risco o bem-estar da sociedade em seu conjunto” (Todorov, 2012:89).

O terror de qualquer origem implica violência ética, portanto em violência do sujeito. Nosso entendimento é que o processo produtivo deve ser inclusivo, tornando-se uma experiência de todos os cidadãos da *pólis* e que as questões políticas possam ser pensadas a partir de referenciais éticos, cujo caráter afaste a ameaça da violência instaurada e instituinte.

Sabemos que, fora das demandas da subjetividade, nada ocorre. São os sujeitos, com seu *ethos*, sua racionalidade, que postulam conceitos, significados, constroem símbolos, acatam normas e procedimentos, enfim, produzem as diversidades culturais no âmbito da história.

O desejo de uma razão ética talvez seja a utopia de um estado ético, cuja conformação possa aliar as relações intersubjetivas com vistas a um desenho da democracia possível.

A contingência demonstra as muitas dificuldades dos sujeitos em conseguir trabalhar suas racionalidades para a realização do ideal de vida feliz. A negatividade, a escassez, a beligerância, a dominação econômica e política interferem na materialidade da vida e há uma espécie de imposição da dor, do sofrimento, do fracasso, da guerra, da força.

Por que, então, o Estado não possibilita a realização de uma cidadania plena como condição necessária para a vida feliz? Seria esta a dimensão do cuidado com o bem-estar na sociedade civil, efetivamente.

Lemos em **Kelsen** que toda ação do Estado é um jurídico, ou seja, há cobertura legal para as razões de Estado. Isso significa dizer que a lei prescinde da força. Será mesmo?

Mas isso não é suficiente para fortalecer a democracia e resolver a questão do não cuidado com a sociedade civil. Apenas se operacionaliza a mecânica do controle, pelo poder, utilizando a lógica do contrato. Esta não é uma razão suficiente para estabelecer relações vinculantes entre Estado e Sociedade.

No entanto, cabem questões: haverá por parte da sociedade desejos autoritários que alimentam o Estado, como o que está expresso

no modelo hobbesiano? É possível na configuração atual pensar na supranacionalidade do Estado, depois da derrocada do Estado-nação? Os grupos econômicos, que se formam na atualidade, em que medida respondem pelas rupturas vividas na sociedade na qual estão inseridos?

A democracia ainda que esteja em crise sobreviverá aos modelos de gestão econômica? É certo que as mudanças se anteciparam às teorias políticas. E houve uma certa apreensão sobre este fato. Isso não significa, insiste-se, crise da democracia, mas crise de governabilidade, uma vez que o não cuidado do Estado resultou na ausência de bem-estar na sociedade civil. As necessidades impediram o avanço da liberdade. ■

Notas

1 Nas palavras de Hobbes, cf. *Leviatã*, 2008, p.148. “Considera-se que uma *república* tenha sido *instituída* quando uma multidão de homens concorda e *pactua*, cada um com cada um dos outros, que a qualquer *homem ou assembleia de homens* a quem seja atribuído pela maioria o *direito de representar* a pessoa de todos eles, todos sem exceção, tanto os que *votaram a favor dele* como os que *votaram contra ele*, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos demais homens.” (Grifos do autor)

2 Cf. *De Cive*, p. 63.

3 Especialmente, na teoria do contrato, tanto Hobbes quanto Locke apresentam a questão da sociedade civil oposta à sociedade política, denominação indicadora do Estado. Essa oposição termina em Hegel e Marx, não há nos textos desses filósofos as duas instâncias sociedade política e sociedade civil.

4 Numa situação em que os sujeitos participam do processo democrático, ainda que dentro de limitações de diálogos e enfrentamentos autoritários, a democracia pode sair fortalecida, sem se diluir numa ditadura de qualquer tipo, seja comandada por militares ou civis.

5 A denominação razão ética está aqui sendo utilizada como uma demarcação teórico-conceitual para referir-se a uma compreensão da racionalidade sustentada em valores, além da simples operação lógica de uma razão abstrata ou simbólica.

Referências

- APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra*. Como ocorrem as revoluções morais. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- _____. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- _____. CALDERA, Alejandro. *Filosofia e crise*. Pela Filosofia Latino-Americana. Petrópolis: Vozes, 1984.
- HOBBS, Thomas. *De cive*. Elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *Leviatã*. Ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

NOTAS SOBRE A ALTERAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL

Elisandra Riffel Cimadon | eliscimadon@yahoo.com.br

Advogada (UNOESC – Campus de Joaçaba)

Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI)

Aristides Cimadon | aristides.cimadon@unoesc.edu.br

Reitor da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

Resumo

As concepções jurídicas – jusnaturalista, juspositivista e agora o constitucionalismo de princípios – ainda fazem discutir a alteração da atividade jurisdiccional, que é evidente, ante os vastos posicionamentos encontrados em consulta jurisprudencial e doutrinária. Isso se deve também à política e à economia em que a sociedade está inserida.

Elementos de atuação jurisdiccional, como o princípio da proporcionalidade e razoabilidade aplicado em demandas que envolvem direito educacional, ganham enfoques diferentes em casos concretos análogos. Esta divergência, pública e notória, é questionada quanto ao seu fundamento, especialmente se atende ao anseio social e à discricionariedade do julgador e, portanto, pode ser enfrentada como arbitrariedade. O substancialismo, entendido como a aceitação de diferentes respostas para cada caso em concreto, ajuda a perceber este questionamento e ao mesmo tempo deixa a certeza da mudança constante da atividade jurisdiccional no ordenamento jurídico brasileiro

Introdução

Os princípios ganharam especial atribuição após a segunda guerra mundial, principalmente em razão da ascensão de constituições que resguardam direitos sociais. No Brasil, com a promulgação da CRFB/88, não foi diferente. Os princípios se tornaram verdadeiros alicerces do ordenamento jurídico, e tanto a jurisprudência como a doutrina têm consolidado este entendimento.

Em razão disso, inclusive princípios não expressos no texto constitucional são aplicados, como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (neste estudo utilizado de forma fungível) e que possuem origem no direito alemão e norte-americano.

Este redirecionamento do direito como também da práxis social, com a aceitação da aplicação de princípios não expressos (análise substancialista e, consequentemente, política e econômica), faz com que o princípio da proporcionalidade/razoabilidade remonte a uma ressignificação da própria atividade jurisdiccional.

Exemplo disso são as demandas juspedagógicas das universi-

dades, as quais afloram por meio do recente ramo da ciência jurídica, o direito educacional, e dão prova da efetiva e necessária discussão da possibilidade de superação do positivismo jurídico e da viabilidade de aceitação de novos paradigmas.

Portanto, a movimentação do ordenamento jurídico se perfaz em razão dos anseios sociais, os quais possuem um vasto desejo de justiça e de ressignificações. O princípio da proporcionalidade/razoabilidade é um elemento de atuação jurisdiccional que perpassa textos constitucionais na busca de efetividade e consecução da justiça.

1. Princípios – linhas conceituais

Os princípios são normas de fundo de um ordenamento jurídico, constituídos por valores que conduzem e alicerçam o sentimento de justiça. São, por si só, até mesmo ante a trajetória percorrida, elementos essenciais da sociedade e de seu ordenamento jurídico, integrando, de acordo com a época percorrida, diversos fatores e fatos na flexibilização, ponderação e solução de controvérsias, na tomada de decisões políticas, sociais, prestacionais e outras, de alcance judicial ou não.

Justamente por serem fundamentos do sistema, os princípios, na atualidade, ultrapassaram a concepção de que somente poderiam ser aceitos se contemplados por certa dogmática jurídica ou se previstos expressamente nos textos legais. O clamor de hoje outorga aos princípios uma função vital, de garantia de direitos e consecução da justiça.

Com a promulgação de novas constituições, nas últimas décadas do século XX, houve uma acentuação da hegemonia axiológica dos princípios, que se tornaram um

pedestal em que se assenta todo o ordenamento jurídico dos novos sistemas constitucionais¹.

Neste contexto se vê na atividade jurisdicional do poder judiciário uma alternativa viável, uma vez que as decisões estão sendo proferidas com fundamento em princípios, estejam eles expressos ou não no texto legal, ampliando, notadamente, a garantia de direitos.

Princípio é:

“por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”²

Robert Alexy entende que “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”³; que são normas que determinam que algo seja realizado na medida do possível e de acordo com as probabilidades fáticas e jurídicas relacionadas ao caso⁴, como mandamentos de otimização⁵.

Os princípios representam um traço unificador e de comum aceitação quando referidos como normas de alto grau de generalidade, de indeterminação, de caráter programático, de posição hierárquica elevada perante as fontes, de grande e fundamental importância em um sistema jurídico e político considerado, e de função específica de fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis ao caso⁶.

É por esta razão que se faz necessário distinguir os campos de atuação dos princípios, pois se eles representam os valores supremos de uma sociedade, possuem a função não só de serem pilares basilares, mas meios de condução para a resolução de conflitos fáticos,

de tomada de decisões, da própria consecução do direito e da justiça, como um norte a ser respeitado, interpretado e bem aplicado.

Sob este enfoque, uma característica fundamental do princípio é apontada por **Dworkin**⁷, qual seja, a prestação jurisdicional substantiva do direito, pois é por intermédio dela que é possível se encontrar um meio-termo entre os casos exagerados e aqueles niilistas⁸ acerca dos direitos das pessoas.

E é também em razão da discussão acerca da possível superação do positivismo jurídico – concepção jurídica – e alicerce de direitos que ele é debatido, especialmente por contribuir como elemento da alteração da atividade jurisdicional. É o caso do princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

2. Proporcionalidade/razoabilidade – uma visão teórica e prática

A doutrina e jurisprudência da Europa continental, assim como a do Brasil, afeiçoam e estabelecem a fungibilidade do princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade⁹.

Guerra Filho¹⁰ ensina que existe diferença na denominação proporcionalidade e razoabilidade decorrente de suas origens culturais (a primeira de origem germânica e a segunda de origem anglo-saxônica). Entretanto, esta diferença de origens não evita que uma seja utilizada em associação à outra, como, por exemplo, a vinculação da proporcionalidade à cláusula do devido processo legal, até em razão de um sistema de proteção aos direitos fundamentais que necessitam desta íntima conexão.

A dificuldade de uniformização terminológica de proporcionalidade e razoabilidade pode ser vista em decisões dos tribunais superiores. Entretanto, esta ausência

de uniformização e de critérios expressos e claros de fundamentação do uso de proporcionalidade e razoabilidade não impede que possam ser construídas analiticamente as decisões, reconstruindo-se os critérios implícitos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal¹¹.

Para fins deste estudo, será aplicada a terminologia princípio da proporcionalidade/razoabilidade de forma fungível. Visto isso, passa-se a uma breve análise teórica e prática.

A legalidade atrelada a postulados do Estado Democrático de Direito, como a dignidade humana, a proporcionalidade e o controle dos atos jurisdicionais, torna-se escopo para a necessidade e a adequação de medidas proporcionais¹². Neste contexto, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade deve ser bem conceituado, para servir também como meio de segurança jurídica.

“O princípio da proporcionalidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”¹³

Podem-se considerar duas linhas de construção constitucional em relação ao princípio da razoabilidade, quais sejam: a) o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em qualquer caso que chegue a conhecimento do intérprete da constituição, linha que o considera princípio constitucional não escrito, inspirada na doutrina alemã¹⁴ e; b) o princípio da razoabilidade é exigível em razão do caráter subs-

tantivo inserido pela cláusula do devido processo legal, inspirada na doutrina norte-americana¹⁵.

“No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral do direito escrito, mas existe como norma esparsa do texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais se avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade (...).”¹⁶

De acordo com Guerra Filho¹⁷, o princípio da proporcionalidade é o “princípio dos princípios”, pois é o ordenador do direito; a circunstância dele não estar expresso na Constituição brasileira não impede que ele seja reconhecido, com a invocação do parágrafo segundo do art. 5º da CRFB/88¹⁸.

Assim, o princípio da proporcionalidade enuncia sua destinação, qual seja: preservar os direitos fundamentais e, assim, coincide com a destinação da constituição, a qual desempenha um papel reservado na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito¹⁹. Ainda, neste cenário de assunção dos princípios como normas, o princípio da proporcionalidade passou a ser compreendido como um curinga para solucionar conflitos, especialmente quando da colisão dos direitos fundamentais²⁰.

Muito embora os entendimentos acima mencionados, Ávila²¹ considera razoabilidade e proporcionalidade como *postulados específicos*²² e não princípios.

“O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e

igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as de econômica) e o fim almejado (cobrança de tributos).”²³

Alexy²⁴ afirma que a máxima da proporcionalidade, com seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, decorre da natureza da conexão do que é princípio, da essência do que são os direitos fundamentais, evidenciando sua validade quando uma norma leva a uma jurídica e fática possibilidade de relativização.

Corroborando com o entendimento de Alexy o doutrinador Guerra Filho²⁵, o qual ensina que o emprego dos princípios jurídicos no tratamento dos problemas jurídicos dá por superado o legalismo do positivismo normativista e, justamente em razão de que os princípios podem entrar em contradição, assim como as regras, é que o princípio da proporcionalidade aponta grande representatividade, haja vista que “pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível o outro princípio.”²⁶

Entende Canotilho²⁷ que a utilização do princípio da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso confere certa credibilidade e que são estes *standards* de controle que fazem isso, com a análise conjunta de três subprincípios constitutivos, quais sejam: princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).

“O subprincípio da adequação, como o próprio nome sugere, consiste em averiguar se a medida empregada

pelo legislador, na atividade de disciplinar, ou pelo administrador, na atividade de gerir, ou pelo juiz, na atividade de solucionar conflitos, é adequada para o fim pretendido. (...) Quanto ao subprincípio da necessidade, o mesmo consiste na ideia de que o cidadão tem o direito de ter contra si uma medida legislativa, administrativa ou judicial que lhe traga a menor desvantagem possível. (...) Por seu turno, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito abarca o conteúdo valorativo da proporcionalidade como um todo (em sentido lato). Aqui assume relevo o aspecto axiológico perseguido pelo princípio, notadamente o valor da justiça.”²⁸

A regra da proporcionalidade gera uma ascendência do magistrado, que é executor da justiça material, sobre o legislador, sem abalar o princípio da separação dos poderes, haja vista que o raio de autonomia não tira do legislador sua faculdade política decisória, mas mexe-se com menor liberdade²⁹.

“(...) com a instauração doutrinária do segundo Estado de Direito, o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame do controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.”³⁰

Assim, de acordo com Canotilho³¹, o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição de direitos, de liberdades e garantias por atos do poder público. Entretanto, também se estende a conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie – e é por esta razão que acaba por vincular o controle judicial.

Em algumas situações, conforme Ferraz³², a atuação jurisdicional ligada ao princípio da

proporcionalidade justifica-se para revelar e fazer valer o ponto de vista escolhido pelo julgador, ou seja, decide-se primeiro e depois se fundamenta, o que resulta em um resultado antecipado, mas nem sempre adequado.

Ainda, como mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, pode ser entendido o princípio da proporcionalidade, pois permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando não haja relação de adequação entre meio e fim, a medida não seja necessária, e quando a medida causa mais prejuízo do que benefícios³³.

E é sob esta perspectiva histórica e textual que a atividade jurisdicional ganha enfoque na consolidação de direitos e na harmonia e ponderação de decisões. O grande problema é o modo como os elementos de atuação são utilizados, muitas vezes sob o viés da arbitrariedade e, sendo assim, o prejuízo reflete diretamente na sociedade, que deveria ser protegida diante de seu anseio por o que se entende, naquela práxis, por justiça.

3. Apontamentos sobre as possíveis concepções jurídicas que induziram a alteração da atividade jurisdicional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando implantada, promoveu discussão acerca da possível superação do positivismo jurídico e a ascensão das constituições, particularmente aquelas relacionadas a direitos sociais, o que, consequentemente, resultou na alteração da atividade jurisdicional³⁴.

Essa alteração da atividade jurisdicional pode ser vista como o ajuizamento de novas ações que tratam de direitos sociais, muito embora tais questões dependam de políticas públicas e, ainda, como a

ausência de inibição dos magistrados na atuação e realização de direitos fundamentais³⁵.

Ainda de acordo com o entendimento de **Abramovich**³⁶, a atividade jurisdicional pode ser vista como a possibilidade de reclamar ao juiz o cumprimento de ao menos uma das obrigações do Estado por ocorrerem diversas situações de descumprimento de obrigações, tanto positivas quanto negativas do Estado: seja por falta de recursos, por descaso ou por omissão, os obstáculos devem ser superados com a adequada justiciabilidade. Enfim, quando o poder político não cumpre suas obrigações, o Poder Judiciário desempenhará o papel de garantidor do respeito, da proteção e da satisfação do direito.

“É justamente daí que nasce um profundo debate relacionado aos limites de atuação jurisdicional, já que, para alguns, o poder de escolha do administrador público e do legislador não pode ser invadido pela atuação do Poder Judiciário. Para eles, tal quadro leva a um rompimento do princípio da separação de poderes, causando uma verdadeira substituição de um governo ou de um legislador democraticamente eleito pela vontade de um agente político, não legitimado para tanto. (...)”

Outras questões que surgem deste debate estão ligadas à legitimidade da atuação judicial, já que não estaria ele autorizado a tanto, e, ainda, ao comprometimento da segurança jurídica, resultado direto da ausência de soluções uniformes para problemas comuns.³⁷

Por tal razão é importante relacionar as concepções do direito, com maior ênfase à possível superação do positivismo jurídico e o novo paradigma, o constitucional, a fim de entender as mudanças na atividade jurisdicional atual.

Ferraz³⁸ ensina que o cenário positivista, devido às barbáries cometidas na segunda guerra mundial, abriu campo para o surgimen-

to de novas teorias, das quais se consolidou a elevação dos princípios como normas jurídicas, marco este denominado embrião pós-positivista.

E foi com a promulgação de novas constituições nas últimas décadas do século XX que houve uma acentuação da hegemonia axiológica dos princípios, em que eles se tornaram um pedestal em que se assenta todo o ordenamento jurídico dos novos sistemas constitucionais³⁹. Assim, consolida-se a terceira fase da juridicidade dos princípios, o pós-positivismo.

Oliveira Neto⁴⁰ ensina que concomitantemente com as transformações ocorridas no direito, decorrentes do novo paradigma – o constitucional –, é necessário examinar a consolidação de um novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo), que possui uma forma de ver e compreender a constituição como elemento central de organização e sistematização do poder.

Streck⁴¹ afirma que desde início é preciso atentar-se ao termo “neoconstitucionalismo”, pois é motivo de ambiguidades teóricas e mal-entendidos. No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, é necessário reconhecer que as características do neoconstitucionalismo provocaram questões patológicas que acabaram por contribuir para a própria corrupção do texto constitucional. Por outro lado, defende-se um direito constitucional de efetividade e assombrado pela ponderação de valores.

É em razão disso que referido doutrinador ensina que não faz mais sentido utilizar a expressão “neoconstitucionalismo” para apontar a construção de um direito democraticamente produzido, sob o enfoque de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição⁴².

“Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais em maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.

(...) Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redirecionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior na qual se dá a reformulação da teoria das fontes (...); na teoria da norma (...); e na teoria da interpretação. (...) Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.”⁴³

Pozzolo⁴⁴ adverte que a crescente reclamação ao neoconstitucionalismo é a inadequação do legislador, especialmente na realização dos direitos consagrados nas constituições, fazendo com que este constitucionalismo contemporâneo modifique a maneira de entender o direito, o conduzindo, de certo modo, a uma dimensão argumentativa do direito.

Neste mesmo sentido, **Carbonell**⁴⁵ leciona que as características do neoconstitucionalismo e a constitucionalização do ordenamento jurídico são úteis no campo teórico, mas também e sobretudo no campo da aplicação prática da constituição; campo que, em boa parte da América Latina adoece de profundos defeitos.

No Brasil, o modelo democrático esbarra, ainda, em algumas incompreensões, como a crítica à democracia quotidiana por ser elitista, corrompida e extremamente manipulada, o elogio à mobilização social e à participação social,

a tendência em acreditar que o poder judiciário detém a responsabilidade do cumprimento e concretização das normas e, então, a consequência da judicialização das políticas públicas⁴⁶.

Morais⁴⁷ entende que, no sentido de que a possibilidade de promover uma intervenção jurisprudencial nos textos constitucionais, esta atuação é peculiar a consertar o próprio Estado Democrático de Direito.

“Trata-se de um equilíbrio necessário para o funcionamento democrático do sistema, já que a atuação do Poder Judiciário, ao contrário, leva a uma concretização dos direitos fundamentais, que tem, sim, alimentado discursos de supressão deles. É bem verdade que isso ocorreu pela falta de atuação dos demais setores do Estado, em especial o Poder Legislativo, que deixou largo espaço para a atuação judicial.”⁴⁸

Exemplo típico é o fato de estar consolidado o entendimento de que há possibilidade de atuação do poder judiciário para a implementação, de forma adequada e efetiva, de direitos fundamentais constitucionalmente.

Segundo **Onodera**⁴⁹:

“O Judiciário possui, portanto, competência para determinar ao Estado a implementação de tais comandos. No plano constitucional, foram previstos, de forma básica, cinco tipos de ações, quais sejam, o mandado de injunção, as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.”

As decisões judiciais que apreciam e fazem o controle de constitucionalidade (difuso e concreto) necessitam ser harmônicas, razoáveis, interpretativas, devem apreciar a constitucionalidade, os atos dos poderes, tudo sob a perspectiva do mínimo existencial e da reserva do possível⁵⁰ e, mesmo assim, em se tratando de algumas políticas

públicas, o debate ainda se mostra insuficiente⁵¹.

De qualquer maneira, já estão sendo sentidas mudanças, das quais Oliveira Neto aponta:

“1) Mudam os fundamentos da atividade jurisdicional, já que não há mais condições para uma atuação judicial dentro do modelo proposto pelo liberalismo em que o juiz era a boca que pronunciava as palavras da lei e tinha sua atividade limitada pelo dogma retratado pela expressão ‘*dura lex sed lex*’. Agora, sua atividade deverá estar focada nos critérios de justiça plasmados na Constituição, o que dá espaço para o surgimento de um novo tipo de juiz, cuja função principal agora é garantir direitos fundamentais. Se, antes, era um mediador de conflitos, agora é instrumento a serviço da garantia de direitos fundamentais;”⁵²

Na verdade, além de pensar na mudança de paradigmas, é vislumbrar que “somente uma moral da convicção, reforçada de uma paixão pela vida e pela liberdade, pode destruir em seu ardor todas as barreiras que se opõem à criação de uma nova sociedade.”⁵³, mesmo que isso signifique o fracasso, novas crises e redefinição da democracia, do Estado de Direito.

O próprio direito educacional, que atualmente é um ramo novo da ciência jurídica, o qual abrange questões jurídicas que envolvem a relação entre alunos e professores, coloca em discussão a possível superação do positivismo jurídico diante do entendimento jurisprudencial e consequente alteração da atividade jurisdicional.

4. Reflexões sobre a alteração da atividade jurisdicional

De acordo com **Habermas**⁵⁴ a jurisprudência orientada por princípios deve definir a pretensão e a ação que deve ser tomada, já que aquilo que é melhor para cada um de nós pode não ser para uma coletividade. E é neste sentido que

se pode interpretar que a jurisprudência do STF tem tomado alcance de repercussão geral na garantia e cumprimento de direitos e deveres embasados também no princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Para exemplificar, no Recurso Extraordinário 603.583⁵⁵, originário do Rio Grande do Sul e publicado em 25 de maio de 2012, discutiu-se a constitucionalidade da realização do exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício da profissão de advogado.

No caso em tela, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade foi utilizado como meio de interpretação para entender que o Exame da Ordem é constitucional e que atende aos subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade, quais sejam: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade e, ainda, sob a égide de proteção dos interesses coletivos, que recebem mais segurança jurídica ao serem amparados por esta profissão que é crucial na defesa dos direitos e deveres da coletividade, ou, até mesmo, individuais.

Outros exemplos seriam o direito à educação e o novo ramo da ciência jurídica, o direito educacional.

De acordo com o art. 6º da CRFB/88, a educação é um direito social e, ainda, em razão de uma gama de legislação e da própria abrangência de regulamentação da CRFB/88 com relação a este direito, quando estabelece os arts. 205 a 214⁵⁶, contribui para o próprio desenvolvimento deste novo ramo.

Muito embora esteja totalmente ligado com a educação em si, o direito educacional é conceitualmente visto como uma compilação de normas que visam disciplinar as relações entre alunos e professores

no âmbito em que se encontram, dentro de um contexto de aprendizagem.

É neste sentido de conexão que juristas e educadores relacionam suas áreas, integram-se com outras áreas da ciência jurídica, tudo em virtude de sustentar este novo ramo. Neste contexto também é que se inserem as decisões judiciais acerca do tema, a utilização do poder discricionário pelo magistrado e, assim, o desenvolvimento da concepção e percepção do direito educacional.

“O Direito Educacional, assim como os demais desdobramentos da Ciência Jurídica, não constitui um compartilhamento estanque, isolado do corpo geral e sistêmico do Direito. Promana ele, por tratar especificamente das relações e estruturas decorrentes do direito à educação e por envolver os serviços públicos e seu funcionamento para a garantia deste direito, diretamente do Direito Administrativo, o qual, por si, já é ramo do Direito Público e um desdobramento do Direito Constitucional.”⁵⁷

Por justamente ser um ramo recente, o direito educacional ainda não tem consolidado entendimentos uniformes e de acordo com o que realmente propõem suas normas afins. É por isso que as aflições diante das demandas juspedagógicas estão vindo à tona e devem ser discutidas como um primeiro passo ao desenvolvimento deste novo ramo da ciência jurídica.

Bobbio⁵⁸, ao discorrer sobre o direito como instituição, alerta que se pode admitir o direito como produto da vida social, mas que não se deve conhecer que toda a sociedade seja jurídica. Isso porque

para que a sociedade seja totalmente jurídica deve passar da fase orgânica para a fase inorgânica de institucionalização, tornando-se organizada a ponto de poder identificar seus valores e anseios. E é

também por isso que a dimensão da práxis deve ser levada em consideração quando alguma situação fática é levada ao judiciário nestas demandas juspedagógicas.

Dias contextualizou esta situação quando escreveu a obra *A justiça e o imaginário*

social, pois a práxis é que formará os valores de uma democracia – e, dependendo do ponto de vista em que são enxergados, são interpretados de maneiras diferentes.

“A Justiça precisa ser questionada não apenas enquanto categoria teórica mas também na sua dimensão de práxis, pois está profundamente imbricada às reais condições de existência das pessoas, grupos, comunidades, sociedades.”⁵⁹

O substancialismo, ou seja, a vantagem substancialmente mais fácil para se alcançar este sentido de justiça seria a teoria do discurso com uma argumentação prática racional, fundadas em regras materiais morais, de acordo com o que entende Alexy⁶⁰.

Ocorre que, para referido doutrinador⁶¹, não há espaço para a participação popular neste processo; os conflitos devem ser resolvidos em face do suporte fático e consequência jurídica não quantificáveis, aproximando teoria de princípios e de valores⁶². Alexy retrabalhou a teoria de Ronald Dworkin⁶³, o qual entendia que os princípios poderiam gerar uma

A DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA AFEIÇOAM E ESTABELECEM A FUNGIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COM O DA RAZOABILIDADE

obrigação jurídica⁶⁴ válida, sob a perspectiva do sopesamento de valores; desigual a Habermas⁶⁵, o qual, por meio de seu pragmatismo, entende que enquanto houver o seguimento de alguns valores estes devem estabelecer a comunicação e argumentações, o que acaba gerando o perigo dos juízos irracionais⁶⁶.

O ordenamento jurídico brasileiro possui suas próprias particularidades, espelhado principalmente nos sistemas alemão e americano e, por meio da jurisprudência formada pelos tribunais pátrios, algumas das decisões são resolvidas sob um viés de arbitrariedade e não de sentimento de justiça pautado na racionalidade adequada e voltada à sua dimensão de práxis.

Aqui, sentimento de justiça é considerado aquele em que, diante do caso concreto, sejam ponderados valores racionais e adequados da sociedade, a fim de que seja recebida a percepção do anseio social. Evidentemente, dentro do que as normas-regras determinam e dentro da prerrogativa que as normas-princípios possam servir como meio de aplicação e interpretação.

E é precisamente diante de divergências jurisprudenciais que os princípios têm ganhado enfoque, justamente por realizarem a função de condutores de dimensões operativas, de diretrizes de interpretação e aplicação das normas jurídicas⁶⁷, muito embora também sejam normas⁶⁸ – identificadas como jurídicas ou não⁶⁹.

Diante da atividade jurisdicional contemporânea, em que a rea-

ção política é latente em face das decisões judiciais e que há efetivamente decisões judiciais que são fundamentadas em razões políticas, tudo diante de nossa carta magna que prevê a garantia dos direitos fundamentais, há um grande temor de que o constitucionalismo de princípios/neoconstitucionalismo/constitucionalismo contemporâneo gere uma insustentável gama de decisionismos, o que provocaria ou provoca a banalização do uso dos princípios.

É por esta razão que é extremamente coerente o entendimento de que, para que o constitucionalismo continue dando certo, é necessário que a atividade jurisdicional obtenha fundamentos, formas de atuação e espaços de atuação muito bem definidos.

Por outro lado, pode-se percebê-lo como uma trajetória para uma verdadeira democracia, como reconstrução de uma sociedade, de redefinições, haja vista que não há Estado Democrático de Direito sem uma atividade política e econômica intensa⁷⁰, saudável e relacionada.

É sob este ponto de vista, de perceber que uma trajetória do ordenamento jurídico deve ser construída de início ao fim, que **Eros Grau** entende que a norma produzida pelo intérprete, quando da resolução dos conflitos normativos, deve surgir “não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados de realidade (mundo do ser)”⁷¹. Esta interpre-

tação não carece, necessariamente, partir do poder judiciário, mas deveria também partir como marco inicial do Estado.

Entretanto, quando o Estado não se cumpre, cabe ao magistrado reproduzir a norma no sentido de criá-la, fazendo do juiz um intérprete autêntico. Para tanto, torna-se necessária a ponderação entre o texto normativo e os princípios. A escolha de determinada solução, com base no poder discricionário, estampada em uma decisão acarreta a chamada, por Eros Roberto Grau, norma de decisão⁷².

E é neste momento que o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, empregado de forma fungível, também aparece com a lei da colisão proposta por Alexy⁷³, no sopesamento de princípios em caso de colisão de interesses conflitantes.

Muito embora não esteja expresso na CRFB/88, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade é visto como o princípio dos princípios, uma vez que é considerado como o ordenador do direito⁷⁴, provedor de transformações sociais velozes e juridicamente incontroláveis⁷⁵.

Ocorre que, a atuação jurisdicional aliada ao anseio social incorporou o princípio da proporcionalidade/razoabilidade à realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Hoje se pode ver com frequência a utilização deste princípio na resolução de conflitos normativos e na fundamentação de decisões judiciais. Desenraizar algumas culturas jurídicas num país como o Brasil, que se socorre em ordenamentos jurídicos externos sem voltar seu olhar às suas reais necessidades, pode ser tarefa árdua.

“De otro lado, incluso si lográramos determinar con precisión las consecuencias de la decisión, de todos modos del grado de subjetividad

A REGRA DA PROPORCIONALIDADE GERA UMA ASCENDÊNCIA DO MAGISTRADO, QUE É EXECUTOR DA JUSTIÇA MATERIAL, SOBRE O LEGISLADOR

judicial seria muy importante ya que, salvo en el mundo ideal de los óptimos paretianos, toda sentencia favorece unos intereses, mientras que afecta negativamente a otras personas. En tales condiciones, ¿cuál es la decisión óptima? No es posible determinarlo, sin que exista un juicio de valor, explícito o implícito, sobre cuáles de esos intereses ameritan mayor protección judicial, en el balance global de pérdidas y ganancias.”⁷⁶

E esta abertura da máxima da proporcionalidade é que direciona a pesquisa jurisprudencial e a possibilidade de comparação de casos análogos apresentados ao poder judiciário, com decisões divergentes fundamentadas no princípio da proporcionalidade/razoabilidade, ou melhor, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade vira justificativa do uso da *discricionarie-dade* e, em alguns casos, leva ao sutil entendimento da *arbitrariedade*.

É compreensível que seja difícil para o poder judiciário, diante da judicialização dos direitos sociais, diante deste próprio novo ramo que é o direito educacional, acompanhar efetivamente caso a caso, até porque, como bem cita Müller⁷⁷, assusta a quantidade de leis que o ordenamento jurídico brasileiro possui. Há normas para praticamente tudo e não seria diferente dentro de uma sala de aula em que, por exemplo, está em vigor um contrato educacional sob a égide do Código Civil, a prestação de serviços sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, o atendimento a alunos menores de idade sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente, as atividades escolares sob a égide da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁷⁸.

No mesmo sentido Bobbio⁷⁹:

“Na realidade os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu,

jamais alguém consegue contar. Quantas são as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico italiano? [ou brasileiro?] *Ninguém sabe. Os juristas queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social.*”

Entretanto, cabe ao juiz realizar a efetivação das normas constitucionais, compreender a vontade da lei diante do caso em concreto, com a visão do que é a justiça com, justamente, a aproximação da teoria de princípios e de valores. Esta é uma grande questão, pois à medida que os homens morrem, as leis ficam, em seu sentido material, e, nesta medida, a realidade social muda e a realidade jurídica continua a mesma. Aqui se vê o inegável papel da jurisprudência como ligação entre a realidade social e a jurídica⁸⁰.

As divergências doutrinárias sempre existirão e Bittar⁸¹ foi muito prudente ao escrever que ao reconhecer a crise do direito, no sentido de superar o pragmatismo, é necessário estar aberto a modificações, como, por exemplo, em vez de coerção, procurar o consenso, no lugar da decisão imperativa, a persuasão.

Além disso, não se pode negar que por meio da ponderação não é alcançada a efetividade e aplicabilidade da norma. Neste sentido Bittar⁸² explana que “se justiça fosse apenas demonstração de força, de poder, de intimidação, de espada, não haveria lugar para a ponderação, para a reflexão, para a flexibilidade, para a percepção das necessidades humanas”. É justamente o espírito autêntico do julgador que o faz agir dentro de medidas justas e necessárias.

Chega-se ao momento em que é necessário redefinir o acesso à Justiça ou tornar com que as políticas

públicas para “desafogar” o judiciário sejam realmente aplicadas de acordo com os preceitos para as quais foram criadas. Vive-se num momento de constitucionalismo de princípios, de ressignificações da própria democracia, pensa-se em uma democracia participativa, em uma cidadania inclusiva. Entretanto, sem a redefinição de posturas, ressignificação de valores e efetiva, eficaz e válida aplicação, tanto da sociedade quanto do poder judiciário como estrutura na busca da justiça como práxis social, isso não ocorrerá.

Conforme o próprio Warat⁸³ propõe, pode parecer uma promoção ao escândalo, mas na verdade é a busca pelo conhecimento, da autonomia, da realização coletiva, de uma política como prazer, da subvenção da alegria, das verdades como poesia e da democracia como forma de significações que nos convidam a viver em pluralidade. Será que não se aprende so-nhando?

Considerações finais

A evolução das concepções jurídicas do direito ocorreram de acordo com a trajetória percorrida pela sociedade, seus anseios e sentimentos de senso de justiça. Anos atrás a educação era privilégio de poucos e com o passar das décadas, especialmente após a promulgação da CRFB/88, se tornou um direito social fundamental.

A prescrição da norma na forma escrita trouxe enorme evolução ao amparo e construção de uma sociedade livre e democrática. Entretanto, por outro lado, os tribunais se depararam com diversos tipos de ações judiciais, as quais sob uma ótica estavam amparados legalmente e sob outra perspectiva, não. Tem-se como exemplo, a judicialização de políticas públicas.

Deu-se, então, jurisprudencialmente – e pode-se dizer que os esforços doutrinários se encaminham para isso –, espaço para o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, com raízes no direito alemão e anglo-saxão, e que possui a carga valorativa de ser o “princípio dos princípios”, com possibilidade de relativização do plano fático e jurídico.

Trata-se da visão substancialista, inserida como uma das teorias atuais nesta fase em que se questiona acerca da possibilidade de superação do positivismo jurídico e se dá enfoque ao constitucionalismo de princípios/neoconstitucionalismo/constitucionalismo contemporâneo.

O direito educacional, como ramo recente da ciência jurídica, pode exemplificar de que maneira esta transição ocorre e que o princípio da proporcionalidade/razoabilidade pode ser visto como elemento de atuação jurisdicional gerando, portanto, sua consequente alteração.

Diante da infinidade de normas que possui o ordenamento jurídico brasileiro, estejam elas expressas ou não, é crescente o entendimento e o julgamento de ações judiciais contraditórias, algumas se utilizando do positivismo jurídico e outras propensas à visão substancialista. E dentro deste contexto algumas dúvidas surgem, como, por exemplo, o exercício da atividade jurisdicional sob o viés da arbitrariedade; a redefinição da política e economia não saudável; o significado de justiça dentro de um anseio social; a própria necessidade de resignificação da democracia e; a possibilidade e necessidade de se retomar o conceito positivista diante de tantos decisionismos.

Os fundamentos da atividade jurisdicional mudam à medida que o juiz não é mais a boca da lei,

mas está obrigado a garantir direitos com fundamento de critérios de justiça e, na verdade, esta visão substancialista está enraizada no ordenamento jurídico brasileiro. O grande questionamento está justamente na maneira como ela é interpretada –, e problemas hermenêuticos não se encontram somente na atividade jurisdicional, mas no próprio senso de determinados grupos sociais. ■

Notas

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 273.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

3 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

4 Idem, *ibidem*, p. 90.

5 Idem.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 266-267.

7 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 113-114. Título original: *A matter of principle*.

8 “(...) quer exprimir o aniquilamento ou a redução ao nada. (...)” Assim está em: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizados por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro, 2006, p. 953.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

10 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 182-183.

11 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153-154.

12 CIMADON, Aristides; CIMADON, Elisandra Riffel. *O princípio da proporcionalidade e as relações juspedagógicas nas universidades*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 21.

13 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230-231.

14 Idem, *ibidem*, p. 244.

15 Idem.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 434.

17 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 44.

18 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liber-

dade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Assim está em: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03. abril. 2013.

19 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 43.

20 FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica – princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jünger Habermas*. Belo Horizonte: Dicitum, 2009, p. 175.

21 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153-163.

22 “Os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles. (...) Também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas, razão pela qual são denominados, neste estudo, de postulados específicos (ou condicionais).” Assim está em: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 144-145.

23 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165-166.

24 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 116-117. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

25 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 53.

26 Idem, *ibidem*, p. 43.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 268-269.

28 GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 34-37.

29 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 412-413.

30 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 413.

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 272.

32 FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica – princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jünger Habermas*. Belo Horizonte: Dicitum, 2009, p. 153.

33 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252.

34 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A estrita legalidade como limitador*

democrático da atividade jurisdicional. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527, jul. 2011.

35 Idem, ibidem, p. 528.

36 AINDA, (...) *Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y – en plano internacional – en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.* Assim está em: ABRAMOVICH, Vitor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, cap. 1 – *La estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad*, p. 37.

37 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 530, jul. 2011.

38 FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jünes Habermas*. Belo Horizonte: Dcitur, 2009, p. 43.

39 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 273.

40 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 539, jul. 2011.

41 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-36.

42 Idem, ibidem, p. 36-37.

43 Idem, ibidem, p. 37.

44 POZZOLO, Susanna. Reflexiones Sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONEL, Miguel; JARAMILO, Leonardo Garcia (Eds). *El canon neoconstitucional*, Editora Trotta, 2010, p. 184.

45 CARBONEL, Miguel. El Neoconstitucionalismo: Significado y Niveles de Análisis. In: CARBONEL, Miguel; JARAMILO, Leonardo Garcia (Eds). *El canon neoconstitucional*, Editora Trotta, 2010, p. 164.

46 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento dos Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125-126.

47 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento dos Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247-248.

48 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 558, jul. 2011.

49 ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle Judicial das Políticas Públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição

de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 422.

50 ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle Judicial das Políticas Públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 448.

51 ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle Judicial das Políticas Públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 449.

52 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 551-552, jul. 2011.

53 TOURAINE, Alain. *Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Tradução: Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2011. Título original: *Après La crise*, p. 194.

54 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 323.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Trabalho – Ofício ou profissão – Exercício. Recurso Extraordinário 603.583, Supremo Tribunal Federal, Brasília. DF. 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3773044>>. Acesso em 30. mar. 2013.

56 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em 03. abril. 2013.

57 MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito educacional e educação no século XXI*. Brasília, DF: Unesco, 1997, p. 60-61.

58 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2005, p. 30. Título original: *Teoria della norma giuridica*.

59 DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 75.

60 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 549. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

61 Idem, ibidem, p. 95.

62 CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Juruá: Curitiba, 2009, p. 247.

63 FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica – princípio da proporcionalidade: uma*

visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jünes Habermas. Belo Horizonte: Dcitur, 2009, p. 60-61.

64 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 71. Título original: *Taking rights seriously*.

65 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 351-352.

66 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 284.

67 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 160.

68 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1160.

69 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 155. Título original: *Begriff und Geltung des Rechts*.

70 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 361-363.

71 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35.

72 Idem, ibidem, p. 38.

73 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 95. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

74 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 44.

75 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 412.

76 “Por outro lado, mesmo se pudéssemos determinar com precisão as consequências da decisão, no entanto, o grau de subjetividade legal seria muito importante, porque, exceto no mundo ideal do ótimo paretiano, qualquer julgamento favorecer certos interesses, enquanto afetando negativamente para os outros. Sob tais condições, qual é a melhor decisão? Não é possível determinar, sem um juízo de valor, explícito ou implícito, qual o mandado de interesses de proteção adicional judiciais no balanço global de ganhos e perdas.” (tradução livre) Assim está em: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, v. I. UPRIMNY, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economia*, p. 321.

77 MÜLLER, Célio. *Guia jurídico do mantenedor educacional*. 1a. ed. São Paulo: Érica, 2007, p. 19.

78 Idem.

79 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: UnB, 1999, p. 37. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

80 ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 42-43.

81 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 404-405.

82 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Coord.). *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 83-84.

83 WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985, p. 85.

Referências

ABRAMOVICH, Vitor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 2004, cap. 1 – *La estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad*.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Begriff und Geltung des Rechts*.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática reflexões frankfurtianas e a revolução pelo Afeto. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Coord.). *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: UnB, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2005. Título original: *Teoria della norma giuridica*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em 03. abril. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Trabalho – Ofício ou profissão – Exercício. Recurso Extraordinário n. 603.583, Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF. 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3773044>>. Acesso em 30. mar. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em 03. abril. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Juruá: Curitiba, 2009.

CARBONEL, Miguel. El Neoconstitucionalismo: Significado y Niveles de Análisis. In: CARBONEL, Miguel; JARAMILO, Leonardo Garcia (Eds). *El Canon Neoconstitucional*, Editora Trota, 2010.

CIMADON, Aristides; CIMADON, Elisandra Riffel. *O princípio da proporcionalidade e as relações juspedagógicas nas universidades*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Taking rights seriously*.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *A matter of principle*.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica – princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dcitung, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades*

de consolidação da proposta constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento dos países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito educacional e educação no século XXI*. Brasília, DF: UNESCO, 1997.

MÜLLER, Célio. *Guia jurídico do mantenedor educacional*. 1a. ed. São Paulo: Érica, 2007.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul. 2011.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul. 2011.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle Judicial das Políticas Públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Vol. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. UPRIMNY, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economia*.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento dos países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POZZOLO, Susanna. Reflexiones Sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONEL, Miguel; JARAMILO, Leonardo Garcia (Eds). *El Canon Neoconstitucional*, Editora Trota, 2010.

TOURAINÉ, Alain. *Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Tradução: Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2011. Título original: *Après La crise*.

OS TORQUEMADAS DE HOJE E O DESRESPEITO À PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Fernando dos Santos Lopes | www.lopesadvocaciacriminal.com.br

Advogado em Curitiba

Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia (ICPC)

Excertos

Atualmente se vive no Brasil um tempo de “caça às bruxas”, sobretudo no contexto do chamado direito penal econômico, onde muitos julgadores têm partido da premissa de que estar debaixo dos holofotes da mídia é mais importante do que garantir o devido processo legal

No entanto, o que o homem comum não sabe, mas que todos os aplicadores da lei deveriam saber, é que o processo não foi criado para descobrir a verdade, mas para impor limites à atuação dos órgãos do Estado

Ante essa realidade, os iluministas descobriram que o melhor é impor limites à atuação do Estado, porque este não é controlado apenas por pessoas boas. E assim o fizeram pensando nos homens comuns daquela época, ou seja, naqueles que não faziam parte da igreja

Qualquer aplicação de uma pena há de ser fundamentada de modo a demonstrar a adequação da medida, sua necessidade, assim como sua proporcionalidade num sentido estrito do termo

“Porque com o juízo com que julgardes sereis julgados, e com a medida com que tiverdes medido vos hão de medir a vós”.

Mateus 7:2

Por mais que possa parecer contraditório, embora o cristianismo tenha sido responsável por matar milhões de pessoas durante a inquisição, Jesus Cristo certa vez disse a seguinte frase: “com o juízo com que julgardes sereis julgados”.

Esta frase traz consigo algo que os filósofos morais chamam de “regra de ouro”¹, ou seja, a regra de que devemos tratar os outros conforme gostaríamos de ser tratados.

Entretanto, em que pese essa advertência, muitos aplicadores da lei preferem adotar a postura inquisitória de um **Tomás de Torquemada** ao invés de julgar com a sobriedade dos filósofos morais.

Com efeito, após a constatação de que alguém cometeu um ilícito é muito fácil atirar todas as pedras contra essa pessoa. Adota-se, nesse sentido, a postura dos fariseus, que só não apedrejaram a prostituta Ma-

ria Madalena porque foram impedidos pelo seguinte argumento racional aduzido por Jesus: “aquele que não tem pecado que atire a primeira pedra”.

Atualmente se vive no Brasil um tempo de “caça às bruxas”, sobretudo no contexto do chamado direito penal econômico, onde muitos julgadores têm partido da premissa de que estar debaixo dos holofotes da mídia é mais importante do que garantir o devido processo legal.

De certo modo, considerando que o Brasil sempre foi um país onde os ricos nunca foram condenados por seus crimes, apresenta-se compreensível que o homem comum aplauda aqueles magistrados que vestem a túnica negra dos inquisidores.

Isso porque o homem comum não conhece o valor do devido processo legal, assim como não tem conhecimento acerca da necessidade do respeito às garantias fundamentais. E isso por um motivo muito simples: o homem comum e, infelizmente, alguns aplicadores da lei pensam de forma imediatista, e só conseguem enxergar os efeitos de uma decisão sobre um caso concreto.

Uma vez constatado no plano empírico que um homem matou outro, por exemplo, pouco importa para o homem comum se haverá ou não o devido processo legal. Ora, se todo mundo sabe que ele matou, para que o processo?

No entanto, o que o homem comum não sabe, mas que todos os aplicadores da lei deveriam saber, é que o processo não foi criado para descobrir a verdade, mas para impor limites à atuação dos órgãos do Estado.

Isso devido ao fato de que houve um tempo em que os órgãos do Estado podiam fazer o que quisessem. Nessa época, afirmava-se:

ora, para que realizar um processo se um representante do Estado está afirmando que ele cometeu um crime? O que vale mais: a palavra de um representante do Estado ou de um homem comum?

Como, ao contrário do que os homens comuns de hoje pensam, não existiam e não existem apenas pessoas boas como representantes do Estado, muitos homens comuns dessa época inquisitorial foram assassinados, perderam sua propriedade, sua mulher, seus filhos, e sua dignidade como ser humano, porque essa era a vontade dos representantes do Estado.

Ante essa realidade, os iluministas descobriram que o melhor é impor limites à atuação do Estado, porque este não é controlado apenas por pessoas boas. E assim o fizeram pensando nos homens comuns daquela época, ou seja, naqueles que não faziam parte da igreja.

Mas os tempos mudaram e os iluministas de hoje, chamados de garantistas e protetores dos direitos humanos, são constantemente demonizados pelos homens comuns que, embora inconscientes, clamam pela volta da “idade das trevas”.

Contudo, nos dias atuais já não se pode admitir que magistrados e aplicadores da lei ignorem normas constitucionais que, queiram eles ou não, limitam o seu poder.

Dentre essas normas, de especial relevo e a regra da proporcionalidade, que raramente é observada, sobretudo, durante a aplicação das penas, seja em sede administrativa ou judicial.

Com efeito, consoante adverte o professor **Luis Virgílio Afonso da Silva**, a regra da proporcionalidade estabelece um procedimento de argumentação e fundamentação ordenado:

“Se simplesmente as enumeramos, independente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto

faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito. Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.”²

Ou seja, qualquer aplicação de uma pena há de ser fundamentada de modo a demonstrar a adequação da medida, sua necessidade, assim como sua proporcionalidade num sentido estrito do termo.

Sobre a adequação da medida, impende-se saber, em primeiro lugar, qual é a finalidade da pena, de modo a graduá-la consoante sua finalidade. Por outro lado, a necessidade, também chamada por **Canotilho** de exigibilidade, impõe limites a essa graduação, no sentido de que *todo cidadão tem direito a menor ingerência possível em sua liberdade*:

“O princípio da exigibilidade também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão.”³

Enfim, uma vez demonstrado que a pena aplicada é adequada e necessária, o cidadão ainda tem o direito de exigir a aplicação de uma penalidade proporcional.

Isso quer dizer que normas constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, o direito fundamental ao trabalho etc., competem com as finalidades da pena, sendo que, apenas com atenção às peculiaridades do caso concreto, será possível estabelecer uma relação de precedência entre essas normas, consoante a lei de colisão:

“La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se estable-

ce entre los principios una relación de precedencia condicionada. *La determinación de la relación de precedencia condicionada* consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un *principio precede al otro*. *En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente.*”⁴ (grifo nosso)

Poder-se-ia, inclusive, ser mais rigoroso na análise da medida, pois, conforme observa **Dworkin**, há casos em que os direitos fundamentais não poderão ser submetidos a essa análise de custo e benefício, devido ao seu conteúdo moral.

No entanto, considerando a situação desesperadora na qual se encontra a práxis jurídica dos dias atuais, seria utópico prescrever referida análise de cunho mais aprofundado, ainda que, sinceramente, se acredite que existem magistrados que podem e vão além do senso comum e das relações de poder que os rodeiam e, não raro, os sufocam durante a aplicação da lei.

Em conclusão

Ante o exposto, conclui-se no sentido de que embora o homem comum prefira aqueles julgadores que na aplicação da lei incorporam o espírito de Tomás de Torquemada, cumpre aos garantistas lutar por uma aplicação da lei conforme a Constituição, de modo a evitar que os homens comuns voltem a ser lançados na fogueira. ■

Notas

1 Cf. SINGER, Peter. *Ética prática*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

2 SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 35.

3 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Almedina, 1999, p. 264.

4 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 73.

CIVIL E COMERCIAL

INEXISTE ABUSIVIDADE EM CLÁUSULA QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE NÃO RENOVAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO

Superior Tribunal de Justiça

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.418.240 – PR

Órgão julgador: 3a. Turma

Fonte: DJe. 05.02.2014

Relator: Ministro Sidnei Beneti

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. RESCISÃO UNILATERAL. LEGALIDADE. IMPROVIMENTO.

1. A C. Segunda Seção, no julgamento do REsp 880.605/RN, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/acórdão Min. MASSAMI UYEDA, em sessão realizada no dia 13/06/2012, publicado no DJE de 17/9/2012, por maioria, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido da inexistência de abusividade da cláusula que prevê a possibilidade de não renovação do contrato de seguro de vida em grupo.

2. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e João Otávio

de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013

(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1. O V D IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA LTDA E OUTROS interpõem agravo interno contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial da ora Agravada, ao entendimento de incidência da jurisprudência desta Corte quanto à inexistência de abusividade da cláusula que prevê a possibilidade de não renovação do contrato de seguro de vida em grupo (e-STJ fls. 674/678).

2. Pedem a reforma da decisão agravada, sob a alegação de aplicação das Súmulas 5, 7, 83, 182/STJ e que deve ser afastada a jurisprudência aplicada ao caso dos autos.

É o breve relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

3. Não merece prosperar a irrisignação.

4. Embora evidente o esforço da agravante, não trouxe nenhum argumento capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, a qual, frise-se, está absolutamente de acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo, portanto, a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 674/678):

(...)

3. O tema já está pacificado pela jurisprudência desta Corte, de modo que o recurso deve ser julgado monocraticamente pelo Relator, segundo orientação firmada, com fundamento no art. 557

do CPC, desnecessário, portanto, o envio às sobrecarregadas pautas de julgamento deste Tribunal.

4. Em relação à matéria de fundo, verifica-se que o acórdão recorrido confronta-se com o entendimento firmado pela C. Segunda Seção, no julgamento do REsp 880.605/RN, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/acórdão Min. MASSAMI UYEDA, em sessão realizada no dia 13/06/2012, publicado no DJE de 17/9/2012, por maioria, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido da inexistência de abusividade da cláusula que prevê a possibilidade de não renovação do contrato de seguro de vida em grupo, de modo que a matéria não comporta mais discussão, cuja ementa do acórdão foi lançada nestes termos:

RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RESCISÃO UNILATERAL – LEGALIDADE – POSSIBILIDADE DECORRENTE DA PRÓPRIA NATUREZA DO CONTRATO *SUB JUDICE* – MUTUALISMO (DILUIÇÃO DO RISCO INDIVIDUAL NO RISCO COLETIVO) E TEMPORARIEDADE – OBSERVÂNCIA – NECESSIDADE – ABUSIVIDADE – INEXISTÊNCIA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I – De plano, assinala-se que a tese jurídica encampada por esta colenda Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, Relatado pela Ministra Nancy Andrighi, DJe 29/04/2011, não se aplica ao caso dos autos, notadamente porque possuem bases fáticas distintas. Na hipótese dos autos, diversamente, a cláusula que permite a não renovação contratual de ambas as partes contratantes encontra-se inserida em contrato de seguro de vida em grupo, que pos-

sui concepção distinta dos seguros individuais. *In casu*, não se pode descurar, também, que o vínculo contratual estabelecido entre as partes (de dez anos) perdurou interregno substancialmente inferior àquele tratado anteriormente pela Segunda Seção, de trinta anos;

II – Em se tratando, pois, de contrato por prazo determinado, a obrigação da Seguradora, consistente na assunção dos riscos predeterminados, restringe-se ao período contratado, tão-somente. Na hipótese de concretização do risco, durante o período contratado, a Seguradora, por consectário lógico, é responsável, ainda, pelo pagamento da respectiva cobertura. Em contrapartida, a não implementação do risco (ou seja, a não concretização do perigo – evento futuro, incerto e alheio à vontade das partes) não denota, por parte da Seguradora, qualquer inadimplemento contratual, tampouco confere ao segurado o direito de reaver os valores pagos ou percentual destes, ou mesmo de manter o vínculo contratual. Sobressai, assim, do contrato em tela, dois aspectos relevantes, quais sejam, o do mutualismo das obrigações (diluição do risco individual no risco coletivo) e o da temporariedade contratual;

III – A temporariedade dos contratos de seguro de vida decorre justamente da necessidade de, periodicamente, aferir-se, por meio dos correlatos cálculos atuariais, a higidez e a idoneidade do fundo a ser formado pelas arrecadações dos segurados, nas bases contratadas, para o efeito de resguardar, no período subsequente, os interesses da coletividade segurada. Tal regramento provém, assim, da constatação de que esta espécie contratual, de cunho coletivo, para atingir sua finalidade, deve ser continuamente revisada (adequação atuarial), porquanto

os riscos predeterminados a que os interesses segurados estão submetidos são, por natureza, dinâmicos.

IV – Efetivamente, a partir de tal aferição, será possível à Seguradora sopesar se a contratação do seguro de vida deverá seguir nas mesmas bases pactuadas, se deverá ser reajustada, ou mesmo se, pela absoluta inviabilidade de se resguardar os interesses da coletividade, não deverá ser renovada. Tal proceder, em si, não encerra qualquer abusividade ou indevida potestatividade por parte da Seguradora;

V – Não se descure, por óbvio, da possibilidade de, eventualmente, o contrato de seguro de vida ser vitalício, entretanto, se assim vier a dispor as partes contratantes, é certo que as bases contratuais e especialmente, os cálculos atuariais deverão observar regime financeiro próprio. Ademais, o seguro de vida vitalício, ainda que expressa e excepcionalmente possa ser assim contratado, somente comporta a forma individual, nunca a modalidade em grupo. Na verdade, justamente sob o enfoque do regime financeiro que os seguros de vida deverão observar é que reside a necessidade de se conferir tratamento distinto para o seguro de vida em grupo daquele dispensado aos seguros individuais que podem, eventualmente, ser vitalício;

VI – Não se concebe que o exercício, por qualquer dos contratantes, de um direito (consistente na não renovação do contrato), inerente à própria natureza do contrato de seguro de vida, e, principalmente, previsto na lei civil, possa, ao mesmo tempo, encerrar abusividade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, ou, ainda, inobservância da boa-fé objetiva, fundada, tão-somente, no fato de o contrato entabulado entre as partes ter tido vigência

pelo período de dez anos. Não se pode simplesmente, com esteio na Lei consumerista, reputar abusivo todo e qualquer comportamento contratual que supostamente seja contrário ao interesse do consumidor, notadamente se o proceder encontra respaldo na lei de regência. Diz-se, supostamente, porque, em se tratando de um contrato de viés coletivo, ao se conferir uma interpretação que torne viável a consecução do seguro pela Seguradora, beneficia-se, ao final, não apenas o segurado, mas a coletividade de segurados;

VII – No contrato entabulado entre as partes, encontra-se inserta a cláusula contratual que expressamente viabiliza, por ambas as partes, a possibilidade de não renovar a apólice de seguro contratada. Tal faculdade, repisa-se, decorre da própria lei de regência. Desta feita, levando-se em conta tais circunstâncias de caráter eminentemente objetivo, tem-se que a duração do contrato, seja ela qual for, não tem o condão de criar legítima expectativa aos segurados quanto à pretendida renovação. Ainda que assim não fosse, no caso dos autos, a relação contratual perdurou por apenas dez anos, tempo que se revela demasiadamente exíguo para vincular a Seguradora eternamente a prestar cobertura aos riscos contratados. Aliás, a consequência inexorável da determinação de obrigar a Seguradora a manter-se vinculada eternamente a alguns segurados é tornar sua prestação, mais cedo ou mais tarde, inexequível, em detrimento da coletividade de segurados;

VII – Recurso Especial improvido.

(REsp 880.605/RN, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator(a) p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, Segunda Seção, DJe 17/09/2012)

5. Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andri-ghi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

IMOBILIÁRIO

SE O CONDOMÍNIO TIVER CIÊNCIA DA ALIENAÇÃO, AS DESPESAS CONDOMINIAIS DEVEM SER COBRADAS DO ADQUIRENTE DO IMÓVEL E NÃO DO ANTIGO PROPRIETÁRIO

Superior Tribunal de Justiça
Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 208.113 – SP
Órgão julgador: 3a. Turma
Fonte: DJe, 13.02.2014
Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROPRIETÁRIO. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CIÊNCIA DO CONDOMÍNIO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DESTE STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Se o condomínio tiver ciência da alienação, as despesas e quotas condominiais devem ser cobradas do adquirente do imóvel ou do promitente comprador e não do seu antigo proprietário, mesmo que ainda não levado a registro no Cartório de Registro Imobiliário o contrato correspondente.

2. Quando o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, incide, à espécie, a Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andri-ghi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014. (Data de Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO
SANSEVERINO
Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por MARIA EMILIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S C LTDA em face de decisão assim ementada:

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESPESAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROPRIETÁRIO. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CIÊNCIA DO CONDOMÍNIO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DESTE STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL” (e-STJ fl. 242)

Nas razões do regimental, a parte agravante sustenta não incidir, à espécie, o óbice contido no enunciado sumular 83/STJ, ao seguinte fundamento:

“(…) a jurisprudência predominante e pacífica desse Colégio Superior Tribunal, inclusive dessa Egrégia 3a. Turma Julgadora, é em sentido contrário, responsabilizando o compromissário comprador pelo pagamento de despesas condominiais, mesmo que não tenha registrado o instrumento no Cartório de Imóveis, desde que o condomínio tenha ciência da alienação, como é o caso dos autos” (e-STJ fl. 248).

Aduz, ainda, que é fato incontroverso nos autos que o condomínio-recorrido possuía ciência da alienação do imóvel.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Eminentes Colegas, a irresignação recursal não merece acolhida.

Com efeito, em que pese o arrazoado, entendo que a ausência de qualquer novo subsídio trazido pelo agravante capaz de alterar os fundamentos da decisão ora agravada faz subsistir incólume o entendimento nela firmado.

Portanto, não há falar em reparos na decisão, razão pela qual se reafirma o seu teor:

“Vistos etc.

Trata-se de agravo em recurso especial manejado por MARIA EMILIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S C LTDA em face da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou seguimento ao recurso especial aviado pela alínea “c” do artigo 105, III, da Constituição Federal.

Em suas razões, infirmou as razões da decisão agravada (e-STJ fls. 220/227).

No recurso especial, a parte recorrente sustenta divergência jurisprudencial no que toca à interpretação dos artigos 1.334, § 2º do Código Civil e 9º, 10, § 2º, e 12 da Lei 4.591/64.

Traz acórdão paradigma deste Superior Tribunal de Justiça a fim de fazer prevalecer a tese de que “a responsabilidade pelo pagamento dos encargos condominiais é do compromissário-comprador, mesmo que o contrato que lhe rendeu a aquisição da unidade autônoma não esteja registrado, tendo o condomínio conhecido da posse por este, como no caso em que o recorrido acostou à petição inicial prova irreparável e inequívoca dessa realidade, conforme se observa às fls. 05” (e-STJ, fl. 191).

Contrarrazões apresentadas às e-STJ fls. 210/214.

É o relatório. Passo a decidir.

O recurso especial não pode ser conhecido quanto à interposição pela alínea c do permissivo constitucional.

No caso concreto, as conclusões do aresto impugnado dão conta de que “a despeito da promessa de venda e da cessão de direitos [...], a unidade está registrada em nome da ré”, firmando-se, assim, pela responsabilidade da parte recorrente pelas despesas condominiais, ora controvertidas, sem prejuízo do direito de regresso. (e-STJ fls. 154).

Assevera-se que o Tribunal estadual assentou entendimento que se alinha à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, porquanto esta Corte Superior pacificou-se no sentido de que apenas a demonstração de que o condomínio teve ciência inequívoca da transferência do imóvel ao promitente comprador tem o condão de elidir a responsabilidade do proprietário pelas despesas condominiais anteriores à alienação, o que, diga-se, não foi sequer apreciado pela Corte local. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DE CIÊNCIA DO CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO VENDEDOR, ANTIGO PROPRIETÁRIO. ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE COMUNICAÇÃO AO CONDOMÍNIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se no sentido de considerar que, a despeito de se conceber a possibilidade de atribuir responsabilidade ao vendedor pelo pagamento de despesas condominiais, referentes ao período posterior à celebração do contrato de compra e venda, há de ser observado que a escolha quanto à legitimidade para responder pelos débitos não fica ao inteiro arbítrio do credor. Se ficar demonstrado que o condomínio teve ciência da realização da transferência do imóvel a um terceiro e que este passou a ter a posse do bem ou titularizou direitos de gozo ou fruição, caberá apenas a este a legitimidade para responder sobre as cotas condominiais.

2. Tendo o Tribunal de origem assentado que não houve ciência inequívoca do condomínio, é inviável a pretensão recursal que busca demonstrar o contrário, uma vez que tal providência demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no Ag 1092904/SP. Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, Julgado em 09/04/2013, DJe 07/05/2013, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. COMUNICAÇÃO AO CONDOMÍNIO.

1. As despesas e quotas condominiais devem ser cobradas do adquirente do imóvel ou do promitente comprador e não do seu antigo proprietário, mesmo que ainda não levado a registro no Cartório de Registro Imobiliário o contrato correspondente, se o condomínio tiver ciência da alienação.

2. A falta de particularização do dispositivo de lei federal a que os acórdãos recorrido e paradigma tenham dado interpretação discrepante consubstancia deficiência bastante, com sede própria nas razões recursais, a inviabilizar o conhecimento do recurso especial, pela incidência da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 982428/MG. Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, Julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013, grifei).

Assim, incide à espécie, o óbice enunciado pela Súmula 83/STJ.

Ante o exposto, conheço do agravo para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial.

Intimem-se.” (e-STJ fls. 242/244).

Vale ressaltar, quanto à tese de que restaria incontroverso que o condomínio-recorrido teve ciência da alienação do imóvel, que não há conteúdo fático e probatório nos autos que permitam dar guarida a tal alegação. No ponto, repise-se que a Corte local assentou que o imóvel consta registrado em nome da recorrente, *in verbis*:

“Como propriedade afere-se pelo que consta do registro de imóveis, segue que responsável e, portanto, parte passiva legítima para a ação de cobrança é também aquele em cujo nome está a unidade autônoma registrada.

No caso, a despeito da promessa de venda e da cessão de direitos (fls. 62/74), a unidade está registrada em nome da ré (fl. 28). Daí sua legitimidade para a demanda e daí sua responsabilidade, sem prejuízo do direito de regresso” (e-STJ fl. 154).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

PROCESSUAL CIVIL

A DENUNCIÇÃO DA LIDE NÃO É OBRIGATÓRIA E SUA FALTA NÃO GERA A PERDA DO DIREITO DE REGRESSO

Superior Tribunal de Justiça
Agravio Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 26.064 – PR
Órgão julgador: 4a. Turma
Fonte: DJe, 17.02.2014
Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DENUNCIÇÃO DA LIDE. ART. 70, INCISO III, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. NÃO OBRIGATORIEDADE.

1. A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando o deferimento for apto a subverter exatamente os valores tutelados pelo instituto.

2. Segundo a jurisprudência sólida do STJ, a denúncia da lide justificada no art. 70, inciso III, do CPC não é obrigatória, sua falta não gera a perda do direito de regresso e, ademais, é impertinente quando se busca simplesmente transferir a responsabilidade pelo bem litigioso ao denunciado.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental,

nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014
(Data do Julgamento) MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo em recurso especial, tendo sido negada a denúncia da lide a emitentes de cheques que fundamentariam a ação de cobrança e que seriam objeto de operação de desconto bancário.

Aduz o recorrente, uma vez mais, ser obrigatória a denúncia da lide nas hipóteses previstas no art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil, uma vez que, na eventualidade de insucesso da demanda, a ação regressiva seria ajuizada em face dos emitentes dos cheques que retornaram desprovidos de fundos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Não há razão para reforma da decisão ora impugnada, motivo pelo qual a mantenho por seus próprios fundamentos, os quais passo a apresentá-los para referendo do Colegiado.

Pretende o recorrente a denúncia da lide – que foi negada pelo juízo *a quo* – com base no art. 70, inciso III, do CPC, tendo sido o recurso especial interposto contra acórdão assim ementado:

DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR POR MEIO DA

QUAL FOI NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO NA PARTE EM QUE ANTES NÃO FORA CONVERTIDO EM RETIDO. TESE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA INCLUÍDA NA PARTE EM QUE O RECURSO FICARÁ RETIDO. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO NESSA PARTE. AÇÃO DE COBRANÇA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE REJEITOU A DENUNCIÇÃO À LIDE. PRETENSÃO QUE, SE FOSSE ACOLHIDA, CAUSARIA TRANSTORNOS AO BOM ANDAMENTO DO FEITO E COMPROMETERIA A RÁPIDA SOLUÇÃO DO LITÍGIO, A SER DECIDIDO, CONFORME JÁ ANUNCIOU O JUIZ, DEFORMA ANTECIPADA. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO NESSA PARTE.

O cabimento da denúncia depende da ausência de violação dos princípios da celeridade e da economia processual, o que implica na valoração a ser realizada pelo magistrado em cada caso concreto (STJ, Resp 975.799/DF, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julg. 14/10/2008, Dje 28/11/2008) (fl. 1.000).

Como bem sabido, a denúncia é instituto que objetiva a celeridade e a economia processual.

Nesse sentido, o entendimento firmado no STJ de que “a denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (REsp 216.657/SP, 4a. Turma, Rel. Min.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 16.11.1999).

No presente caso, os princípios da celeridade e da economia processual restariam prejudicados se a denúncia da lide fosse deferida, consoante se infere do seguinte trecho do acórdão recorrido:

E mais do que isso: bem observando a ação de cobrança originária deste recurso, nota-se que a dívida se refere ao contrato de desconto dos títulos – este sem dúvida firmado pela agravante –, e não aos cheques propriamente ditos, com o que, em cognição sumária e sem prejuízo da análise que será feita pelo Juiz singular na sentença e, se for o caso, pelo Tribunal no agravo retido, tudo indica não prosperar a preliminar em discussão.

II – Noutra parte, ou seja, quanto à denúncia da lide, a agravante não trouxe novos argumentos hábeis a elidir os utilizados na decisão agravada, razão pela qual peço licença para transcrevê-la parcialmente a seguir, já que deve ser mantida por seus próprios fundamentos:

“(…) a jurisprudência é pacífica no sentido de que não está o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional (STJ, REsp 955.352/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2009, Dje 29/06/2009).

Nesse norte, ainda:

(…) 2. O cabimento da denúncia depende da ausência de violação dos princípios da celeridade e da economia processual, o que implica na valoração a ser realizada pelo magistrado em cada caso concreto (STJ, REsp 975.799/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TUR-

MA, julgado em 14/10/2008, Dje 28/11/2008).

No caso, consoante acertadamente ponderou o il. Juiz de primeiro grau, o pedido de denúncia da lide “inviabilizaria a prestação jurisdicional, chamando-se à lide todos os emitentes dos cheques, de 30 a 50 emitentes” (fl. 479-TJ).

Portanto, resta plenamente justificado o indeferimento do pedido de denúncia da lide, em nome dos princípios da celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF) e economia processuais, máxime porque já foi anunciado pelo Juiz o julgamento antecipado. (nosso o grifo)

Esse entendimento do Tribunal de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada do STJ, no sentido de que o objetivo da celeridade e economia processuais estariam drasticamente comprometidos caso fosse acolhido o pedido de anulação do processo desde o despacho indeferitório, subvertendo a razão de ser do instituto, o que é inadmissível, especialmente diante da ausência de prejuízo irreparável ao recorrente, que poderá exercer seu direito em ação autônoma.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. DENUNCIÇÃO DA LIDE.

Ainda que a denúncia da lide tenha sido mal indeferida, não se justifica, na instância especial, já adiantado o estado do processo, restabelecer o procedimento legal, porque a finalidade do instituto (economia processual) seria, nesse caso, contrariada.

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.

Nada importa que, no processo criminal, o réu tenha sido absolvido por falta de provas; a instância cível é autônoma.

Recursos especiais não conhecidos (REsp 170.681/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Dje 15.04.08).

PROCESSO CIVIL E CIVIL. DENUNCIÇÃO DA LIDE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA. INDENIZAÇÃO TARIFADA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Restando incontroverso o atraso em vôo internacional e ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, cabível é o pedido de indenização nos moldes da Convenção de Varsóvia.

II – Embora, em princípio, admissível, nos termos do art. 70-III, CPC, o cabimento da denúncia da lide à seguradora, não se mostra recomendável anular o feito, nesta Corte, a partir do inacolhimento da denúncia e ensejar a remessa dos autos à origem para que, uma vez admitida a intervenção, sejam ali apreciados os argumentos da denunciante, proferindo-se decisão a respeito.

III – A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da prestação na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios (REsp nº 293.118/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 11.06.01);

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – ACIDENTE DE VEÍCULO – OMISSÕES NO ACÓRDÃO – INEXISTÊNCIA – DENUNCIÇÃO

DA LIDE – SEGURADORA – OBRIGATORIEDADE – PERDA DO DIREITO DE REGRESSO – AUSÊNCIA – PENSIONAMENTO MENSAL – MORTE DO PAI DOS AGRAVADOS – TERMO FINAL – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

I – A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

II – A denúncia da lide só se torna obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso, não se fazendo presente essa obrigatoriedade no caso do inciso III do artigo 70 do Código de Processo Civil A denúncia é instituto que objetiva a celeridade e a economia processual que restariam prejudicadas se, no caso concreto, fosse deferido o pedido de anulação do processo desde o despacho que indeferiu a denúncia.

III – A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que termo *ad quem* da pensão devida aos filhos menores em decorrência do falecimento do genitor deve alcançar a data em que os beneficiários completarem vinte e cinco anos de idade, quando se presume concluída sua formação.

Agravo Regimental improvido (AgA 1.190.904/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 06.11.09);

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA – DENUNCIÇÃO DA LIDE – DESCABIMENTO – SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO PRINCIPAL, CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO – REJEIÇÃO DA INTERVENÇÃO, TAMBÉM, EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA

RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

1. “A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da prestação na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (REsp 216.657/SP, 4a. Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 16.11.1999).

2. Recurso especial não provido (REsp 1.187.943/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 07.06.10).

Partindo desse entendimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que essa denúncia não é obrigatória.

A respeito confira os precedentes seguintes:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPORTAGEM DE TELEVISÃO. ARTIGOS 70, III, E 331 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. (...) 2. A jurisprudência da Corte já assentou não ser obrigatória a denúncia da lide prevista no artigo 70, III, do Código de Processo Civil, sendo, ademais, impertinente quando apenas deseja transferir toda responsabilidade para o denunciado. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 697.566/PR, Rel. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 14/11/2005).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC. NÃO-OBRIGATORIEDADE.

1. A denúncia da lide prevista nos casos do art. 70, III, do CPC, na linha da jurisprudência desta Corte, não se mostra obrigatória. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AG 655.820/

CE, Rel. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJ 01/07/2005).

3. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO

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

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

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

PENAL E PROCESSO PENAL

EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA CONCESSÃO DE COMUTAÇÃO DE PENA CONFIGURA CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Supremo Tribunal Federal
Habeas Corpus n. 116.104 – SP
Órgão Julgador: 2a. Turma
Fonte: DJe, 14.02.2014
Relator: Ministro Gilmar Mendes

Habeas corpus. 2. Execução Penal. Comutação de Penas. Decreto n. 7.420/2010. 3. Atendimento das condições objetivas e subjetivas estabelecidas no decreto presidencial. 4. Exigência de exame criminológico. Acórdão da Corte Estadual que inovou na imposição de requisito não previsto no decreto presidencial para a comutação de pena. 5. Concessão do benefício da competência pri-

vativa do Presidente da República, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (art. 84, XII, da CF). 6. Precedente do STF: HC 98.422. 7. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 4 de fevereiro de 2014.

Ministro GILMAR MENDES
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de Lucas, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que denegou a ordem nos autos do HC 240.870/SP. Eis o teor da ementa desse julgado:

“*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE PENA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. COMUTAÇÃO DAS REPRIMENDAS. EXAME CRIMINOLÓGICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 439/STJ. REQUISITO SUBJETIVO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PRECEDENTES.

1. Em consenso, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o exame criminológico constitui um instrumento útil para a formação da convicção do magistrado, servindo como balizamento acerca dos riscos de colocar

um condenado em contato amplo com a sociedade, não se podendo reconhecê-lo como constrangimento ilegal, pois é uma avaliação feita por meio de entrevista, sem qualquer ofensa física ou moral (Súmula n. 439/STJ).

2. A decisão arrimada na conduta carcerária do apenado, determinando o prévio exame pericial para atestar o preenchimento do requisito subjetivo, constitui motivação idônea, estando em conformidade com o art. 112, § 1º, da Lei n. 7.210/84.

3. Ordem denegada”.

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de 10 anos e 4 meses de reclusão pela prática de roubos majorados e encontrase recolhido na Penitenciária de Flórida Paulista/SP cumprindo pena com término previsto para 17.2.2015.

Em 8 de fevereiro de 2011, a defesa formulou requerimento de comutação de pena ao Juízo da 2a. Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP, com fundamento no Decreto Presidencial n. 7.420, de 31 de dezembro de 2010 (Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências).

O Juízo da 2a. Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP (Execução Criminal n. 651.181) concedeu a comutação, reduzindo um 1/5 de suas penas.

Contra essa decisão, o Ministério Público estadual interpôs agravo em execução (n. 0214800-69.2011.8.26.0000).

A 9a. Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) deu provimento ao recurso para cassar a decisão recorrida, asseverando que o exame criminológico, no caso, é imprescindível para concessão do benefício.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o STJ, que denegou a ordem.

Daí, o presente *writ*, no qual a impetrante sustenta a desnecessidade do exame criminológico uma vez que o Decreto 7.420/2010 não faz qualquer exigência nesse sentido, prevendo apenas a inexistência de falta grave nos 12 meses anteriores a sua publicação para verificação do requisito subjetivo.

Desse modo, afirma:

“(...) não existe justa causa para a denegação da benesse, de forma que o condenado restaria recolhido por mais tempo do que determina a lei, haja vista que cessou o motivo que autorizara o aprisionamento por maior tempo, pois reduzidas as penas pelo invocado Decreto Presidencial”.

Ao final, pede a concessão em definitivo da ordem de *habeas corpus* a fim de recuperar a comutação dantes concedida, restabelecendo a decisão do Juízo das Execuções.

Liminar indeferida.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem *ex officio* para restabelecer a comutação de pena do paciente, ante a prescindibilidade do exame criminológico.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Conforme relatado, no presente *habeas corpus*, a defesa sustenta a desnecessidade da realização do exame criminológico, uma vez que o Decreto n. 7.420/2010 não faz qualquer exigência nesse sentido.

No que se refere ao exame criminológico, esta Corte teve a oportunidade de decidir que a Lei n. 10.792/2003, embora não dis-

ponha expressamente sua obrigatoriedade, não lhe veda a realização. Dessa forma, a necessidade do exame sujeita-se à avaliação discricionária do magistrado competente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, conforme se depreende do julgamento do HC 88.052/DF, rel. ministro Celso de Mello, 2a. Turma, unânime, DJ 28.4.2006.

Dessarte, a lei não mais obriga a realização de exame criminológico e de laudos técnicos, mas – uma vez determinados e realizados – nada obsta que sejam levados em conta na análise do pedido de progressão.

Não é a hipótese dos autos, pois aqui não se trata de pedido de progressão de regime, mas sim de comutação de pena.

A concessão da comutação de pena é da competência exclusiva do Presidente da República, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei. Com efeito, dispõe a Constituição Federal:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”.

Conclui-se que não é o juiz quem concede o indulto ou comutação. Este se limita a verificar a presença das condições estabelecidas para tanto no Decreto Presidencial. Em consequência, como bem destacou a PGR, a sentença que tem por objeto tais benefícios é de natureza meramente declaratória, na medida em que o direito já fora constituído pelo decreto, com as condições ali fixadas.

Analisemos, então, o Decreto Presidencial n. 7.420/2010 no que interessa ao presente caso.

O art. 4º prevê:

“A concessão dos benefícios previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de apli-

cação de sanção, homologada pelo juízo competente, garantido o contraditório e a ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei n. 7.210, de 1984, cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação deste Decreto”. (grifo nosso)

Entendo assistir razão à defesa. Realmente, o Decreto 7.420/2010 estabelece que, para deferimento da comutação, o sentenciado não deve apresentar anotação de falta grave nos últimos 12 meses anteriores à publicação do ato.

A gravidade abstrata dos delitos praticados, a duração da pena e as faltas disciplinares de natureza grave anteriores e posteriores ao período fixado no decreto não possuem qualquer importância para avaliação dos requisitos do benefício.

Não se exige a aferição do requisito subjetivo mediante exame criminológico.

O Decreto Presidencial 7.420/2010 requer, apenas, quanto ao aspecto subjetivo, a ausência de anotação de infração disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses anteriores a sua publicação. E, no caso em apreço, o sentenciado não registra prática de falta disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses, contados retroativamente a partir da publicação do decreto em exame.

Preenchidos os requisitos legais para comutação da pena pelo Decreto n. 7.420/2010, é vedado ao Tribunal *a quo* exigir a realização do exame criminológico para aferição do mérito do sentenciado, por absoluta falta de previsão legal.

Assim, configura constrangimento ilegal a exigência de outros requisitos que não aqueles previstos no ato normativo que dispõe sobre a benesse.

A Segunda Turma, em caso semelhante, já se manifestou no sentido da impossibilidade de interpretação extensiva ou analógica entre o art. 88 do CP e a comutação prevista no artigos 2º e 7º do Decreto n. 5.620/2005.

Eis a ementa do HC 98.422/RJ, de minha relatoria:

“*Habeas Corpus*. 2. Comutação de pena. Decreto Presidencial n. 5.620/05. Revogação de livramento condicional. Art. 88 do Código Penal. Institutos diversos. Impossibilidade de utilização da interpretação extensiva ou da analogia. 3. Constrangimento ilegal caracterizado. 4. Ordem concedida”. (HC 98.422/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, unânime, DJe 25.10.2010).

Ainda, no mesmo sentido menciono o HC 116.101/SP, de minha relatoria, julgado pela Segunda Turma em 17.12.2013 (acórdão pendente de publicação).

Ante o exposto, voto no sentido de conceder a ordem para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções, que deferiu a comutação de penas ao paciente, com base no Decreto n. 7.420/2010, sem necessidade da realização de exame criminológico.

É como voto.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções, que deferiu a comutação de penas ao paciente, com base no Decreto n. 7.420/2010, sem necessidade da realização de exame criminológico, nos termos do voto do Relator. 2a. Turma, 04.02.2014.

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. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira – Secretária Substituta

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

SERVIDOR CELETISTA DEMITIDO SEM MOTIVO DURANTE ESTÁGIO PROBATÓRIO DEVE SER REINTEGRADO

Tribunal Superior do Trabalho
Recurso de Revista n. 187400-64.2004.5.02.0026

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DEJT, 07.01.2014

Relator: Desembargador convocado
José Maria Quadros de Alencar

RECURSO DE REVISTA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA CONCURSADO. FUNDAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISPENSA IMOTIVADA NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

O § 4º do artigo 41 da Constituição da República estabelece, como condição para a aquisição do direito a estabilidade por servidor público, a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. Da mesma forma, para a dispensa do servidor, no curso do estágio probatório, faz-se necessária a motivação, pautada na avaliação de desempenho de que cogita o mencionado dispositivo da Constituição da República. Do contrário, a admitir-se a simples despedida imotivada de servidor público concursado, resultaria consagrado o arbítrio, desprezando-se o princípio da motivação dos atos

administrativos. Daí resultaria aberta a porta ao abuso, implementando-se verdadeira denegação do sistema de garantias do cidadão pelo Estado. Tem aplicação ao servidor público celetista o entendimento consagrado na Súmula nº 21 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. O artigo 41 da Constituição da República não excepciona da regra ali erigida o servidor público concursado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Precedentes da SBDI-I desta Corte superior. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-187400-64.2004.5.02.0026, em que é Recorrente FLÁVIO MARQUES GUERRA e Recorrida FUNDAÇÃO PROFESSOR DOUTOR MANOEL PEDRO PIMENTEL – FUNAP.

1. RELATÓRIO

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região, por meio do acórdão prolatado às folhas 371/375, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, mantendo incólume a sentença por meio da qual se julgara improcedente a pretensão autoral.

Irresignado, interpôs o reclamante embargos de declaração às folhas 383/387, a que se negou provimento, mediante decisão proferida às folhas 393/395.

Ainda inconformado, interpõe o reclamante o presente recurso de revista, mediante as razões que aduz às folhas 401/427. Busca a reforma do acórdão recorrido, suscitando ofensa a dispositivos da

Constituição da República, além de contrariedade a orientações jurisprudenciais da SBDI-I, da SBDI-II, a súmula do Tribunal Superior do Trabalho e a súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como divergência jurisprudencial.

O recurso de revista foi admitido por meio da decisão proferida às folhas 429/431.

Foram apresentadas contrarrazões às folhas 439/447.

Opina a douta Procuradoria-Geral do Trabalho, às folhas 453/457, em parecer da lavra do Exmo. Subprocurador-Geral Edson Braz da Silva, pelo conhecimento e provimento do recurso de revista.

É o relatório.

VOTO

2 FUNDAMENTOS

2.1 CONHECIMENTO

2.1.1 PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 22/2/2008, sexta-feira, conforme certidão lavrada à folha 397, e razões recursais protocolizadas em 27/2/2008, à folha 401). Dispensado o pagamento das custas processuais. O reclamante está regularmente representado nos autos, consoante procuração acostada à folha 89.

2.1.2 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

2.1.2.1 SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA CONCURSADO. FUNDAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISPENSA IMOTIVADA NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região negou provimento ao recurso ordinário interposto

pelo reclamante, mantendo incólume a sentença mediante a qual se julgara improcedente a pretensão autoral. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos, às folhas 373/375:

Incensurável a decisão recorrida.

A contratação pelo regime jurídico celetista redonda na exclusão da posse e do exercício do cargo público. A despeito de concursado, o reclamante foi admitido aos prêmios da ré, Fundação Pública, sob o regime celetista. Portanto, embora submetido à mesma exigência de concurso prévio, o demandante não foi contemplado com a estabilidade reservada expressamente ao detentor de cargo público, a teor do que dispõe o artigo 41, parágrafo primeiro da Constituição da República.

A contratação pelo regime celetista é que qualifica o empregado, e o fato de ter sido submetido a concurso público não o transforma em estatutário. Registre-se que é salutar que o poder público escolha seus servidores através de concursos, selecionando os mais capacitados.

Portanto, o servidor público celetista, contratado mediante concurso público, como no caso dos autos, não possui estabilidade no emprego, podendo ser dispensado imotivadamente, sendo inaplicável o procedimento administrativo previsto para exoneração do servidor público em estágio probatório.

Também em decorrência do supra exposto, não constitui requisito essencial à rescisão contratual sem justa causa, a motivação da dispensa. A reclamada goza da prerrogativa, porque Fundação Pública de, não obstante obrigada à contratação de seus servidores mediante aprovação em concurso público, promover a dispensa injustificada do obreiro, como admite a CLT.

Nessa medida, o ato de rescisão operado nos limites da citada prerrogativa não viola os princípios que norteiam a administração pública, constante do artigo 37 da Constituição Federal.

Resumindo: empregado de Fundação Pública, tem seu contrato de trabalho regido pela CLT, não sendo servidor público, ainda que em sentido amplo (art.173 parágrafo 1º, CF), não sendo beneficiário de estabilidade que veda a dispensa imotivada.

Porque a hipótese é de empregado público, admitido para exercer função celetista, a dispensa sem justa causa não exige a formalidade do prévio processo administrativo disciplinar, tendo em vista que o contrato de trabalho esteve sob a égide da CLT, estando, portanto, dispensado tal procedimento para a rescisão unilateral do contrato. Por fim, saliento que não aplico a Orientação Jurisprudencial 265 invocada pelo reclamante. A única hipótese de estabilidade constitucional do celetista é a do artigo 19 do ADCT.

Com os fundamentos supra expostos, rejeitos todos os argumentos lançados pelo reclamante no apelo, mantendo a d. decisão hostilizada, que indeferiu o pleito atinente à reintegração no emprego, porque considerou válido o exercício do direito potestativo de rescindir o contrato, como exercido pelo empregador.

Mantenho o decidido.

Sustenta o reclamante, em suas razões às folhas 407/425, que o disposto no artigo 41 da Constituição da República é plenamente aplicável ao servidor público regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, visto que não há distinção entre celetista e estatutário no referido dispositivo, e que a demissão do servidor concursado, no curso do estágio

probatório, deve ser precedida necessariamente de fundamentação inserida na avaliação de desempenho, permitida a ampla defesa. Salienta que “ingressou no serviço público após regular concurso público, nos moldes do art. 37, I e IV da Constituição Federal, e ainda que considerada a circunstância de não haver completado o triênio mencionado no artigo 41, só seria possível a dissolução do vínculo se tivessem sido observados os princípios contidos no caput do artigo, exigindo-se regular motivação para a validade do ato administrativo, dentro do procedimento administrativo previsto para a exoneração do servidor público em estágio probatório, o que não ocorreu no presente caso”. Suscita violação dos artigos 5º, LV, 37, cabeça, I e IV, 41, § 1º, II e III, e § 4º, da Constituição da República e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, além de contrariedade às Orientações Jurisprudenciais de nºs 262 e 265 da SBDI-I e 22 da SBDI-II, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, às Súmulas de nºs 20 e 21 do Supremo Tribunal Federal e à Súmula nº 390, I, desta Corte superior. Transcreve ementas para confronto de teses.

O tema ora debatido circunscreve-se à possibilidade, ou não, de reconhecer aos servidores públicos da administração pública direta, autárquica e fundacional, admitidos mediante concurso público e regidos pelas normas celetistas, a estabilidade prevista na cabeça do artigo 41 da Constituição da República.

Sobre o tema, esta Corte uniformizadora consagrou o seguinte entendimento, consubstanciado na Súmula nº 390, inciso I:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁR-

QUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL

I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Conclui-se, daí, que a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República também alcança o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, admitido mediante concurso público. Ademais, o ato de dispensa do servidor público celetista concursado, a exemplo do que ocorre com o servidor estatutário, deve ser motivado e ocorrer somente nas hipóteses previstas no § 1º do artigo 41 da Constituição da República, seja com a redação anterior ou posterior à edição da Emenda Constitucional nº 19/98, conforme for o caso, e respeitado, em qualquer hipótese, o direito adquirido.

A situação dos autos, entretanto, não se limita ao reconhecimento da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República ao servidor público admitido mediante concurso público. No caso dos autos, o reclamante foi dispensado imotivadamente no curso do estágio probatório.

No período do estágio probatório, o administrador deve observar se o empregado preenche os requisitos necessários à aquisição da estabilidade, tais como, idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço e capacidade para o trabalho.

Não é sem motivo que o § 4º do artigo 41 da Constituição da República estabeleceu que:

Como condição para a aquisição a estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho

por comissão instituída para essa finalidade.

Da mesma forma, para a dispensa do servidor no curso do estágio probatório, é necessária a motivação, pautada na avaliação de desempenho de que cogita o mencionado dispositivo constitucional. Do contrário, a admitir-se a simples despedida imotivada de servidor público concursado, estaria consagrado o arbítrio, desprezando-se o princípio da motivação dos atos administrativos. Daí resultaria aberta a porta ao abuso, implementando-se verdadeira denegação do sistema de garantias do cidadão em face do Estado.

Imperioso notar que os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, que fundamentam a exigibilidade do concurso para o ingresso no serviço público, são os mesmos que norteiam o procedimento de desligamento do servidor concursado, que não pode estar submetido ao alvitre da administração. A conduta estatal deve-se conformar aos ditames da lei – diferentemente do particular, que goza da liberdade de agir, salvo quando lhe for vedada a conduta por lei.

Nesse sentido, vale destacar, da obra de Hely Lopes Meirelles “Curso de Direito Administrativo Brasileiro”, 27a. edição, pág. 420, o seguinte excerto:

O que os tribunais têm sustentado e com inteira razão é que a exoneração na fase probatória não é arbitrária, nem imotivada. Deve basear-se em motivos e fatos reais que revelam insuficiência de desempenho, inaptidão ou desídia do servidor em observação, defeitos, esses, apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações na folha de serviço, investigações regulares sobre conduta e o desempenho no trabalho etc.), sem o formalismo de um processo disci-

plinar. O necessário é que a Administração justifique, com base em fatos reais, a exoneração.

Ainda nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 21, assim redigida:

Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Tal entendimento deve ser aplicado também ao servidor público regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não ressalvado pelo artigo 41 da Constituição da República ou qualquer outro diploma legal aplicável ao caso.

Não é outro o entendimento que se colhe no âmbito da colenda SB-DI-I deste Tribunal Superior:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. REINTEGRAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. DISPENSA NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO. Na esteira da jurisprudência recente desta Subseção Especializada, bem como dos inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, é necessária a motivação do ato de dispensa do servidor público celetista concursado da administração direta, autárquica ou fundacional, mesmo durante o período de cumprimento do estágio probatório. Inteligência das Súmulas 390, I, do TST, 20 e 21 do STF, à luz do art. 41 da Constituição da República com a exegese reiterada que lhe vem sendo conferida pela Corte Suprema. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR-97200-28.2006.5.02.0030, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, SB-DI-I, DEJT de 16/12/2011).

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. FUNDAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. FEBEM/SP. SERVIDOR CELETISTA. DISPENSA IMOTIVADA NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. MOTIVAÇÃO DO ATO. ARESTO APTO AO CONHECIMENTO DO RECURSO DE EMBARGOS. O servidor público da Administração Direta, independente do regime a que esteja submetido, não pode ser demitido no curso do estágio probatório, sem o devido processo administrativo, conforme se extrai da Súmula nº 21 do Supremo Tribunal Federal. O entendimento emanado da Turma, segundo o qual somente após a aquisição da estabilidade se faz obrigatória a realização de procedimento administrativo, para a dispensa de servidor da Administração Direta, não se coaduna com a jurisprudência da Suprema Corte. Nessa esteira, seria contrasenso admitir que tais empregados, conquanto titulares da estabilidade a que se refere o art. 41 da Constituição Federal (Súmula nº 390, I, deste Tribunal Superior), podem ser demitidos em estágio probatório, sem motivação, enquanto aos servidores públicos (estatutários), que têm essa mesma estabilidade, é assegurado o competente procedimento administrativo. Recurso de Embargos conhecido e provido. (ERR-64300-84.2004.5.02.0022, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, SB-DI-I, DEJT de 18/6/2010).

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 390, I, deste Tribunal Superior.

2.2 MÉRITO

2.2.1 SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA CONCURSADO. FUNDAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISPENSA IMO-

TIVADA NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 390, I, deste Tribunal Superior, consectário lógico é o seu provimento.

Conclui-se, em face de tais circunstâncias, pela nulidade da dispensa do autor, sendo-lhe assegurada a reintegração no emprego, impondo-se julgar procedente a pretensão deduzida em juízo.

Frise-se, por oportuno, que o reclamante postulou na petição inicial a antecipação dos efeitos da tutela. Com efeito, revela-se configurada, no caso dos autos, a hipótese a que alude o artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, impondo considerar que a prestação vindicada em Juízo ostenta natureza alimentícia, resultando evidenciado, daí, o fundado receio de dano irreparável ao direito do autor. Defere-se, portanto, o pedido de tutela específica da obrigação de fazer formulado pelo recorrente, em ordem a resguardar a eficácia da decisão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante para, reformando a decisão proferida pelo Tribunal Regional, concluir pela nulidade da dispensa do autor, assegurando-lhe a incidência das disposições contidas no artigo 41 da Constituição da República. Passando ao exame imediato da pretensão deduzida em juízo, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar procedente a reclamação trabalhista ajuizada, condenando a reclamada a reintegrar o reclamante no emprego, no cargo exercido ao tempo da demissão, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e vantagens correspondentes, observados os benefícios a que teria jus como se em atividade estivesse, tudo conforme se apurar em liquidação de

sentença. Por fim, antecipando os efeitos da tutela, nos termos do artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, determinar a reintegração do autor em até 48 (quarenta e oito horas) da publicação da presente decisão, sob pena de multa cominatória equivalente a 1/30 do salário mensal devido, por dia de atraso no cumprimento da obrigação de fazer ora imposta à reclamada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 390, I, deste Tribunal Superior e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando a decisão proferida pelo Tribunal Regional, concluir pela nulidade da dispensa do autor, assegurando-lhe a incidência das disposições contidas no artigo 41 da Constituição da República. Passando ao exame imediato da pretensão deduzida em juízo, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar procedente a reclamação trabalhista ajuizada, condenando a reclamada a reintegrar o reclamante no emprego, no cargo exercido ao tempo da demissão, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e vantagens correspondentes, observados os benefícios a que teria jus como se em atividade estivesse, tudo conforme se apurar em liquidação de sentença. Por fim, antecipando os efeitos da tutela, nos termos do artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, determinar a reintegração do autor em até 48 (quarenta e oito horas) da publicação da presente decisão, sob pena de multa cominatória equivalente a 1/30 do salário mensal devido, por dia de atraso no cumprimento da obrigação de fazer ora imposta à reclamada. Custas processuais pela reclamada, no importe de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), cal-

culadas sobre R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor que provisoriamente se arbitra à condenação, de que fica isenta nos termos da lei.

Brasília, 17 de dezembro de 2013.

JOSÉ MARIA QUADROS DE ALENCAR
Desembargador Convocado Relator

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

RECONHECIMENTO DE SUSPEIÇÃO EM PAD REQUER PROVA DE VIOLAÇÃO DA IMPESSOALIDADE

Superior Tribunal de Justiça

Recurso em Mandado de Segurança n. 43.800 – ES

Órgão julgador: 4a. Turma

Fonte: DJe, 17.2.2014

Relator: Ministro Humberto Martins

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL. PROCESSO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. ATUAÇÃO DA CORREGEDORA NO FEITO. POSSIBILIDADE. LEGISLAÇÃO LOCAL. ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO. NÃO ACOLHIDA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao *mandamus* impetrado com o objetivo de anular processo que aplicou penalidade administrativa disciplinar, por supostos vícios de procedimento, baseados em interpretação da legislação do Estado do Espírito Santo.

2. O recorrente alega que a atuação da Corregedora em alguns momentos da tramitação do processo disciplinar teria maculado o processo, uma vez que usurparia a competência da comissão processante.

3. Da apreciação da legislação local se infere que o art. 252 da Lei Complementar Estadual n. 46.94, com a redação modificada pela Lei Complementar Estadual n. 328/2005, atribui à Corregedoria competência para colaborar no processamento dos feitos disciplinares; no mesmo sentido está colocado o art. 20-A da Lei Complementar Estadual n. 407/2007 que trata do tema com atenção à corregedoria específica da Secretaria de Saúde.

4. A alegação de suspeição requer que comprovação prévia e evidente de que vínculos pessoais ensejariam a violação do princípio da impessoalidade, o que não é o caso dos autos, no qual tais provas não foram juntadas. Precedente: MS 15.837/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011.

Recurso ordinário 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 recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2014
(Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por (...), com fundamento

no art. 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim ementado (fls. 707-708, e-STJ).

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LC Nº 46/94. ALTERAÇÃO PELA LC Nº 328/2005. COMPETÊNCIA. CORREGEDORIA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DA CORREGEDORA NOS TERMOS DE AUDIÊNCIA. VÍCIO FORMAL. ATUAÇÃO CONJUNTA COM COMISSÃO PROCESSANTE. REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DO PAD E POSTERIOR ATUAÇÃO. PESSOALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECISÃO ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. REMISSÃO AO PARECER DA PGE. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1 – Com o advento da Lei Complementar Estadual nº 328/2005, a Lei Complementar Estadual nº 46/94 passou a aprever a competência das corregedorias para o processamento dos processos administrativos disciplinares junto às Secretarias de Estado.

2 – A ausência de aposição de assinaturas por um dos membros nas atas das respectivas audiências caracteriza mero vício de regularidade formal, o qual somente se afigura relevante no caso de ocasionar prejuízo (“pas de nullité sans grief”) e/ou tolhimento dos direitos constitucionalmente assegurados ao servidor investigado, inclusive em âmbito administrativo, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (incisos LIV e LV ao artigo 5º da CRFB).

3 – A jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça é iterativa no sentido de que o mandado de segurança não é via adequada para

se suscitar a suspeição de comissão processante do PAD quando não acompanhada das provas pré-constituídas, indispensáveis ao requerimento.

4 – O parágrafo 4º do artigo 252 da Lei Complementar nº 46/94 passou a determinar (após as alterações da LC nº 328/2005) que ‘o ato de instauração do processo administrativo-disciplinar será atribuição do Secretário da Pasta’, de forma que o ato do Corregedor da Secretaria de Estado importa apenas solicitação de autorização para a instauração do PAD.

5 – As decisões oriundas da Administração Pública, na esteira daquelas advindas do Poder Judiciário (inciso IX do art. 93 da CRFB), devem ser devidamente fundamentadas, como forma de proteger o direito do cidadão ao devido processo legal, possibilitando o conhecimento das razões que levaram ao indeferimento de seu pleito, bem como o exercício do direito de ação, caso conclua pela existência de violação ou afronta a sua esfera jurídica.

6 – A remissiva feita a parecer da Procuradoria Geral do Estado, desde que fundamentado, demonstra-se hábil a evidenciar as razões de convencimento do julgador.

7 – Segurança denegada.”

Contra o acórdão acima, foram interpostos embargos de declaração, rejeitados nos termos da seguinte ementa (fl. 740, e-STJ):

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO DE FATO. NÃO OCORRÊNCIA. REDISSCUSSÃO DA CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE MÁCULA NO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO. 1- A pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes do C. STJ. 2 – Revelam-se

improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformismo com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, sem demonstrar omissão, contradição ou obscuridade. 3 – Recurso improvido.”

Foram interpostos novos embargos de declaração, rejeitados (fls. 758-764, e-STJ).

Nas razões do recurso ordinário (fls. 767-779, e-STJ), o recorrente descreve que teve contra si instaurado processo administrativo que resultou em penalização. Postula que a Corregedora teria atuado no feito administrativo, dirigindo os trabalhos e o teria maculado por suspeição. Argumenta que o art. 252 da Lei Complementar Estadual n. 49/94, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 328/2005 não autorizariam a interpretação acolhida pela origem. No mesmo sentido, se insurge contra a interpretação dada pela Corte de origem ao art. 20-A da Lei Complementar Estadual n. 407/2007. Por fim, pede que seja anulada a penalidade e o processo administrativo.

Contrarrazões nas quais se alega, preliminarmente, que o recurso ordinário não combateria os fundamentos do acórdão recorrido e, assim, não seria admissível. Quando ao mérito, sustenta que haveria competência atribuída ao Corregedor, em razão do art. 252, § 4º da LC n. 46/94, com a redação dada pela LC n. 328/2005. Também, alega que não haveria como postular a suspeição da comissão sem juntar acervo probatório (fls. 787-791, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal que opina no sentido do não provimento do recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa (fl. 802, e-STJ):

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO RECORRENTE. RECEBIMENTO DE SALÁRIOS SEM A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO CORRESPONDENTE. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES PROCEDIMENTAIS. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PROCESSANTE QUE EXSURGE DO REGRAMENTO ESTADUAL APLICÁVEL. ALEGAÇÃO DE IMPARCIALIDADE QUE DEVE SER ACOMPANHADA DE UM LASTRO COMPROBATÓRIO MÍNIMO. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO. EVENTUAIS VÍCIOS PROCEDIMENTAIS, AINDA QUE SE FIZESSEM PRESENTES, QUE RESTARIAM SUPERADOS. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* E FORMALISMO MODERADO. PRECEDENTES DESSA EG. CORTE SUPERIOR. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. DESPROVIMENTO DO RECURSO QUE SE RECOMENDA.”

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não deve ser provido o presente recurso ordinário.

Não é de ser acolhida a preliminar do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Da leitura da peça recursal, é possível identificar que houve o devido e necessário combate aos fundamentos do acórdão recorrido.

A insurgência do recorrente está dirigida contra a legalidade do processo, que julga maculada em razão da atuação da Corregedora

da Secretaria de Saúde, uma vez que ela teria atuado em diversos momentos do feito. Em seus termos (fls. 775-776, e-STJ):

“A participação da Corregedora nos atos praticados, além de ilegal, usurpa competência e atribuição da comissão, além de denotar arbitrária ingerência mesma.

(...)

Esclarecido, portanto, que o processo conduzido por comissão no âmbito da Corregedoria não é o mesmo que processo conduzido por Corregedora junto com comissão, clara está a ilegalidade dos atos praticados no PAD, cuja anulação pretende o presente *writ*.”

Em suma, defende que a atuação da Corregedora na comissão teria violado o art. 252 da Lei Complementar Estadual n. 46/94, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 328/2005. No mesmo sentido, alega violado o art. 20-A da Lei Complementar Estadual n. 407/2007.

Transcrevo os dois dispositivos.

Inicialmente, o art. 252, da Lei Complementar Estadual n. 46/94:

“Art. 252 No âmbito do Poder Executivo da administração direta, a sindicância e o processo administrativo-disciplinar serão conduzidos pelas Corregedorias, compostas por 2 (duas) comissões processantes, constituídas cada uma de 01 (um) Presidente e 02 (dois) membros, ocupantes de cargo efetivo, estáveis no serviço público.”

Agora, o art. 20-A da Lei Complementar Estadual n. 407/2007

“Art. 20-A. A Corregedoria tem por finalidade desempenhar as atividades relativas à apuração das responsabilidades do servidor público pela infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenham relação com as atri-

buições do cargo que se encontra investido.”

A controvérsia está cingida à interpretação dos dispositivos no caso da atuação da Corregedora que, no presente processo disciplinar sob análise, atuou no feito, que compareceu a diligências, acompanhou os trabalhos, etc.

O Tribunal de origem consignou que a mudança legislativa que resultou na criação das corregedorias, no Espírito Santo, para acompanhar os processos disciplinares, permite que tal autoridade aja nos feitos. De forma mais clara, a Corregedoria da Secretaria de Saúde possui – por força do art. 20-A da Lei Complementar Estadual n. 407/2007 – tal obrigação. Confira-se o acórdão recorrido (fls. 710-711, e-STJ):

“É cediço que o processo administrativo disciplinar instaurado em face de servidores públicos no Estado do Espírito Santo se encontra regulado pela Lei Complementar n° 46/94, cujo artigo 252, em sua redação original, prescrevia que a condução dos PAD competiria às comissões compostas de três membros efetivos e estáveis no serviço público (...)

(...)

Contudo, com o advento da Lei Complementar Estadual n° 328/2005, a redação do referido artigo restou alterada, de modo que a competência para o processamento dos processos administrativos disciplinares passou a ser das Corregedorias vinculadas às Secretarias de Estado (...).

(...)

Além disso, no caso específico da Secretaria de Estado de Saúde, vê-se que a corregedoria a ela vinculada foi regulamentada pela Lei Complementar Estadual n° 407/2007 (reestruturação da SESA), cujo artigo 20-A prescreve expressamente sua competên-

cia para apuração de responsabilidades do servidor público pelas infrações disciplinares.

(...)

Desse modo, conclui-se que há permissivo expreso para a segunda impetrada conduzir o PAD nº 46548821 (inciso LIII do art. 5º da CRFB), mormente diante da alteração na legislação de regência, prevendo especificamente sua competência para a condução dos processos administrativos disciplinares no âmbito da Secretaria de Estado de Saúde do Espírito Santo, a conduzir pela ausência de qualquer ato coator nesse ponto.”

Tenho que não é possível outra interpretação.

Não obstante este argumento, como bem frisa o Ministério Público Federal, também é alegada a suspeição da referida autoridade. Porém, não estão carregadas provas nos autos em prol de perseguição ou outra mácula. Transcrevo o opinativo (fl. 805, e-STJ):

“No que diz respeito à insinuada parcialidade da corregedora, melhor sorte não assiste ao recorrente. Isso porque não foram apresentados elementos probatórios capazes de conferir um lastro mínimo à alegada suspeição. E referida circunstância ganha contornos ainda mais relevantes no restrito âmbito da ação mandamental, que exige prova pré-constituída do direito vindicado. Nessa toada, se mostra descabido o acolhimento da cogitada mácula de cunho pessoal.”

Aliás, nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO JÁ DEMITIDO. NOVA DEMISSÃO. VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SUSPEIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INVESTIDURA NO CARGO PARA

SER INVESTIGADO. PRES-CINDIBILIDADE. SÚMULA N. 19/STF. INAPLICABILIDADE. SÚMULA VINCULANTE N. 5 DO STF. INCIDÊNCIA. CONSTITUIÇÃO, PRORROGAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DO PAD. AFRONTA A PRINCÍPIOS INERENTES AO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE NO INDEFERIMENTO DE PROVAS E FALTA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE TESES SUSCITADAS PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE EVENTUAIS NULIDADES.

(...)

3. O impetrante não fez prova da suposta suspeição do presidente da comissão processante. No ponto, deve ser ressaltado que a inabilitação do julgador por suspeição não está atrelada à expressão do juízo de valor que ele emitiu em outro processo do qual participou contra o mesmo investigado, mas, sim, a situações pessoais que venham a revelar sua potencial parcialidade para o exame da demanda que está por vir, o que não ocorreu na hipótese dos autos. (...)

(...)

9. Ordem denegada.”

(MS 15.837/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 6.12.2011.)

Assim, não vejo as máculas alegadas.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

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 recurso or-

dinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

TRIBUTÁRIO

PARA FINS DE ICMS, HOSPITAL ASSUME A CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO EM RELAÇÃO À ÚLTIMA FASE DO CICLO DE COMERCIALIZAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 1.237.400 – BA
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DJe, 04.02.2014
Relator: Ministro Ari Pargendler

TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS. MEDICAMENTOS. BASE DE CÁLCULO.

A situação dos hospitais se assemela à das empresas distribuidoras; a indústria, quando vende medicamentos a estas e aqueles, assume a condição de substituto tributário em relação a última fase do ciclo de comercialização (drogaria/consumidor; hospital/paciente).

Na fase do ciclo de comercialização ‘hospital/paciente’, considera-se como valor da operação o preço do medicamento divulgado pela revista ABCFARMA.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio

Kukina, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (RISTJ, art. 162, §2º, primeira parte).

Brasília, 17 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER

Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

Os autos dão conta de que o Instituto Biochimico Ltda. propôs ação ordinária contra o Estado da Bahia, cujo pedido foi julgado procedente para anular em parte auto de infração lavrado por agente fiscal do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (e-stj, fl. 526/542).

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia manteve a sentença, nos termos do acórdão assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. EMPRESA AUTUADA POR AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DO IMPOSTO APURADO DECENDIALMENTE E RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO POR ERRO NA DETERMINAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO ATRAVÉS DE PAUTA DE

PREÇOS OU VALORES (REVISTAS ABCFARMA). INADMISIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ELEMENTOS CARREADOS PARA OS AUTOS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA, EM NECESSÁRIO REEXAME.

A presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso impõe seu conhecimento.

Assentamento consolidado na jurisprudência da 1a. Seção do STJ de que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, erigir-se pautas fiscais, pautas de preços ou de valores fixados mediante Portaria do Fisco como contendo elementos materiais determinantes da base de cálculo do ICMS”. (AgRg no Ag 673.905IMG, Turma, ReL Min. José Delgado, DJ de 8.8.2005, p. 195).

Ilegítima a autuação feita pelo Fisco estadual por recolhimento a menor de ICMS antecipado nas operações feitas com medicamentos destinados a rede hospitalar, baseado em pauta fiscal (preço máximo de venda ao consumidor publicado em Revistas e Informativos de Classes, ABCFARMA), com manifesto desprezo ao critério natural do valor da operação, admissível apenas quando ficar demonstrado, pelo Fisco, a inidoneidade dos documentos ou a incorreção das declarações prestadas pelo contribuinte sobre os valores efetivamente praticados nos bens tributados. (art. 148, do CTN).

A base de cálculo do tributo só pode ser estabelecida por lei (art. 97, IV, do CTN) e no caso do ICMS corresponde ao valor da operação de que decorra a saída da mercadoria (art. 2º, I, do Dec-Lei nº 406/68).

Não merece reforma a sentença proferida com fundamentação adequada em consonância com elementos carreados e legislação em vigor.” (e-stj, fl. 582).

Seguiram-se embargos de declaração, rejeitados (e-stj, fl. 616/617)

Daí o recurso especial, interposto pelo Estado da Bahia com base no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando violação do artigo 148 do Código Tributário Nacional e divergência jurisprudencial (e-stj, fl. 621/642).

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O tribunal *a quo* desconheceu a circunstância de que a tributação da comercialização de medicamentos se processa sob o regime da substituição tributária.

É o que se depreende do seguinte trecho do acórdão recorrido, *in verbis*:

“Como os produtos comercializados são destinados para rede hospitalar no uso para atendimento de seus pacientes, onde não há incidência de ICMS, e como não existe preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente, o critério adotado pelo autor foi o preço de fábrica do produto acrescido da margem de valor agregado de 60,07%, procedimento expresse, também, pelo Protocolo 14/85 e Convênio 76/94” (e-stj, fl. 584).

Ao revés, a situação dos hospitais se assimila à das empresas distribuidoras; a indústria, quando vende medicamentos a estas e aqueles, assume a condição de substituto tributário em relação a última fase do ciclo de comercialização (drogaria/consumidor; hospital/paciente).

Na fase do ciclo de comercialização ‘hospital/paciente’, consi-

dera-se como valor da operação o preço do medicamento divulgado pela revista ABCFARMA, que se distingue da hipótese de pauta fiscal na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o acórdão proferido no RMS nº 24.172, SE, relator o Ministro Luiz Fux, assim ementado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. PREÇO FINAL A CONSUMIDOR SUGERIDO PELO FABRICANTE (DIVULGADO NA REVISTA ABCFARMA). LEGALIDADE. PAUTA FISCAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. O preço final a consumidor sugerido pelo fabricante (divulgado em revista especializada) pode figurar como base de cálculo do ICMS a ser pago pelo contribuinte sujeito ao regime de substituição tributária “para frente”, à luz do disposto no artigo 8º, § 3º, da Lei Complementar 87/96, *verbis*:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: (...)

II – em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

(...)

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a con-

sumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço. (...)

2. Consoante cediço, ‘é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal’ (Súmula 431/STJ), o que não se confunde com a sistemática da substituição tributária progressiva, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 213.396, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 02.08.1999, DJ 01.12.2000; e RE 194.382, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 25.04.2003, DJ 25.04.2003).

3. Assim é que se revela escorreita a conduta da Administração Fiscal que estipula base de cálculo do ICMS, sujeito ao regime de substituição tributária progressiva, com espeque no preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante de medicamentos e divulgado por revista especializada de grande circulação.

4. É que o STJ já assentou a legalidade da utilização dos preços indicados na Revista ABCFARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva (REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, Dje 01.07.2010; e RMS 21.844/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 01.02.2007).

5. Recurso ordinário desprovido.” (DJe de 10/05/2011).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para julgar improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de honorários de advogado à base de dez por cento sobre o valor da causa.

VOTO

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Esta velha questão, já a mencionei de passagem, vou dizer de novo, mas sem me demorar nela.

2. Quando as operações do vendedor destinam, com exclusividade, as mercadorias a quem não é contribuinte, então a antecipação perde um dos pontos de sustentação, pois não haverá como recuperar os valores antecipados, porque aquele outro que comprou não é contribuinte do imposto, quer por não incidência, quer por isenção, quer por imunidade. Essa é a ideia que tenho, Senhor Ministro Ari Pargendler.

3. Vou pedir vênia a V. Exa. para desprover o recurso do Estado da Bahia por causa da convicção que tenho quanto à inexigibilidade do ICMS de hospitais. As unidades produtoras farmacêuticas, as indústrias de fármacos, são proibidas de vender às farmácias, porque as farmácias são contribuintes.

4. É o meu voto.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DA BAHIA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado (fl. 582):

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. EMPRESA AUTUADA POR AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DO IMPOSTO APU-

RADO DECENDIALMENTE E RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO POR ERRO NA DETERMINAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO ATRAVÉS DE PAUTA DE PREÇOS OU VALORES (REVISTAS ABCFARMA). INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ELEMENTOS CARREADOS PARA OS AUTOS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR- RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA, EM NECESSÁRIO REEXAME.

A presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso impõe seu conhecimento.

“Assentamento consolidado na jurisprudência da Ia. Seção do STJ de que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, erigir-se pautas fiscais, pautas de preços ou de valores fixados mediante Portaria do Fisco como contendo elementos materiais determinantes da base de cálculo do ICMS”. (AgRg no Ag 673.905IMG, 1ª Turma, Rei. Min. José Delgado, DJ de 8.8.2005, p. 195).

Ilegítima a autuação feita pelo Fisco estadual por recolhimento a menor de ICMS antecipado nas operações feitas com medicamentos destinados a rede hospitalar, baseado em pauta fiscal (preço máximo de venda ao consumidor publicado em Revistas e Informativos de Classes, ABCFARMA), com manifesto desprezo ao critério natural do valor da operação, admissível apenas quando ficar

demonstrado, pelo Fisco, a inidoneidade dos documentos ou a incorreção das declarações prestadas pelo contribuinte sobre os valores efetivamente praticados nos bens tributados, (art. 148, do CTN).

A base de cálculo do tributo só pode ser estabelecida por lei (art. 97, IV, do CTN) e no caso do ICMS corresponde ao valor da operação de que decorra a saída da mercadoria (ar 2º, 1, do Dec-Lei nº 406/68).

Não merece reforma a sentença proferida com fundamentação adequada em consonância com elementos carreados e legislação em vigor.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa (fl. 616):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO, NÃO DEMONSTRADA, DE EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. OPOSIÇÃO IMOTIVADA. REJEIÇÃO ADMISSÍVEL.

A incorrência, em acórdão embargado, de vícios, obscuridade, contradição ou omissão, impõe a rejeição de embargos de declaração, sob pena de contrariar o art. 535 do Código de Processo Civil.

A contradição mencionada no art. 535, I, do Código de Processo Civil deve ser a detectável entre as teses adotadas no julgamento da causa.

A omissão de que cuida o art. 535, II, do Código de Processo Civil deve ser concernente a ponto que deveria ter sido mas não foi decidido tornando inexecutível o julgado.

Não é omissa nem contraditória o acórdão sucinto, fundamentado, esclarecedor, que examina e decide questões suscitadas pelos litigantes, deixando de acolher argumentos da parte embargante.

Inadmissível em embargos de declaração reexame de matéria já decidida.

No especial apelo, manejado com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, o ente federativo aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 148 do CTN. Sustenta, em resumo: (I) a possibilidade de autuação fiscal para a cobrança de ICMS tendo por base de cálculo os preços máximos ao consumidor, fixados pelo Governo Federal; (II) distinção entre a cobrança do tributo com base nos preços máximos fixados ao consumidor e cobrança com base em arbitramento.

Requer o provimento da rara súplica para que seja reconhecida a legitimidade da autuação fiscal.

Contrarrazões do INSTITUTO BIOQUÍMICO LTDA. apresentadas às fls. 925/942, postulando o desprovimento do apelo.

O recurso foi inicialmente distribuído ao Ministro Hamilton Carvalhido, que, por decisão fundamentada no art. 557, parágrafo 1º-A do CPC, deu provimento ao feito (fl. 1.090).

Já sob a relatoria do Ministro Francisco Falcão, o agravo regimental interposto pelo Estado foi rejeitado (fls. 1.155/1.163). Opostos embargos de declaração, entendeu a Primeira Turma desta Corte, nos termos do voto do Ministro ora relator, por acolher os embargos para submeter o recurso especial a julgamento colegiado (fls. 1.184/1.187).

Na sessão da Primeira Turma de 14/05/2013, o atual Relator, Ari Pargendler, apresentou voto no sentido de conhecer do recurso especial para dar-lhe provimento e julgar improcedente o pedido do contribuinte, condenando-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios à base de 10% sobre o valor da causa, sob os seguin-

tes fundamentos: (I) a tributação da comercialização de medicamentos se processa sob o regime da substituição tributária; (II) “a situação dos hospitais se assimila à das empresas distribuidoras; a indústria, quando vende medicamentos a estas e aqueles, assume a condição de substituto tributário em relação à última fase do ciclo de comercialização (drogaria/consumidor; hospitais/paciente); (III) o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, na fase do ciclo de comercialização hospital/paciente o ICMS é apurado com base no preço do medicamento divulgado pela revista ABCFARMA; e (IV) a Tabela de preços máximos ao consumidor utilizada como base para apuração do ICMS se distingue da hipótese de pauta fiscal.

Após o voto do Relator, votou o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no sentido de desprover o recurso do Estado da Bahia, ao fundamento de que:

Quando as operações do vendedor destinam, com exclusividade, as mercadorias a quem não é contribuinte, então a antecipação perde um dos pontos de sustentação, pois não haverá como recuperar os valores antecipados, porque aquele outro que comprou não é contribuinte do imposto, quer por não incidência, quer por isenção, quer por imunidade. Essa é a ideia que tenho, Senhor Ministro Ari Pargendler.

Vou pedir vênias a V. Exa. para desprover o recurso do Estado da Bahia por causa da convicção que tenho quanto à inexigibilidade do ICMS de hospitais. As unidades produtoras farmacêuticas, as indústrias de fármacos, são proibidas de vender às farmácias, porque as farmácias são contribuintes.

É o breve relato.
Passo a decidir.

Discute-se nos autos a forma de tributação da comercialização de medicamentos.

A empresa recorrida teve contra si lavrado auto de infração para cobrança de ICMS, em substituição tributária, considerando-se como base de cálculo os preços dos produtos fixados na Revista ABCFARMA. Proposta ação anulatória de auto de infração contra o Estado da Bahia, o pedido foi julgado procedente. O Tribunal de origem, mantendo a sentença, assim se manifestou (fl. 583):

Ilegítima a autuação feita pelo Fisco estadual por recolhimento a menor de ICMS antecipado nas operações feitas com medicamentos destinados a rede hospitalar, baseado em pauta fiscal (preço máximo de venda ao consumidor publicado em Revistas e Informativos de Classes, ABCFARMA), com manifesto desprezo ao critério natural do valor da operação, admissível apenas quando ficar demonstrado, pelo Fisco, a inidoneidade dos documentos ou a incorreção das declarações prestadas pelo contribuinte sobre os valores efetivamente praticados nos bens tributados, (art. 148, do CTN).

Sobre o tema, esta Corte já se manifestou no sentido de admitir a substituição tributária “para frente”, relativamente ao ICMS incidente sobre medicamentos e produtos hospitalares vendidos a hospitais e congêneres.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA “PARA FRENTE”. VENDA DE PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES. VALIDADE.

1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada.

2. Inviável a análise pelo STJ de questão constitucional, ainda que para interposição de Recurso Extraordinário.

3. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental.

Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.

4. É válida a sistemática da substituição tributária “para frente”, no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico-hospitalares para hospitais e congêneres. Precedentes deste Tribunal.

5. A jurisprudência do STJ prestigiou a eficiência na arrecadação e a minoração da evasão fiscal ao analisar a sistemática de substituição tributária. Ressalva-se, no entanto, o direito à restituição na hipótese de o fato gerador presumido não ocorrer (art. 10 da LC 87/1996).

6. Agravo Regimental não provido.

(EDcl no REsp 418541/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 20/04/2009)

Já no tocante à base de cálculo do ICMS nessas operações, necessário o esclarecimento no sentido de que, nos termos da Súmula 431/STJ, “É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.”

Em voto proferido no RMS 18677/ MT, o Ministro Castro Meira, diferenciou os institutos de pauta fiscal, arbitramento e tabela de preços máximos ao consumidor de forma bastante didática. Confira-se o trecho do acórdão extraído do referido julgado:

A pauta fiscal é valor fixado prévia e aleatoriamente para a

apuração da base de cálculo do tributo. Não se pode confundir a com o arbitramento de valores previsto no art. 148 do CTN, que é modalidade de lançamento, nem com o regime de valor agregado estabelecido no art. 8º da LC n.º 87/96, que é técnica adotada para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária progressiva, levando em consideração dados concretos de cada caso.

O art. 148 do CTN somente pode ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato imponible, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Ao final do procedimento, nada impede que a administração fazendária conclua pela veracidade dos documentos fiscais do contribuinte e adote os valores ali consignados como base de cálculo para a incidência do tributo. Do contrário, caso se entenda pela inidoneidade dos documentos, a autoridade fiscal irá arbitrar, com esteio em parâmetros fixados na legislação tributária, o valor a ser considerado para efeito de tributação.

Já o art. 8º da LC n.º 87/96 estabelece o regime de valor agregado para a determinação da base de cálculo do ICMS no caso de substituição tributária progressiva. Na hipótese, como não há o valor real da mercadoria ou serviço, já que o fato gerador é antecipado e apenas presumido, o dispositivo em tela determina o procedimento a ser adotado, que pode ser resumido nos moldes seguintes. Preço tabe-

lado: quando o produto tiver preço máximo de venda no varejo, fixado pela autoridade competente ou pelo fabricante, a base de cálculo do ICMS antecipado será esse preço, sem nenhum outro acréscimo (IPI, frete etc).

Exemplo: um contribuinte (atacadista) vende a outro contribuinte (varejista) um produto “A”, sujeito à antecipação, por R\$ 100,00. Esse produto tem preço máximo de venda no varejo fixado pela autoridade competente em R\$ 150,00. A base de cálculo do ICMS normal é R\$ 100,00, enquanto a do ICMS antecipado é de R\$ 150,00.

Preço não tabelado: quando o produto não for tabelado ou não possuir preço máximo de venda no varejo, a base de cálculo do ICMS antecipado é determinada por meio de valor agregado. Sobre uma determinada base de partida – geralmente o valor da operação anterior – é aplicado um percentual de agregação, previsto na legislação tributária, para se encontrar a base de cálculo do ICMS antecipado.

Exemplo: um comerciante (atacadista) vende uma mercadoria, sujeita à antecipação, a outro comerciante (varejista) por R\$ 100,00. Considerando que o percentual específico para essa mercadoria seja de 30%, a base de cálculo do ICMS antecipado será de R\$ 130,00. O valor de partida é o preço da mercadoria ou serviço praticado na operação anterior, ao qual se adiciona o percentual de agregação para se chegar à base de cálculo do ICMS antecipado.

O percentual de agregação é listado pela legislação tributária em função de cada produto. A legislação não oferece percentuais específicos para todos eles, mas para alguns, indicando, todavia, o percentual geral para os demais (quase sempre 30%).

Assim, na substituição tributária, hipótese em que a lei estadual atribui ao contribuinte do imposto a responsabilidade pelo seu pagamento, a base de cálculo será, nos termos do art. 8º da LC 87/96:

8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I – em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II – em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I – da entrada ou recebimento da mercadoria ou do serviço;

I – da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

II – da saída subseqüente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III – ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competen-

te, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do *caput* será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do *caput*, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do *caput*, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo. (Redação dada pela LCP 114, de 16.12.2002)

Relativamente às hipóteses de substituição tributária, a jurisprudência desta Corte também já se firmou no sentido da possibilidade de se utilizar, para fins de determinação da base de cálculo do tribu-

to devido, do preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante de medicamentos e divulgado por revista especializada de grande circulação.

Nesse sentido, confirmam-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. PREÇO FINAL A CONSUMIDOR SUGERIDO PELO FABRICANTE (DIVULGADO NA REVISTA ABCFARMA). LEGALIDADE. PAUTA FISCAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. O preço final a consumidor sugerido pelo fabricante (divulgado em revista especializada) pode figurar como base de cálculo do ICMS a ser pago pelo contribuinte sujeito ao regime de substituição tributária “para frente”, à luz do disposto no artigo 8º, § 3º, da Lei Complementar 87/96, *verbis*: “Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: (...) II – em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes: a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

(...) § 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

(...)” 2. Consoante cediço, “é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal” (Súmula 431/STJ), o que não se confunde com a sistemática da substituição tributária progressiva, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 213.396, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 02.08.1999, DJ 01.12.2000; e RE 194.382, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 25.04.2003, DJ 25.04.2003).

3. Assim é que se revela escorreita a conduta da Administração Fiscal que estipula base de cálculo do ICMS, sujeito ao regime da substituição tributária progressiva, com espeque no preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante de medicamentos e divulgado por revista especializada de grande circulação.

4. É que o STJ já assentou a legalidade da utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva (REsp 1.192.409/SE, Rel.

Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; e RMS 21.844/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 01.02.2007).

5. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 24.172/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 10/05/2011)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA. REVISTA ABC FARMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de lei local determinar como base de cálculo presumida de ICMS em regime de substituição tributária valores constantes da Revista ABCFARMA.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de reconhecer a ilegalidade de cobrança do ICMS com base em regime de pauta fiscal, mormente pelo fato de que “o art. 148 do CTN somente pode ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato imponível, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa” (RMS n. 18.677-MT, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 20.6.2005).

3. No presente caso, a conduta da Administração não se trata de pauta fiscal, mas de técnica para a fixação da base de cálculo na sistemática de substituição tributária progressiva, na qual se leva em consideração dados concretos, tudo em consonância com o disposto do art. 8º, §§2º e 3º, da Lei Complementar nº 87/96.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de admitir a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva. Precedentes: REsp 1.192.409/SE, Rel. Mi-

nistra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1º.7.2010; RMS 21.844/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 1º.2.2007; RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 03/08/2006.

5. Quanto à alínea “c”, aplicável o disposto na Súmula 83 do STJ, segundo a qual: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.248.963/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011)

TRIBUTÁRIO. ICMS. PAUTA FISCAL. SÚMULA 431/STJ.

1. Hipótese em que o Estado adotou os preços máximos para venda de medicamentos fixados pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED) para estabelecer a base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária.

2. Não se trata, portanto, de adoção dos valores de mercado, baseada nos preços compilados por revistas especializadas, o que é admitido pela jurisprudência do STJ, mas sim de verdadeira pauta fiscal, vedada nos termos da Súmula 431/STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AgRg no Ag 1.359.721/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 19/04/2011)

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem reconheceu a

nulidade do auto de infração lavrado com base no preço máximo de venda ao consumidor publicado em Revistas e Informativos de Classes, ABCFARMA, considerando tratar-se de autuação com base no regime de pauta fiscal, proibido por lei.

Ante o exposto, verificado o equívoco do Tribunal de origem quanto à qualificação do método utilizado para apuração da base de cálculo do ICMS, com as mais respeitadas vênias ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, concluo por acompanhar o voto do Ministro Relator Ari Pargendler, no sentido de dar provimento ao recurso especial do Estado da Bahia.

É como voto.

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (RISTJ, art. 162, §2º, primeira parte).

CIVIL E COMERCIAL

Ajuizamento de ação revisional não impede a caracterização da mora do autor

Agravo de Instrumento. Negócios jurídicos bancários. Ação revisional de contrato. Antecipação de tutela. Conforme a jurisprudência iterativa do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, são requisitos para o cancelamento liminar de registros desabonatórios em serviços de proteção ao crédito: a contestação total ou parcial do débito, a verossimilhança dos argumentos lançados pela parte para contestá-lo e, por fim, o depósito do montante incontroverso da dívida, se houver. “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor” (Súmula n. 380 do STJ). Negado seguimento ao recurso.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70058276643 - 16a. Câ. Civ. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Paulo Sérgio Scarparo - Fonte: DJ, 10.02.2014).

NOTA BONIJURIS: Destacamos trecho da decisão: “Ressalte-se que a descaracterização da mora, nos termos das orientações emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça, depende do reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização). (Orientação emanada no REsp 1061530/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008) “

Durante o prazo previsto no art. 6º, § 4º da Lei 11.101/05 não é possível venda de bens arrendados

Ação de reintegração de posse. Devedora em recuperação judicial.

Não se permite, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º, da Lei n. 11.101, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens arrendados. A princípio, a lei contida na Lei de Recuperação judicial, tem como foco a preservação da empresa, razão pela qual a vedação de retirada de bens essenciais à atividade produtiva alcança, inclusive, os arrendados, respeitado o prazo previsto na predita legislação. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70056666266 - 14a. Câ. Civ. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Roberto Sbravati - Fonte: DJ, 06.02.2014).

NOTA BONIJURIS: Art. 6º, § 4º da Lei 11.101/05: “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.”

Medicamento aprovado pela Anvisa não pode ser considerado experimental pelo plano de saúde

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Fornecimento de medicamento pela cooperativa médica. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Artigos 130 c/c 333, inciso I, do CPC. Quando convenido de que o conjunto probatório presente nos autos é suficiente para

elucidação da matéria, o Magistrado pode dispensar a produção de outras provas, por ser ele o destinatário final destas e, assim, julgar o feito antecipadamente, sem que isso implique em cerceamento de defesa. Ao Juiz cabe determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Mérito. Plano de saúde contratado após a Lei n. 9.565/1998. Negativa ao custeamento de quimioterapia. Alegada prescrição *off-label* do medicamento Paclitaxel. Inocorrência. Indicação para tratamento de câncer de mama constante da bula do remédio. Uso adequado. Aprovação pela Anvisa. Sentença mantida. Em que pese a validade de cláusula contratual que afasta a cobertura de tratamentos experimentais ou uso *off-label* de medicamentos, a negativa ao custeamento de quimioterapia é ilegal quando o uso do fármaco prescrito pelo médico não se desvirtua das indicações constantes da bula, inclusive com a aprovação da Anvisa. Recurso improvido.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2011.072171-3 - 2a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. João Batista Góes Ulysséa - Fonte: DJ, 07.01.2014).

Prisão do inventariante por débito de alimentos deixado pelo falecido é ilegal

Habeas Corpus. Débito alimentar do falecido. Obrigação personalíssima. Inventariante. Prisão civil. Ilegalidade. Concessão da ordem. 1. A inventariante não é devedora dos valores que cabia ao falecido prover ao seu filho, obrigação de natureza personalíssima, e nem detém a livre disponibilidade dos bens do espólio, sujeitos à decisão do juízo de inventário, donde a manifesta ilegalidade da ordem de prisão. 2. Ordem concedida. (STJ - *Habeas Corpus* n. 268517/MT - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Isabel Gallotti - Fonte: DJ, 03.02.2014).

Reparação civil decorrente de empréstimo bancário fraudulento com desconto em benefício previdenciário

Apelação Cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c reparação por danos materiais e morais. Sentença de procedência. Contratação fraudulenta de empréstimo bancário. Descontos indevidos em benefício previdenciário da demandante. Apelo do banco réu. Alegação de ausência de culpa. Fraude praticada por terceiro. Risco do empreendimento. Responsabilidade do banco configurada. Pleito de minoração da verba indenizatória. Valor fixado em consonância com os parâmetros da corte. Justa compensação do ofendido e exemplar admoestação ao ofensor. Valor mantido. Recurso adesivo da autora. Pleito de majoração da verba indenizatória e dos honorários sucumbenciais. Indenização fixada com acerto pelo togado singular. Verba honorária sucumbencial adequada à espécie. Arguição de litigância de má-fé. Exercício regular do direito de recorrer pelo banco réu. Hipóteses do artigo 17 do Código de Processo Civil não verificadas. Pretensão afastada. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2013.085711-7 - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Jairo Fernandes Gonçalves - Fonte: DJ, 04.02.2014).

Transmissão de bens a herdeiros de fideicomissário morto

Direito Civil e Processual Civil. Sucessão testamentária. Fideicomisso. Fideicomissário preminente. Cláusula do testamento acerca da substituição do fideicomissário. Validade. Compatibilidade entre a substituição fiduciária e a substituição vulgar. Condenação de terceiro afastada. Efeitos naturais da sentença. 1. Se as questões trazidas à discussão foram

dirimidas pelo tribunal de origem de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser rejeitada a alegação de contrariedade do art. 535 do Código de Processo Civil. 2. A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não pode ser ignorados por terceiros. 3. O recurso de apelação e a ação cautelar são instrumentos processuais distintos e visam a diferentes objetivos. O ajuizamento de ambos para questionar diferentes aspectos do mesmo ato judicial não configura preclusão consumativa a obstar o conhecimento da apelação. 4. De acordo com o art. 1959 do Código Civil, “são nulos os fideicomissos além do segundo grau”. A lei veda a substituição fiduciária além do segundo grau. O fideicomissário, porém, pode ter substituto, que terá posição idêntica a do substituído, pois o que se proíbe é a sequência de fiduciários, não a substituição vulgar do fiduciário ou do fideicomissário. 5. A substituição fideicomissária é compatível com a substituição vulgar e ambas podem ser estipuladas na mesma cláusula testamentária. Dá-se o que a doutrina denomina substituição compendiosa. Assim, é válida a cláusula testamentária pela qual o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso deste vir a falecer antes do fiduciário ou de se realizar a condição resolutiva, com o que se impede a caducidade do fideicomisso. É o que se depreende do art. 1958 c.c. 1955, parte final, do Código Civil. 6. Recurso especial de Nova Pirajuí Administração S.A. NOPASA a que se dá parcial provimento. 7. Recurso especial de Anita Louise Regina Harley a que se dá parcial provimento. (STJ - Rec. Especial n. 1221817/PE - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Isabel Gallotti - Fonte: DJ, 18.12.2014).

IMOBILIÁRIO

Abusiva a cláusula do contrato de locação que permite que a imobiliária emita letra de câmbio e nota promissória oriunda do inadimplemento do locatário

Apelação Cível. Ação ordinária. Decretação de nulidade de letra de câmbio emitida com origem em contrato de locação. É abusiva e leonina a cláusula que autoriza a Imobiliária, em contrato de locação, a emissão de letra de câmbio e nota promissória em decorrência de inadimplemento do locatário. A locatária detém, em seu poder, título executivo com valores líquidos e certos em caso de inadimplemento de locativos e encargos que viabiliza o uso das vias ordinárias - ação de despejo e/ou ação de cobrança. Sustação de protesto confirmada. Apelação provida.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70044527240 - 16a.

Câm. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Ana Maria Nedel Scalzilli - Fonte: DJ, 04.02.2014).

Condômino pode ter animal de estimação em unidade autônoma mesmo quando a convenção condominial disponha de forma contrária

Apelações Cíveis. Ação cominatória para coibir a manutenção de animal de estimação em apartamento e ação declaratória de nulidade de convenção e regimento interno. Condomínio edilício. Cláusula de proibição genérica de se manter animais nas unidades autônomas. Insubsistência. Flexibilização das regras internas à luz do art. 19 da Lei n. 4.591/64. Incidência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Inversão dos ônus da sucumbência. “Embo-

ra expressa a convenção, proibindo manter animais de qualquer espécie na unidade autônoma, deve-se desprezar o fetichismo normativo, que pode caracterizar o “summum ius summa injuria”, reservando-se a solução do litígio ao exame da prova e das circunstâncias peculiares do caso. 2 - Demonstrado que se trata de animal de porte médio, inofensivo e saudável e que mantê-lo no interior do apartamento não traz qualquer incômodo, transtorno ou perigo aos moradores, mitiga-se a determinação da convenção condominial” (TJDFT, 20040110398566APC, rel. Des. Jair Soares, j. 16-1-2008). Recurso conhecido e provido.

(TJ/SC - Ap. Cív. n. 2008.002357-6 - 4a. Câ. Cív. - Rel.: Des. Victor Ferreira - Fonte: DJ, 07.01.2014).

Convenção de condomínio pode definir quórum para alteração do regimento interno

Condomínio Edifício. Recurso Especial. *Quorum* para alteração do regimento interno de condomínio. Matéria que deve ser disciplinada pela convenção de condomínio, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, que alterou a redação do art. 1.531 do Código Civil, conferindo, no ponto, liberdade para que a convenção condominial discipline a matéria. Admissão de alteração do regimento interno por maioria simples dos condôminos, em inobservância à norma estatutária. Descabimento. 1. O art. 1.333 do Código Civil, ao dispor que a convenção que constitui o condomínio edilício torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção, não tem, assim como toda a ordem jurídica, a preocupação de levantar paredes em torno da atividade individual. É intuitivo que não pode coexistir o arbítrio de cada um com o dos demais, sem uma delimitação harmônica das

liberdades, por isso, na verdade, o direito delimita para libertar: quando limita, liberta. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64) 2. Com efeito, para propiciar a vida em comum, cabe aos condôminos observar as disposições contidas na convenção de condomínio, que tem clara natureza estatutária. Nesse passo, com a modificação promovida no art. 1.351 Código Civil, pela Lei n. 10.931/2004, o legislador promoveu ampliação da autonomia privada, de modo que os condôminos pudessem ter maior liberdade no que tange à alteração do regimento interno; visto que, à luz dos arts. 1.334, III e V, do Código Civil e art. 9º da Lei n. 4.591/1964, é matéria a ser disciplinada pela convenção de condomínio. 3. No caso em julgamento, a pretendida admissão de *quorum* (maioria simples), em dissonância com o previsto pelo estatuto condominial - que prevê maioria qualificada (dois terços dos condôminos) -, resultaria em violação da autonomia privada, princípio constitucionalmente protegido. 4. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1169865/DF - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJ, 02.09.2013).

Proprietário não associado não tem obrigação de pagar taxa de manutenção instituída por associação de moradores

Recurso Especial. Agravo Regimental. Ação de cobrança de taxas de associação. Recorrentes que aderiram formalmente à associação. Alteração do concluído pelo tribunal de origem. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento. 1.- Não tendo a parte apresentado argumentos novos capazes de alterar o julgamento anterior, deve-se manter a decisão recorrida. 2.- As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impos-

tas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo. 3.- No caso dos autos, restou comprovado, no Acórdão recorrido, que os Recorrentes aderiram formalmente à associação. Dessa forma, não há como se adotar o entendimento supra e para alterar a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem, seria necessário o exame das provas dos autos, o que é inviável em sede de Recurso Especial, a teor da Súmula 7 desta Corte. 4.- Agravo Regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração no Rec. Especial n. 1394390/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJ, 05.02.2014).

NOTA BONIJURIS: *Sobre o tema: Processual civil. Embargos de divergência. Agravo regimental. Associação de moradores. Loteamento fechado. Prestação de serviços. Contribuição. Inexigibilidade de quem não é associado. Matéria pacífica. Fundamento inatacado. Súmulas n. 168 e 182-STJ. I. “As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo” (2a. Seção, EREsp n. 444.931/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006). (AgRg nos EREsp 1034349/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, DJe 17/06/2009);”*

Síndico sucessor possui legitimidade para propor ação de prestação de contas em desfavor do anterior

Direito Processual Civil - Prestação de contas - Acordo entre condomínio devedor e administrador do condomínio - Ausência das contas - Sentença procedente - Inconformismo - Ausência de interesse processual e

ilegitimidade de parte - Inaccolhimento - Dever do autor de apresentar atas das assembleias - Inversão do ônus probatório - Inaplicabilidade - Prestação de contas pelo condomínio - Obrigação - Documentação necessária - Ausência - Prova insuficiente - Sentença mantida - Recurso improvido. Incomprovada a prestação de contas do anterior síndico perante a então assembleia de condôminos, o condomínio, através de seu síndico sucessor, possui interesse processual e legitimidade ativa *ad causam* para postular prestação de contas contra aquele. É princípio geral de direito que todo aquele que administra numerário de outrem é obrigado a prestar contas.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2011.025150-8 - 2a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Monteiro Rocha - Fonte: DJ, 17.12.2013).

Zelador ofendido em condomínio recebe indenização por danos morais

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Autor que exercia a função de zelador em condomínio e recebia as taxas condominiais dos moradores. Praxe autorizada por assembleia condominial. Réu que usou palavras ofensivas à honra do requerente. Condução ilegal e força da vítima à delegacia de polícia. Grave ofensa e humilhação. Dano imaterial configurado. Compensação pecuniária devida. Recurso conhecido e desprovido. Configura dano moral suscetível de ser compensado pecuniariamente a ofensa à honra do Autor que, injustamente, é ofendido pelo Réu com palavras de baixo calão, acusado de apropriação indébita de taxas condominiais, e, de maneira ilegal e abusiva, acaba sendo conduzido, a força, à delegacia de polícia, por ele e dois policiais, para responder por delito que não praticara.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.034828-2 - 6a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Joel Figueira Júnior - Fonte: DJ, 07.01.2014).

PROCESSO CIVIL

A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício

Conflito Negativo de Competência. Responsabilidade civil. Ação de indenização c/c exibição de documentos. Domicílio do consumidor. Possibilidade. Faculdade do consumidor em escolher a comarca onde deseja demandar a ação judicial. Súmula n. 33 do STJ. Competência relativa não pode ser declinada de ofício. Julgado procedente, em decisão monocrática.

(TJ/RS - Confl. de Competência n. 70058397845 - 6a. Câm. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Elisa Carpim Corrêa - Fonte: DJ, 10.02.2014).

Beneficiário de justiça gratuita em instância inferior deve renovar o pedido no recurso, sob pena de deserção

Processual Civil. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Princípio da fungibilidade. Agravo em Recurso Especial. Ausência de comprovação do recolhimento das custas no ato de interposição do recurso. Beneficiário da justiça gratuita. Ausência de pedido na petição de recurso. Deserção. Incidência do art. 511 do Código de Processo Civil. 1. Em face do nítido caráter infringente e em observância aos princípios da fungibilidade, da economia processual e da instrumentalidade das formas, recebem-se os embargos de declaração como agravo regimental. 2. O preparo deve ser feito no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção, irrelevante a alegação de ser beneficiário da justiça gratuita, necessária a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança

automaticamente as interposições posteriores. (EARESP n. 321.732/RS - Corte Especial). 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - Embs. de Declaração no Agravo em Rec. Especial n. 399852/RJ - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Eliana Calmon - Fonte: DJ, 07.02.2014).

NOTA BONIJURIS: Art. 511/CPC:

“No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.”

Competência universal do juízo falimentar desfaz adjudicação do bem penhorado em execução individual posterior ao deferimento da recuperação judicial

Conflito de Competência. Execução cível. Penhora anterior. Aprovação do plano de recuperação judicial da empresa. Adjudicação posterior. Competência do juízo universal. 1. Se promovida a adjudicação do bem penhorado em execução individual, em data posterior ao deferimento da recuperação judicial, o ato fica desfeito em razão da competência universal do Juízo falimentar. Precedentes. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2a. vara Cível e Fazendas Públicas e Registros Públicos de Rio Verde/GO. (STJ - Confl. de Competência n. 122712/GO - 2a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJ, 10.12.2013).

Dívidas bancárias de pessoa jurídica não são suficientes para a concessão de benefício da justiça gratuita

Agravo de Instrumento. Ação cautelar de exibição de documentos. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Precariedade financeira não demonstrada.

Benefício indeferido. A concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas exige prova contundente, escoreita, idônea e robusta, da inviabilidade de assunção dos encargos processuais. A existência de dívidas bancárias não é suficiente para autorizar a concessão do benefício, sobretudo porque desacompanhada de uma prova robusta acerca dos bens e rendimentos da empresa. Inexistência de documentos, idôneos de convicção, para autorizar a concessão de referido benefício. Situação excepcional não demonstrada. Negado seguimento ao recurso, por decisão monocrática.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n.

70058327768 - 18a. Câ. Cív. - Dec.

monocrática - Rel.: Des. Nelson José

Gonzaga - Fonte: DJ, 06.02.2014).

Indeferimento de prova testemunhal não configura cerceamento de defesa

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Alegação de cerceamento de defesa. Produção de prova testemunhal indeferida. Não configuração. Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. Falta de cotejo. 1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de prova testemunhal, quando o tribunal de origem entender que o feito foi corretamente instruído, declarando a existência de provas suficientes para o seu convencimento. 2. O princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias. Rever os fundamentos que levaram a conclusão a esse respeito, demandaria o exame do conjunto probatório, vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Para a admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea “c” do permissivo constitucional, é imprescindível

a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec.

Especial n. 434929/PR - 4a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJ,

07.02.2014).

Penhora online de salário do devedor para pagamento de honorários advocatícios

Agravo Regimental. Penhora *online* de salário. Possibilidade, dada a natureza alimentar da verba executada. Honorários de advogado. Aplicação do artigo 649, § 2º, do CPC. Agravo regimental não provido. 1. “O caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo § 2º do art. 649 do CPC, quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias” ((REsp 1.365.469/MG, Relatora Ministra Nancy Andriighi, terceira turma, DJe de 26/6/2013). 2. A jurisprudência desta Corte estabelece que os honorários advocatícios constituem verba de natureza alimentar, sendo possível, nesse caso, a penhora *online* dos vencimentos do devedor, para a satisfação do débito. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental n. 32031/SC - 4a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Raul Araújo -

Fonte: DJ, 03.02.2014).

NOTA BONIJURIS: Destacamos trecho do voto do relator: “(...) a possibilidade de penhora de vencimentos e salários para satisfazer honorários de advogado deverá levar em conta as circunstâncias do caso concreto,

especialmente tomar o cuidado de não privar o titular dos salários de condição da sua própria subsistência.”

Possível penhora de salário para pagamento de empréstimo consignado

Agravo Regimental em Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Empréstimo consignado. Legalidade. Retensão pelo órgão pagador não realizada. Possibilidade de penhora do valor correspondente na conta salário. 1.- A jurisprudência desta Corte reconhece a legalidade do empréstimo com desconto em folha de pagamento tendo em vista a autonomia da vontade e a possibilidade de obtenção de condições mais favoráveis para o consumidor. Precedentes. 2.- Como consectário lógico desse posicionamento é de se admitir a possibilidade de penhora do valor depositado em conta salário que, por falha, não tenha sido retido pelo órgão pagador nem voluntariamente entregue ao credor pelo mutuário, como forma de honrar o compromisso assumido. 3.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ - Ag. Regimental em Rec. Especial n.

1394463/SE - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.:

Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJ, 05.02.2014).

PENAL E PROCESSO PENAL

A prisão preventiva fundamenta-se na periculosidade do agente, no *modus operandi* e na gravidade do crime

Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Roubo majorado. Direito de recorrer em liberdade negado. Alegações de excesso de prazo e de ausência de fundamentação cautelar idônea. Superveniência da sentença penal condenatória. Cons-

trangimento ilegal: não ocorrência. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta do crime. Risco de reiteração delitiva. 1. Com a superveniência da sentença condenatória, que constitui novo título da prisão, está superada a questão relativa ao excesso de prazo da prisão. Precedentes. 2. Este Supremo Tribunal assentou que a gravidade concreta do crime, o *modus operandi* da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciada pelo risco de reiteração criminosa, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Precedentes. 3. Ordem denegada.

(STF - *Habeas Corpus* n. 119790/SP - 2a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Cármen Lúcia - Fonte: DJ, 07.02.2014).

Denunciado não deve provar acusações realizadas em interrogatório

Habeas Corpus. Calúnia. Atipicidade da conduta denunciada. Trancamento do processo. O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 138, combinado com o artigo 141, II e III, ambos do Código Penal, por ter supostamente caluniado policiais militares na oportunidade em que foi ouvido como indiciado na delegacia de polícia. Ora, ao ser interrogado deve ser garantido ao indiciado o direito de prestar as declarações que quiser com o fito de se defender, por mais fantasiosas que o sejam. Não se pode tolher essa faculdade, obrigando o réu a comprovar aquilo que diz no interrogatório. A conduta descrita da denúncia não pode ser considerada típica, nos termos do art. 23, III, do Código Penal e art. 5º, LV, da CF. Trancamento do processo por ausência de justa causa que se impõe. Ordem concedida.

(TJ/RS - *Habeas Corpus* n. 70057928962

- 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Diogenes V. Hassan Ribeiro - Fonte: DJ, 13.12.2013).

NOTA BONIJURIS: *Sobre o tema, pertinente o comentário de Aury Lopes Jr: “Com relação ao valor probatório do interrogatório, propugnamos por um modelo constitucional em que o interrogatório seja orientado pela presunção de inocência, visto assim como o principal meio de exercício da autodefesa e que tem, por isso, a função de dar materialmente vida ao contraditório, permitindo ao sujeito passivo refutar a imputação ou aduzir argumentos para justificar sua conduta.*

(...).

O interrogatório deve ser um ato espontâneo, livre de pressões ou torturas (físicas ou mentais). (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 635-636)”

Dolo específico não é exigível em crime de apropriação indébita previdenciária

Embargos de Declaração no Recurso Especial. Omissão e contradição. Ausência de vícios. Art. 619 do Código De Processo Penal. I - A fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo quê ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração. II - Não há contradição no fato do acórdão ter determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento da apelação. A uma, porquanto tal providência revela-se decorrência lógica do pedido formulado no recurso especial e, a duas, porque ressalvadas as hipóteses previstas no texto constitucional, não compete a este Superior Tribunal de Justiça a realização do juízo de condenação ou absolvição, sob pena de supressão de instância. III - A partir da tese jurídica decidida no recurso especial, qual seja, a de conduta des-

crita no art. 168-A, do Código Penal não impõe a demonstração de dolo específico, compete ao Tribunal de origem o julgamento, a fim de verificar, sob tal prisma, o acerto da sentença. IV - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ - Rec. Especial n. 1266880/SE - 5a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Regina Helena Costa - Fonte: DJ, 11.11.2013).

Em caso de violência doméstica não é possível aplicar o princípio da bagatela

Apelação Criminal - Violência doméstica - Recurso defensivo - Pretensão de absolvição - Impossibilidade - Bagatela imprópria - Inaplicável - Recurso improvido. Havendo suporte fático e jurídico nas provas produzidas nos autos, mantém-se o decreto condenatório. Incabível a aplicação do princípio da bagatela imprópria aos delitos praticados em situação de violência doméstica, pelo desvalor da ação, que gera grande reprovabilidade social e moral.

(TJ/MS - Ap. Criminal n. 0001009-

39.2010.8.12.0033 - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Manoel Mendes Carli - Fonte: DJ, 22.01.2014).

Intimação do Ministério Público só ocorre com o acesso à íntegra dos autos processuais, seja por meio eletrônico ou físico

Recurso Especial. Processo Penal e Processual Penal. Correição parcial. Intimação do *parquet*. Art. 18, inciso II, alínea H, da Lei Complementar n.º 75/93. Acesso à integridade dos autos processuais no órgão ministerial. Necessidade. Recurso especial provido. 1. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia por meio eletrônico, remetendo ao juízo os autos físicos do inquérito policial. As instâncias ordinárias entenderam desnecessária a remessa da parte física dos

autos - inquérito policial - para perfectibilizar a intimação do Ministério Público, em razão da implantação do processo eletrônico, permitindo a vista dos autos do inquérito somente em cartório. 2. O art. 18, inciso II, alínea *h*, da Lei Complementar n.º 75/93, traz previsão da prerrogativa de intimação pessoal dos membros do Ministério Público, nos autos processuais. Também é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o marco inicial para contagem de prazos processuais em relação ao Ministério Público é a data da entrada dos autos no respectivo órgão. 3. Assim, a intimação do *Parquet* só se concretiza com acesso à integralidade dos autos processuais, inclusive apensos (se houver), estejam eles em meio físico ou eletrônico, como prevê a legislação pertinente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 1226283/PR - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Laurita Vaz - Fonte: DJ, 25.11.2013).

Violência contra mulher não é necessariamente matéria da Lei Maria da Penha

Conflito Negativo de Jurisdição. Crimes de ameaça e injúria supostamente praticados pela ré, nora das vítimas. Juízo de primeiro grau que se declarou incompetente para julgar o feito, em razão da caracterização de violência doméstica. Análise dos autos, entretanto, que dá conta de que os delitos não foram praticados em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade das vítimas. Ademais, inexistência de conflito de gêneros. Inaplicabilidade da lei 11.340/2006. Competência do juízo suscitado. Conflito procedente. (TJ/SC - Confl. de Jurisdição n. 2013.069541-4 - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Volnei Celso Tomazini - Fonte: DJ, 28.01.2014).

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

Caracteriza conduta discriminatória a exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais em hipótese em que não existe determinação legal

Recurso de Revista. Dano moral - Exigência de exibição de certidão de antecedentes criminais - Atendente de *telemarketing* - Conduta discriminatória. A exigência de certidão de antecedentes criminais para admissão em emprego, além de ser uma medida extrema, porque expõe a intimidade e a integridade do trabalhador, deve sempre ficar restrita às hipóteses em que a lei expressamente permite. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - Rec. de Revista n. 140100-73.2012.5.13.0009 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - Fonte: DJ, 06.12.2013).

Empregado público é reintegrado após dispensa imotivada no estágio probatório

Recurso de Revista. Servidor público celetista concursado. Fundação pública. Artigo 41 da Constituição da República. Dispensa imotivada no curso do estágio probatório. Aplicabilidade da norma constitucional. O § 4º do artigo 41 da Constituição da República estabelece, como condição para a aquisição do direito a estabilidade por servidor público, a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. Da mesma forma, para a dispensa do servidor, no curso do estágio probatório, faz-se necessária a motivação, pautada na avaliação de desempenho de que cogita o mencionado dispositivo da Constituição da República. Do

contrário, a admitir-se a simples despedida imotivada de servidor público concursado, resultaria consagrado o arbítrio, desprezando-se o princípio da motivação dos atos administrativos. Daí resultaria aberta a porta ao abuso, implementando-se verdadeira denegação do sistema de garantias do cidadão pelo Estado. Tem aplicação ao servidor público celetista o entendimento consagrado na Súmula n. 21 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. O artigo 41 da Constituição da República não excepciona da regra ali erigida o servidor público concursado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Precedentes da SBDI-I desta Corte superior. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - Rec. de Revista n. 187400-64.2004.5.02.0026 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. José Maria Quadros de Alencar - conv. - Fonte: DJ, 07.01.2014).

NOTA BONIJURIS: *Esposando o mesmo entendimento: “Recurso de embargos REGIDO pela Lei 11.496/2007. Reintegração. Servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional. Dispensa no curso do estágio probatório. Necessidade de motivação do ato. Na esteira da jurisprudência recente desta Subseção Especializada, bem como dos inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, é necessária a motivação do ato de dispensa do servidor público celetista concursado da administração direta, autárquica ou fundacional, mesmo durante o período de cumprimento do estágio probatório. Inteligência das Súmulas 390, I, do TST, 20 e 21 do STF, à luz do art. 41 da Constituição da República com a exegese reiterada que lhe vem sendo conferida pela Corte*

Suprema. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR-97200-28.2006.5.02.0030, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, SBDI-I, DEJT de 16/12/2011)."

Inexiste limitação temporal para a indenização por danos materiais oriundos de acidente de trabalho

Recurso de Revista - 1. Nulidade da decisão recorrida por negativa de prestação jurisdicional. O Tribunal Regional foi expresso ao afastar a tese de culpa exclusiva da reclamante pelo acidente de trabalho, razão pela qual não se constata a aludida negativa de prestação jurisdicional quanto ao aspecto, mas decisão em sentido contrário aos interesses da reclamada. Recurso de revista de que não se conhece. 2. Acidente de trabalho - Dano moral, material e estético. O Tribunal Regional consignou, com base no laudo pericial, que a reclamada não observou as normas de proteção à saúde e segurança no trabalho, além do que deixou expresso que o treinamento sobre regras e normas e uso de EPI somente foi oferecido após a ocorrência do sinistro. Concluiu, assim, pela existência de culpa da reclamada no acidente de trabalho que vitimou a reclamante. Nesse contexto, somente com o revolvimento do conjunto fático-probatório é que se poderia concluir em sentido contrário, procedimento que encontra óbice na Súmula n. 126 desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece. 3. Pensão mensal - limitação temporal. A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que é firme no entendimento de que não há limitação temporal para a indenização por danos materiais decorrentes de acidente de trabalho, consubstanciada no pagamento de pensão mensal. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. 4. Honorários de

advogado. O Tribunal Regional, ao manter o deferimento de honorários de advogado, não obstante o fato de a reclamante não estar assistida pelo sindicato respectivo, proferiu decisão contrária à jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula n. 219, razão pela qual a parcela deve ser excluída da condenação. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST - Rec. de Revista n. 135500-09.2009.5.04.0512 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Valdir Florindo - conv. - Fonte: DJ, 06.12.2013).

Número incompleto na guia DARF não impede admissão de recurso

Recurso de Revista. Custas processuais. Guia DARF. Indicação incompleta do número do processo. Deserção não configurada. Inexistindo preceito normativo específico para o preenchimento da guia de custas, há de prevalecer os princípios da instrumentalidade das formas e da finalidade dos atos processuais (CPC, arts. 154 e 244). Aplicando esses princípios, esta Corte Superior tem adotado o entendimento de que o preenchimento equivocado ou incompleto do número do processo e/ou a ausência da indicação do nome do reclamante na guia de custas processuais não configura, por si só, a deserção do recurso, porque o art. 789, § 1º, da CLT exige apenas que o pagamento seja efetuado dentro do prazo e no valor estipulado na sentença. Nesse contexto, tendo sido observados pela reclamada os requisitos legais acima citados, restou atendida a finalidade do ato processual do pagamento das custas, devendo ser afastada a deserção declarada pelo Tribunal Regional. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 44700-16.2009.5.02.0018 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Waldir Oliveira da Costa - Fonte: DJ, 07.01.2014).

Perícia é imprescindível para aferição de insalubridade

Recurso de Revista. Cerceamento de defesa. Adicional de insalubridade. Realização de perícia técnica. 1. O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, entendendo que não teria havido cerceamento de defesa do juízo de primeiro grau ao indeferir o pedido de realização de perícia técnica para apurar o seu contato com agentes insalubres, uma vez que considerou a prova testemunhal suficiente afastar o direito pretendido. 2. O artigo 195 da CLT determina a realização de perícia técnica para apuração de contato com agente insalubre. 3. Os depoimentos testemunhais comprovaram que o reclamante não manuseava os produtos, mas não afastou seu contato, cujo nível de profundidade só pode ser atestado por perícia. 4. A não realização de perícia implica em cerceamento de defesa. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 144900-68.2009.5.06.0002 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Hugo Carlos Scheuermann - Fonte: DJ, 07.01.2014).

NOTA BONIJURIS: *Art. 195/CLT: "A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho."*

Processo é considerado deserto após juntada de guia de recolhimento com letra ilegível

Recurso ordinário. Peticionamento eletrônico. Guia de custas processuais ilegível. Recolhimento não comprovado. Deserção. Prevê a

Súmula n. 128, item I, desta Corte: “É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso”. Na hipótese, verifica-se que a parte juntou aos autos guia de recolhimento de custas incompleto, tendo em vista que “a guia de fl. 643 encontra-se ilegível, não sendo possível aferir o correto preenchimento de diversos campos, como “Código de Recolhimento”, “Competência”, “Vencimento” e “UG/Gestão”. Dessa forma, nos termos da Súmula n. 128 desta Corte, o recurso encontra-se deserto. Segundo o artigo 11, inciso IV, da Instrução Normativa n. 30/2007, é de responsabilidade das partes a correta transmissão dos documentos por sistema eletrônico. Assim, tendo a recorrente optado pelo envio da guia de depósito recursal e do recolhimento de custas processuais pelo Sistema de Petição Eletrônica, assume o ônus da transmissão correta das peças processuais. Recurso de revista não conhecido.

(TST - Rec. Ordinário n. 1550-

15.2011.5.03.0041 - 2a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Des. José Roberto Freire Pimenta -

Fonte: DJ, 19.12.2013).

Reconhecido vínculo empregatício entre editora e entregador de jornais

Vínculo de emprego. Conforme explicitamente consignado no acórdão regional, ficou devidamente comprovado, por meio da prova testemunhal, que o reclamante laborava diariamente para a reclamada, editora de jornais, como entregador de jornais, mediante remuneração mensal fixa, e tinha os seus serviços fiscalizados pelo supervisor da reclamada, aquele mesmo que havia procedido à sua contratação. Nesses termos, ante o quadro fático delineado

no acórdão regional, não há como se negar a configuração dos requisitos ensejadores da formação do vínculo laboral e para exame das alegações da ré, contrárias ao mencionado quadro probatório, seria necessário o revolvimento do contexto factual da demanda, providência que não é permitida nesta fase processual extraordinária, nos termos da Súmula n. 126 do TST. Ileso o artigo 3º da CLT. Recurso de revista não conhecido. Honorários advocatícios. Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da Justiça gratuita e a assistência por sindicato. Neste caso, conforme se verifica do acórdão regional, o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato representativo de sua categoria, sendo, portanto, indevida a condenação em honorários advocatícios. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 191-

73.2011.5.07.0023 - 2a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. José Roberto Freire Pimenta -

Fonte: DJ, 14.11.2013).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Aluno de escola militar recebe indenização por dano moral oriunda de acidente *in itinere*

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Administrativo. Aluno de academia militar. Acidente *in itinere*. Configuração de dano moral. Reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da súmula 279/STF. Promoção. Princípio da legalidade. Prequestionamento. Alegação tardia. 1. O dano moral, quando aferido pelas instâncias ordinárias, não pode ser revis-

to pela E. Suprema Corte, em face da incidência da Súmula 279/STF que dispõe, *verbis*: ‘Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário’. 2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 3. O prequestionamento da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. A Súmula 282 do STF dispõe, *verbis*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. 4. A alegação tardia da matéria constitucional, só suscitada em sede de embargos de declaração, não supre o requisito do prequestionamento. Precedentes: RE 598.123-AgR/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, e AI 521.577-AgR/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma. 5. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “Administrativo. Polícia Militar. Aluno de Academia. Acidente *in itinere*. 1. A circunstância do aluno de academia militar estar submetido a um regime de internato obrigatório permite considerar como acidente de percurso aquele que ocorre quando, em sua folga, se dirige para sua residência ou volte para o quartel mesmo que seja no interior do Estado para a visita dos familiares. 2. O exercício da função policial, para os fins do art. 1º da Lei n. 5.451/86, pressupõe estar o policial militar executando as ações previstas nos artigos 2º e 3º da Lei n. 616/74, o que incorre na hipótese de acidente *in itinere*. 3. Direito a aposentadoria com vencimentos integrais. 4. Dano moral manifestamente inexistente”. 6. Agravo regimental desprovido. (STF - Ag. Regimental no Rec. Extraordinário com Agravo n. 682516/SP - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luiz Fux - Fonte: DJ, 03.02.2014).

Concessão administrativa de reajuste no adiantamento de PCCS não gera direito adquirido

Administrativo. Agravo Regimental no Recurso Especial. Adiantamento salarial. PCCS. Incidência da URP. Lei n. 7.686/88. Direito adquirido. Inocorrência. 1. De acordo com precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, a concessão administrativa do adiantamento pecuniário não gera direito adquirido, em razão de não ter a Lei n. 7.686/88 efeito retroativo. 2. “O abono pecuniário denominado ‘Adiantamento de PCCS’ não pode ter o seu valor reajustado nos termos do art. 8º do DL 2.335/87 no período de janeiro/88 a outubro/88” (EREsp 298.541/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira seção, julgado em 11/09/2002, DJ 04/11/2002, p. 145). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 677853/RJ - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz - Fonte: DJ, 03/02/2014).

Contra ato administrativo do qual caiba recurso com efeito suspensivo não é possível impetração de mandado de segurança

Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Ato administrativo contra o qual foi interposto recurso com efeito suspensivo. 1. Nos termos do art. 5º, I, da Lei n. 12.016/09, não cabe mandado de segurança contra ato administrativo do qual caiba recurso com efeito suspensivo. 2. Agravo regimental desprovido.

(STF - Ag. Regimental em Mand. de Segurança n. 32530/DF - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Roberto Barroso - Fonte: DJ, 11.12.2013).

Estado não possui competência para instituir contribuição compulsória para o custeio de serviços de saúde

Administrativo e Processual Civil. Segundo agravo regimental no agravo de instrumento. Estado de Minas Gerais. Art. 85 da LC 62/2002. Contribuição compulsória para o custeio de serviços de saúde. Natureza tributária. Incompetência do Estado. Matéria decidida pelo tribunal pleno no RE 573.540/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 11/06/2010, julgado sob o regime do art. 543-B do CPC. Restituição de contribuição previdenciária declarada inconstitucional. Ausência de repercussão geral. Matéria infraconstitucional. 1. O Tribunal Pleno, no RE 573.540/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 11/06/2010, julgado sob o regime do art. 543-B do CPC, decidiu que os Estados-membros não possuem competência tributária para instituir contribuições compulsórias para custeio de serviços de saúde usufruídos por seus servidores públicos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 704713/MG - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Teori Zavaski - Fonte: DJ, 03.02.2014).

Impossível corte de energia elétrica por débitos pretéritos

Consumidor. Energia elétrica. Corte no fornecimento. Débito antigo. Recuperação de consumo. O fornecimento de energia elétrica não pode ser interrompido por conta de débitos pretéritos, mesmo que constatada fraude na medição. Resalva do entendimento pessoal do relator. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1222882/RS - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Ari Pargendler - Fonte: DJ, 04.02.2014).

Pequena diferença de idade não impede criança de iniciar o ensino fundamental

Mandado de Segurança. Pedido de matrícula escolar no primeiro ano do ensino fundamental em escola mantida pelo estado. Negativa da autoridade coatora em decorrência de a criança não ter completado seis anos até 31-3-2013. Inviabilidade. Último ano da educação infantil já cursado com bom aproveitamento pela parte impetrante em creche municipal. Ordem concedida. Precedentes. Sentença mantida. Forçar a criança que já cursou o último ano da educação pré-escolar a repeti-lo implica não apenas estagnar seu desenvolvimento, mas ainda fazê-lo retroceder, num primeiro momento, ao estágio em que se encontrava um ano antes, o que é incompatível com o direito ao acesso a níveis de ensino “segundo a capacidade de cada um” (CF, art. 208, V, e ECA, art. 54, V).

(TJ/SC - Mand. de Segurança n.

2013.061734-8 - 1a. Câm. Dir. Públ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Jorge Luiz de Borba - Fonte: DJ, 30.01.2014).

NOTA BONIJURIS: *Similarmente:*

“Apelação cível em mandado de segurança. Matrícula em instituição de ensino de educação infantil. Impossibilidade de progressão. Idade mínima exigida por regramento municipal. Extinção do feito de plano por inexistência de direito líquido e certo. Descabimento. Recurso provido. “A análise da afronta ao princípio da razoabilidade de norma que impede matrícula de criança em estabelecimento escolar por não satisfeito o critério da idade mínima, agregada à existência de precedentes que dão sustentáculo à tese exposta na inicial, inviabiliza a extinção do processo de plano por ausência de direito líquido e certo” (ACMS n. 2012.012874-5, rel. Des. Luiz César

Medeiros) (RNMS n. 2012.012991-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Rodrigo Collaço, DJe 16-8-2012).”

Validade da pena de demissão declarada e não aplicada

Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Policial civil. Demissão. Primeira penalidade anulada judicialmente. Retorno dos efeitos da segunda penalidade, derivada de processo autônomo. Possibilidade. Precedente. Ofensa à coisa julgada. Prescrição da segunda pena. Inexistente. Liquidez e certeza do direito. Ausência. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de anulação de decisão do Governador de Estado que reconheceu a eficácia de penalidade de demissão, não aplicada antes, em razão dos servidores já terem sido previamente demitidos em outro processo administrativo. 2. Não há falar em ofensa à coisa julgada, uma vez que os autos demonstram que os servidores responderam dois processos disciplinares autônomos, com base em fatos diferentes (proc. 042915-12.04/98-9 e proc. 003193-1204/99-2); a segunda penalidade foi declarada no Diário Oficial do Estado, porém não aplicada, pois os servidores já estavam demitidos. 3. Não há falar em prescrição, pois não foi aplicada nova penalidade, tão somente reconhecido que os efeitos da penalidade do segundo processo administrativo deveria ter efeitos, em razão da primeira ter sido anulada judicialmente. 4. A demissão do cargo, seja de forma unilateral, seja por força de decisão administrativa punitiva, não exime a Administração Pública da obrigação de apurar outros potenciais ilícitos e, por consequência lógica, de declarar a punição em razão destes, devendo a penalidade produzir efeitos, acaso a pena anterior seja anulada. Precedente: MS 15837/DF,

Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011. Recurso ordinário improvido. (STJ - Recurso em Mand. de Segurança n. 44138/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJ, 10.02.2014).

TRIBUTÁRIO

Generalidade do fato gerador impede a criação de taxa de limpeza pública

Apelação Cível. Direito Tributário. Ação anulatória de débito fiscal. Taxa de limpeza pública. Inconstitucionalidade. - Indevida a criação do tributo, tanto por não se verificar a efetiva contraprestação ao contribuinte, como pela generalidade do seu fato gerador. Honorários advocatícios. Minoração. Minoração do valor dos honorários advocatícios arbitrado na sentença, em atenção ao disposto no art. 20, §§3º e 4º do CPC. Apelo parcialmente provido.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70058130170 - 22a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Marilene Bonzanini Bernardi - Fonte: DJ, 06.02.2014).

Não incide IPTU no imóvel rural localizado em perímetro urbano

Agravo de Instrumento. Direito Tributário. IPTU. Imóvel rural. Não incidência. Tratando-se o bem objeto de tributação de imóvel rural, muito embora localizado em perímetro urbano, incide ITR, e não IPTU, vez que os documentos acostados à inicial (Ofício de Registro de Imóveis, Nota Fiscal de Produtor, dentre outros) indicam a sua destinação estritamente rural. À unanimidade, negaram provimento ao agravo de instrumento.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70057293086 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. João Barcelos de Souza Junior - Fonte: DJ, 24.01.2014).

NOTA BONIJURIS: *Corroborando o exposto: “Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Execução fiscal. IPTU. Imóvel localizado no perímetro urbano. Destinação rural. Falta de prova. Não incidência do ITR. O princípio da prevalência da destinação econômica sobre a localização foi estabelecido pelo Decreto-Lei n. 57/66, restringindo a incidência do art. 32 do CTN. Assim, o critério utilizado para definir a incidência do ITR ou IPTU é o da destinação do imóvel, e não o de sua localização. Na hipótese, ausente prova de que o imóvel é destinado à atividade rural, incide o IPTU. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento n. 70051232304, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 28/11/2012)”*

Para isenção de ITR é imprescindível averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel

Processo Civil. Tributário e Ambiental. ITR. Isenção. Reserva legal. Averbação. Imprescindibilidade. Necessidade de interpretação extrafiscal da renúncia de receita. Precedentes. 1. A questão em debate foi prequestionada, ainda que implicitamente, possibilitando, portanto o conhecimento do recurso especial interposto pela União. 2. A Primeira Seção firmou entendimento no sentido de que, em se tratando da “área de reserva legal”, é imprescindível a averbação da referida área na matrícula do imóvel para o gozo do benefício da isenção vinculado ao ITR. EREsp 1027051/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 28/08/2013, DJe 21/10/2013. 3. No mesmo sentido: REsp 1.027.051/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 17/05/2011;

AgRg no REsp 1310871/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.9.2012, DJe 14.9.2012; REsp 1125632/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20.8.2009, DJe 31.8.2009. 4. As áreas de preservação permanente não sofrem a obrigatoriedade do mencionada registro. Agravo regimental parcialmente provido.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1407688/PB - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJ, 03.02.2014).

Prazo prescricional inicia na data de vencimento do IPVA

Apelação e Recurso Adesivo. Tributário. Embargos à execução fiscal. IPVA. Prescrição. Prazo legal. - A data de vencimento do IPVA é considerada o marco inicial da contagem do prazo prescricional, conforme entendimento amplamente disseminado nas Cortes pátrias. Recursos a que se nega seguimento.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70057614760 - 22a. Câmara. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Desa. Marilene Bonzanini Bernardi - Fonte: DJ, 07.02.2014).

Proprietário e possuidor são responsáveis pelo pagamento do IPTU

Agravo de Instrumento. Direito Tributário. Execução fiscal. IPTU. Taxa de coleta de lixo. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade passiva não configurada. 1. O imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) apresenta como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, a teor do que estabelece o art. 32 do CTN. 2. A ausência de averbação do contrato de compra e venda junto ao registro imobiliário, torna-o ineficaz contra o Fisco, de forma que o proprietário continua responsável pelo pagamento

dos tributos decorrentes do imóvel. Inteligência do art. 123 do CTN. É o caso dos autos. 3. Portanto, tanto proprietário, como o possuidor do imóvel são responsáveis pelo pagamento dos tributos decorrentes deste, sendo ambos legítimos para figurar no polo passivo da ação executória. Recurso provido, em decisão monocrática.

(TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70058397043 - 1a. Câmara. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck - Fonte: DJ, 07.02.2014).

NOTA BONIJURIS: Nessa linha:

“Agravo de instrumento. Direito tributário e fiscal. IPTU. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade afastada. O proprietário ou possuidor do imóvel é responsável pelos impostos cujo fato gerador seja a propriedade. A despeito de existir e ser juridicamente válido o termo de promessa de compra e venda, o mesmo é ineficaz contra o fisco (art. 123 do CTN), o qual tem legitimidade para exigir o tributo (IPTU) do contribuinte (proprietário/possuidor), uma vez que tal acordo não foi devidamente averbado no registro imobiliário. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento n. 70056739204, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 11.12.2013)”

Valorização do imóvel é fato gerador da contribuição de melhoria

Apelação. Direito Tributário. Ação de repetição de indébito. Contribuição de melhoria. Princípio da estrita legalidade tributária. Necessidade de previsão por lei do tributo referente a cada obra realizada. Base de cálculo. Necessidade de consideração da valorização do imóvel. Juros moratórios. Termo inicial. - Não basta a previsão e regulamentação da contribuição de melhoria por meio de

legislação municipal genérica, sendo necessária a edição de lei específica que institua o tributo e determine sua cobrança em relação a cada obra. - O fato gerador do tributo é o acréscimo de valor provocado no imóvel, direta ou indiretamente, pela realização de obra pública. Por esta característica é tratado como tributo com fato gerador misto, pois pressupõe tanto a realização de obra pública quanto valorização, direta ou indireta, do imóvel. Nesta condição, tem como limitação total a despesa com a obra e como limite individual a valorização, não podendo, portanto, apresentar base de cálculo restrita ao custo total da obra, devendo necessariamente considerar a valorização específica de cada imóvel. - Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula 188 do STJ). Nega-se seguimento à apelação.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70057329922 - 22a. Câmara. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Desa. Marilene Bonzanini Bernardi - Fonte: DJ, 07.02.2014).

NOTA BONIJURIS: Art. 81/CTN: “A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.”

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE CARGO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE DAS FORÇAS ARMADAS

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 77, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2014

Altera os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea “c”.

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:

Artigo único. Os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 142.

§ 3º.

II – o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea “c”, será transferido para a reserva, nos termos da lei;

III – o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea “c”, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

VIII – aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea “c”;

.....”(NR)

Brasília, em 11 de fevereiro de 2014.
(D.O.U. de 12.02.2013, col. I, p. 1)

PRIORIDADE EM PROCESSO DE ADOÇÃO QUE ENVOLVA CRIANÇA OU ADOLESCENTE COM DEFICIÊNCIA OU COM DOENÇA CRÔNICA

LEI Nº 12.955, DE 5 FEVEREIRO DE 2014

Acrescenta § 9º ao art. 47 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei confere prioridade para os processos de adoção quando o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

Art. 2º O art. 47 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar acrescido do seguinte § 9º:

“Art. 47.

§ 9º Terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica. (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de fevereiro de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Patrícia Barcelos

(D.O.U. de 06.02.2013, col. II, p. 41)

Tribunal de Justiça de São Paulo (II)*

Súmula 60

Propriedade fiduciária

A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.

Súmula 59

Cessão fiduciária

Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária.

Súmula 58

Prazo

Os prazos previstos na Lei 11.101/05 são sempre simples, não se aplicando o artigo 191 do Código de Processo Civil.

Súmula 57

Pagamento na recuperação judicial

A falta de pagamento das contas de luz, água e gás anteriores ao pedido de recuperação judicial não autoriza a suspensão ou interrupção do fornecimento.

Súmula 56

Recuperação judicial

Na recuperação judicial, ao determinar a complementação da inicial, o juiz deve individualizar os elementos faltantes.

Súmula 55

Pedido de recuperação judicial

Crédito constituído após o pedido de recuperação judicial legítima requerimento de falência contra a recuperanda.

Súmula 54

Registro do ajuizamento de falência

O registro do ajuizamento de falência ou de recuperação de empresa no cartório do distribuidor ou nos cadastros de proteção ao crédito não constitui ato ilegal ou abusivo.

Súmula 53

Prejudicialidade externa

Configurada a prejudicialidade externa, o pedido de falência deverá ser suspenso pelo prazo máximo e improrrogável de um ano.

Súmula 52

Validade do protesto

Para a validade do protesto basta à entrega da notificação no estabelecimento do devedor e sua recepção por pessoa identificada.

Súmula 51

Citação editalícia na falência

No pedido de falência, se o devedor não for encontrado em seu estabelecimento será promovida a citação editalícia independentemente de quaisquer outras diligências.

Súmula 50

Atos de falência

No pedido de falência com fundamento na execução frustrada ou nos atos de falência não é necessário o protesto do título executivo.

Súmula 49

Sociedade simples

A Lei 11.101/05 não se aplica à sociedade simples.

Súmula 48

Execução singular

Para ajuizamento com fundamento no art. 94, II, da Lei 11.101/05, a execução singular anteriormente aforada deverá ser suspensa.

Súmula 47

Quebra do devedor

O credor não comerciante pode requerer a quebra do devedor.

Súmula 46

Lei falimentar

A lei falimentar, por especial, possui todo o regramento do pedido e processo de falência, e nela não se prevê a designação de audiência de conciliação.

Súmula 45

Requerente da falência

Quem não se habilitou, ainda que seja o requerente da falência, não tem legitimidade para recorrer da sentença de encerramento do processo.

Súmula 44
Pluralidade de credores

A pluralidade de credores não constitui pressuposto da falência.

Súmula 43
Inadimplemento de obrigação líquida

No pedido de falência fundado no inadimplemento de obrigação líquida materializada em título, basta a prova da impontualidade, feita mediante o protesto, não sendo exigível a demonstração da insolvência do devedor.

Súmula 42
Título executivo

A possibilidade de execução singular do título executivo não impede a opção do credor pelo pedido de falência.

Súmula 41
Protesto comum

O protesto comum dispensa o especial para o requerimento de falência.

Súmula 40
Depósito elisivo

O depósito elisivo não afasta a obrigação do exame do pedido de falência para definir quem o levanta.

Súmula 39
Pedido de falência

No pedido de falência fundado em execução frustrada é irrelevante o valor da obrigação não satisfeita.

Súmula 38
Falência

No pedido de falência, feita a citação por editais e ocorrendo a revelia é necessária a nomeação de curador especial ao devedor.

Súmula 37
Fornecimento de medicamento

A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de direito público interno.

Súmula 36
Servidor militar

O auxílio-transporte da Lei 6.248/88 não se aplica ao servidor militar.

Súmula 35
Gratificação de trabalho noturno

O regime especial de trabalho policial (RETP) exclui a gratificação de trabalho noturno.

Súmula 34
Complementação de aposentadoria

O empregado do metrô não tem direito à complementação de aposentadoria “ex vi” das Leis 1.386/51, 4.819/58 e 200/74.

Súmula 33
Arrematação

Na execução fiscal considera-se preço vil a arrematação por valor igual ou inferior a 30% da avaliação do bem (art. 692 do CPC).

Súmula 32
Recurso de revista

Inaplicável o disposto no recurso de revista nº 9.859/74 após a Lei 8.213/91.

Súmula 31
Gratificação

As gratificações de caráter genérico, tais como GAP, GTE, GASS, GAM, incorporam-se aos vencimentos, provento e pensões.

(Fonte: <https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/downloadNormasVisualizar.do?cdSecaodownloadEdit=8&cdArquivodownloadEdit=88>)

* Outras súmulas do TJSP serão publicadas nas próximas edições

BARRA, ISTO POSTO, OBRIGADO EU

Maria Tereza de Queiroz Piacentini | linguabrasil@linguabrasil.com.br

Licenciada em Letras e mestra em Educação pela UFSC

Revisora da Constituição de Santa Catarina em 1989

Qual o uso e o sentido exato da barra / ?
José

Primeiramente, devemos registrar que a barra é usada, entre outros fins, para:

- separar números: 1/2/3/4/5/6
- separar versos de um poema quando transcritos sem solução de continuidade: "Não freme qualquer soluço / no destino que criamos. / Agora só alegria conte / nesse existir franco, / claro e sem enganar, / de nenhum estorno ou pranto." (Alvaro Wandelli Filho)
- separar o número de um edifício do número de um apartamento dele: Rua XV, 1283/60
- para separar ou fazer abreviaturas em taquigrafia ou fora dela: antiga/ = antigamente; especial/ = especialmente; p/ = por ou para; p/c = por conta; c/c = conta corrente.

Entre palavras, a barra tem o significado de **ou** (alternativo): ele é/ será prejudicado; há opções: motoboy/ motobói, entubar/intubar.

Entretanto, entre dois números, especialmente na área jurídica, usa-se a barra ou traço oblíquo para marcar o início e fim das páginas citadas: p. 100/110 = da página 100 até a 112. Com o mesmo significado, sobretudo em trabalhos científicos, usa-se um tracinho: p. 100-12.

É praxe nas decisões judiciais o seguinte dispositivo: "Isto posto, condeno...". Entretanto, ouvi dizer que o correto seria "Posto isso" pois o particípio deve abrir as orações reduzidas. Como devo me posicionar? Rogério

No meu entendimento, a locução **isto posto** não configura uma oração reduzida de particípio, tanto é que normalmente vem incluída nas "expressões estereotipadas" dos

pronomes demonstrativos, equivalendo a expressões como "diante disso, em vista disso, assim sendo, por conseguinte" etc. E por isso ela se enquadra, de acordo com a Nomenclatura Gramatical Brasileira, entre as "palavras de classificação à parte" – locuções e termos que denotam "explicação, inclusão, retificação, situação" etc., tais como "ainda bem, isto é, por exemplo, eis, além disso, outrossim, ainda, afinal, então".

Enfim, está correto o uso tão comum da expressão **isto posto**, assim como não está errada a oração reduzida para introduzir o parágrafo que denota consequência: **Posto isso**, condeno...

É correto dizer "Obrigada eu" para a expressão "Muito obrigada!?" Na dúvida, sempre falo: "Eu que agradeço!"
Maristela

A expressão "obrigada eu" (dita por uma mulher) gera dúvidas, assim como "obrigada/ obrigado você", que tem uma partícula aí subentendida: "obrigado [a] você". Esse *a*, que é uma preposição, acaba sendo assimilado na fala pela vogal vizinha (*o-a, a-a*), mas na escrita é obrigatória a sua presença: **obrigado a você, obrigada a você**.

Sobre "obrigado(a) eu", não dá para qualificar como erro – é uma forma coloquial de dizer "eu idem" ou "eu também estou grato(a)". Por exemplo, duas pessoas se encontram e agradecem alguma coisa:

Maria – (Eu estou) **Obrigada**.
José – **Obrigado eu**. (Eu também)

Pode-se afirmar igualmente que essa é uma forma reduzida de falar "obrigado digo eu" = "eu é que digo obrigado", que fica "obrigado [digo] eu".

Por fim, como diz Maristela, há a fórmula de cortesia "eu [é] que agradeço", em que se coloca a expressão de reforço "é que" à frase "eu agradeço", equivalente a "sou eu que agradeço".