

A presente edição tem sua *Doutrina* iniciada com estudo trazido pelo juiz de direito, mestre e doutor **Wanderlei José dos Reis**, sobre os delitos cibernéticos tipificados pela Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, demonstrando que a alteração na lei penal para a tipificação dos delitos cometidos via internet foi uma resposta rápida do Estado brasileiro ao uso nocivo da informática pós revolução digital. Destaca que mesmo os dispositivos de informática desprovidos de algum mecanismo de segurança encontram proteção jurídica na nova lei, haja vista que o legislador infraconstitucional se referiu expressamente àqueles aparelhos digitais que contenham antivírus, firewall, senhas e outras defesas digitais.

Os autores **Francisco Ferreira Jorge Neto** – desembargador do Trabalho; **Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante** – doutorando em direito do trabalho pela USP e a especialista em direito e processo do trabalho **Letícia Costa Mota** apresentam advertência ao Poder Judiciário quanto à necessidade do uso efetivo das novas tecnologias existentes para a gravação de audiências, sendo certo que a gravação torna a audiência mais célere; não ocorrem divergências entre o que foi falado e o que é ditado numa audiência comum e todas as informações prestadas pelos depoentes constarão em ata. Os autores entendem ainda que é possível que o advogado ou a própria parte gravem a audiência, desde que deem ciência prévia ao magistrado e à parte contrária.

Na sequência, o mestre e advogado **Milard Zhaf Alves Lehmkuhl** investiga a possibilidade do exercício legítimo do ativismo judicial pelo Poder Judiciário. Fundamenta que o Judiciário, em tempos de democracia constitucional, deve ser criador do direito frente ao caso concreto, sempre que isso se fizer necessário, o que se dá quando estão em debate questões que envolvam direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana e onde não tenha havido ainda uma ação eficiente do Poder Executivo e do Poder Legislativo quanto ao tema.

A advogada **Manuela Carvalho de Oliveira Rocha** enfatiza a importância dos princípios da administração pública, ressaltando que os entes políticos e seus demais órgãos não podem atuar desenfreadamente, sem observar a legislação e os princípios atinentes, pois o interesse público nos atos da administração é requisito indisponível, jamais podendo ser preterido pela tutela de interesses próprios.

Encerrando, **Danilo Joaquim de Lima**, advogado especialista em direito contratual, apresenta valiosos esclarecimentos sobre a rescisão de contrato de compra e venda de imóveis, a abrangência da cláusula penal e o direito do vendedor à indenização pela fruição do imóvel.

Em *Legislação*, destacamos a **Lei 13.081**, de 2 de janeiro de 2015, assinada pela presidenta Dilma Rousseff, que dispõe sobre a construção e a operação de eclusas ou de outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis em vias navegáveis e potencialmente navegáveis; altera as Leis 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.984, de 17 de julho de 2000, 10.233, de 5 de junho de 2001, e 12.712, de 30 de agosto de 2012; e dá outras providências sobre rios, lagos e lagoas que possam tornar-se navegáveis mediante a implantação de barragens ou outras obras.

Derradeiramente, transcrevemos acervo com quatorze súmulas do Tribunal de Justiça da Bahia, cuja jurisprudência é paradigma de soluções em toda a Região Nordeste do Brasil, sendo importante fonte de pesquisa.

Boa leitura.
Equipe Bonijuris

Revista Bonijuris

Ano XXVII | # 615 | Fevereiro 2015

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

Alberto Nahum Lima de Moura Feres, 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, Pollyana Elizabeth Pissai (editora adjunta), 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 1.000 exemplares

Doutrina

- 06 | **Delitos Cibernéticos: Implicações da Lei 12.737/12**
Wanderlei José dos Reis
- 10 | **Uma Breve Abordagem sobre a Gravação da Audiência**
Francisco Ferreira Jorge Neto
Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante
Letícia Costa Mota
- 13 | **O Exercício Legítimo do Ativismo Judicial**
Mílard Zhaf Alves Lehmkuhl
- 33 | **A Importância dos Princípios da Administração Pública**
Manuela Carvalho de Oliveira Rocha
- 36 | **A Rescisão do Contrato de Compra e Venda de Imóveis: A Abrangência da Cláusula Penal e o Direito do Vendedor à Indenização pela Fruição do Imóvel**
Danilo Joaquim de Lima

Acórdãos em destaque

- 39 | TJ/DF | **Desa. Edi Maria Coutinho Bizzi**
Noiva que desiste de vestido não deve pagar valor integral do aluguel
- 40 | STJ | **Min. Ricardo Villas Bôas Cueva**
Ciência do condomínio acerca da alienação e a efetiva imissão na posse do promissário comprador são indispensáveis para a responsabilidade do promissário comprador pelo pagamento dos débitos condominiais
- 43 | STJ | **Min. Humberto Martins**
Encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado
- 46 | TRF | **Des. Federal Mário César Ribeiro**
Importação de semente de maconha não constitui crime
- 48 | TST | **Min. Mauricio Godinho Delgado**
Indústria pagará horas extras por adotar regime de compensação de jornada em atividade insalubre sem autorização
- 54 | STF | **Min. Cármen Lúcia**
Inexistência de direito adquirido a regime jurídico de composição de vencimentos não autoriza a redução nominal da remuneração do servidor público
- 56 | STJ | **Min. Arnaldo Esteves Lima**
ISS pertence ao município onde é coletado material para análise clínica

Legislação

- 79 | **Lei 13.081/15**
Fixa critérios sobre a construção e a operação de eclusas ou de outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis em vias navegáveis

Ementário

- 64 | TJ/MG | **Civil e Comercial**
Des. José Marcos Vieira
Jornal é eximido de obrigação de indenizar entrevistado
- 66 | STJ | **Imobiliário**
Min. Paulo de Tarso Sanseverino
Condomínio terá de pagar danos morais à família de vítima de descarga elétrica
- 68 | TRF | **Processo Civil**
Des. Federal Jirair Aram Meguerian
Defensoria Pública faz jus ao pagamento de verbas sucumbenciais
- 71 | TRF | **Penal e Processo Penal**
Des. Federal Sebastião Ogê Muniz
Importação de cigarros com elisão de tributos implica em contrabando
- 73 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**
Min. Waldir Oliveira da Costa
Cobrador receberá adicional de insalubridade por vibração excessiva em ônibus
- 75 | STJ | **Administrativo e Constitucional**
Min. Napoleão Nunes Maia Filho
Estado não é obrigado a fornecer medicamento a paciente com boa condição financeira
- 77 | TRF | **Tributário**
Juíza Federal Geraldine Pinto Vital de Castro
Não existe direito adquirido a regime de tributação

Súmulas em destaque

- 81 | **Súmulas do Tribunal de Justiça da Bahia**

Não tropece na língua

- 82 | **Maria Tereza de Queiroz Piacentini**
Concordância com um milhão e com mil

DELITOS CIBERNÉTICOS: IMPLICAÇÕES DA LEI 12.737/12

Wanderlei José dos Reis

Juiz de Direito em Mato Grosso

Mestrando em Direito Constitucional (Universidade de Lisboa)

Doutorando em Direito

Resumo

O presente estudo se propõe a demonstrar que a alteração da legislação penal para a tipificação dos crimes cometidos via internet, que se deu com o advento da Lei 12.737/12, veio ao encontro das necessidades sociais, principalmente para coibir práticas delituosas nesse ambiente que visam, de alguma forma, auferir vantagem indevida, causando intranquilidade social

I. Considerações iniciais

Consabido que o direito penal ostenta um caráter *dúplice*: servir à sociedade, protegendo-a de condutas danosas de seus membros; e servir às pessoas, limitando a atuação punitiva estatal – o *jus puniendi*. A interface entre suas duas utilidades, igualmente calcadas na constituição, é que lhe dá o perfil, não sendo o direito penal um fim em si mesmo.

Neste sentido, cabe ao direito penal a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para o meio social, ou seja, este ramo do ordenamento jurídico tutela o que é basilar para a própria existência da sociedade, que é o direito à vida; a liberdade; o patrimônio; a propriedade imaterial; a organização do trabalho; o sentimento religioso e o respeito aos mortos; a honra, imagem e privacidade; a dignidade sexual; a família; a incolumidade pública; a paz pública; a fé pública; a administração pública; o meio ambiente e tantos outros bens.

Por este viés, observa-se que a concepção de bem jurídico deve estar atrelada aos valores da realidade social que, em um dado momento histórico-cultural, é alterada, principalmente quando há uma ruptura com o modelo social até então existente. Assim, a partir dos anos 90 do

século passado, com a disseminação da internet, ocorreu o que se conhece como “revolução digital”.

No Brasil, a popularização da internet originou-se no final da década de 90 e início do século XXI. Segundo dados do Ibope, no ano de 2002, o Brasil contava com 7,68 milhões de usuários, contudo, com base na última pesquisa realizada por este instituto, em 2013, tem-se que atualmente o país já conta com mais de 102,3 milhões de usuários.

Cumprе esclarecer que a internet é um conjunto de redes de computadores ligados entre si através de roteadores e *gateways*, cujo principal objetivo é transmitir informações, diminuindo as distâncias e dissipando as fronteiras traçadas pela geografia.

Nota-se que a internet instituiu um processo de globalização e diminuição das distâncias. Fatos e culturas que muitas vezes eram restritas a determinadas regiões ganham notoriedade mundial e se tornam relevantes. Essa onda digital de informações trouxe a possibilidade de armazenamento de dados industriais e individuais, dados relativos a contas bancárias, números de cartões de crédito, senhas de acesso, trocas de experiências interpessoais, criação e difusão do comércio eletrônico e, conseqüentemente, certo comodismo.

Neste passo, o mundo moderno requer do direito um acompanhamento atento às mudanças e transformações ocorridas no seio da sociedade, notadamente no que atine ao ramo da informática, que se encontra em franco desenvolvimento. Por sua vez, por conta desses avanços tecnológicos, a internet se tornou um campo propício para a prática de novos delitos, principalmente ligados à honra, cabendo destacar que essas condutas já se amoldam aos delitos existentes previstos no capítulo V do título I da parte especial do Código

Penal, quais sejam, calúnia, injúria e difamação.

Por outro lado, há certas situações em que o agente utiliza o dispositivo de informática para obter algum tipo de vantagem, ou seja, nestes casos, o aparelho digital não é o meio para o cometimento da infração e, sim, o objeto desta.

Pode-se exemplificar a prática com o caso da atriz global Carolina Dieckmann, que, em maio de 2012, teve seu e-mail invadido por *crackers*¹. Eles se apropriaram de fotos íntimas da atriz e este conteúdo foi divulgado na internet após a atriz não ceder às chantagens dos criminosos, que pediam dez mil reais pela não publicação das imagens.

Com efeito, até então, não havia em nosso ordenamento jurídico a tipificação de crimes cometidos via internet, o que obrigava o magistrado a se utilizar da analogia para aplicar a legislação que versava sobre condutas semelhantes já tipificadas. Assim, a violação de e-mail era enquadrada como crime de violação de correspondência, previsto na Lei 6.538/78, que, em seu art. 40, estatui que é crime de vasassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem, estabelecendo a pena de detenção, de até seis meses, ou o pagamento não excedente a vinte dias-multa.

Dessa forma, o legislador editou a Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que teve um período de vacância de 120 dias e entrou em vigor em 2 de abril de 2013, dispondo exatamente sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, inserindo no Código Penal brasileiro os arts. 154-A e 154-B; no art. 266 do diploma legal dois parágrafos; e, na redação do art. 298 do estatuto penal em vigor, o parágrafo único.

Traçadas estas premissas, mister se faz realizar uma análise crítica dos principais aspectos introduzidos pelo novo diploma criminal.

II. Análise do tema

O art. 154-A, disposto no Código Penal, topograficamente, na parte especial, título I – Dos Crimes Contra a Pessoa; capítulo VI – Dos Crimes Contra a Liberdade Individual; seção IV – Dos Crimes Contra a Inviolabilidade dos Segredos; inserido pela Lei 12.737/12, objetiva proteger a privacidade do indivíduo no tocante aos dados e informações pessoais ou profissionais armazenados em dispositivo de informática que, de alguma forma, teve a sua segurança violada sem a autorização do titular. Assim, o novo diploma legal protege o dispositivo informático, visando evitar a violação deste.

Nessa esteira, estabelece o art. 154-A do estatuto repressivo que invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, é conduta a ser apenada com detenção, de três meses a um ano, e multa.

Trata-se de um tipo penal misto que dispõe de duas condutas incriminadoras, sendo a primeira relacionada à invasão de dispositivo de informática alheio (computadores domésticos, *notebooks*, *tablets*, *smartphones*,

ipads ou aparelhos celulares), conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança (senha, assinatura digital, chave de segurança) com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem a autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo; já a segunda conduta está associada à instalação de vulnerabilidades (*softwares* maliciosos) para obter vantagem ilícita.

Observa-se que, para a caracterização das condutas dispostas no tipo penal, é fundamental o dolo e o especial fim de agir, ou seja, a obtenção, a adulteração ou a destruição de dados ou informações para a primeira conduta; e a obtenção de vantagem ilícita (não necessariamente econômica) para a segunda conduta. Ausente o especial fim de agir, o fato passará a ser um indifferente penal.

Ademais, é necessário que o dispositivo de informática disponha de mecanismo de segurança, podendo-se afirmar que a ausência de mecanismo de segurança, ou o não acionamento deste, impede a configuração do tipo penal.

Contudo, é de se perquirir, neste caso, se o dispositivo de informática desprovido de algum mecanismo de segurança também encontra proteção jurídica na nova lei, haja vista que o legislador infraconstitucional se referiu expressamente àqueles aparelhos digitais que contenham antivírus, *firewall*, senhas e outras defesas digitais.

De outra banda, a redação do *caput* do dispositivo foi duramente criticada no seio doutrinário, tendo

O MUNDO MODERNO REQUER DO DIREITO UM ACOMPANHAMENTO ATENTO ÀS MUDANÇAS E TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO SEIO DA SOCIEDADE, NOTADAMENTE NO QUE ATINE AO RAMO DA INFORMÁTICA

em vista que o verbo nuclear do art. 154-A, qual seja, “invadir”, exprime, consoante a definição do *Dicionário Aurélio*, o ato de “entrar à força, apoderar-se violentamente”, e, a julgar pela redação do novel artigo, somente se configuraria o crime se o agente acessasse o sistema de informática à força.

Ocorre que a prática desses ilícitos que o art. 154-A pretende coibir, em sua maior parte, não se dá de forma casual, mas somente com o agir do agente mal-intencionado, pois só há dois meios de se ter acesso a banco de dados de forma indevida: quando o agente acessa fisicamente o dispositivo ou quando o usuário, de forma inadvertida, permite que sejam instalados em seu computador os chamados *malwares*, que aparecem na forma de arquivos enviados por e-mail, *links* na internet ou em dispositivos móveis como *pendrives*, o que permite concluir que, em ambos os casos, o agente não agiu com violência, mas tão somente com o emprego de ardil para a obtenção de dados. A solução legal teria sido substituir o verbo “invadir” por “acessar”, e exigiria mais esclarecimentos do legislador sobre o que são os *malwares*.

Portanto, com relação ao *caput* do art. 154-A, pode-se concluir que se trata de crime comum, comissivo, instantâneo, formal, unissubjetivo, plurissubstancial e doloso.

No que toca ao seu § 1º, objetivou o legislador equiparar a conduta do agente que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador àquela tipificada no *caput*. Buscou-se sancionar, desta forma, a conduta daquele agente que desenvolve, difunde, distribui de forma gratuita ou onerosa o *software* malicioso.

O § 2º do art. 154-A majorou a pena base do delito de 1/6 a 1/3, se a invasão ao equipamento informático causar prejuízo econômico

à vítima, ou seja, a lei sanciona de modo mais severo quando a invasão atingir a esfera patrimonial.

Já o § 3º do art. 154-A dispõe que, se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena-base será a de reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

Observa-se que o intuito do legislador foi o de punir de forma mais eficaz o agente que consegue controlar de forma remota o dispositivo informático, bem como obtinha conteúdo de comunicação eletrônica privada, segredo comercial ou industrial e informações sigilosas e, neste ponto, cumpre destacar que se mostra irrelevante que venha se tratar de segredo temporário.

O § 4º, por sua vez, prevê causa de aumento de pena aplicável na hipótese em que as informações obtidas por intermédio das ações previstas no § 3º forem divulgadas, comercializadas ou transmitidas a terceiros.

Importante inovação é disposta no § 5º, que estabelece o aumento de pena de 1/3 à metade se o crime for praticado contra: (i) o presidente da República, governadores e prefeitos; (ii) presidente do Supremo Tribunal Federal; (iii) presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de assembleia legislativa de estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de câmara municipal; ou (iv) dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

De outro turno, a Lei 12.737/12 também estabeleceu, no art. 154-B do Código Penal, que os crimes previstos no seu art. 154-A somente se procederão mediante representação,

exceto às hipóteses em que a prática delituosa se efetivar contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, estados, municípios e Distrito Federal ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Por oportuno, a Lei dos Crimes Cibernéticos ampliou a redação do art. 266 do *codex* penal, etiquetado no título VIII – Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública, que passou a versar sobre a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

Esta alteração feita no *caput* do art. 266 se justifica com a inserção do § 1º, que aduz que incorre na mesma pena do *caput* quem interromper serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impedir ou dificultar o restabelecimento. Entende-se como serviço telemático a junção dos serviços de telecomunicações e informática, ou seja, é o serviço prestado por operadoras para a transmissão de informações digitais; já os serviços de informação de utilidade pública são aqueles dispostos ao cidadão através da telefonia, informática, telemática e telegrafia.

Trata-se de um tipo penal que visa proteger a incolumidade pública no que tange à regularidade dos serviços telegráficos, telefônicos, informáticos, telemáticos e de utilidade pública. É um delito comum que admite a tentativa, cuja pena possibilita a suspensão condicional do processo, desde que o delito não seja cometido por ocasião de calamidade pública (art. 266, § 2º).

De outro giro, o diploma legal em comento acrescentou também um parágrafo único ao art. 298 do Código Penal, o qual equiparou o cartão de crédito ou débito a documento particular. A nova redação, ao equiparar o cartão magnético bancário, seja ele de débito ou cré-

dito, a documento particular, revela-se um avanço significativo, cujo objetivo foi evitar danos patrimoniais causados pelo uso indevido das novas tecnologias.

Por fim, não é de se olvidar que a Lei 12.737/12, que se propunha a alterar o Código Penal, o Código Penal Militar e a Lei 7.716/89, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares praticadas contra sistemas informatizados e similares, e acabou sendo parcialmente vetada, ainda quando em estágio embrionário, no Congresso Nacional (PLC 89/03), foi duramente vergastada, conforme se depreende do parecer emitido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, de onde se extrai que a grande dificuldade na construção dos tipos relativos aos crimes informáticos repousa na intangibilidade do seu objeto. Daí alguns doutrinadores identificarem que, nos delitos praticados com o uso do sistema informático, se teria como bem jurídico a informação, a inviolabilidade de dados informáticos ou, até mesmo, a capacidade funcional dos sistemas informáticos.

No próprio parecer ofertado no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados – confundindo crimes informativos próprios e impróprios – há a noção de que os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais são os “originais” e a “segurança informática”, cujos requisitos seriam a integridade, a disponibilidade e confidencialidade, contemplados na Constituição de Budapeste.

III. Considerações finais

Conforme restou plasmado em linhas transatas, a internet constituiu um grande avanço para a sociedade, se tornando ferramenta fundamental para a quebra de paradigmas e fronteiras, principalmente no que

diz respeito ao acesso à cultura, à informação, à livre manifestação, bem como para a prática de negócios jurídicos, como compra e venda, transações bancárias, anúncios etc.

Na esteira desta ascensão tecnológica, surgiram também as práticas delituosas levadas a efeito por meio da rede mundial de computadores, sendo nesta vertente que o direito veio atuar, com o nítido intuito de erigir barreira contra a criminalidade virtual.

Notório que a legislação brasileira era ineficiente para penalizar as condutas praticadas através de dispositivos de informática, daí o advento da Lei 12.737/12, que passou a coibir, na seara penal, a prática de infrações cometidas em ambiente virtual.

Não obstante a boa intenção do legislador, alguns dispositivos da nova lei pecam em sua qualidade técnica, em especial na redação dada ao art. 154-A da lei substantiva penal, por ter em seu verbo nuclear a expressão “invadir”, que significa entrar à força, o que não se coaduna com o *modus operandi* da maior parte dos delitos cibernéticos, nos quais o agente se utiliza do ardil para alcançar o seu desiderato criminoso.

Assim, o legislador brasileiro, em que pese certa demora no processo legislativo, agiu bem e de forma oportuna ao tipificar os delitos informáticos, representando a Lei 12.737/12 um avanço legislativo pátrio que veio ao encontro do anseio social de evolução tecnológica, já que a tutela cibernética criou um novo bem jurídico, o dispositivo informático.

Abstract

This study aims to demonstrate that the change of criminal law for the definition of crimes committed via the Internet, which oc-

curred with the enactment of Law 12.737/12, came to meet social needs, especially to curb criminal activities in this environment that aim, somehow, obtaining unfair advantage, causing social unrest. ■

Nota

1 A distinção entre *crackers* e *hackers* é a de que estes são compulsivos estudiosos e pesquisadores que agem movidos pelo afã do saber, enquanto que aqueles agem pelo sentimento de destruição e da obtenção de ganhos ilícitos. (VALLE, Regina Ribeiro do. *E-Dicas: o direito na sociedade da informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 159.)

Referências

CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. “Lei Carolina Dieckmann” seria salvação da internet? *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167980,81042-Lei+Carolina+Dieckmann+seria+a+salvacao+da+internet>>. Acesso em: 14.08.13.

GOMES, Luiz Flávio. Lei “Carolina Dieckmann” e sua (in)eficácia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, nº 3.536, 07.03.13. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23897>>. Acesso em: 15.04.13.

ISHIDA, Válder Kenji. As modificações promovidas pela Lei Carolina Dieckmann no Código Penal. *Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-modificacoes-promovidas-pela-lei-carolina-dieckmann-no-codigo-penal/9986>>. Acesso em: 14.04.13.

MANZEPI, Eduardo. Lei Carolina Dieckmann – Brasil entra na Era Digital. *Midiajur*. Disponível em: <<http://www.midiajur.com.br/conteudo.php?cid=9247&sid=240>>. Acesso em: 14.04.13.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. A nova Lei Carolina Dieckmann. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI169227,21048-A+nova+lei+Carolina+Dieckmann>>. Acesso em: 14.08.13.

OLIVEIRA, Jane Resina F. de. Lei Carolina Dieckmann: antes tarde do que nunca. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI169090,41046-Lei+Carolina+Dieckmann+antes+tarde+do+que+nunca>>. Acesso em: 15.08.13.

SOBRAL, Carlos. *Considerações sobre a Lei Carolina Dieckmann*. SINDPF-RJ. Disponível em: <<http://sindpfj.blogspot.com.br/2013/02/consideracoes-sobre-lei-carilina.html>>. Acesso em: 15.04.13.

VALLE, Regina Ribeiro do. *E-Dicas: o direito na sociedade da informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005.

VIEIRA, Victor. Lei Carolina Dieckmann enfrentará dificuldades na prática. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-03/aplicacao-lei-carolina-dieckmann-enfrentara-dificuldades-tribunais>>. Acesso em: 14.04.13.

UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A GRAVAÇÃO DA AUDIÊNCIA

Francisco Ferreira Jorge Neto

Desembargador Federal do Trabalho (TRT 2ª Região)

Professor convidado no Curso de Pós-graduação Lato Sensu da Escola Paulista de Direito

Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho (PUC/SP)

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante

Professor da Faculdade de Direito Mackenzie

Doutorando em Direito do Trabalho (Faculdade de Direito da USP)

Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP/PROLAM)

Letícia Costa Mota

Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Curso de Pós-Graduação Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Assessora de desembargador (TRT 2ª Região)

Excertos

“A tecnologia tem indiscutivelmente avançado a passos largos. Contudo, o Poder Judiciário, de uma forma geral, tem demonstrado estar sempre um passo atrás quanto ao uso da tecnologia disponível”

“Apesar das inegáveis vantagens da gravação de audiência, quando esta é realizada pela parte ou pelo advogado, surgem algumas questões que parecem longe de encontrar consenso: (a) deve haver anuência do magistrado?; (b) se o magistrado obstar a gravação, mesmo assim pode a parte ou o advogado fazê-la?; (c) a parte ou o advogado pode gravar a audiência mesmo sem cientificar o magistrado e a outra parte?”

Introdução

O objetivo deste artigo é abordar a questão da gravação da audiência pela parte ou pelo advogado, à luz do que dispõe o artigo 417 do Código de Processo Civil (CPC).

1. Conceito de gravação

Gravação, de forma genérica, é a coleta de dados por um dos participantes da comunicação.

A gravação pode ser: (a) *consentida*: todos têm a plena ciência de sua ocorrência, como é o caso de gravações efetuadas por empresas prestadoras de serviços, quando o consumidor ou o cliente reclama para a empresa solicitando os seus serviços ou para eventuais reclamações – é lícita; (b) *clandestina*: um dos interlocutores não tem ciência da sua realização.

Pode ser realizada por aparelho eletrônico ou telefônico (gravação

clandestina propriamente dita) ou no próprio ambiente da conversação (gravação ambiental). Por regra, qualquer gravação clandestina é ilícita (art. 5º, X e XII, CF).

2. Previsão legal

A gravação de audiência possui previsão no CPC, artigos 170 e 417, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista (art. 769, CLT).

O artigo 170 do CPC dispõe que: *“É lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de outro método idôneo, em qualquer juízo ou tribunal.”*

O artigo 417, com a redação dada pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, prevê que: *“O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação.”*

Por seu turno, o § 1º do artigo 417 estipula que: *“O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte.”*

Embora o artigo 417 do CPC preveja o uso da taquigrafia e da estenotipia¹ como formas de registro de depoimentos, tais sistemas, além de caros (existem poucos profissionais habilitados, cuja formação é honerosa e lenta), são inviáveis do ponto de vista da fidelidade do que é registrado em relação ao registro audiovisual. Saliente-se ainda que os registros de taquigrafia e estenotipia somente podem ser interpretados por profissionais da área.

3. Vantagens da gravação da audiência

A tecnologia tem indiscutivelmente avançado a passos largos. Contudo, o Poder Judiciário, de

uma forma geral, tem demonstrado estar sempre um passo atrás quanto ao uso da tecnologia disponível.

Um grande exemplo disso é que a alteração do artigo 417 do CPC ocorreu em 1994 (Lei 8.952), contudo, até hoje se verifica uma certa relutância quanto ao uso da gravação de audiência, apesar das suas vantagens.

Nesse particular, **Alberto Luís Marques dos Santos** leciona: “*A implantação de medidas de agilização do serviço judicial muita vez tem que passar pela superação de conceitos doutrinários e jurisprudenciais formalistas, de estreita visão e cultuadores do fetichismo das formas.*”

E prossegue: “*...os integrantes da cena judiciária, advogados, promotores, juízes e serventuários, têm maturidade para perceber que a adaptação da justiça à tecnologia moderna não pode acarretar prejuízo a ninguém, e deve, pois, ser incentivada.*”²

Apesar do registro gravado da audiência impor uma grande alteração no procedimento, seja na realização da audiência, seja no momento de redação da sentença, é “*necessária a mudança de mentalidade. Impõe-se que o Poder Judiciário aproveite o desenvolvimento tecnológico em prol da prestação jurisdicional à sociedade, seja na celeridade, seja na qualidade e na transparência*”³.

A gravação da audiência possui uma série de vantagens em relação ao registro tradicional:

(a) a gravação torna a audiência mais célere, dinâmica e menos desgastante, tanto para o juiz como para advogados e partes;

(b) inexistência de divergências entre o que foi falado e o que foi ditado, o que geralmente ocorre na transcrição. A gravação reflete de forma fidedigna a totalidade dos depoimentos e não somente a im-

pressão do juiz condutor da instrução. O depoimento nunca é transcrito exatamente nas mesmas palavras em que foi prestado, por dois motivos: seria muito moroso ditar palavra por palavra do que foi dito e o juiz, para tornar o depoimento mais inteligível, impõe a correção da fala e automaticamente, impõe a sua interpretação do que foi dito. Por isso, o juiz interfere, mesmo que sem intenção, na autenticidade do depoimento. O juiz deixa de captar e transferir para o papel todos os aspectos relevantes do depoimento, tais como as reações corporais do depoente ao ser inquirido;

(c) a gravação evita a comum reclamação dos advogados de que não constaram em ata todas as informações prestadas pelo depoente;

(d) a gravação permite a todos os julgadores do processo (seja o juiz que proferirá a sentença, seja o tribunal que irá revisá-la) terem acesso à mesma realidade apresentada na instrução processual. “*Nada se revela mais frio e sem comunicabilidade do que o depoimento uma vez lançado por escrito, reduzido a termo, o que nem sempre registra o que o depoente procurou expressar. Para o juiz de segundo grau, a prova testemunhal é reduzida a uma inexpressiva narrativa, onde falta a ênfase que resulta da inflexão da voz. Reduzido a termo, um testemunho que, ao ser prestado, revelou-se pálido e inseguro, pode ter aparência idêntica ao da testemunha que não negaceou nem tergiversou, mas sim, deu às perguntas prontas e seguras res-*

postas. Não tem, quase sempre, a instância recursal como distinguir entre um e outro.”⁴

(e) a gravação pode ser útil para evitar eventuais abusos do juiz na audiência, tais como indeferimento de perguntas que possam parecer irrelevantes, mas que depois se demonstram primordiais na apreciação do ônus probatório.

4. A possibilidade da gravação da audiência pela parte ou pelo advogado

A alteração do artigo 417 do CPC pela Lei 8.952/94 concedeu expressamente às partes a possibilidade de registrar os atos ocorridos em audiência através de gravação.

Sálvio Figueiredo Teixeira entende que, apesar da alteração parecer de pouca importância, tem sua relevância, na medida em que

obsta “*o raciocínio corretor, isto é, depoimentos montados, forjados, dirigidos*”⁵.

Apesar das inegáveis vantagens da gravação de audiência, quando esta é realizada pela parte ou pelo advogado, surgem algumas questões que parecem longe de encontrar consenso:

(a) deve haver audiência do magistrado?; (b) se o magistrado obstar a gravação, mesmo assim pode a parte ou o advogado fazê-la?; (c) a parte ou o advogado pode gravar a audiência mesmo sem cientificar o magistrado e a outra parte?

Não há norma que proíba a gravação de audiências. Ao contrário, o artigo 417 do CPC a autoriza expressamente. Contudo, o texto da lei é omissivo quanto aos procedimentos a serem observados.

A GRAVAÇÃO TORNA A AUDIÊNCIA MAIS CÉLERE, DINÂMICA E MENOS DESGASTANTE, TANTO PARA O JUIZ COMO PARA ADVOGADOS E PARTES

No âmbito trabalhista, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho não possuem nenhuma norma interna quanto à temática. O mesmo ocorre com o STF e o Conselho Nacional de Justiça.

Alguns juízes não autorizam a gravação:

“Mandado de Segurança. Pedido de gravação de audiência pela defesa. Decisão que indeferiu o pleito de gravação substancialmente correta. Possibilidade, contudo, frente ao caso concreto, de ser atendido o pleito de gravação, sem prejuízo do registro dos atos processuais na forma em que deliberar o E. Juiz de Direito. Processo que não tramita em segredo de justiça. Possibilidade do Magistrado vedar a gravação acaso implicar em violação à intimidade, à honra e à vida privada de pessoas no processo. Segurança concedida, ratificada a liminar” (TJ-SP – 5ª Câmara de Direito Criminal – MS 0006577-14.2011.8.26.0000 – Rel. Pinheiro Franco – DJ 24/3/2011).

Diante da negativa do magistrado, há quem defenda que a gravação pode e deve ser realizada: *“A gravação de audiência constitui direito da parte e prerrogativa profissional do Advogado, que não pode ser limitada pelo Juiz, não está condicionada à autorização prévia e expressa e pode ser exercida mesmo em processos que tramitam sob Segredo de Justiça.”*⁶

Quando se trata de processo que tramita em segredo de justiça, o advogado pode fazer a gravação, mas é responsável em manter o seu sigilo, sendo o uso da gravação estritamente endoprocessual.

Outra questão que traz grande celeuma é se o advogado precisa ou não avisar que está gravando a audiência.

Como se trata de faculdade concedida em lei, não é necessário autorização prévia do juiz. Contudo, é de bom alvitre que a

gravação deva ocorrer de forma ostensiva, visível, e não de forma oculta, até mesmo por uma questão ético-profissional, pelo dever de lealdade com a parte contrária, sendo conveniente, portanto, que o advogado informe tanto o juiz como a parte adversa e as testemunhas.

Esse é o entendimento de **Maurício Godinho Delgado**:

“Recurso de revista. [...] 4. Gravação de audiência. O artigo 417 do CPC assim dispõe: ‘O depoimento, datilografado ou registrado por taquígrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação’. Depreende-se da análise desse dispositivo que às partes, por terem amplo acesso aos termos e atos do processo, é permitida a gravação, o que não significa dizer, contudo, que é possível proceder à gravação sem conhecimento do juiz e da outra parte, conforme se constata da ata de audiência. O procedimento de gravação da audiência não pode ser realizado clandestinamente, sem conhecimento do juiz e da outra parte, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório. Ademais, a transcrição da gravação da audiência revela-se como prova desnecessária, haja vista que foram devidamente registrados os fatos ocorridos e os protestos dos advogados de ambas as partes na ata de audiência, realizada no dia 5 de julho de 2007. Frise-se que o juízo valorativo exercido pelo Regional, acerca do conjunto fático-probatório dos autos, está inserido no âmbito da autonomia do julgador; nos termos do art. 131 do CPC, não estando enquadrado nas hipóteses de suspeição, elencadas no art. 135 do CPC, tampouco configura pré-julgamento. Pelo contrário, o juiz, ao apreciar a necessidade ou não de determinada prova, deve fundamentar e indicar os motivos que formaram o seu convencimento. Incólumes os dispositivos tidos por violados. Recurso de revista não conhecido. ...” (TST – 6ª T – RR 68900-66.2006.5.18.0012 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 18/11/2011).

Não se pode olvidar ainda que o Código de Ética e Disciplina da OAB, no seu artigo 2º, traz, dentre os deveres do advogado: *“II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé.”*

Assim, nos parece possível que o advogado ou a própria parte faça a gravação da audiência, desde que dê ciência prévia ao magistrado e à parte contrária. ■

Notas

1 Taquígrafia ou estenotipia “é a arte de escrever tão rapidamente quanto se fala”; é o apanhado de um ditado em muito menos tempo do que levaria a escrita comum” (SANTOS, Alberto Luís Marques dos. “O registro fonográfico das audiências e o novo texto do artigo 170 do CPC.” In *Revista RT*, v. 715, maio de 1995, p. 16.

2 SANTOS, Alberto Luís Marques dos. Ob. cit., p. 24.

3 BARACAT, Eduardo Milléo. “Registro audiovisual dos depoimentos. Fundamentos jurídicos”. In GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*, v. 1. Curitiba: Juruá, 2008, p. 171-190.

4 SANTOS, Alberto Luís Marques dos. “O registro fonográfico das audiências e o novo texto do artigo 170 do CPC.” In *Revista Jurídica*. Sapucaí do Sul: Notadez, abril de 1995, n. 210, p. 2.

5 TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313.

6 Gravação de audiência e o art. 417 do Código de Processo Civil. Coord.: Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci. Disponível em http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/centrodeestudos/gravacao_audiencia/. Acesso em 07/11/2013.

O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO ATIVISMO JUDICIAL

Mílard Zhaf Alves Lehmkuhl | mzhaf@univali.br

Advogado e professor de Direito
Mestre em Ciência Jurídica (Univali)

Resumo

Vinculado à linha de pesquisa sobre constitucionalismo e produção do direito, destina-se este trabalho a investigar a possibilidade do exercício legítimo do ativismo judicial pelo Poder Judiciário. Na contemporaneidade, envolvido pelos ideais neoconstitucionalistas, o Estado passa a ver na constituição o centro de validade não apenas formal mas também substancial de todo o ordenamento jurídico. Esse aspecto primacial decorre do caráter axiológico e principiológico dos direitos fundamentais. Frente a esta substantivação, o Poder Judiciário em tempos de democracia constitucional deve ser ativista, criador do direito frente ao caso concreto sempre que isso se fizer necessário, o que se dá quando estão em debate questões que envolvam direitos fundamentais e que não tenha havido uma ação eficiente do Poder Executivo e do Poder Legislativo

Introdução

Em tempos atuais o Estado é visto como democrático de direito, o que representa um estado constitucional. Com essa roupagem a constituição, e nela os direitos fundamentais inseridos como seu núcleo axiológico, passa a ser o centro de validade formal e material do sistema, exigindo de todos os poderes do Estado um esforço e atuação para a proteção e efetivação destes direitos relacionados à dignidade do ser humano. Essa nova visão do Estado influencia diretamente a constituição e o direito, criando um cenário em que a atuação do Poder Judiciário na defesa e implementação dos direitos fundamentais ganha relevo. Esse alargamento da atividade estatal pela via judicial na tutela dos direitos fundamentais faz com o juiz deva adotar uma postura mais ativa, criativa, frente ao caso concreto, muitas vezes decidindo questões de ordem política que deveriam ter sido apreciadas (e não o foram ou foram com deficiência) pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. Em tempos de democracia constitucional todos os poderes devem agir na proteção e implementação dos direitos fundamentais, eis que estes são o centro de legitimação de todas as ações

do Estado. Neste desiderato é que se desenvolveu a pesquisa para verificar se é possível o exercício legítimo do ativismo judicial pelo Poder Judiciário frente ao Estado contemporâneo. O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo; na fase de tratamento dos dados foi o cartesiano e no presente relatório de pesquisa é empregada a base indutiva. Valeu-se o pesquisador das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

O ativismo judicial no Estado contemporâneo

Segundo **Lenio Luiz Streck**¹, um dos temas de maior relevo da contemporaneidade por força da democracia constitucional² tem sido a discussão sobre o papel (legítimo) a ser desempenhado pelo Poder Judiciário frente ao caráter normativo que foi atribuído na pós-modernidade³ à constituição⁴. Para o jurista:

“Parece não restar dúvida que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais [*hoje socioambientais*] a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar desta discussão – traz à baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa visão.”

É do Poder Legislativo a obrigação de criar as regras do jogo de acordo com os interesses da maioria, respeitados os direitos das minorias, destinadas a guiar os rumos da sociedade civil⁵. É do Poder Executivo a obrigação de criar e adotar políticas públicas para resguardar e implementar os direitos fundamentais⁶, em especial aque-

les destinados às minorias que não conseguem deles usufruir por seus próprios esforços e oportunidades.

Já do Poder Judiciário, em tempos de democracia constitucional, que atitude se deve esperar? A partir desta inquietação é que se passa a investigar e discorrer sobre a postura a ser adotada por este poder do Estado⁷ no paradigma trazido pela pós-modernidade (proteção e efetivação dos direitos fundamentais).

Para tanto, parte-se da ideia de que nos tempos atuais a realidade (no que se refere a direitos fundamentais) é de uma ineficácia das políticas públicas praticadas (ou não praticadas) pelo Poder Executivo, bem como da deficiente regulamentação (ou até mesmo ausência dela) das regras criadas pelo Poder Legislativo⁸.

“É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantias contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo.”⁹

Desta premissa inicial (de ineficácia ou omissão do Executivo e do Legislativo em conseguir responder a todas as demandas sociais da pós-modernidade no que se refere aos direitos fundamentais) surge o problema a ser investigado e as suas possíveis hipóteses de resposta, a saber: o Poder Judiciário deve permanecer fiel “a concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional”, ou, este poder deve “elevator-se ao nível dos outros poderes” e, assim, tornar-se “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”?¹⁰

Em outras palavras, qual seria então o papel a ser adotado pelo Poder Judiciário frente ao estado democrático de direito¹¹ e a democracia constitucional que dele resulta? Deveria ele manter-se inerte e demonstrar respeito aos dogmas do positivismo moderno num suposto respeito à separação dos poderes¹² e, daí, à democracia, ou deveria ter uma postura mais proativa e buscar realizar a justiça frente a cada caso concreto, ainda que a questão debatida seja de conotação política (portanto pertencente inicialmente aos poderes Legislativo e Executivo)? Nesta hipótese, o que tornaria a sua ação legítima e não afrontadora da democracia?

Em decorrência do fenômeno neoconstitucional¹³ o Poder Judiciário ganhou maior campo de atenção e atuação na tomada de decisões de caráter político sobre os rumos da sociedade civil. Isso decorre da elevação dos direitos fundamentais ao *status* de princípios elementares (vinculantes) do ordenamento, inseridos no núcleo inviolável da constituição, fixados como o objeto de maior proteção do Estado contemporâneo.

A própria compreensão de democracia sofre uma reformulação em tempos pós-modernos, ampliando sua visão de respeito às regras do jogo (vinculação formal), para também compreender a necessária proteção aos direitos fundamentais das minorias (vinculação material). Esse novo olhar sobre a democracia, tida agora por constitucional, reflete diretamente na atuação do Poder Judiciário.

Nos principais ordenamentos jurídicos democráticos do mundo, desde o fim da segunda guerra mundial, houve uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões políticas da sociedade civil, em consequência da busca dos cidadãos por

respostas judiciais (de prestação ou proteção) em relação aos seus direitos elementares, aos direitos que lhes assegurem uma vida digna, com possibilidades de busca por um progresso existencial.

Essa amplitude do campo de atuação do Poder Judiciário em tempos pós-modernos resulta do movimento neoconstitucional e da sua nova visão sobre a democracia. Tem influência direta dos direitos fundamentais inseridos no núcleo valorativo do ordenamento e do modelo democrático constitucional adotado pelos Estados contemporâneos.

Os direitos fundamentais possuem uma bifrontalidade¹⁴ que os torna, além de direitos objetivos, em também direitos subjetivos e, como tal, justiciáveis¹⁵.

A justiciabilidade é a característica defluente da subjetividade dos direitos fundamentais, criada como ponto de equilíbrio entre os direitos humanos e monopólio de poder por parte do Estado. Ela surgiu como “moeda de troca” no momento de criação do contrato social quando o homem, para abrir mão de resolver seus problemas, cria o Estado e lhe atribui essa missão. Ganha o ser humano em contrapartida a possibilidade de sempre provocar judicialmente esse Estado para a tutela (proteção e implementação) desses direitos fundantes e legitimadores do sistema democrático, relacionados à dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais como direitos subjetivos traduzem-se em um estatuto jurídico político do cidadão, que lhe atribui possibilidades subjetivas de agir frente ao Estado. Logo, tratando-se de direitos fundamentais, o cidadão pode exigir seu respeito e proteção, sobretudo pleitear a realização das prestações neles contidas, inclusive pela via judicial.

A judicialização¹⁶ dos direitos fundamentais (em decorrência da sua subjetividade e justiciabilidade) aumenta a quantidade de decisões que o Poder Judiciário passa a tomar em relação aos conflitos que ocorrem na vida em sociedade. Aumenta também a importância dessas decisões, pois envolvem os direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões (direitos de liberdade civil e política, direitos sociais e direitos coletivos/ambientais).

Essa judicialização dos direitos fundamentais “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”¹⁷.

Para **Luís Roberto Barroso**, essa judicialização dos direitos fundamentais, a qual ele também denomina de judicialização da política¹⁸, tem como causa “a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”; a “*constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”; e o “*sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo”¹⁹.

Dentre essas causas, cujo estudo individual demandaria um novo artigo, aquela a ser tomada por base para esta pesquisa (sem a intenção de desmerecer as demais e sequer com a pretensão de lhes negar validade) é a da “constitucionalização abrangente”, ou seja, a abertura constitucional promovida pelo neoconstitucionalismo e baseada na principiologia dos direitos fundamentais.

A inserção dos direitos fundamentais na Constituição, na qualidade de princípios, e a sua

composição como núcleo inviolável do ordenamento, centro de legitimação das ações do Estado, assim como a ineficácia do Executivo e do Legislativo em matéria de direitos fundamentais, são os referentes a serem adotados para a investigação da postura a ser tomada pelo Poder Judiciário em tempos de democracia constitucional.

Esse avanço do papel do Poder Judiciário nos sistemas democráticos decorrentes da justiciabilidade dos direitos fundamentais e da judicialização das políticas públicas reforça a inquietação antes suscitada, que é exatamente o problema a ser investigado. De que forma o Poder Judiciário pode envolver-se legitimamente na tutela dos direitos fundamentais, uma vez que em muitos momentos estará agindo sobre um palco político que pertence originariamente ao Legislativo (criação de regras) e ao Executivo (adoção de políticas públicas)?

É a partir dessa problemática que se alcançou a compreensão de que no neoconstitucionalismo o Poder Judiciário, além de receber uma maior demanda quantitativa e qualitativa de busca de sua atuação em decorrência da justiciabilidade dos direitos fundamentais e da judicialização das políticas públicas, deve tomar uma postura ativista, oferecendo um novo olhar (de concretização e criação) para a constituição.

Ao falar-se em ativismo judicial, em uma postura ativista do Poder Judiciário frente ao estado constitucional, se torna imprescindível delinear o que venha a ser ati-

vismo, esse processo ativo e criativo do juiz em matéria de direitos fundamentais.

Iniciando por uma visão histórica, pode-se dispor que o ativismo judicial “foi cunhado nos Estados Unidos, no contexto da grande transição constitucional do governo de Franklin D. Roosevelt [...], período conhecido como a era do

New Deal”²⁰. Essa época desenvolveu-se pela necessidade de adoção de políticas públicas de aquecimento da economia. Na década de 1930 os Estados Unidos atravessaram uma quadra em que houve um grande recesso, e um expressivo número de norte-americanos viveu na absoluta pobreza. Logo, na década seguinte, o governo Roosevelt buscou adotar inúmeras

políticas públicas para elevar a qualidade de vida do povo americano e fomentar a economia e o progresso do país.

Foi nesse cenário político de busca de proteção aos direitos sociais que o ativismo judicial se fez presente pela primeira vez na Suprema Corte americana (e também no mundo). Quando da análise do caso “*Carolene*”, entendeu aquela corte de justiça suprema que o Poder Judiciário daquele país não poderia ficar inerte frente às decisões políticas do Congresso aceitando todas as suas escolhas políticas majoritárias. Dava-se início naquele momento ao controle de constitucionalidade das leis em atenção aos direitos fundamentais, o que até então não existia. Quando as ações do Congresso Nacional fossem fruto de circunstâncias antide-

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS TRADUZEM-SE EM UM ESTATUTO JURÍDICO POLÍTICO DO CIDADÃO, QUE LHE ATRIBUI POSSIBILIDADES SUBJETIVAS DE AGIR FRENTE AO ESTADO

mocráticas, que não estariam a resguardar os direitos fundamentais do povo americano, a corte deveria intervir negando validade à lei. No caso judicial citado “a Corte assentou entendimento de que mesmo o princípio majoritário (i.e, princípio da representação política que legitima as ações do Parlamento) precisa ser coerente com os princípios fundamentais do processo democrático de escolhas públicas”²¹.

“[A] decisão judicial de natureza inovadora e que, por assim dizer, afrontava competências do Poder Legislativo era a que garantia direitos civis fundamentais contra abusos da maioria. Era o conceito de “Tribunais como guardiões do *Bill of Rights*” (Kmiec, 2004, p. 1451). Esse tipo de criatividade judicial foi associado ao Justice Frank Murphy (integrante da Suprema Corte entre 1940-1949), para quem o *judicial review* seria legítimo sempre que o *Bill of Rights* fosse violado pela legislação.”²²

Mesmo o ativismo judicial tendo por berço o caso acima indicado, o uso público do termo ativismo judicial se deu fora do contexto jurídico, sendo utilizado num cenário político. Conforme Luís Roberto Barroso, o termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez por Arthur Meier Schlesinger Jr., em janeiro de 1947, em artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*” publicado na revista popular *Fortune*, no qual ele traçava um perfil dos nove juízes da corte suprema nos Estados Unidos. Nesse artigo alguns juízes da Suprema Corte foram classificados por Schlesinger como “ativistas judiciais”. Essa consideração como ativista se deu em decorrência do papel ativo que alguns destes juízes desempenhavam na promoção do bem-estar social, concebendo a lei e a política com elementos inseparáveis²³.

A visão que o analista político tinha dos juízes ao empregar o epíteto de ativistas na publicação que

fez era a mesma concepção que a sociologia tinha do termo, no sentido de “descrever uma postura de enfrentamento, normalmente atribuída a lideranças operárias, estudantis e de movimentos de defesa civis”²⁴. Juízes ativistas seriam aqueles que defendiam os direitos fundamentais. Buscava-se falar na figura de um novo tipo de ator social: os *Justices* da Suprema Corte.

Ainda que distinto do campo jurídico, o trabalho de Schlesinger foi o passo inaugural para o desenvolvimento de pesquisas sobre o ativismo judicial, merecendo destaque o estudo realizado por Edward McWhinney²⁵. A sua contribuição se deu em criticar o trabalho realizado por Schlesinger. Afirmava Edward McWhinney não existir razões lógicas e acadêmico-científicas para a sustentação da dicotomia apresentada por Schlesinger em classificar os juízes como pertencentes a grupos de “ativismo judicial” ou de “autocontenção judicial”. Para o pensador, o juiz ora poderia adotar uma postura do tipo ativista, ora poderia adotar uma postura do tipo conservadora, não havendo então como classificá-los cientificamente em ativistas ou não.

A partir destes acontecimentos políticos e jurídicos que se desenvolveram na década de 1940 nos Estados Unidos, deu-se início à história do exercício ativo, criativo e expansivo do juiz conhecido como ativismo judicial, até então concedido como a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a constitucionalidade das leis em matéria de direitos fundamentais²⁶.

Porém, vale esclarecer que o estudo sobre a expansão da atividade judicial possui caráter multidisciplinar (tanto que o seu primeiro uso foi político, não jurídico), sendo analisada não só pela ciência do

direito (na forma do ativismo judicial)²⁷, mas também pela teoria sociológica e pela teoria política, ao que então diversas categorias de semelhantes compreensões foram sendo cunhadas em outras áreas ao longo dos tempos.

“Daí porque expressões como *judicialização da política* (Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, 1999, p. 53); *democratização da justiça* (Andrighi, 1997, p. 180); *juristocracy* (Hirschll, 2004, p. 13) *courtocracy* (Scheppele, 2001, pp. 3-6) e até *supremocracia* (Vieira, 2008, p. 444) se tornaram tão familiares no jargão cotidiano e na literatura científica.”²⁸

A própria expressão ativismo judicial já recebeu distintas concepções jurídicas²⁹ no transcorrer de sua existência e aperfeiçoamento até chegar à sua noção atual de atividade ativa e criativa do juiz na defesa dos direitos fundamentais em questões que deveriam ter sido alvo de debate político do Executivo e do Legislativo, mas não o foram (ou, ao menos, o foram de maneira ineficiente) e, portanto, merecem proteção e efetivação pelo Poder Judiciário.

Assim, em que pese às divergências existentes e a falta de uma homogeneidade de compreensão sobre a expressão ativismo judicial (dada a multiplicidade de ramos que a estudam e, também, a multiplicidade de compreensões que dela se abstrai em cada um desses ramos), a expressão mais comumente adotada na bibliografia investigada por esta pesquisa (considerando os referentes apresentados) foi o termo ativismo judicial, no sentido de representar a ação política expansiva e criativa do juiz na defesa e implementação de valores ligados à dignidade humana expressos no núcleo da constituição.

Carlos Luiz Strapazon³⁰ discorre que o estudo sobre a “expansão das funções jurisdicionais”

decorre, para ele (e também para muitos outros autores³¹), da “substantivação” do direito, ou seja, da vinculação material que os direitos fundamentais operam como núcleo de uma constituição em tempos atuais.

O marco filosófico do ativismo judicial é assinalado pela superação da filosofia jurídica positivista, denominada pós-positivismo³². É observada pelo reconhecimento da normatividade dos princípios de direitos fundamentais.

Em tempos pós-modernos, a democracia constitucional e a consequente vinculação substancial sobre os poderes do Estado frente aos direitos fundamentais daí advindos exigem que o Poder Judiciário avance e passe a ver na constituição não mais apenas o centro de validade formal das normas que compõem o ordenamento, mas também, e com grande relevância, o centro de validade material de todo o “sistema democrático”. Portanto, deve agir criando vinculações (positivas e negativas) às ações do próprio Estado e da sociedade civil mediante a produção da norma jurídica frente ao caso concreto sempre que a situação fática e os princípios fundamentais envolvidos assim o exigirem. “O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”³³

Para Lenio Streck³⁴, o Poder Judiciário

“[...] deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exurgentes do processo democrático que foi a Assembléia Constituinte de 1986-88, têm precedência mesmo contra textos

normativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição.”

Partindo-se da vinculação material trazida pela democracia constitucional na proteção dos direitos fundamentais, somando-se a esta a subjetividade decorrente destes direitos elementares resultantes da dignidade da pessoa humana, acredita-se ser necessário que o Poder Judiciário em tempos pós-modernos passe a exercer papel decisivo, ativo e criativo na concretização (como proteção e prestação) dos desejos da sociedade civil.

Essa postura ativa do Poder Judiciário teria o desiderato de efetivar as promessas não cumpridas oriundas da modernidade. Pelo ativismo judicial sai-se “de um direito meramente reprodutor da realidade e, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade”³⁵.

Do Poder Judiciário espera-se nos dias atuais mais do que um simples aplicador frio da letra da lei. Espera-se dessa esfera dos poderes do Estado uma participação mais ativa, mais eficaz e efetiva, mais ligada aos acontecimentos sociais, aproximando a norma do valor justa, num verdadeiro exercício de proteção e implementação dos direitos fundamentais. Uma atuação ativista. Para tanto, se necessário for, frente à omissão ou imperfeição dos poderes competentes em matéria política de direitos fundamentais (Legislativo e Executivo) poderá o Poder Judiciário atuar como produtor da norma jurídica.

“Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral explícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura.”³⁶

O monismo estatal na produção da norma apenas pela via legislativa e executiva e, ainda, o seu distanciando aos valores morais da sociedade provocam, em tempos atuais, crises de legitimidade. Assim, acredita-se ser possível e necessária a existência de um ativismo judicial na busca do resguardo dos direitos fundamentais, elemento central do estado constitucional contemporâneo.

A simples aplicação da lei, sem considerar o elemento valorativo constitucional, já não tem mais serventia. Atualmente, o sistema jurídico que pode dar conta desse tipo de justificação (fundamentação) é o desenvolvido no pós-positivismo, que vê no juiz uma figura ativista, consagradora dos direitos fundamentais, ator de destaque da história da concretização dos valores constitucionais.

Somente pela concepção material, substancial, é que a aplicação da lei pode se afastar do caráter positivista, formalista, absorvendo o elemento valorativo da norma, obedecendo às exigências e necessidades do estado democrático de direito.

Exige-se cada vez mais um magistrado atuante, que busque nas fontes materiais do direito e no seio da sociedade cultural os valores absorvidos ao longo do historicismo do homem, os quais estão traduzidos como direitos fundamentais nos textos constitucionais.

“O juiz que tiver uma postura criativa, com relação a essa fenomenologia, ajudará a construir o direito justo porque o trabalho de interpretação que aproveitar todas as fontes legítimas de Direito será muito mais consequente e capaz de ganhar consenso social.”³⁷

Em tempos de pós-modernidade numa busca da reaproximação dos valores morais da sociedade ao direito; da reaproximação da norma formalmente válida aos valores

de justiça e bem comum, que lhe atribuirão validade material, portanto, legitimidade, espera-se um juiz mais liberto, mais atuante num papel construtivo do direito frente ao caso concreto.

“O modelo substancialista [...] trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social [...]. É o constitucionalismo dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância.”³⁸

Consequentemente, o estado democrático de direito espera (e possibilita) um juiz ativista, criativo e protetor dos princípios constitucionais. O Poder Judiciário em tempos pós-modernos não mais pode ser o mesmo daquele do estado liberal de direito, em que os juizes eram simples aplicadores da lei (distantes da realidade dos fatos, dos valores sociais). Com a elevação dos direitos fundamentais ao *status* de princípios constitucionais ligados à dignidade da pessoa humana e, portanto, valores morais de legitimação das ações do Estado, o Poder Judiciário deve ter realmente uma postura mais atuante, mais presente e efetiva na proteção e consagração desses direitos.

“[Há] um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiologicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.”³⁹

O descrédito com os sistemas políticos tradicionais pela corrupção do Poder Legislativo e pelo

jogo de interesses do Poder Executivo; a desatenção que estas esferas do poder do Estado têm para com os interesses pós-modernos da sociedade civil; o avanço que as tecnologias trouxeram e a incapacidade (ou desinteresse) que as demais esferas de poder do Estado têm de acompanhar essa necessária evolução, em especial quando envolvem os interesses e necessidades das minorias; tudo isso fez com que o Poder Judiciário tivesse que absorver essa parcela de atuação, essa posição ativista de proteção e efetivação da constituição.

Há de fazer um parêntese neste momento para deixar claro que a judicialização como consequência da subjetividade dos direitos fundamentais não pode ser confundida com o ativismo judicial. Embora, em tempos pós-modernos, da judicialização dos direitos fundamentais decorra logicamente o ativismo judicial, aquela é uma realidade decorrente do neoconstitucionalismo e da elevação dos direitos fundamentais como centro axiológico do ordenamento jurídico. Já o ativismo é uma postura a ser seguida, um modo de ser, de atuar, uma forma criativa a ser adotada. Ambos não se repelem, embora possam existir separadamente. Todavia, a sua conjugação traz maior força e melhor compreensão do “sistema democrático” do Estado contemporâneo, revelando a importância do Poder Judiciário no atual contexto vivido pelo homem.

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um

modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”⁴⁰

Em razão da necessária proteção que os direitos fundamentais devem possuir (tanto proteção a sua esfera negativa, assim como proteção a sua esfera positiva) sempre que esses direitos não forem assegurados pelos poderes Legislativo e Executivo (ou se forem de maneira ineficaz, sem efetividade), deve (e não apenas pode) o Poder Judiciário tomar uma atitude proativa de proteção a esses direitos.

Discorrendo sobre a correlação entre a justiciabilidade dos direitos fundamentais e o ativismo judicial **Andrei Koerner** preleciona que:

“[Em] termos simplificados, a judicialização teria uma pré-condição necessária (democracia), algumas facilitadoras (separação de poderes, política de direitos – a mais relevante, instituições majoritárias pouco efetivas etc.), e uma condição eficiente: o ativismo de juizes em oposição à tendência dominante nas instituições majoritárias. A judicialização seria um fenômeno raro, mas tornar-se-ia cada vez mais freqüente, pela expansão das pré-condições estipuladas, que permitem que juizes ativistas possam promover suas preferências políticas contra os representantes eleitos.”⁴¹

Desta forma, o ativismo judicial vem a ser compreendido para este estudo como o exercício do poder do Estado pela via judicial para a proteção e consagração criativa dos direitos fundamentais. “Uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”⁴²

Importante esclarecer que, frente ao sistema democrático existente em tempos neoconstitucionais, o ativismo judicial não deve ser visto como uma invasão antidemocrática do Poder Judiciário sobre a es-

fera de atuação dos outros poderes. Deve, sim, ser compreendido como uma atuação ativa para a proteção dos direitos fundamentais (em suas múltiplas dimensões) sempre que as demais esferas do poder do Estado se mostrarem inertes ou ineficazes frente aos casos concretos e valores fundamentais postos em debate.

Sempre que o Poder Judiciário for acionado para tutelar um direito fundamental, não pode deixar de fazê-lo ao argumento da falta de legislação específica pelo Poder Legislativo, ou até mesmo pela ausência de políticas públicas ou dotação orçamentária por parte do Poder Executivo. Em que pese sejam essas questões políticas, assim intimamente ligadas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo (palco dos debates políticos), o Poder Judiciário, como uma das formas de exercício de poder pelo Estado, tem a obrigação de, sempre que for provocado para proteger um direito fundamental que lhe seja posto em apreciação, tomar uma decisão que efetivamente proteja o direito analisado, dando assim aplicabilidade ao preceito constitucional invocado.

Ao Judiciário cabe a missão de dar efetivação material aos direitos fundamentais, o que faz através de um juiz atuante, que busca nos valores morais justificados do ordenamento (expressos na constituição como princípios) a interpretação e aplicação das normas frente aos casos concretos que lhe são postos em jogo. O ativismo atribui ao juiz a capacidade de máxima otimização possível dos direitos fundamentais postos em debate (aplicando com maior amplitude possível e o menor esvaziamento necessário os princípios envolvidos e, direcionando a aplicação justa das regras na situação concreta), tudo com a intenção de

proteger e efetivar os valores fundantes que emanam e circundam a dignidade da pessoa humana.

O cenário mundial do pós-guerra, impulsionado pelos avanços e pluralidades comuns dos séculos XX e XXI, fez desenvolver um novo tipo de Estado, o democrático de direito, que, envolvido do movimento neoconstitucionalista, inseriu nas constituições os valores maiores da sociedade civil.

Frente a estes direitos, todas as ações do Estado devem se desenvolver, sendo este seu fator de legitimação (proteção e efetivação dos direitos ligados à dignidade da pessoa humana). Por tal, com a perda de eficácia e efetividade das ações políticas dos demais poderes, o Poder Judiciário ganha força, tornando-se o responsável por tutelar e consagrar as questões morais que envolvem a dignidade do homem. Torna-se palco dos debates políticos que as outras esferas de poder não debateram ou, debateram com possíveis falhas (excessos e omissões).

O neoconstitucionalismo “ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que com a positivação dos direitos [...] fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial a Justiça Constitucional) passa a ter um papel de absoluta relevância”⁴³.

O ativismo judicial surge como um contrabalanço ou até mesmo um freio sobre o interesse da maioria advindo das demais esferas de poder (Legislativo e Executivo). Assim o sendo, ele não afeta a separação dos poderes como elemen-

to integrante da democracia, mas sim exerce a função de balancear esses poderes.

No cenário contemporâneo não há uma limitada e certa separação dos poderes do Estado. O que se acredita existir é uma tripartição dos poderes em que existam pontos em comum de atuações políticas, como ocorre nos direitos fundamentais. Por ser o Estado uno, uma é a emanção do poder político, pelo que a função de efetivar e proteger direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, não é do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, mas sim do Estado, atingindo, portanto, a todos os seus poderes, inclusive o Poder Judiciário.

Segundo **Mauro Cappelletti**, “o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário débil e confinado, em essência, aos conflitos ‘privados’. [...] um legislativo totalmente não controlado [...] um executivo praticamente não controlado”⁴⁴. Disso resultou ofensa à própria noção de legitimidade desses poderes, pois, distanciados dos ideais democráticos.

O que se espera com a postura ativista não é que o Poder Judiciário faça as vezes dos poderes Executivo e Legislativo em matéria de direitos fundamentais. O que se acredita ser o ideal é “um sistema equilibrado de controles recíprocos”, de coexistência de “um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*”⁴⁵. O que se espera é que o Poder Executivo e o Poder Legislativo exerçam com eficácia e eficiência suas funções de proteger e implementar todos

O MARCO FILOSÓFICO DO ATIVISMO JUDICIAL É ASSINALADO PELA SUPERAÇÃO DA FILOSOFIA JURÍDICA POSITIVISTA, DENOMINADA PÓS-POSITIVISMO

os direitos fundamentais. E, quando isso não ocorrer (e somente quando isso não ocorrer), seja por falha ou omissão daquelas esferas de poder político, deve o Poder Judiciário, por também ser um poder do Estado, atuar ativamente para a implementação destes valores fundamentais da sociedade civil. A missão do Estado contemporâneo é essa, e se os poderes Executivo e Legislativo não a realizam a contento, o Poder Judiciário deve fazê-lo, pois será o próprio Estado quem estará executando esta função que a ele próprio compete.

O ativismo é uma postura prática necessária para a consagração do respeito à democracia constitucional, que serve para a proteção (e também efetivação) dos interesses existenciais das minorias frente às vontades políticas da maioria, advindas das ações (ou omissões) do Executivo e do Legislativo e, ainda, para a proteção de toda a sociedade civil (inclusive das majorias) quando o próprio Legislativo e Executivo não dão efetivação às suas funções enquanto poderes do Estado. Serviria também para a proteção dos interesses da maioria quando o Legislativo e o Executivo não implementarem regras e políticas para a proteção e efetivação de direitos que possam ser de interesse de todos, até mesmo dessa maioria.

O ativismo judicial não se limita apenas a proteger as minorias contra o interesse das majorias, mas sim realizar um ajuste no ordenamento jurídico todo, verificando e delimitando o alcance da regra legal frente ao caso prático, aplicando sobre ela os valores dos princípios de direitos fundamentais. Dito exercício ativista pode ter como resultado que a interpretação do magistrado coincida com o alcance que regra editada pelo Legislativo ou a política adotada pelo Executivo venham a ter deter-

minado (casos estes estejam atentos e realmente preocupados em efetivar e proteger todos os direitos fundamentais, criando normas e fixando ações de efetivação destes valores). Porém, quando a regra do Legislativo ou a política pública do Executivo não existirem, ou até mesmo existindo forem ineficazes, ineficientes, o Poder Judiciário deverá adotar uma atitude proativa, criativa, produzindo o direito no caso concreto e corrigindo as eventuais imperfeições do “sistema democrático”.

O ativismo judicial, acredita-se, é a visão ideal que se deve ter do magistrado em períodos contemporâneos, nos quais os interesses da maioria nem sempre respeitam as minorias, criando regras injustas, ou, no mínimo despidas de equidade ou, até mesmo, deixando de criar regras necessárias para a proteção das múltiplas minorias existentes. E, ainda, o próprio parlamento e a administração podem sequer atender os desejos da maioria da sociedade civil, demonstrando uma quebra da sua representatividade, o que ocorre quando estes poderes se preocupam apenas com seus interesses internos e esquecem da sua função de representar a maioria que pelo sufrágio universal os elegeu. Neste cenário antidemocrático (de omissões, descasos ou excessos), o juiz deve ter uma posição mais ativa, de corretor/produzidor do direito frente ao caso concreto. Tomando por base a gama de princípios de direitos fundamentais, deve o magistrado corrigir as regras injustas, seja restringindo-as, seja ampliando seu alcance, assim como criar regras no caso concreto que efetivem e protejam os direitos fundamentais, mesmo que as esferas originalmente competentes para tal tenham se mostrado inertes, ineficazes ou excessivas.

“A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de política públicas.”⁴⁶

O exercício do ativismo judicial vem a ser a forma pela qual o magistrado busca reaproximar e filtrar o comando legal através de valores morais (devidamente fundamentados, com eficácia e eficiência, e inseridos na constituição). Justo não pode mais apenas ser o que está na lei (ou o que deixa de estar). Justo, moral, ético⁴⁷, é aquilo que respeita e efetiva os direitos fundamentais, pelo que sempre que estes forem mitigados pelos poderes Executivo e Legislativo (em proveito da maioria ou da minoria), deve o Judiciário sobre eles intervir e, numa postura proativa, construtiva, não permitir a lesão (por ação ou omissão) à dignidade da pessoa humana.

A representatividade política do Poder Executivo e do Legislativo não é a única fonte de legitimação das ações do Estado. A legitimação do Poder Judiciário, em que pese não ser representativa, decorreria da proteção e efetivação que este viesse a dar aos direitos fundamentais, o que tornaria sua postura ativista como democrática e, assim, legítima.

O ativismo judicial revela a possibilidade de o julgador produzir o direito frente ao caso concreto, pautado nos valores e desejos da sociedade civil que estão expressos na constituição na forma de direitos fundamentais. Para tanto, o Judiciário não necessita de uma pré-

via ação do legislador, nem mesmo de adoção de políticas públicas e orçamentárias do administrador. Existem questões relacionadas à dignidade da pessoa humana que exigem de todos os poderes, com ou sem a ajuda dos demais, a prática de ações (judiciais ou executivas ou legislativas) para a consagração da dignidade do homem através da proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Ao Poder Judiciário, em tempos pós-modernos, compete determinar o alcance das normas que envolvam direitos fundamentais, sempre atento à necessidade e dever que o Estado tem de possibilitar ao homem uma vida com reais possibilidades de progresso. “[O] ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).”⁴⁸

Assim, pode e deve o juiz, frente a cada caso concreto, estipular a melhor aplicação possível da regra e dos princípios envolvidos, sempre tendo como base de legitimação de suas decisões os direitos fundamentais.

Na pós-modernidade as constituições deixam de ser uma mera carta política e passam a ser o centro de legitimação de todo o sistema democrático. Ela deixa de ser um texto político sem juridicidade para se tornar o núcleo inviolável de todo o ordenamento jurídico, emanando valores sobre todas as regras e políticas públicas criadas pelo Legislativo e Executivo. A constituição tem a função (e o compromisso) de provocar, de propor, de viabilizar a mudança do cenário sociopolítico de um Estado. Isso decorre da força normativa dos direitos fundamentais.

“[A] Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.”⁴⁹

O papel ativista do juiz revela ser ele o de intérprete aberto e progressista da constituição, preocupado em buscar no ordenamento a aplicação correta das regras que mais se compatibilizem com os valores de direitos fundamentais postos em disputa. O julgador deve escolher e dar à regra o melhor alcance possível para a proteção da dignidade da pessoa humana, criando ou remodelando a norma, se for necessário, para que esta proteção seja alcançada.

“Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos [...]. O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal, a Justiça não mais é dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes.”⁵⁰

O ativismo afrouxa as amarras legais para lhes possibilitar novos contornos, sempre atento e direcionado a consagrar e proteger a dignidade do homem. Ao juiz ativista compete interpretar a norma e lhe dar os recortes que o caso concreto requer para que os valores maiores da sociedade civil sejam respeitados, consagrados.

A interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais não

pode mais advir simplesmente dos processos de subsunção criados pela modernidade do Estado liberal. Em decorrência da maleabilidade que os direitos fundamentais possuem, por serem eles normas princípios, isto é, nunca podendo ser esvaziados por completo e sobrepondo-se sobre as regras legais, devendo ser aplicados na máxima otimização possível, é que se permite ao juiz agir legitimamente na construção do direito frente ao caso concreto.

Os tempos atuais exigem um juiz não coadjuvante, simples aplicador da lei, e sim, acima de tudo, um juiz protagonista, criador do direito no caso concreto e protetor dos direitos fundamentais.

Com a visão neoconstitucional das normas como regras e princípios se possibilita uma nova forma de interpretação jurídica, não mais puramente mecânica, autômata, mas sim argumentativa⁵¹, pautada nos direitos fundamentais.

No período liberal, conforme afirmou **Montesquieu**⁵², as decisões judiciais deveriam ser amparadas apenas na subsunção do texto legal ao fato exposto, sem qualquer poder criativo do julgador, “a tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei”:

“Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os comportamentos que nela são assumidos. [...] os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que esta lei não podem moderar nem a força nem o rigor.”⁵³

Ainda segundo Montesquieu⁵⁴, somente o Legislativo em tempos modernos tinha a capacidade e a legitimidade de criar regras, competindo ao Judiciário apenas aplicá-las, sem qualquer esforço extra de interpretação construtiva, pois, para ele, insegura.

Porém a situação modificou-se na pós-modernidade. A constituição muda de roupagem e se torna o centro de validade geral do ordenamento jurídico, trazendo para seu núcleo inviolável um conjunto de valores ligados à pessoa humana, os quais vinculam formalmente o ordenamento e, também, de maneira substancial. Com isso os julgadores passam a ganhar foco de atenção e campo de atuação, eis que passam a ter princípios e valores em que se apoiar para ter uma posição mais participativa, mais criativa e criadora da norma. Essa posição ativa do Judiciário estaria legitimada porque estaria a cumprir a função do Estado de proteger os direitos fundamentais mediante decisões obtidas como resultado de um processo justificado racionalmente.

A legitimidade do exercício do ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais decorre da sua prática em casos de omissões ou imperfeições dos demais poderes do Estado.

Na atualidade “a idéia de subsunção abre espaço para a de ponderação; a independência da lei cede lugar a onipresença da constituição e, enfim, a autonomia do legislador democrático é confrontada com a onipotência dos Tribunais Constitucionais”⁵⁵.

A legitimidade do ativismo judicial, então, baseia-se na interpretação e aplicação concreta da norma a partir dos direitos fundamentais quando da omissão ou ineficácia dos outros poderes.

Na compreensão de **Manuel Atienza**⁵⁶, o positivismo jurídico tem seu ciclo encerrado na pós-modernidade, dando espaço para uma nova ordem jurídica com alicerces nos direitos e garantias fundamentais. Esse rompimento de fronteiras entre o direito positivado como meio de resolução de conflitos

com base apenas em regras e o sistema de princípios (valores fundamentais) como normas serve de motivação para os julgadores serem ativistas, argumentando⁵⁷ para justificar que suas decisões são realmente legítimas.

Todo o direito resultante do ordenamento jurídico positivo ou mesmo decorrente de uma decisão judicial ativista envolve necessariamente uma pretensão de correção material, responsável por unir direito e justiça em tempos pós-modernos. Para **Robert Alexy**⁵⁸ todas as regras do ordenamento, assim como todas as decisões judiciais ativistas, devem sempre estar envolvidas de uma correção moral, de um ajuste prático axiológico, de um sopesamento e ponderação racional dos valores envolvidos como forma de legitimar a norma produzida.

A pretensão de correção⁵⁹ envolve uma pretensão de fundamentabilidade que decorre da capacidade humana de discursivamente indicar as razões de sua decisão, as quais devem estar envolvidas com os direitos fundamentais haja vista a necessária correção entre a forma e o valor, o direito (enquanto processo formalístico) e a justiça (enquanto qualitativo moral).

Desta maneira, o exercício do ativismo judicial poderá ser considerado e justificado como legítimo sempre que, avaliando axiologicamente a situação política que não foi resolvida (ou que foi mal resolvida) pelo legislador, e também as ações de escolhas políticas do administrador, fizer a sua devida aplicação ao caso concreto com a ponderação dos direitos fundamentais envolvidos, justificando argumentativamente sua escolha (de aplicador ou criador da norma) mediante um processo racional de argumentação.

No período atual de estado democrático de direito, os juízes são considerados “legítimos criadores do direito, e não simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela conveniência humana”⁶⁰.

Porém, esta posição ativista revela para alguns pensadores o temor à discricionariedade exacerbada, ao decisionismo, à arbitrariedade, o que faria dessa uma postura e atividade antidemocrática, afrontadora do Estado contemporâneo.

Luís Roberto Barroso⁶¹, embora defenda uma posição ativista, aponta os elementos de argumentação que os opositores do ativismo sustentam. Segundo o jurista, o primeiro óbice apresentado é a “dificuldade contramajoritária”, que questiona a legitimidade democrática do Judiciário em agir sobre um espaço político que pertence ao Executivo e ao Legislativo. Sustentam os adeptos desta crítica que o Judiciário seria uma instância tradicionalmente conservadora, não podendo servir para frear os interesses da maioria politicamente representada.

As críticas ainda avançam identificando a possibilidade de o exercício do ativismo judicial gerar uma indesejável instância hegemônica no Poder Judiciário, no sentido de que ele tudo pode decidir, ao que esse poder então supostamente tropeçaria na sua falta de capacidade técnica (“capacidade institucional”) para compreender todos os assuntos debatidos e sobre eles poder expressar uma opinião com consistência e conhecimento.

Luís Roberto Barroso diz que os críticos ainda apontam para os riscos de “efeitos sistêmicos” que eventuais decisões ativistas poderiam gerar, provocando elas, ao invés de uma correção, uma falha no

sistema democrático, de impactos sobre outros setores.

Por fim, a suposta falha sustentada no ativismo judicial ainda decorreria da elitização do debate, que ficaria reduzido estritamente aos que podem acessar o *locus* judicial e neste discutir as questões políticas envolvidas nos casos em disputa. Estariam eliminados do debate (o que revelaria uma afronta à democracia) aqueles que não dominam os métodos e discursos próprios da argumentação jurídica.

Dentre estes que não veem com bons olhos o ativismo judicial, ou ao menos lhe impõem sérios questionamentos e restrições, pode-se citar o jurista **Elival da Silva Ramos**. Segundo ele só é possível falar-se em ativismo judicial num estado democrático de direito se se respeitar o principal elemento do período liberal, a saber, o respeito à legalidade.

Até se pode dotar o intérprete da norma de certa liberdade de interpretação. Porém, esta liberdade deve estar sempre restrita ao texto normativo.

“A formulação doutrinária de parâmetros calcados no direito positivo para aferição do caráter ativista ou respeitoso à Separação dos Poderes da jurisprudência constitucional encontra um vasto campo de possibilidades, como o que se deve, metodologicamente, escolher aqueles pontos que se mostram mais relevantes ao tratamento da questão. O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda a e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.”⁶²

Baseado ainda nos pilares do positivismo jurídico, Elival da Silva Ramos adere (e fortalece) ao pensamento de que o ativismo judicial, “enquanto o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”⁶³, deve possuir limi-

tes dogmáticos. O primeiro deles, se não o mais importante como o próprio autor revela, é que o Poder Judiciário, ao buscar ser ativista, tem seu campo de interpretação (e, portanto, de criação) da norma previamente delimitado pelo legislador, não podendo ultrapassar esta fronteira, sob pena de ofensa à democracia, em função do desrespeito à separação dos poderes. Assim, qualquer exercício ativista estaria vinculado ao texto base da norma criada pelo ator político legislativo.

Como consequência do período liberal, normativista, fixou-se como parâmetros da legalidade e da legitimidade das ações do Poder Judiciário o exato cumprimento da regra criada pelo Poder Legislativo, ou o respeito à adoção (ou não) de políticas públicas pelo Poder Executivo. Assim, somente quando a lei autorizar, poderia o Judiciário interferir nessas esferas de atuação dos outros poderes. Logo, a produção da justiça pelo Poder Judiciário estaria limitada, circunscrita aos limites fixados pelas regras legais.

Qualquer interpretação, qualquer exercício ativista em defesa dos direitos fundamentais, revelados como fator de validade material do ordenamento jurídico, estaria limitado às normas criadas pelo legislador.

Para Elival da Silva Ramos o positivismo jurídico empresta as seguintes características para o modelo hermenêutico constitucional atual: “a) a concepção sistêmica do direito; b) a primazia das fontes estatais; c) a imperatividade e coatividade do direito; todas vinculadas, ainda, aos princípios da igualdade formal e da segurança jurídica”⁶⁴.

A postura ativista, segundo o jurista, deve partir de um processo hermenêutico que necessariamente

vincule o intérprete ao texto base da norma. Assim, ganham importância a interpretação gramatical, a histórica e, também, a axiológica (teleológica), na qual entrariam as argumentações sobre os direitos fundamentais enquanto princípios, enquanto valores. Porém, sempre vinculado às regras já existentes no ordenamento.

Elival da Silva Ramos propõe uma nova visão do positivismo jurídico. Discorre ele sobre “um positivismo renovado pelas conquistas da moderna Hermenêutica, situando a discricionariedade envolvida na tarefa de atuação da Constituição no plano estritamente dogmático”⁶⁵, tendo na lei o limite da atividade criativa judicial.

No mesmo sentido de desafiar a legitimidade do ativismo judicial e uma possível ofensa ao estado democrático de direito, Lenio Luiz Streck, questionando seus próprios estudos anteriores, sustenta que o neoconstitucionalismo (e com ele o ativismo judicial) deveria deixar de existir, eis que na tentativa de consagrar direitos fundamentais, possibilitou-se que os juízes impusessem suas opiniões pessoais sobre o direito, e, assim, o decisionismo e a discricionariedade foram os traços marcantes desse início de pós-modernidade.

Para Lenio Luiz Streck:

“O discurso axiológico no interior do direito deveria ter sucumbido junto com o paradigma filosófico que o sustentava. A despeito disso, continua-se a falar – acriticamente, por certo – em ‘valores’, sem levar em conta a sua conhecida e problemática origem filosófica. Aqui também é possível dizer que a palavra ‘valores’ assumiu uma dimensão ‘performativa’, bastando que se a invoque para que as portas da ‘crítica’ do direito se abram...! E o pior parece estar no jargão ‘princípios são valores’. Logo, por ele o jurista corrige o mundo ‘insignificante’ das regras...! Claro que o faz de acordo com os ‘seus’ valores... Princípio, *ergo sum!*”⁶⁶

Em matéria de interpretação e aplicação do direito, o ativismo judicial, segundo Lenio Luiz Streck, deve ceder espaço ao legalismo jurídico, estando o intérprete limitado ao texto da norma, sem qualquer possibilidade criativa, eis que essa criatividade se corrompe e vira arbitrariedade.

Porém, com o devido respeito às críticas acima apresentadas (e aos seus adeptos), o presente estudo irá tratar sobre uma diferente perspectiva de limites do ativismo judicial, já antes apresentada. O ativismo não necessita estar limitado ao texto base da norma, nem mesmo estar limitado pelas regras do ordenamento. O ativismo que se sustenta ser possível (ou seja, exercido com legitimidade e portanto consagrador e não ofensor da democracia) é a prática ativa de criação do direito frente ao caso concreto *apenas em matéria de direitos fundamentais* e, ainda, desde que o Poder Executivo e Legislativo *tenham sido omissos*, ou ao menos *ineficazes ou ineficientes*, nas ações praticadas. Essa seria a esfera de legitimidade da atuação ativista.

“Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhe sua própria valoração política.”⁶⁷

Estes limites serviriam para legitimar a atividade democrática ativista, assim como demonstrariam o respeito às “capacidades institucionais dos órgãos judiciais e sua possibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais”⁶⁸.

É preciso deixar claro que não se deseja com o ativismo judicial

premiar-se a liberdade, a discricionariedade ou o subjetivismo livre das decisões. O que se espera é enfraquecer os excessos do legalismo puro e possibilitar ao julgador, sempre que for necessário, construir o direito no caso concreto, legitimando suas ações por estar envolto dos direitos fundamentais e direcionado a proteger e consagrar a dignidade da pessoa humana.

Assim, quando (e somente se) o Poder Executivo e o Poder Legislativo forem inertes, não criando regras e políticas públicas para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, ou, ainda que as tenham criado, elas sejam inócuas, ineficazes, o Poder Judiciário deve agir de maneira ativista, criando o direito no caso concreto como forma de proteger a dignidade da pessoa humana e consagrar os valores da democracia constitucional.

É possível perceber, então, que o ativismo judicial sofre limites (de legitimidade) na própria democracia constitucional, pois quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo criam políticas e regras com validade material, vinculadas aos interesses da maioria que respeitem os direitos fundamentais da minoria, o Poder Judiciário não pode interferir nessa opção política adotada, sob pena de afetar o próprio estado democrático de direito.

O ativismo judicial “é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”⁶⁹. Portanto, somente em casos de ausência ou inadequação (falta de eficácia e efetividade) da regra produzida pelo legislador ou da política pública do administrador é que pode o juiz agir interpretando e criando o direito no caso concreto, pode atuar de maneira ativista. Nas demais situações, em que o legislador e o governante agem dentro do seu campo de dis-

crionariedade política respeitando os direitos fundamentais, ou em assuntos que não envolvam direitos fundamentais, não pode haver a interferência judicial.

Do que até então foi visto é possível perceber que se vivenciou na história humana a ascensão e descenso do *jusnaturalismo*, assim como do *juspositivismo*. Estes modelos mostraram-se com muitas vantagens em seu tempo, mas também se revelaram possuidores de fraquezas, as quais tornaram insustentável a sua manutenção.

Assim é que nos tempos atuais se pode falar em uma releitura do positivismo jurídico a partir do *jusnaturalismo*. Ou seja, vendo-se na constituição não mais apenas o centro de validade formal da norma mas também o arcabouço axiológico do ordenamento, busca-se reaproximar o direito do valor justiça, ou seja, derramar sobre as regras um aspecto valorativo, moral, decorrente dos princípios de direitos fundamentais. Isso é possível graças à subjetividade (justiciabilidade) dos direitos fundamentais, da possibilidade de se levar seu embate político jurídico para o cenário judicial (judicialização da política) e, nesse, atribuir-se ao juiz a possibilidade, a capacidade legítima de definir qual o real alcance dos valores fundamentais sobre a regra e dessa sobre o caso concreto. É essa postura construtiva, consagradora dos direitos fundamentais, que emerge do neoconstitucionalismo.

“A superação histórica do *jusnaturalismo* e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêu-

tica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”⁷⁰

Conforme **Daniel Sarmento**⁷¹, o neoconstitucionalismo, que tem por marco filosófico teórico o pós-positivismo, tem no juiz o grande ator, responsável por interpretar e proteger (consagrar) os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Certo é (e isso no modelo ativista proposto nesta pesquisa se respeita) que os valores da sociedade são inicialmente abstraídos pelo legislador, assim como os rumos da administração pública devem ser fixados pelo Poder Executivo. Porém, na omissão desses, ou na sua ineficácia (negligente ou proposital), compete ao Poder Judiciário definir os reais valores postos em jogo e promover a sua proteção (efetivação) em atenção à dignidade da pessoa humana.

“A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.”⁷²

Mais uma vez se afirma que o ativismo ora proposto não defende uma usurpação completa do debate político das esferas legislativa e executiva para a esfera judicial. O que ele busca é inserir valores nas regras legais existentes e, se necessário, fazer-lhe as devidas correções, os devidos ajustes de dimensão, para que no caso concreto os direitos fundamentais sejam efetivados/protegidos.

“Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.”⁷³

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial não pode ser visto como uma afronta à separação dos poderes e, assim, uma ameaça à democracia. Pelo contrário, ele é o meio pelo qual contemporaneamente se pode alcançar a concretização da democracia constitucional. O ativismo parte da ideia de que ao Legislativo e ao Executivo compete o debate público. Entretanto, na insuficiência ou ausência desses, ao Judiciário cabe adotar a postura de ativista e protetora, criativa, em relação aos princípios de direitos fundamentais.

“A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.”⁷⁴

O que o ativismo judicial pesquisado objetiva não é fazer com que os interesses políticos sejam todos debatidos na órbita judicial. Ele parte do respeito ao estado democrático de direito, que tem por base um ordenamento jurídico estabelecido pela vontade popular mediante processo de representação política. A democracia alicerça-se na ideia das regras do jogo. Todavia, na ausência destas regras ou na sua presença com imperfeições, compete

ao julgador fazer as devidas correções e estabelecer seus adequados contornos para que no caso concreto seja possível a consagração da dignidade do ser humano.

O papel ativista do julgador como intérprete e aplicador da constituição repousa em implementar e proteger os interesses da minoria frente ao desejo político da maioria, ou corrigir omissões legislativas e executivas que prejudicam a própria maioria e a minoria.

“[A] Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.”⁷⁵

É a interpretação das regras (ou a criação destas em casos de omissão e imperfeição) a partir dos direitos fundamentais que delimita e fixa os contornos da norma no caso concreto, cabendo ao juiz ativista essa posição de intérprete, aplicador, criador, definidor dos alcances normativos. Enquanto normas-princípios, direitos *prima facie*, os direitos fundamentais por si só não são capazes de radicar-se efetivamente sobre todo o ordenamento. Logo, ao intérprete julgador é a quem compete no caso concreto sopesá-los e aplicá-los, legitimando sua produção jurídica não pelo viés político

eleitoral, sim pelo argumentativo e protetivo do sistema democrático que se desenvolve pela proteção aos direitos fundamentais.

Num sistema democrático não há espaço apenas para atores políticos. Todos os integrantes das esferas de poder têm sua relevância para a consagração da dignidade da pessoa humana. Os integrantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, com sua legitimidade política, detêm competência inicial na criação de regras e de políticas públicas. Porém, igual qualificação possuem os membros do Poder Judiciário, que, de maneira ativista, não podem se quedar inertes e silentes frente às omissões, excessos e descasos daqueles, devendo sempre tomar uma postura construtiva, proativa, na proteção dos valores sociais expressos na forma de direitos fundamentais.

Assim, o ativismo judicial parece ser uma consequência natural do neoconstitucionalismo, dos tempos pós-modernos, praticamente um elemento necessário para a real compreensão da democracia constitucional. Sem uma posição ativista, consagrada, produtiva, parece imperfeito compreender-se o Estado contemporâneo como destinado a proteger e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais. Acredita-se que é da soma da judicialização dos direitos fundamentais ao exercício ativista do poder por parte do Judiciário que se pode concretizar uma proteção integral em relação à dignidade da pessoa humana, escopo maior para o qual o Estado foi criado e fim maior do Estado contemporâneo.

Considerações finais

Amparado na compreensão do Estado contemporâneo e da importância e vinculações que os direitos fundamentais representam para este modelo de organização exigido

do pela sociedade civil pós-moderna, verificou-se que a democracia constitucional define as regras a serem seguidas pelo Estado e pela sociedade civil frente aos interesses da maioria. Porém, por força da vinculação substancial trazida pelos direitos fundamentais, a democracia constitucional cria uma esfera do *decidível*, isto é, daquelas situações políticas em que o interesse da maioria define os rumos a serem tomados e, também, uma esfera do *indecidível*, que cria vinculações de ação e omissão desta maioria. Logo, a democracia constitucional seria o resultado dessas regras do jogo de escolha da maioria, somadas as obrigações de ações e omissões em atenção aos direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana das minorias.

Neste cenário criado, partiu-se então para investigar qual seria o reflexo que esse panorama pós-moderno, impulsionado pelo neoconstitucionalismo, viria a impor sobre o Poder Judiciário.

Considerando a justiciabilidade dos direitos fundamentais (decorrente do seu aspecto subjetivo ante a sua bifrontalidade), verificou-se que na pós-modernidade, em especial no período pós-segunda guerra mundial, houve uma ampliação da busca pelo Poder Judiciário para a proteção e implementação dos direitos fundamentais, o que conduziu a um processo de *judicialização da política*. O Poder Judiciário, em razão da substantivação e subjetividade dos direitos fundamentais, passou a ter um papel mais ativo na proteção dos valores ligados à dignidade da pessoa humana. Essa atividade judicial, em muitos casos, pode se revelar uma criatividade, ou seja, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais pode levar o juiz a ter de exercer uma

atuação expandida sobre as questões políticas que originariamente pertencem ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

A esta atuação ampliada do Poder Judiciário sobre a esfera política de atuação dos demais poderes como forma de proteção e implementação dos direitos fundamentais, a doutrina (com posicionamentos opostos) vem atribuindo o epíteto de ativismo judicial.

O ativismo judicial sob esta nomenclatura é fato novo, pertencente à pós-modernidade, nascido como resultado da justiciabilidade dos direitos fundamentais e da materialidade desses mesmos direitos. É fruto do processo neoconstitucional, resultado do novo olhar que a sociedade civil e o Estado passam a dar aos direitos fundamentais, inserindo-os como centro de validade formal e material do ordenamento, criando limitações e obrigações ao Estado, inclusive ao Poder Judiciário.

Seu estudo ainda não é pacífico, até mesmo porque ele nasceu com uma conotação negativa (e não poderia ser diferente, haja vista os ranços da modernidade e do legalismo jurídico que ainda existiam, vendo no juiz um mero aplicador da lei), diferente da visão construtiva e positiva que ele hoje possui. Sua primeira imagem foi de ser uma ação invasiva, e assim antidemocrática, dos juízes sobre questões políticas que deveriam ser decididas pela maioria através dos poderes Executivo e Legislativo. Porém, com o evoluir do pensamento, ainda que não haja um consenso sobre sua concepção e persista uma multidisciplinariedade de visões sobre ele (o que impede, ou ao menos retarda, a homogeneização de entendimento), o ativismo judicial pode ser tido (o que é confirmado por uma boa parcela da doutrina, à

qual este estudo se filia, e também é a corrente adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial pelo Supremo Tribunal Federal) como o exercício ativo, criativo e expansivo do juiz que decide sobre questões políticas que envolvam direitos fundamentais.

O ativismo judicial é uma postura que o Poder Judiciário deve adotar frente ao Estado contemporâneo, no qual as realidades comprovam que nem o Poder Legislativo nem o Poder Executivo estão conseguindo ser eficientes para responder a todos os desejos da sociedade, em especial em questões que envolvem valores ligados à vida digna do ser humano.

Portanto, considerando que o Estado é uno e seus poderes são tripartidos para a sua melhor execução (e não para uma divisão estanque de competências) e, ainda, que a democracia exige do Estado como um todo (e não de cada poder de maneira isolada) uma ação no sentido de proteger e implementar os direitos fundamentais, é que o Poder Judiciário passa a ter maior relevo em sua atuação, a qual espera-se, seja ativa e criativa e, se necessário for, também expansiva.

Não se buscou defender o exercício discricionário ou arbitrário do poder pelo Judiciário. Não se quer tornar o Poder Judiciário o centro de todo o poder do Estado, como se ele pudesse intervir sobre todas as questões políticas da sociedade civil.

O exercício do ativismo judicial como uma postura natural do Estado contemporâneo possui limites que asseguram a sua legitimidade.

As questões políticas devem ser objeto de discussão pela maioria, através da representatividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Porém, a democracia constitucional impõe a estes poder

es não apenas o respeito ao interesse da maioria, mas também cria obrigações e omissões em proveito desta minoria, ou seja, vincula materialmente todas as ações do Estado aos princípios de direitos fundamentais.

Desta forma, compete, sim, originariamente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo criar políticas públicas e regras que ditem os caminhos a serem seguidos pela sociedade civil de acordo com a maioria dos homens que a compõem. Entretanto, não é menos certo que estes poderes também estão obrigados a, nestas regras e ações administrativas que representam o interesse da maioria, deixar protegidos os interesses intocáveis (pois ligados à dignidade do ser) da minoria. É também obrigação do Poder Executivo e do Poder Legislativo editar regras para assegurar os interesses das minorias.

O ativismo ora defendido, e é como ele vindo sendo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, respeita as regras do jogo de acordo com os interesses da maioria. A postura ativista na sua acepção criativa e expansiva vai se dar apenas quando estas esferas originárias de competência para questões políticas forem omissas ou ineficientes. A função do Poder Judiciário é de promover uma correção material na regra posta ou suprir materialmente a ausência desta regra (ou até mesmo política pública). Aí reside a necessidade e a legitimidade do ativismo judicial.

Sempre que as regras editadas pelo Poder Legislativo estiverem em consonância com os interesses

da maioria e respeitarem (por ação ou omissão) os interesses das minorias, o Poder Judiciário não pode intervir.

Todavia, em casos de omissão legislativa e executiva, ou de imperfeição (formal e material) das regras editadas e das políticas adotadas, espera-se uma atuação expansiva, ativa e criativa do juiz, que, exercendo verdadeira prática de ativismo judicial, venha a dar efetividade (com prestação ou proteção) ao direito fundamental que estava desamparado frente a determinado caso concreto.

A legitimidade do exercício do ativismo judicial entendido como a atuação do juiz sobre a esfera política dos demais poderes para fins de proteger direitos fundamentais decorre desta falha existente nas competências do Executivo e do Legislativo.

Se um ou mais dos poderes do Estado é falho em matéria que envolve direitos fundamentais, os demais poderes devem agir. Essa obrigação de atuação como reflexo da substantivação da constituição, impõe essa postura ao Poder Judiciário que necessariamente deve ser ativista, protetivo, criador dos direitos frente ao caso concreto, corrigindo falhas e omissões dos outros poderes.

A democracia constitucional não afasta a separação dos poderes e a esse valor o ativismo judicial está atento. Ocorre que, mesmo respeitando o valor da separação dos poderes, a democracia constitucional cria vínculo de ações e omissões ao Estado, de modo que, se o poder Executivo e o Poder Legislativo falharem na proteção dos

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ESPERA (E POSSIBILITA) UM JUIZ ATIVISTA, CRIATIVO E PROTETOR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

direitos fundamentais, o Estado, pela via do Poder Judiciário, deve assegurá-los.

O bem de maior proteção para o Estado contemporâneo é a dignidade do ser humano. Essa dignidade cria valores que são absorvidos pelo sistema democrático como princípios, impondo uma vinculação formal e material sobre todo o ordenamento jurídico. Dessa vinculação material é que deflui a necessidade de em tempos pós-modernos o Poder Judiciário vir a ser ativista, agindo, quando necessário e dentro dos critérios de legitimidade, na proteção e implementação dos direitos fundamentais.

Em que pese o ativismo judicial sofra variadas críticas de nomenclatura e compreensão, a sua essência, enquanto ação expandida do Estado-juiz sobre questões políticas que deveriam ter sido objeto de atuação do legislador e do administrador, mas não foram (ou o foram com falhas materiais), ele revela uma postura que, acredita-se e tentou-se justificar com esta pesquisa (pelo que se confirmam as hipóteses levantadas), deve ser obrigatoriamente adotada pelo Poder Judiciário, pois promotora da democracia constitucional e, assim, consagrada da dignidade do ser humano como valor maior da sociedade civil e do Estado nos dias atuais. ■

Notas

1 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica, e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 25.

2 Por democracia constitucional, também compreendida como sistema democrático, pode-se entender mais do que uma representação de uma das formas de governo “do povo”. Condiz também a um meio de diálogo entre a sociedade civil e o estado. Serve para nortear a forma de organização, distribuição e limitação os poderes do Estado, conforme regras previamente estabelecidas de acordo com os interesses das maiorias (validade e legitimidade formal da norma), mas sempre protegendo (com proibições e prestações) os direitos das minorias (efetividade e legitimidade material da norma), expressos nos textos constitucionais (núcleo legal

e axiológico do ordenamento) na forma de direitos fundamentais, valores maiores da sociedade civil, bem maior a ser defendido e assegurado pelo Estado.

3 A pós-modernidade pode ser tida como o período que marca o surgimento de um novo modelo de Estado (de Direito e de Constituição). Representa o movimento intelectual que criticando a modernidade e a sua visão estática em relação a sociedade em movimento, aponta para a necessidade de uma nova forma de analisar o direito, o estado e a constituição, sobre o mundo plural, seus avanços tecnológicos, suas mudanças, suas pluralidades.

4 Neste artigo a Constituição significará a lei maior, lei fundamental e suprema de um Estado, a qual condiciona e é o centro de validade formal e substancial de todo sistema jurídico interno. Seu conteúdo é direcionado para a organização do Estado; a aquisição, distribuição e limitação dos poderes; a forma de governo; a previsão de direitos, garantias e deveres fundamentais dos cidadãos.

5 Por sociedade civil se compreenderá o “locus” onde os indivíduos dinamizam suas relações sociais, econômicas, políticas e interpessoais, ou seja, onde acontecem as mais variadas modalidades relacionais, as quais interessam ao Estado na busca da manutenção da paz social e da consagração dignidade do ser humano. A sociedade civil é algo interposto entre o indivíduo e o Estado, menor que aquele e maior que esse se analisada como medida de valor. Na realidade atual essa sociedade é plural, dinâmica, globalizada, informatizada, informada e heterogênea, de relações extremamente complexas e mutáveis dia a dia.

6 Proposições morais justificadas sobre a dignidade humana dotadas de eficácia e efetividade. Traduzem os direitos humanos, os direitos do homem, incorporados pelas constituições com o intuito de legitimar e guiar as ações do Estado.

7 Ordem política originada da sociedade civil. Surgido na modernidade por interesse dos homens (inicialmente como organização dos poderes do Estado e depois como limites e vínculos do poder do Estado), tem ele hoje (Estado contemporâneo) a função de exercer e controlar o poder político originado da Sociedade Civil, criando normas e ações (positivas e negativas, protetivas e prestacionais), assim como resolvendo conflitos, com o intuito de regular a vida dos seres humanos na promoção da sua dignidade e da paz social.

8 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica, e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 03.

9 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 140.

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* 1999. p. 47.

11 Conforme Joaquim José Gomes Canotilho a figura do estado constitucional de direito equivale a figura do estado democrático de direito. Isso porque o Estado Constitucional tem duas grandes qualidades, a de ser de direito e a de ser democrático. (*Direito constitu-*

cional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra Almedina. 2003. p. 53). Logo, para o presente estudo, os termos estado constitucional e estado democrático de direito, se equivalem. Para Thiago Fensterseifer esse estado democrático de direito, que já foi denominado de estado democrático e social de direito no início da pós-modernidade (haja vista a força que os direitos sociais tinham naquele momento), hoje, com a continuidade da sua visão constitucional dos direitos fundamentais e inserção dos direitos ambientais a este status, pode ser denominado de Estado Socioambiental de Direito. Isso ocorre porque a proteção trazida pela constituição aos direitos fundamentais alcança os direitos de liberdade individual civil e política, os direitos sociais e também os direitos coletivos, em especial, o direito ambiental. Logo, o foco do Estado em tempos de neoconstitucionalismo, de pós-modernidade, é uma preocupação completa de todos esses direitos do homem previstos na Constituição dos Estados, os quais devem ser respeitados na sua integralidade (na máxima efetivação possível de cada um) para que se possa ter uma visão completa da dignidade da pessoa humana. Só com a efetivação de uma vida digna (em todas as suas perspectivas) aos cidadãos é que o Estado mantém sua razão de existir. (*In: FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção de meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

12 A ideia de separação dos poderes nasceu de Aristóteles, em “A Política”. O filósofo afirmava que a concentração do poder político nas mãos de um só homem, era inconveniente, distinguindo, pois, três funções do estado: o deliberativo, o executivo e o judiciário. Contudo, na era moderna, o assunto ganha relevo na obra de Montesquieu (*O espírito das leis*) na qual ele sustenta a necessidade de os poderes do Estado serem fracionados para evitar a falta de liberdade dos cidadãos, afastar a corrupção e a impedir a opressão, situações negativas estas que poderiam advir do exercício cumulado de todos os poderes ou de um ou mais deles em conjunto. (*In CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade*. 2007. p. 28). Conforme Montesquieu (*In O espírito das leis*. 2000. p. 148-149) “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está unido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer que o monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente (...). Não haveria também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.

13 O neoconstitucionalismo representa movimento político, filosófico, social e jurídico, destinado a limitar os poderes do Estado mediante uma Constituição e, ainda, por esta lei maior, impor a este Estado a efetividade aos direitos fundamentais como meio de assegurar a dignidade humana.

14 Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fun-

damentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2004. p. 2).

15 A justiciabilidade é a possibilidade que o titular de um direito fundamental tem de procurar obter por ações judiciais a eficácia e a efetividade de seu direito fundamental em certa situação.

16 Para Luís Roberto Barroso “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

17 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

18 Para o jurista Luís Roberto Barroso a Judicialização da Política “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (In BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

19 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso 01 dez. 2014.

20 STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 579.

21 STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 579.

22 Idem.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

24 STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 580.

25 Idem.

26 Mesmo tendo se falado de ativismo judicial apenas na década de 1940, nos Estados Unidos, o exercício de uma atuação criativa do juiz, que afronta a competência do Parlamento, já data do século XIX junto a Inglaterra, porém não sob o epíteto de ativismo judicial. Naquela época havia a prática da “legislação judicial”, que consistia em uma sentença que tinha o *status* de se assemelhar as leis, cuja competência criativa era exclusiva do Parlamento inglês. O mesmo também se deu tempos após na Grã-Bretanha, ainda no século XIX (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*, 2013. p. 577).

27 “Os doutrinadores do ativismo judicial são juristas (Barroso, 2010, p. 94) e cientistas políticos (Tate, 1995, pp. 27-38; Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, 1999, p. 53; Maciel e Koerner, 2002, p. 127) dos mais diversos matizes ideológicos, empenhados em investigar e discutir a intervenção política do Poder Judiciário, sobretudo as decisões criativas de direitos e deveres que afetam competências presumidas dos poderes políticos representativos.” (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 577).

28 STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 577.

29 Para Carlos Luiz Strapazzon há pelo menos outros cinco usos correntes do termo ativismo judicial que destoam do adotado nesta pesquisa (de ser o ativismo o exercício ativo e criativo do juiz na proteção e efetivação dos direitos fundamentais quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo são inertes e/ou ineficazes), a saber: 1. Controle judicial de interpretação constitucional possível; 2. Inovação judicial contrária a precedentes; 3. Decisão judicial com efeitos *erga omnes*; 4. Decisão judicial que não segue cânones interpretativos e, por fim, 5. Decisão judicial que se desvia de objetivos especiais (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 584).

30 STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 574.

31 Carlos Luiz Strapazzon cita exemplificativamente os seguintes pesquisadores que, como ele, defendem a expansão das funções jurisdicionais a partir da vinculação substancial que

os direitos fundamentais inserem nas constituições e com isso no cenário democrático de um Estado contemporâneo: Robert Alexy; Gustavo Zagrebelsky, Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. p. 575).

32 O pós-positivismo representa o movimento jurídico surgido a partir do século XX e fortalecido no XXI, que faz surgir novas compreensões sobre os princípios, as normas e os valores, assim como dotado de técnica de hermenêutica argumentativa e da teoria dos direitos fundamentais, destinado a criar novos paradigmas para a visão do estado, da constituição e da sociedade civil.

33 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

34 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 31.

35 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 02.

36 Idem, *ibidem*, p. 32.

37 MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. 1994. p. 76.

38 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica, e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 33.

39 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2009. p. 378.

40 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

41 KOERNER, Andrei *et al.* Sobre o Judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. p. 153.

42 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. p. 279.

43 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 33.

44 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* 1999. p. 47.

45 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 33.

46 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. 2011. p. 279.

47 O conceito operacional de ética para esta pesquisa decorre da compreensão de ação ou omissão do Estado estar de acordo com os valores morais, positivados nas constituições como direitos fundamentais. Conforme Osvaldo Ferreira de Melo “Cabe à ética decidir qual seja a resposta sobre o que moralmente correto; ao Direito sobre que seja racionalmente justo e à Política, sobre o que seja socialmente útil. Seriam estes três caminhos, aqueles que apontariam uma forma racional de buscar o bem, o bom e o belo na vida social” (In: MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. 1994. p. 18).

48 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaoodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

49 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 2009. p. 12.

50 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*. 2011. p. 266.

51 Conforme Manuel Atienza “a teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos”. Para ele as Teorias da Argumentação enquanto mecanismos de legitimação e justificação das ações do poder Judiciário podem se distinguir em três diferentes campos jurídicos, a saber: “o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas” ocorridos numa fase pré-legislativa de escolhas realizadas pelo legislador para a criação da norma; “o da aplicação de normas jurídicas a aplicação de casos” e; por fim, e o que mais interessa ao presente estudo (sem querer se negar a importância dos demais campos da argumentação) é o da “dogmática jurídica”, em especial quanto a sua capacidade de critérios, argumentos, para facilitar (e até mesmo justificar) a tomada de uma decisão jurídica legítima quando da aplicação de uma norma ao caso concreto. Conforme Manuel Atienza dentre as mais variadas Teorias da Argumentação Jurídica nascidas na década de cinquenta, já num cenário pós-segunda guerra mundial, tiveram (e merecem) destaque as obras de: a) Theodor Viehweg (*Topic und Jurisprudenz*); Chaim Perelman (*La nouvelle rhétorique: Traité de l'argumentation*); Stephen E. Toulmin (*The uses of argument*); Neil MacCormick (*Legal reasoning and legal theory*) e, por fim, Robert Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*). (In: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, 2006. p. 18).

52 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2002. p. 167.

53 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2002. p. 172.

54 Idem, ibidem, p. 167.

55 VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando*

a distinção entre regras, princípios e valores. 2009. p. 4.

56 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. p. 44.

57 (...) A abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável, mas ela é uma abertura qualitativa. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo. A base aqui apresentada fornece a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas de argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação, no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre esta base é racionalmente estruturada (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2008. p. 574).

58 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2008. p. 111.

59 Na aplicação da norma ao caso concreto deve haver uma pretensão de correção a vinda do direito positivo que torna formalmente válida a norma. Paralela a essa pretensão formal, existe também uma pretensão de correção substancial, determinada pela vinculação do direito positivo à moral, esta, inserida nos textos constitucionais na forma de direitos fundamentais. Essa pretensão de correção material servirá como o elo de ligação entre o texto positivo (frio e distante da realidade) com os valores e situações postos em jogo, cujo objetivo seria delinear no caso concreto o alcance da norma discutida, justificando a decisão daí decorrente (seja ela ativista ou positivista) mediante um processo de racionalidade argumentativa. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2008. p. 189).

60 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2007. p. 120.

61 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaoodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2014.

62 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. 2010-168.

63 Idem, ibidem, 2010-219.

64 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. 2010-305.

65 Idem, ibidem, 2010-307.

66 STRECK, Lenio Luiz. *Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

67 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaoodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

68 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaoodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 Mar. 2013.

69 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

70 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2010. p. 351-352.

71 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. 2011. p. 87.

72 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

73 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

74 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

75 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*. O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

AVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2009.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2008. p. 209.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, n. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, jul.-dez., p. 175.
- _____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- _____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro de. *Teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.
- _____. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- _____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- _____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica – CCJ/FURB* ISSN 1982 - 4858 v. 11, n. 21, p. 133 - 147, jan./jun. 2007.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Habitus, 2006.
- _____. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar. *Reflexões da pós-modernidade: estado, direito e constituição*. 2008.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2006.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 2009.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de direito constitucional*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DEL NEGRI, André. *Controle e constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009.
- DO VALLE, Juliano Keller; MARCELINO JUNIOR, Júlio Cesar. *Reflexões da pós-modernidade: Estado Direito e Constituição*. São Paulo: Conceito Editorial 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously. MOTTA, Eduardo Maurício (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- MOTTA, Maurício Eduardo. (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção de meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERRAZ, Ana Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. In: (org.) MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti. *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2005.
- GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. *Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: M. Claret, 2006.

LUCAS VERDÚ, Pablo. A luta pelo Estado de Direito; tradução e prefácio: Agassiz Almeida Filho. *A luta pelo estado de direito*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELO, Osvaldo Ferreira de Dias, in (org.) DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito editorial, 2009.

_____. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 2000.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson; BETINI, Lucia helena Poletti (orgs.). *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NALINI, José Renato. *A rebelião da Toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismo e anti-humanismo: introdução a antropologia filosófica*. 12. ed. rev. e amp. Petrópolis: Vozes, 1990.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAINE, Thomas *apud* NORBERTO BOBBIO, *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2011.

PASOLD, Cesar. *Concepção para o estado contemporâneo: síntese de uma proposta*. Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/conceptaoparaoestadocontemporaneo.doc>>. Acesso em: 26 dez 2012.

_____. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo : Conceito Editorial, 2011.

_____. *Primeiros ensaios de teoria do estado e da constituição*. Curitiba: Juruá, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid [Espanha]: Boletín Oficial del Estado, 1999.

_____. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre, RS: Liv. do Advogado, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: Sarlet Ingo Wolfgang (org.) *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola superior da magistratura do Rio Grande do Sul (ajuris), 2006.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Jurisdição constitucional: função da República*. Linhagens de uma teoria da interpretação evolutiva dos direitos fundamentais. Florianópolis, SC, 2011. 170 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2011.

_____; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín – Colombia. v. 43, n. 119, p. 567-624. Anero/Junio. 2013, p. 573.

STRECK, Lenio Luiz. *Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2006.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume III. Os direitos humanos e a tributação. Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. In: MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Título original: Il diritto mite: legge dirittigistizia*. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Manuela Carvalho de Oliveira Rocha

Advogada

Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa

Pós-graduanda em Direito Administrativo (UCAM)

Excertos

“A relação entre o particular e o poder público é fundamentada sob um prisma vertical ou hierárquico, vez que o ente estatal no exercício de suas atividades tem o dever de assegurar a primazia do interesse público primário, ou seja, o bem comum”

“Apesar do Estado possuir poderes de império para atuar no interesse coletivo, isso não significa que possui autonomia para restringir os direitos dos particulares a seu bel prazer, mas sempre atrelado e obedecendo à lei”

“O princípio da indisponibilidade do interesse público contrasta totalmente com a supremacia do interesse público, porquanto vem a limitar as exorbitâncias estatais com o intuito de evitar a utilização dos poderes conferidos para a tutela de direitos próprios”

“Os entes políticos e seus demais órgãos não podem atuar desenfreadamente, sem observar a legislação e os princípios atinentes”

Introdução

No tocante ao trato com a coisa pública, verifica-se que a administração pública deve atender os fins legislativos, uma vez que atua de forma vinculada. Sendo assim, não poderá cometer excessos utilizando-se da efetivação do interesse público como justificativa, sob pena de propositura de demandas judiciais por particulares.

1. Regime jurídico da administração pública

De acordo com o entendimento moderno acerca das funções típicas da repartição dos poderes, observa-se que compete precipuamente ao Poder Executivo a gestão de governo e a administração dos seus órgãos, entidades e agentes públicos quando atuam em seu nome. Nestes termos, o ordenamento jurídico impõe ao Estado uma atuação pautada na satisfação do interesse social, já que o poder emana do povo e a administração é instituída justamente para representar a vontade pública.

Sendo assim, os entes estatais quando agem visando o interesse público possuem prerrogativas e garantias inerentes à sua função que só podem ser utilizadas para o bem da coletividade. Portanto, é vedado à administração pública se utilizar

dos seus poderes especiais para sobrepor os seus interesses pessoais em detrimento do interesse público.

Dito isso, afirma-se que o regime jurídico administrativo nada mais é do que um sistema de ponderação entre as garantias que a lei prevê para o Estado no alcance ao interesse público e as restrições também impostas com o objetivo de impedir o desvio de finalidade estatal.

É o que se depreende do ensinamento dos juristas **Marcelo Alexandrino** e **Vicente Paulo**: “O denominado ‘regime jurídico-administrativo’ é um regime de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a administração pública e à atuação dos agentes administrativos em geral. Baseia-se na ideia de existência de poderes especiais passíveis de serem exercidos pela administração pública, contrabalançados pela imposição de restrições especiais à atuação dessa mesma administração, não existentes – nem os poderes nem as restrições – nas relações típicas do direito privado. Essas prerrogativas e limitações traduzem-se, respectivamente, nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público” (Alexandrino, Marcelo; Paulo, Vicente, 2011, p. 10).

A doutrinadora **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** compartilha da mesma posição/opinião ao afirmar que “basicamente pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, 2012, p. 61).

2. Supremacia do interesse público sobre o privado

Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se revela de grande importância para a administração pública, visto que

consagra a possibilidade de o poder público estabelecer limitações às garantias e direitos individuais em prol do interesse coletivo.

Ademais, para que o Estado possa cumprir as atribuições que lhe são determinadas pelas leis e pela Constituição Federal, é necessária a outorga de determinados privilégios sobre os particulares para que possa defender as necessidades gerais de toda a sociedade.

Desta forma, a relação entre o particular e o poder público é fundamentada sob um prisma vertical ou hierárquico, vez que o ente estatal no exercício de suas atividades tem o dever de assegurar a primazia do interesse público primário, ou seja, o bem comum.

Nesse sentido, percebe-se que as normas consagram inúmeros exemplos em que a supremacia do interesse público deve prevalecer sobre o particular, tais como, a desapropriação, as cláusulas exorbitantes naturais dos contratos administrativos e o tombamento.

Ora, vejamos, a propriedade que não cumpre a sua função social produtiva, e é abandonada pelo seu proprietário sem acarretar proveito nenhum à sociedade, poderá nesses moldes ser desapropriada pelo Estado para fins de utilidade, necessidade ou interesse social. Outrossim, os contratos administrativos possuem cláusulas exorbitantes implícitas assegurando à administração pública posição de vantagem, podendo nesses casos rescindir o contrato unilateralmente por motivo de interesse público ou alterar o contrato, diferentemente do que ocorre no direito privado, onde as partes possuem presumidamente direitos iguais. O tombamento, por sua vez, trata-se de intervenção administrativa na propriedade privada para preservação do patrimônio histórico e cultural de toda a população.

Consoante ao tema, sintetiza **Alexandre Mazza**: “A supremacia do interesse público sobre o privado, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou da finalidade pública, princípio implícito na atual ordem jurídica, significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares. A outorga dos citados poderes projeta a Administração Pública a uma posição de superioridade diante do particular” (Mazza, Alexandre, 2012, p. 79-80).

Todavia, apesar do Estado possuir poderes de império para atuar no interesse coletivo, isso não significa que possui autonomia para restringir os direitos dos particulares a seu bel prazer, mas sempre atrelado e obedecendo à lei. Sobre o assunto coadunam **Fábio Nadal** e **Valedir Ribeiro Santos**: “O termo ‘supremacia’ significa eliminação, supressão de direito particular para atender ao interesse coletivo. Entretanto, isso não significa que a Administração Pública tenha o poder de amesquinhar o direito do particular sob o fundamento da supremacia do interesse público, caso em que o lesado poderá socorrer-se ao Poder Judiciário para a proteção dos seus direitos” (Nadal, Fábio; Santos, Valedir Ribeiro, 2007, p. 34).

3. Indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público contrasta totalmente com a supremacia do interesse público, porquanto vem a limitar as exorbitâncias estatais com o intuito de evitar a utilização dos poderes conferidos para a tutela de direitos próprios.

Com efeito, entende-se que os entes políticos e seus órgãos têm o dever de administrar e exercer suas atividades com zelo e eficiência, buscando nunca se distanciar do objetivo maior, qual seja, a proteção ao interesse geral.

Nesse diapasão, com base no que preceituam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, verifica-se que, ao mesmo tempo que a administração possui poderes especiais que excedem ao direito comum, sofre também limitações em sua atuação que não existem para os particulares. Essas restrições decorrem do fato do Estado não ser dono da coisa pública, não sendo também titular do interesse público e muito menos proprietário do patrimônio público, mas sim o povo (Alexandrino, Marcelo; Paulo, Vicente, 2011, p. 11).

Desse modo, são garantias legislativas, quanto à indisponibilidade, a imprescindibilidade de licitações para contratar com o poder público e a realização de concurso público para contratação de servidores públicos efetivos e empregados, medidas utilizadas para impedir o Estado de agir em benefício próprio ou de outrem, o impelindo a atuar corretamente, sem exceder aos limites e a destinação específica do seu poder.

4. Princípios constitucionais expressos

A nossa atual carta magna consagra outros princípios intrínsecos a serem observados no trato com a coisa pública. Dentre eles, destacam-se a *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*, todos previstos no art. 37 da Constituição Federal.

De acordo com o princípio da legalidade o poder público só pode atuar quando a lei permite expressamente ou autoriza; o que há, portanto, é uma subordinação do Estado à lei, que não pode agir fora dos moldes legais.

Já o princípio da impessoalidade proíbe que os atos dos agentes públicos discriminem as pessoas que serão atingidas por eles. Não é relevante para a administração pública ter conhecimento acerca de quem será beneficiado ou prejudicado pelo ato. A Impessoalidade também é aplicável sob a ótica do agente; nesse caso, os servidores por atuarem em substituição ao Estado têm suas condutas imputadas ao órgão que representam.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a impessoalidade exige objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, 2012, p. 68).

A moralidade, por sua vez, requer do agente honestidade e boa-fé no trato com o patrimônio público. **Antonio Cecílio Moreira Pires** corrobora tal posicionamento ao afirmar que: “O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto” (Pires, Antonio Cecílio Moreira, 2006, p. 24).

No que diz respeito à publicidade, entende-se que é o dever de transparência dos atos praticados pelo Estado. Em regra, a atuação dos entes deve ser conhecida, pública e notória para que os administrados possam exercer o controle externo.

Finalmente, a eficiência se verifica pela obtenção do máximo de resultados positivos ao interesse social com o mínimo de gasto possível.

5. Jurisprudência

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Publicidade institucional. Inteligência do art. 37, § 1º, da Carta Magna. Campanha publicitária sob o pretexto de comemorar o aniversário da cidade. Divulgação de filmes, anúncios, jingles, outdoors e distribuição de livretos com encarte destacando mais de 800 obras realizadas por aquele governo. Prefeita candidata à reeleição no mesmo ano. Estratégia de marketing da campanha eleitoral focada exatamente na sua capacidade de governar e de ter feito mais de 800 obras durante a gestão. Elo indistigável entre as duas formas de publicidade, o que evidencia, mesmo em caráter subliminar, a intenção de promoção pessoal, com verbas públicas.

Configuração da conduta descrita no art. 10, XI, da Lei n. 8.429/92. Ressarcimento integral do dano (art. 12, II, da LIA). “Perde o caráter informativo e educativo, prestigiados pelo art. 37, § 1º da CRFB/88, a propaganda institucional, que vincula a matéria divulgada ao governante e seu partido político, configurando lesão ao erário, passível de ressarcimento” (Apelação Cível n., de Blumenau, rel. Desa. Sônia Maria Schmitz, Terceira Câmara de Direito Público, j. 3-6-2009). (TJ-SC - AC: 354007 SC 2007.035400-7, Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Data de Julgamento: 04/04/2011, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n., da Capital). (grifos nossos)

In casu, nota-se que o apelante é o Ministério Público e seu pedido consubstancia-se no ressarcimento ao erário através de ação civil pública fundamentada em ato de improbidade que atentou contra os princípios da administração pública. O julgamento em questão frisa a proibição contida no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, posto que as obras públicas não podem ser objeto de propaganda política. O legislador foi bem claro ao pre-

ver que as obras e serviços executados pelos órgãos públicos não devem mencionar nomes ou até mesmo imagens ou símbolos que configurem a promoção pessoal de autoridades públicas ou agentes (Constituição Federal, RIDE-EL, 2013).

Percebe-se que a apelada era à época candidata política e deixou transparecer

o fato de terem sido realizadas mais de oitocentas obras no seu governo com o intuito de utilizar a informação para sua promoção pessoal, já que concorria à reeleição.

Nesse caso, resta evidenciada a ofensa ao princípio da impessoalidade, uma vez que é o próprio Estado que atua por meio do agente político na realização do bem geral e não o inverso.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO SE REVELA DE GRANDE IMPORTÂNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6. Conclusão

Com os temas abordados, percebe-se que os entes políticos e seus demais órgãos não podem atuar desenfreadamente, sem observar a legislação e os princípios atinentes. O Estado passou a ter os seus atos controlados, sendo impedido a praticá-los de maneira correta, conforme a lei e sem prejuízo

de terceiros. Outrossim, a hegemonia estatal deve ser exercida de modo a beneficiar a coletividade, respeitando os direitos individuais quando possível. ■

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade mecum* universitário de direito RIDEEL. 13. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível 354007.2007.035400-7, julgada em 04 de abril de 2011. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Disponível em: <http://www.tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18662181/apelacao-civel-ac-354007-sc-2007035400-7> >. Acesso em 12 de agosto de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADAL, Fábio; SANTOS, Vauledir Ribeiro. *Como se preparar para o exame de ordem: 1ª fase: administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira. *Direito administrativo*. São Paulo: DPJ, 2006.

A RESCISÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS: A ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA PENAL E O DIREITO DO VENDEDOR À INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO IMÓVEL

Danilo Joaquim de Lima

Especialista em Direito Contratual

Advogado do escritório Carmona Maya, Martins e Medeiros Advogados Associados

Excertos

“A cláusula penal é uma prévia fixação da indenização a ser recebida pelo contratante que não deu causa ao rompimento do vínculo contratual”

“A inadimplência contratual tem como um dos efeitos o desfazimento da avença, de modo que a consequência da extinção do contrato é as partes retornarem ao status anterior à sua celebração”

“No caso de fruição indevida do imóvel após o inadimplemento, a indenização foge do campo do direito pessoal e passa para o direito real, ou seja, trata-se da violação do direito de propriedade do vendedor”

Os tribunais pátrios consolidaram o seu entendimento no que se refere à necessidade de readaptação da cláusula penal nos contratos de compra e venda de imóveis para permitir a retenção pelo vendedor de parte dos valores pagos pelo comprador nas hipóteses de rescisão contratual por culpa do adquirente.

Em pesquisas jurisprudenciais constata-se que o percentual de retenção varia entre dez e 30% do valor efetivamente pago pelo adquirente, a fim de indenizar o vendedor com os prejuízos advindos do inadimplemento contratual.

No entanto, o direito de retenção e a abrangência da cláusula penal em referidos contratos têm se apresentado como questão tormentosa nos tribunais, especialmente em relação à necessidade

de o vendedor ser indenizado pela ocupação do imóvel quando o descumprimento do contrato ocorre após o adquirente ter se imitado na posse do bem objeto do contrato de compra e venda.

Diversos são os julgados em que se determina a retenção dos valores desconsiderando os prejuízos advindos pela fruição indevida do imóvel após o descumprimento culposo do contrato pelo adquirente, ou seja, entende-se que a cláusula penal abrangeria todos os prejuízos sofridos pelo vendedor, dado o seu caráter reparatório.

Nesse sentido, em linhas gerais, há que se destacar que a cláusula penal é uma prévia fixação da indenização a ser recebida pelo contratante que não deu causa ao rompimento do vínculo contratual, ou seja, trata-se de um pacto acessório que visa assegurar o cumprimento da obrigação ou de determinada cláusula contratual.

O ponto principal a ser esclarecido em hipóteses em que o adquirente permanece na posse do imóvel após o descumprimento contratual é que há dois títulos, um de natureza pessoal, ou seja, contratual, pertencente ao campo dos direitos das obrigações, e outro de natureza real.

De fato, tem razão a jurisprudência ao afirmar que a cláusula penal também tem função reparatória, todavia, a sua função se limita ao campo contratual.

Neste campo abarcado pela cláusula penal estão os danos decorrentes do descumprimento contratual, na medida em que houve a quebra de um vínculo que deveria ser cumprido até o fim. No entanto, o que se discute é a indenização decorrente de esbulo, ou seja, pelo período em que o adquirente permaneceu no imóvel, mesmo após notificado para

sua desocupação, sem entregar qualquer contraprestação.

Não se pode perder de vista que a simples violação do direito de propriedade gera o dever de indenizar, uma vez que o proprietário fica impedido de exercer o seu direito de propriedade garantido constitucionalmente, isso porque tal proteção é um dos pilares de sustentação do estado democrático de direito, conforme previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

O simples impedimento de usar e fruir do bem imóvel permite ao vendedor pleitear a indenização, de modo que ampliar o alcance da cláusula penal a prejuízos advindos pela violação de outro bem jurídico vai de encontro à sistemática vigente.

Assim, a esfera de direitos do vendedor é violada em dois momentos pelo adquirente: (i) ao romper o contrato de maneira culposa (inadimplemento); e (ii) ao permanecer no imóvel após a inadimplência.

Isso porque a inadimplência contratual tem como um dos efeitos o desfazimento da avença, de modo que a consequência da extinção do contrato é as partes retornarem ao *status* anterior à sua celebração. E justamente em razão desse efeito é que se devolve ao adquirente parcela substancial dos valores pagos, permitindo a retenção de determinado percentual pelo vendedor (cláusula penal). Também em razão desse efeito, o vendedor deve ser reintegrado na posse do imóvel, de modo que a sua ocupação pelo adquirente por tempo considerável, posterior ao inadimplemen-

to, gera o dever por parte deste de indenizar o vendedor.

O erro da tese de que a cláusula penal abrangeria todos os prejuízos advindos do contrato reside na equivocada interpretação do parágrafo único do artigo 416 do Código Civil¹. Referido dispositivo legal prevê que mesmo se o prejuízo exceder o previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar, salvo se houver disposição contratual expressa nesse sentido. Nesta segunda hipótese, o valor da cláusula penal seria o piso da indenização, cabendo ao credor provar os prejuízos excedentes.

Embora em um primeiro momento possa se ter em mente que o vendedor não poderia pleitear indenização

pela fruição do imóvel, se analisada a questão de forma sistêmica, verifica-se que tal entendimento se mostra equivocado, na exata medida em que referido dispositivo legal se aplica para as hipóteses em que o descumprimento da obrigação tenha causado prejuízos maiores do que o previsto contratualmente. No entanto, os prejuízos tem que ter a mesma natureza, ou seja, pessoal.

No caso de fruição indevida do imóvel após o inadimplemento, a indenização foge do campo do direito pessoal e passa para o direito real, ou seja, trata-se da violação do direito de propriedade do vendedor. A fruição indevida não ocorre em razão do descumprimento do contrato e sim em razão da má-fé do adquirente em permanecer no imóvel até a reintegração do vendedor na sua posse.

O SIMPLES IMPEDIMENTO DE USAR E FRUIR DO BEM IMÓVEL PERMITE AO VENDEDOR PLEITEAR A INDENIZAÇÃO

A situação em questão é de fácil percepção quando examinada com mais cautela. Da análise do rompimento do contrato não se pode concluir que a fruição seja uma causa direta deste evento ocorrido no âmbito do direito pessoal, pois, conforme já mencionado anteriormente, o desfazimento da relação contratual coloca as partes no *status* anterior ao da celebração do contrato e, assim, o adquirente de boa-fé deveria restituir as chaves do imóvel ao vendedor e não permanecer na sua posse até a reintegração pelas vias judiciais.

A fruição indevida do imóvel é causa absolutamente independente, constituindo-se, portanto, dano diverso daquele resultante do descumprimento contratual; ou seja, o descumprimento do contrato e a fruição indevida do imóvel constituem-se causas autônomas de violação de dois direitos também autônomos do vendedor e pertencentes à esferas distintas do direito civil.

Assim, não se pode estender os efeitos da cláusula penal para hipóteses de ressarcimento de prejuízos derivados de lesão a direito diverso daquele abrangido pelo contrato. O entendimento jurisprudencial no sentido da cláusula penal abranger os prejuízos advindos da fruição do imóvel estende o efeito do contrato além daquilo que as partes pretenderam no momento da celebração.

Além de violar a liberdade de contratar das partes, portanto, referido entendimento permite o enriquecimento injustificado do adquirente de má-fé que permanece na posse do imóvel após a rescisão contratual. Isso porque ele ocupará o imóvel até que ocorra a reintegração judicial da posse sem entregar qualquer contraprestação ao vendedor. Em outras palavras,

o vendedor sofrerá diversos prejuízos, ao passo que o adquirente se beneficiará da sua má-fé.

Tal situação, além do acima exposto, vai de encontro à base principiológica do Código Civil e gera um desequilíbrio nas relações contratuais que o legislador buscou evitar quando do advento da nova codificação, que trouxe para o ordenamento jurídico novos princípios, bem como uma nova forma de aplicação do direito, seguindo as tendências do direito europeu. De acordo com a novel legislação, muitos dos seus artigos constituem cláusulas gerais, ou seja, se apresentam como uma espécie de “moldura” para que o julgador preencha “a tela do quadro” de acordo com o caso concreto. Em outras palavras, o magistrado tem à sua disposição normas gerais, devendo aplicá-las de acordo com cada caso.

E para casos como o ora analisado, o Poder Judiciário poderia valer-se da aplicação dessa base principiológica ou cláusulas gerais para evitar situações de desequilíbrio nas relações jurídicas como, por exemplo, ao fixar a indenização pela fruição indevida, utilizar o instituto da compensação para ajustar as dívidas (restituição das parcelas pagas x indenização pela fruição indevida do imóvel) já que referida hipótese se encaixa perfeitamente naquela prevista no artigo 368 do Código Civil.

Muitas são as alternativas e ferramentas postas para o magistrado solucionar casos como o acima exposto; no entanto, não se pode perder de vista que a jurisprudência não pode se distanciar dos princípios norteadores do direito civil sob o argumento de proteger os consumidores das grandes construtoras e incorporadoras, pois não se pode negar

vigência a qualquer dispositivo legal – e constitucional, no caso da propriedade – devendo as normas jurídicas ser aplicadas de forma harmônica, ainda que não pertençam ao mesmo sistema (ou microsistema) jurídico. ■

Nota

1 Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

CIVIL E COMERCIAL

NOIVA QUE DESISTE DE VESTIDO NÃO DEVE PAGAR VALOR INTEGRAL DO ALUGUEL

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Apelação Cível do Juizado Especial n. 20140110297866

Órgão Julgador: 3a. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal

Fonte: DJ, 13.11.2014

Relatora: Desembargadora Edi Maria Coutinho Bizzi

EMENTA

CONSUMIDOR. PRIMEIRA LOCAÇÃO DE VESTIDO DE NOIVA. CASAMENTO CANCELADO. RESERVA DO VESTIDO POR LONGO PERÍODO. REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL PARA METADE DO VALOR DO ALUGUEL.

1. Mostra-se excessiva e desproporcional a retenção integral do valor da locação de vestido de noiva não usado em virtude do cancelamento do casamento. Todavia, considerando que se tratava de primeira locação e que o vestido ficou reservado por longo período (mais de oito meses), revela-se razoável o arbitramento de multa de 50% do valor do aluguel. 2. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3a. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, EDI MARIA COUTINHO BIZZI – Relatora, LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR – Vogal, MARCO ANTONIO DO AMARAL – Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora EDI MARIA COUTINHO BIZZI, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. PROVIDO PARCIALMEN-

TE. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2014

Documento Assinado Digitalmente

12/11/2014 – 16:18

Desembargadora EDI MARIA COUTINHO BIZZI

Relatora

RELATÓRIO

Busca a autora com esta demanda reparação por danos morais e devolução de R\$3900,00 pagos pela locação de vestido de noiva confeccionado pela ré. Afirma que cancelou o casamento marcado para 8 de junho de 2012 e solicitou a devolução da quantia paga, que foi recusada pela ré.

A juíza de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a restituir à autora a quantia de R\$2730,00 correspondente a 70% da quantia paga pela locação. Considerou que não ficou demonstrado que a autora era a primeira a alugar o vestido e que a retenção integral é abusiva, motivo pelo qual fixou multa de 30%.

Recorre a ré. Informa que a autora alugou o vestido seis meses antes do evento marcado para junho de 2012, mas em maio solicitou prorrogação para novembro, quando então cancelou o casamento e solicitou a devolução. Sustenta que ficou impedida por um ano de alugar o vestido. Alega que pretendia provar por meio de testemunha que o contrato era de primeira locação. Afirma que o vestido foi confeccionado de forma personalizada para a autora. Sustenta que, se o serviço foi prestado conforme ajustado, é devido o pagamento do aluguel.

Recurso tempestivo (fls. 58).

Preparo regular (fls. 63/66).

Contrarrazões às fls. 68/71.

É o breve relato.

VOTOS

A Senhora Desembargadora EDI MARIA COUTINHO BIZZI – Relatora

Eminentes pares!

Quanto a preliminar de cerceamento de defesa, a autora reconhece que encomendou o vestido de noiva para primeira locação (fl. 39). Desnecessária, portanto, a prova testemunhal pretendida pela ré.

No tocante ao mérito, a sentença merece parcial reforma.

Em 25 de outubro de 2011, as partes, pelo preço de R\$3.900,00, celebraram contrato para confecção e locação de vestido de noiva para o casamento da autora, programado para 08 de junho de 2012.

Na véspera do evento e após o pagamento do preço, o casamento foi cancelado, tendo a contratada se recusado a restituir o valor recebido sob a alegação de que o contrato estabelecia que “em nenhuma hipótese” seria devolvido o preço pago.

A MM. Juíza sentenciante reconheceu abusividade na cláusula que vedava a restituição da importância paga e condenou ré a restituir 70% do valor da locação do vestido.

Convém esclarecer inicialmente que a situação em tela não se subsume à hipótese prevista no art. 49 do CDC que faculta ao consumidor a possibilidade de resilir unilateralmente o contrato. Isso significa que neste contrato a desistência por parte do consumidor impõe a ele os consectários do desfazimento do negócio e a assunção das perdas e danos experimentadas pelo fornecedor.

Evidentemente que a vocação protetiva do CDC imuniza o consumidor contra condutas abusivas. O art. 6º, V do mencionado diploma legal estabelece que constitui direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

O contrato de locação (fl. 4) informa que o valor de venda do vestido e acessórios correspondia a R\$12500,00 e o valor do primeiro aluguel era

R\$3900,00. Esse contrato foi assinado em outubro de 2011, ou seja, oito meses antes do casamento marcado para junho de 2012, sem contar a prorrogação solicitada pela autora.

A ré ficou, portanto, com o vestido reservado com exclusividade para a autora por longo período. Naturalmente teve consideráveis gastos para confeccionar o vestido e, a despeito disso, ficou impedida de recuperar esse investimento e auferir renda com sua atividade. Não pode prevalecer, à luz dessas especificidades, a alegação de que a aplicação de cláusula penal se mostra abusiva e contrária aos preceitos do CDC.

A situação em foco em nada se assemelha a outros contratos de prestação de serviço que a noiva eventualmente tenha celebrado em que o serviço nem sequer foi executado ou disponibilizado (Buffet, decoração, cerimonialista, etc). No presente caso, o atelier confeccionou o vestido e o reservou por pelo menos oito meses à autora. Logo, houve prestação do serviço, motivo pelo qual não se mostra razoável e proporcional o arbitramento de multa em 30%.

Por mais extensa que seja a malha de proteção do consumidor, não se pode perder de perspectiva a razoabilidade e o equilíbrio nas relações negociais, cujo norte serão sempre os dispositivos contratuais iluminados pela regras protetivas que emanam do Código de Defesa do Consumidor, sem distanciar-se de um ou de outro.

Assim, penso que se mostra mais razoável e proporcional o arbitramento de multa de 50% pela desistência, tendo-se em conta o fato de ser a primeira locação e o período em que o vestido ficou reservado com exclusividade para a autora.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso para majorar a multa para 50% e reduzir a condenação para R\$1950,00 (mil novecentos e cinquenta reais).

Sem custas ou honorários.

O Senhor Desembargador LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR – Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador MARCO ANTONIO DO AMARAL – Vogal

Com a Turma.

DECISÃO

CONHECIDO. PROVIDO PARCIALMENTE. UNÂNIME.

IMOBILIÁRIO

CIÊNCIA DO CONDOMÍNIO ACERCA DA ALIENAÇÃO E A EFETIVA IMISSÃO NA POSSE DO PROMISSÁRIO COMPRADOR SÃO INDISPENSÁVEIS PARA A RESPONSABILIDADE DO PROMISSÁRIO COMPRADOR PELO PAGAMENTO DOS DÉBITOS CONDOMINIAIS

Superior Tribunal de Justiça

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 524165/SP

Órgão Julgador: 3a. Turma

Fonte: DJ, 27.11.2014

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA. ADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROMISSÁRIO COMPRADOR. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que enten-

de cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, de dispositivos apontados como violados no recurso especial, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ.

3. O reconhecimento da responsabilidade do promissário comprador pelo pagamento dos débitos condominiais exige a comprovação da ciência do condomínio acerca da alienação e a efetiva imissão na posse do promissário comprador. Precedentes.

4. Rever os fundamentos do aresto combatido demandaria a alteração das premissas fático-probatórias dos autos, procedimento vedado nesta via recursal, ante o teor da Súmula nº 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2014

(Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por LAUREANO MARTINS E OUTRO contra decisão (fls. 322-327 e-STJ) que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial.

Naquela oportunidade, concluiu-se por: (i) ausência de contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, (ii) falta de prequestionamento do art. 333 do Código de Processo Civil e (iii) incidência da Súmula nº 7/STJ acerca

da legitimidade passiva em ação de cobrança de cota condominial.

Nas razões do regimental (fls. 330-353 e-STJ), os agravantes aduzem, em síntese, “que em nenhum momento o condomínio comprovou a posse do promissário comprador, portanto não se desincumbiu da produção da prova constitutiva do seu direito”.

É o relatório.

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 524.165 – SP (2014/0119535-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Não obstante os argumentos dos agravantes, o recurso não merece provimento.

Com efeito, como consignado na decisão agravada, o tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. Não há falar, portanto, em negativa de prestação jurisdicional apenas pelo fato de o acórdão recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

A esse respeito, o seguinte precedente:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (...)”

1. Inocorrente a apontada negativa de prestação jurisdicional, porquanto as questões submetidas ao Tribunal ‘a quo’ foram suficiente e adequadamente apreciadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível. (...)” (AgRg no REsp 965.541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 17/05/2011, DJe 24/05/2011).

Ademais, observa-se que a matéria versada no art. 333 do Código de Processo Civil, apontado como violado no recurso especial, não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer

de modo implícito, e nos embargos declaratórios opostos não se provocou o pronunciamento acerca da questão. Por esse motivo, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Quanto ao mais, as despesas condominiais, como cediço, encerram obrigação *propter rem*, de modo que, em princípio, a responsabilidade pelo seu pagamento é daquele que ostenta a qualidade de proprietário do bem imóvel e, havendo a sua transferência, o adquirente da unidade passa a responder pelos débitos perante o condomínio, nos termos do artigo 1.345 do Código Civil.

No que se refere especificamente ao compromisso de compra e venda, segundo a jurisprudência desta Corte, a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais pode recair sobre o adquirente do imóvel, ainda que o contrato de compromisso de compra e venda não tenha sido registrado, consoante se observa dos seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. PROMISSÁRIO COMPRADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROMITENTE VENDEDOR.

– 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 Imobiliários o contrato correspondente, se o condomínio tiver ciência da alienação.

– Agravo não provido”.

(AgRg no REsp 1.227.260/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/8/2011, DJe 24/8/2011 – grifou-se)

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRADO NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 83/STJ. INAPLICABILIDADE. DESPESAS CONDOMINIAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE COBRANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPROMISSÁRIO COMPRADOR. CONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO. REGISTRO DO CONTRATO. PRESCINDÍVEL.

1 – Verificada a inaplicabilidade da Súmula 83/STJ à hipótese, deve ser reconsiderada a decisão anterior.

2 – Conforme jurisprudência sedimentada da Segunda Seção, a ausência do registro do contrato de promessa de compra e venda não descaracteriza a responsabilidade do promissário comprador pelas despesas de condomínio quando é de conhecimento deste o nome do titular das referidas quotas.

3. Precedentes específicos do STJ.

4. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO”.

(AgRg no REsp 573.801/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010 – grifou-se)

“RECURSO ESPECIAL. AGRADO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONDOMÍNIO. DESPESAS. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROMITENTE COMPRADOR.

As despesas e cotas 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, como no caso dos autos.

Agravo improvido”.

(AgRg no REsp 893.960/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 12/12/2008 – grifou-se)

Para o reconhecimento da responsabilidade do promissário comprador pelo pagamento dos débitos con-

miniais, exige-se, contudo, também segundo a orientação desta Corte Superior, a ciência do condomínio acerca da alienação e a efetiva imissão na posse do promissário comprador.

A propósito, o seguinte precedente da Segunda Seção:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. POSSE EFETIVA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais.

2. No caso vertente, é incontroverso que o embargante está sofrendo cobrança de duas cotas condominiais referentes a período anterior à entrega das chaves.

3. Embargos de divergência providos”.

(REsp 489.647/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 15/12/2009 – grifou-se)

No mesmo sentido:

“RECURSO ESPECIAL – DESPESAS CONDOMINIAIS – TRANSFERÊNCIA DA POSSE EM VIRTUDE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO – PROMISSÁRIO-COMPRADOR – IMISSÃO NA POSSE, COM O PLENO CONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – REGISTRO – DESINFLUÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I – A teor da jurisprudência desta a. Corte, a responsabilidade pelas despesas de condomínio, ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promissário-comprador quanto sobre o promitente-vendedor, a depender das circunstâncias do caso concreto (ut REsp nº

136.389/MG, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/9/99);

II – Esclareça-se, entretanto, que, com tal assertiva, não se está a afirmar que a legitimação passiva *ad causam* da ação que objetiva o adimplemento das despesas condominiais ficará, em qualquer hipótese, ao alvedrio do autor da ação, que poderá optar, aleatoriamente, pelo promitente-vendedor ou pelo compromissário-comprador, tal como entenderam as Instâncias ordinárias. Na verdade, revela-se necessário aferir com quem, efetivamente, restou estabelecida a relação jurídica material;

III – Como é de sabença, as despesas condominiais, assim compreendidas como obrigações *propter rem*, são de responsabilidade, em princípio, daquele que detém a qualidade de proprietário do bem, ou, ainda, de titular de um dos aspectos da propriedade, tais como a posse, o gozo ou a fruição;

IV – Não há, assim, qualquer relevância, para o efeito de se definir a responsabilidade pelas despesas condominiais, se o contrato de promessa de compra e venda foi ou não registrado, pois, conforme assinalado, não é aquele que figura, no registro, como proprietário, que, necessariamente, responderá por tais encargos;

V – Para a correta definição do responsável pelos encargos condominiais, em caso de contrato de promessa de compra e venda, deve-se aferir, pontualmente, se houve efetiva imissão na posse por parte promissário-comprador (ainda que em caráter precário) e se o condomínio teve ou não o pleno conhecimento desta. Presentes tais circunstâncias, a responsabilidade pelas despesas condominiais deve ficar a cargo do promissário-comprador, no período em que tiver exercido a posse do bem imóvel;

VI- Recurso Especial provido”.

(REsp 1.079.177/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/6/2011, DJe 17/06/2011 – grifou-se)

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. POSSE EFETIVA. NECESSIDADE.

– A efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais.

– Agravo nos embargos de declaração no recurso especial não provido” (AgRg nos EDcl no REsp 851.542/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 6/9/2011, DJe 13/9/2011).

“AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL. CONDOMÍNIO TAXAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA PROMITENTE COMPRADOR – DETENTOR DA POSSE DO IMÓVEL. SÚMULAS 83 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

I. Na linha da orientação adotada por este Tribunal, a responsabilidade pelas despesas de condomínio ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promitente comprador quanto sobre o promissário vendedor, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. Sob esse prisma, pois, a questão relacionada à posse do imóvel, e não só a propriedade, é relevante para a aferição da responsabilidade por tais encargos.

II. Agravo improvido” (AgRg no Ag 660.515/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/8/2008, DJe 23/9/2008 – grifou-se).

Assim, rever os fundamentos do aresto combatido demandaria a alteração das premissas fático-probatórias dos autos, com o revolvimento de provas, procedimento vedado nesta via recursal ante o teor da Súmula nº 7/STJ.

Desse modo, merece ser mantida a conclusão do tribunal local, pois a legitimidade passiva da ação de cobrança de despesas condominiais deve ser

analisada à luz das circunstâncias do caso concreto.

A propósito, os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA DE TAXAS DE CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPROVAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONDOMÍNIO QUANTO À ALIENAÇÃO DO IMÓVEL.

1. Na hipótese de existência de promessa de compra e venda, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente comprador quanto sobre o promissário vendedor, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.

2. Não havendo comprovação da posse do promitente comprador nem da ciência do condomínio quanto à alienação do imóvel, deve-se reconhecer a legitimidade passiva do promissário vendedor para compor o polo processual.

3. Agravo regimental desprovido”

(AgRg no Ag 1.337.466/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 17/5/2011, DJe 23/5/2011).

“RECURSO ESPECIAL – DESPESAS CONDOMINAIS – TRANSFERÊNCIA DA POSSE EM VIRTUDE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO – PROMISSÁRIO-COMPRADOR – IMISSÃO NA POSSE, COM O PLENO CONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO – LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – REGISTRO – DESINFLUÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...]

V – Para a correta definição do responsável pelos encargos condominiais, em caso de contrato de promessa de compra e venda, deve-se aferir, pontualmente, se houve efetiva imissão na posse por parte promissário-

comprador (ainda que em caráter precário) e se o condomínio teve ou não o pleno conhecimento desta. Presentes tais circunstâncias, a responsabilidade pelas despesas condominiais deve ficar a cargo do promissário-comprador, no período em que tiver exercido a posse do bem imóvel;

VI – Recurso Especial provido”

(REsp 1.079.177/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 2/6/2011, DJe 17/6/2011).

Desse modo, considerando-se que os agravantes não trouxeram nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverini votaram com o Sr. Ministro Relator.

PROCESSO CIVIL

ENCARGO FINANCEIRO PARA A REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL DEVE RECAIR SOBRE A FAZENDA PÚBLICA A QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTIVER VINCULADO

Superior Tribunal de Justiça

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1420152/SC

Órgão Julgador: 2a. Turma

Fonte: DJ, 21.11.2014

Relator: Ministro Humberto Martins

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO AUTOR. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO PELA PARTE DEMANDADA. IMPOSSIBILIDADE. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 232/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, se, por um lado, a parte autora está dispensada do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas em ações civis públicas (art. 18 da Lei n. 7.347, de 1985), por outro, não cabe à parte demandada antecipar os honorários periciais, quando a prova não for por ela requerida. Em casos como este, o STJ orienta-se no sentido de que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ.

2. A questão foi analisada sob o prisma de que a prova pericial foi postulada pela parte autora da ação civil pública.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães. Brasília (DF), 11 de novembro de 2014(Data do Julgamento).
MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha relatoria que apreciou o recurso especial da ora agravada, com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4a. Região assim ementado (fl. 308, e-STJ):

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. HONORÁRIOS PERICIAIS.

1. Nos termos do disposto no art. 18 da Lei n.º 7.347/85, não deve haver adiantamento de custas, emolumentos e honorários periciais em ações civis públicas.

2. Hipótese em que não por outro motivo o Ministério Público é isento do pagamento de honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé (art. 18, in fine, da Lei n.º 7.347/85). Tal isenção, contudo, é prerrogativa do titular da Ação Civil Pública, razão pela qual merece ser mantida a decisão recorrida, que determinou a intimação dos réus para que depositassem os honorários periciais, eis que, de fato, assumiram o risco de causar o dano ambiental e são os principais interessados no esclarecimento da verdade.”

A decisão agravada deu provimento ao recurso especial nos termos da seguinte ementa (fl. 359, e-STJ):

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO AUTOR. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO PELA PARTE DEMANDADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”

Nas razões do regimental, o recorrente sustenta que na ação ambiental o ônus do adiantamento do pagamento de honorários periciais é do réu, pois lhe incumbe provar que sua conduta

não foi lesiva ao meio ambiente (inversão do ônus da prova).

Acrescenta que no caso a postulação da prova pericial foi feita pela própria Fundação, ora agravada.

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, para que se submeta o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitava da agravada.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não merece reparos a decisão agravada.

Inicialmente, rechaço a afirmativa de que o pedido de realização de perícia partiu da ora agravante, em verdade, a solicitação foi feita pelo *parquet* federal (autor da Ação Civil Pública) e determinada pelo juízo primário, consoante se pode observar dos seguintes trechos do pedido inicial e da decisão da Corte regional, respectivamente:

“Diante dos fatos expostos e considerando os fundamentos jurídicos invocados, esta Promotoria de Justiça requer:

(...)

2.4.3. realização de perícia, com resposta aos seguintes quesitos:

a) Há dano ambiental no caso em exame?

b) Em caso positivo atinge qual tipo de meio ambiente?

c) O local do dano ambiental está inserido no território do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro.

d) Indique pormenorizadamente quais restrições ambientais incidentes no local do dano ambiental.

e) O dano ambiental é recuperável? Em caso positivo qual a forma adequada de recuperação do dano ambiental? Em caso negativo, qual o valor (financeiro) do dano ambiental?” (fls. 20-21)

“Determino a realização de prova pericial.

Intimem-se as partes para apresentem quesitos no prazo de cinco dias.

Após, designe a secretaria um perito, que deverá apresentar proposta de honorários periciais no prazo de cinco dias.

Em seguida, intimem-se os réus para que depositem os honorários periciais, eis que assumiram o risco de causar o dano ambiental e são os principais interessados no esclarecimento da verdade” (fl. 230, e-STJ).

Conforme consignado na decisão agravada, o cerne da discussão do recurso especial é a possibilidade de a parte demandada em ação civil pública ser compelida a adiantar honorários periciais, para a realização de prova pericial requerida pelo autor da referida demanda.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, se, por um lado, a parte autora está dispensada do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas em ações civis públicas (art. 18 da Lei n. 7.347, de 1985), por outro, não cabe à parte demandada antecipar os honorários periciais, quando a prova não for por ela requerida.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO. PERÍCIA REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES. ISENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA.

1. A Primeira Seção desta Corte firmou o entendimento de que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ.

2. Requerida a perícia por ambas as partes, cabe ao autor (Fazenda Pública) o pagamento dos honorários do perito, na dicção do art. 33 do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1.280.441/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/6/2013, DJe 18/6/2013.)

“*PROCESSUAL CIVIL – DANO AO MEIO AMBIENTE – MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS – RESPONSABILIDADE DO REQUERENTE.*”

1. *Em recente julgado, a divergência existente quanto à responsabilidade do Ministério Público, enquanto autor da ação civil pública em relação ao adiantamento dos honorários periciais, foi superada. A Segunda Turma, no julgamento do REsp 933.079-SC, posicionou-se no mesmo sentido que a Primeira Turma (REsp 933079/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.2.2008, DJe 24.11.2008).*

2. *Não deve o Ministério Público, enquanto autor da ação civil pública, adiantar as despesas relativas a honorários periciais, por ele requerida. Contudo, isso não permite que o juízo obrigue a outra parte a fazê-lo.*

Embargos de divergência parcialmente providos.”

(EREsp 733.456/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 24/2/2010, DJe 29/4/2011.)

“*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE CUSTAS, EMOLUMENTOS E HONORÁRIOS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85.*”

1. *Nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública – “Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.*

2. *Não se cogitando de má-fé, descabe condenar-se a parte autora*

ao adiantamento de honorários periciais.

3. *A vedação ao adiantamento de despesas na Ação Civil Pública tem como escopo facilitar a proteção dos interesses transindividuais, reservando-se o pagamento do perito para o final da ação.*

4. *Recurso especial provido.”*

(REsp 900.283/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25/3/2008, DJe 6/2/2009.)

“*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS NECESSÁRIAS À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. CPC, ART. 19.*”

1. *Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais.*

2. *A teor da Súmula 232/STJ, “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. O mesmo entendimento deve ser aplicado ao Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, inclusive em ações civis públicas.*

3. *Recurso especial a que se nega provimento.”*

(REsp 846.529/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/4/2007, DJ 7/5/2007, p. 288.)

Em casos como o dos autos, o STJ orienta-se no sentido de que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplica-

ção analógica da Súmula 232/STJ, *in verbis*:

“*A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.”*

Nesse sentido:

“*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.*”

1. *Segundo jurisprudência firmada pela Primeira Seção, descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da ação civil pública, conforme disciplina o art. 18 da Lei 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ.*

2. *Diante da disposição específica na Lei das Ações Cíveis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade.*

3. *Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes.*

4. *Recurso especial não provido.”*

(REsp 1.237.893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/9/2013, DJe 1º/10/2013.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

PENAL E PROCESSO PENAL

IMPORTAÇÃO DE SEMENTE DE MACONHA NÃO CONSTITUI CRIME

Tribunal Regional Federal da 1a. Região
Recurso em Sentido Estrito n. 0000257-03.2014.4.01.3805

Órgão Julgador: 3a. Turma

Fonte: DJ, 05.12.2014

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPORTAÇÃO SEMENTE FRUTOS AQUÊNIOS DA PLANTA CANNABIS SATIVA LINNEU (MACONHA). INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICA CRIMINOSA. ATIPICIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

1. Examinando os autos, o que se verifica, de fato, é a inexistência de indícios da prática do crime de tráfico de entorpecente, não sendo o caso, sequer, de tentativa.

2. Quando muito, poder-se-ia cogitar de ato preparatório – não puni-

vel, art.31, Código Penal – de produção de maconha e não de preparação, como exigido no art. 33, §1º, I, da Lei 11.343/2006, porquanto não se pode preparar a droga a partir de semente de Cannabis sativa Linneu que não contém a substância THC, portanto não constitui matéria-prima para preparação de droga, e nem possui em si mesma substância capaz de causar efeito entorpecente, nos termos da manifestação técnica dos peritos que firmaram o laudo pericial.

3. Considerando que a semente não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir a droga proibida, não se obtendo maconha da semente em si, forçoso concluir que se trata de fato atípico.

4. Recurso em Sentido Estrito improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls.78/89) contra decisão proferida pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de São Sebastião do Paraíso (fl.72/74) que concedeu *habeas corpus* de ofício para trancar o inquérito policial decorrente da apreensão de encomenda postal oriunda do Reino Unido, com destino a Guaxupé/MG, contendo “frutos aquênios da espécie Cannabis sativa Linneu (conhecida popularmente como maconha)”, sob o fundamento de atipicidade da conduta.

Sustenta o Recorrente que a importação de sementes de maconha encontra tipificação no art.33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, sendo que somente ao final das investigações é que se poderia concluir pela importação para uso próprio (art.28 da referida lei) ou pela traficância.

Afirma, também, que a decisão deve ser reformada, a fim de que seja afastada a ordem de trancamento do inquérito policial n. 0101/2013.

Sem contrarrazões em razão da ausência de intimação do investigado, uma vez que a ciência da investigação poderia prejudicar seu resultado, em caso de eventual reforma da decisão, conforme despacho de fl.91.

Parecer da PRR/1a. Região pelo improvidamento do recurso (fls.95/104).

É o relatório.

Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Relator

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal (fls.78/89) contra decisão proferida pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de São Sebastião do Paraíso (fl.72/74) que concedeu *habeas corpus* de ofício para trancar o inquérito policial instaurado em decorrência da apreensão de encomenda postal oriunda do Reino Unido, com destino a Guaxupé/MG, contendo “frutos aquênios da espécie Cannabis sativa Linneu (conhecida popularmente como maconha)”, sob o fundamento de atipicidade da conduta.

No caso, como ressaltado pelo Juiz *a quo* ao apreciar pedido de busca e apreensão, o destinatário da encomenda não foi localizado no endereço constante do material apreendido, sendo que não há qualquer registro de envolvimento com tráfico de entorpecente em seu nome e nem notícia de que tenha feito outras importações de sementes.

Pois bem, conforme Laudo de Perícia Criminal Federal (fls.30/33) foram apreendidas sementes que somaram 0,16g de material vegetal, concluindo os peritos que, *verbis*:

De acordo com a publicação da Organização das Nações Unidas, os frutos aquênios da planta Cannabis sativa Linneu não apresentam a substância tetrahydrocannabinol (THC). Porém, a planta Cannabis sativa Linneu – que pode se originar dos frutos questionados – está relacionada na

lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicos (Lista E) constante da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, republicada no DOU em 1º de fevereiro de 1999, bem como na RDC/ANVISA n.39 (Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), datada de 9 de julho de 2012, que atualiza a lista de substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e outras sob controle especial, sendo proibida a importação, a exportação, o comércio, a manipulação e o seu uso.

Examinando os autos, o que se verifica, de fato, é a inexistência de indícios da prática do crime de tráfico de entorpecente, não sendo o caso, sequer, de tentativa.

Quando muito, poder-se-ia cogitar de ato preparatório – não punível, art. 31, Código Penal – de produção de maconha e não de preparação, como exigido no art.33, §1º, I, da Lei 11.343/2006, porquanto não se pode preparar a droga a partir de semente de Cannabis sativa Linneu que não contém a substância THC, portanto não constitui matéria-prima para preparação de droga, e nem possui em si mesma substância capaz de causar efeito entorpecente, nos termos da manifestação técnica dos *experts* acima mencionada.

A propósito assim manifestou o ilustre Procurador da República, Dr. Paulo Queiroz, às fls.95/104, *in verbis*:

Temos que o fato não constitui crime.

Primeiro, porque não é a semente, mas a planta produzida a partir dela, que constitui, esta sim, matéria-prima para a preparação de droga. Segundo, porque não faria sentido que a lei criminalizasse a preparação da preparação ou o perigo do perigo, antecipando tão extensamente a tutela penal da saúde pública, e, pois, tipificasse a simples aquisição de semente para semeadura, cultivo e colheita da planta; Terceiro, porque, se assim fosse, violar-se-ia o

princípio da ofensividade, seja porque a semente não dispõe do princípio ativo, seja porque não é passível de utilização para a efetiva preparação da droga; Quarto, porque a lei só penaliza as condutas que imediatamente, e não apenas mediatamente, estão destinadas à produção de droga.

Além disso, as sementes apreendidas, tal como reconhecido pelo laudo pericial, são absolutamente inofensivas, já que não dispõem do princípio ativo, além de a quantidade apreendida ser pequena, a ensejar, inclusive, a aplicabilidade do princípio da insignificância, caso o fato fosse típico.

Por fim, havendo dúvida razoável sobre a incidência ou não do tipo penal, há de prevalecer a tese mais favorável ao réu (*in dubio pro reo*).

Note-se que matéria-prima ou insumo é substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica. (...)

Evidentemente, não é o caso da semente, que não serve para preparar droga, a não ser num sentido remotíssimo.

Por último, ofender-se-ia o princípio da legalidade, já que é evidente que semente de maconha não se presta, a rigor, à preparação da droga, a não ser muito indiretamente, como ato final, por meio da semeadura, cultivo, colheita da planta e produção de droga ilícita.

Tanto é assim que o art.33, §1º, II, da Lei Antitóxicos, pune a conduta de quem “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituem em matéria-prima para a preparação de drogas.”

Em suma, embora a lei criminalize o tráfico de droga propriamente dito (art.33, *caput*) e equipare a tanto a conduta de quem semeia, cultiva e colhe planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga ilícita (art.33, §1º), não tipifica, justificada-

mente, os atos antecedentes, a exemplo da aquisição/importação (etc) de semente de maconha.

(...)

Tampouco incide, no caso, o delito de porte de droga para consumo, quer porque não se trata de droga propriamente dita, quer porque, diversamente do art.33, §1º, da Lei, o art.28 sequer tipifica o ato de adquirir, importar (etc) matéria-prima ou insumo para a preparação de droga, mas apenas a conduta de semear, cultivar e colher planta destinada à preparação de pequena quantidade de substância entorpecente.

A sentença é, pois, justa, devendo ser mantida.

Nessa perspectiva, considerando que a semente não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir a droga proibida, não se obtendo maconha da semente em si, forçoso concluir que se trata de fato atípico, não merecendo reforma a decisão recorrida.

De acrescentar que essa Egrégia Terceira Turma possui o mesmo entendimento, conforme julgado a seguir destacado:

PENAL E PROCESSO PENAL. ART.12, *CAPUT*, (PRIMEIRA FIGURA), C/C 18, INCISO I (PRIMEIRA FIGURA), DA LEI 6.368/76, C/C ART. 14, II, DO CP. ART. 43, I, DO CPP. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA (MACONHA), POR INTERMÉDIO DE SÍTIO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ATO PREPARATÓRIO.

I – A conduta atribuída ao denunciado foi, de fato, mero ato preparatório não punível, a teor do que dispõe o art. 31 do CP. Tampouco há que se falar em tentativa (art. 14, II, do CP), uma vez que não se iniciou a fase executória, pressuposto para sua ocorrência.

II – Na hipótese, não há como se concluir pela traficância internacional atribuída ao denunciado. A rigor, verifica-se a tentativa de importação de sementes de substância proscrita, que, apesar da confissão do acusado, em fase policial, apenas se presume que seriam plantadas para posterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.

III – Presunção desacompanhada de fato concreto torna duvidosa a tipicidade da conduta e, por conseguinte, incabível o recebimento da denúncia.

IV – Conduta que não se abona; contudo, é atípica, porque meramente preparatória.

V – Recurso desprovido.

(RCCR 0030381-98.2006.4.01.3400 /DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.595 de 26/09/2008)

Isto posto, por tais razões e fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Relator

CERTIDÃO

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

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto do Relator.

Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO e JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSE ROCHA (convocado para completar, como vogal, o *quorum* de julgamento em face da ausência justificada da Exma. Sra. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA SIFUENTES).

Brasília, 18 de novembro de 2014.

Raimundo José Lopes da Silva
Secretário(a)

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

INDÚSTRIA PAGARÁ HORAS EXTRAS POR ADOTAR REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA EM ATIVIDADE INSALUBRE SEM AUTORIZAÇÃO

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de Revista n. 210-12.2013.5.04.0373

Órgão Julgador: 3a. Turma

Fonte: DJ, 28.11.2014

Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado

EMENTA

RECURSO DE REVISTA. 1.

COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO EM ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, “CAPUT” E 225. CONVENÇÃO 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO.

A Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII). Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. No caso de atividades insalubres, para regularidade da prorrogação da jornada, é necessário que seja dada licença prévia de autoridade competente em matéria de higiene e saúde (art. 60 da CLT). Nesse contexto, mesmo que

haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT. Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista imperativo e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, CF). Em coerência com essa nova diretriz, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula 349/TST, cancelando também outros verbetes que flexibilizavam a legislação na área de saúde e segurança laborais (item II da Súmula 364 e OJ Transitória 4 da SDI-1 do TST). Desse modo, não há como prevalecer cláusula que estabelece a prorrogação da duração do trabalho e faculta compensação de jornada nas atividades insalubres independentemente de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. (ART 192 DA CLT, SÚMULA 228 DO TST E SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF). Embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante nº 04/STF de ser o salário mínimo utilizado como fonte diretiva de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em debate, continuar sendo o salário mínimo o parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT. É que, não obstante o reconhecimento de sua incompatibilidade com o texto constitucional (art. 7º,

IV), não pode o Poder Judiciário definir outro referencial – segundo o STF. Assim, a norma celetista continuará vigente até que sobrevenha a criação de norma legal ou negociação coletiva disposta acerca do parâmetro a ser adotado para cálculo do adicional de insalubridade – a teor da Súmula Vinculante nº 4/STF. Logo, o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo. Recurso de revista não conhecido, no tema.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-210-12.2013.5.04.0373, em que é Recorrente M. A. D. S. e Recorrida CONCÓRDIA MÁQUINAS LTDA.

Em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho de origem, a Parte interpõe o presente recurso de revista, que foi admitido pelo TRT.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

PROCESSO ELETRÔNICO.

É o relatório.

VOTO

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1. COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO EM ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, “CAPUT” e 225. CONVENÇÃO 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO.

O Tribunal Regional, quanto ao tema, assim decidiu:

2. Horas extras. Invalidez do regime compensatório

O reclamante não se conforma com o indeferimento de horas extras pela invalidez do regime compensatório semanal. Sustenta ter havido a prestação habitual de horas extras, conforme recibos de pagamento e controles de ponto juntados aos autos, o que torna inválido o regime compensatório adotado, conforme entendimento firmado na Súmula 85, IV, do TST. Diz, ainda, não ter sido observado o disposto no art. 60 da CLT, salientando que a Súmula 349 do TST foi cancelada. Cita jurisprudência a embasar sua tese.

O Juízo de origem, fl. 251, declarou a validade dos controles de ponto juntados aos autos e do regime compensatório semanal adotado. Especificamente quanto ao regime compensatório, referiu que estava previsto nas normas coletivas da categoria, entendendo que “o artigo 60 da CLT não constitui óbice à adoção da compensação semanal de horas, porquanto o único requisito exigido pela CRFB (artigo 7º, inciso XIII) é a previsão contratual (coletiva ou individualmente)”. Disse não ter verificado a prestação de horas extras habituais, tampouco costumeiro trabalho aos sábados. Deferiu apenas o pagamento de horas extras pelo inobservância do art. 58, § 1º, da CLT.

Examino.

Registro, inicialmente, que os controles de ponto juntados aos autos foram declarados válidos na origem, não havendo insurgência do reclamante no aspecto.

Quanto à invalidez do regime compensatório decorrente do trabalho em condições insalubres, não obstante o cancelamento das Súmulas 349 do TST e 7 deste TRT, mantenho o entendimento de que o trabalho em condições insalubres, por si só, não invalida a compensação horária. Na realidade, com o advento da Constituição de 1988, a autorização em norma coletiva passou a ser o único requisito para a adoção do regime de compensação horária a teor do disposto no art. 7º, XIII, não mais subsistindo a

restrição imposta pelo art. 60 da CLT, o qual exigia, para a prorrogação horária, “licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho”. Nesse caminho, havendo previsão em norma coletiva, é válido o regime compensatório, exceto nos casos em que as condições estabelecidas em âmbito coletivo desvirtuam a própria finalidade do regime, não comportando reforma a sentença.

Em relação às horas extras, a sua prestação habitual desvirtua a finalidade de tal regime, tornando-o inválido, ante o entendimento consagrado na Súmula 85, IV, do TST, o qual adoto. As prorrogações habituais da jornada, porém, têm de ser de tal monta que desvirtuem a finalidade do ajuste compensatório. No caso dos autos, não verifico essa situação, porquanto os controles de ponto, fls. 104-163, e os recibos de pagamento juntados, fls. 164-204, demonstram que não havia trabalho aos sábados e que a jornada cumprida, obedecia aos limites pactuados. Vale notar que o único mês em que houve prestação de horas extras foi em outubro/2011, fl. 147, tendo sido efetuado o pagamento do valor correspondente, fl. 190. Prorrogações horárias mínimas e decorrentes principalmente da não observância do critério previsto no art. 58, § 1º, da CLT, são insuficientes para desvirtuar o ajuste compensatório semanal que, na maioria das vezes, é do interesse dos próprios trabalhadores, já que têm o sábado livre.

Destaco que, mesmo havendo o deferimento de algumas horas extras pela contagem minuto a minuto, este fundamento, por si só, não é hábil a invalidar o regime compensatório semanal. Nesse sentido, o seguinte precedente do TST:

RECURSO DE REVISTA – REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA – SÚMULA Nº 85 DO TST – HORAS EXTRAS – MINUTOS RESIDUAIS. A condenação como extra de poucos minutos diários relativos ao período que antecede e su-

cede a jornada de trabalho não se mostra apta a descaracterizar o acordo de compensação de jornada. Recurso de Revista não conhecido. (RR – 164100-06.2008.5.04.0373, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 06/04/ 2011, 8a. Turma, Data de Publicação: 08/04/2011)

Nego provimento. (g.n.)

Na revista, o Reclamante sustenta, em síntese, que o regime de compensação adotado não é válido, uma vez que exercia atividade insalubre e não houve inspeção prévia da autoridade competente para ratificar a prorrogação de jornada. Aponta violação do art. 60 da CLT. Colaciona arestos para cotejo de teses.

A revista merece conhecimento.

Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está também claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há limites objetivos à adequação setorial negociada. Ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não de transação). Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta,

os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88).

Entre as normas trabalhistas heterônomas concernentes aos direitos revestidos de indisponibilidade absoluta encontram-se as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo).

Cumprir assinalar que o ordenamento jurídico, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, expressamente elegeu a saúde como direito social, garantindo proteção, bem-estar e integridade física aos trabalhadores.

Note-se que a Constituição Federal (art. 7º, XII) estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerente ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho.

Releva notar que o artigo 4º da referida Convenção suscita o compromisso por parte dos Estados-Membros de adotar medidas necessárias à garantia de trabalho digno, seguro e saudável para os trabalhadores, *in verbis*:

“1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar

periodicamente uma política nacional coerente em matérias de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho”.

A CLT prevê, por sua vez, em seu artigo 60, que, nas atividades insalubres, só será permitida qualquer prorrogação da jornada de trabalho mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Nesse contexto, mesmo que haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT.

Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista peculiar e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal.

Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, CF).

Em coerência a essa nova diretriz, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula 349/TST, cancelando também outros verbetes que flexibilizavam a legislação na área de saúde e segurança laborais (Súmula item II da Súmula 364 e OJ Transitória 4 da SDI-1 do TST).

Desse modo, não há como prevalecer cláusula que faculte compensação de jornada nas atividades insalubres independentemente de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho.

Nesse mesmo sentido, tem-se o seguinte precedente desta C. SDC:

“(–)4. COMPENSAÇÃO HORÁRIA – ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, –CAPUT– e 225. CONVENÇÃO 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO. A Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. No caso de atividades insalubres, para regularidade da prorrogação da jornada, é necessário que seja dada licença prévia de autoridade competente em matéria de higiene e saúde (art. 60 da CLT). Nesse contexto, mesmo que haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT. Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista peculiar e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, CF). Em coerência com essa nova diretriz, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula

349/TST, cancelando também outros verbetes que flexibilizavam a legislação na área de saúde e segurança laborais (Súmula item II da Súmula 364 e OJ Transitória 4 da SDI-1 do TST). Desse modo, não há como prevalecer cláusula que faculta compensação de jornada nas atividades insalubres independentemente de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Recurso ordinário provido, no tópico.” (RO-406000-03.2009.5.04.0000, Rel. Min.: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DEJT 14/9/2012)

Nesse sentido, também os seguintes precedentes de Turmas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...). ACORDO INDIVIDUAL DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE. INVALIDIDADE. Desde o cancelamento da Súmula nº 349 do TST, ocorrido em 2003, é entendimento pacífico deste c. Tribunal que é nula a compensação de jornada em atividade insalubre levada a cabo sem prévia autorização da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, conforme estabelecido pelo art. 60 da CLT. Ora, fixada também a premissa de que o Autor laborava em limite superior àquele previsto nas normas trabalhistas, tendo uma jornada diária de 8 (oito) horas e 48 (quarenta e oito) minutos, então não há que se cogitar de admissibilidade de recurso superado pela jurisprudência deste c. Tribunal. Por fim, acrescenta-se que não há sequer como limitar a condenação ao adicional de horas extras quanto àquelas compreendidas no limite semanal de jornada, tendo em vista o entendimento majoritário da e. SBDI-1 no sentido de que a Súmula nº 85, II, do TST não se aplica aos casos de compensação irregular de jornada em atividade insalubre. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR – 765-89.2010.5.02.0211 ,

Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 01/10/2014, 3a. Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. Para que se configure a nulidade da decisão por negativa de prestação jurisdiccional, é imprescindível que se demonstre haver o julgador recusado a se manifestar sobre questões relevantes à solução da controvérsia. Todavia, a reclamada não especifica sobre quais questões relevantes o julgador *a quo* não se pronunciou, mesmo após instado mediante embargos de declaração. Assim, impossível conhecer da preliminar arguida, porquanto não está fundamentada adequadamente, caracterizando-se alegação genérica. Incólumes, pois, os artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC. 2. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NORMA COLETIVA. Com o cancelamento da Súmula nº 349 desta Corte, evidenciou-se a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego para a celebração de acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, nos termos do art. 60 da CLT. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR – 10242-13.2012.5.04.0761 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 08/10/2014, 8a. Turma, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014)

HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE INSPEÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE. O cancelamento da Súmula nº 349 do TST pelo Tribunal Pleno (DEJT 30/5/2011) decorreu do enten-

dimento desta Corte quanto à impossibilidade de negociação coletiva para compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre, sem que haja inspeção prévia da autoridade competente. Assim, ausente autorização administrativa para prestação de horas extras, revela-se inválida norma coletiva que previa a compensação de jornada em atividade insalubre. Decisão regional que não merece reparos. Recurso de revista não conhecido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. É incabível o deferimento de honorários advocatícios à parte não assistida por seu sindicato, consoante o disposto no item I da Súmula nº 219 do TST, *in verbis*: -Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família-. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 1371-04.2012.5.04.0305, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 17/09/2014, 2a. Turma, Data de Publicação: DEJT 26/09/2014)

“RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADES INSALUBRES. A Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerente ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. A CLT prevê, por sua vez, em

seu artigo 60, que, nas atividades insalubres, só será permitida qualquer prorrogação da jornada de trabalho mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Nesse contexto, mesmo que haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT. Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista peculiar e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, CF). Em coerência com essa nova diretriz, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula 349/TST, cancelando também outros verbetes que flexibilizavam a legislação na área de saúde e segurança laborais (item II da Súmula 364 e OJ Transitória 4 da SDI-1 do TST). Desse modo, não há como prevalecer cláusula que faculta compensação de jornada nas atividades insalubres independentemente de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR – 395-46.2011.5.04.0203 Data de Julgamento: 30/10/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3a. Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

Por conseguinte, resta devido o pagamento das horas destinadas à compensação, excedentes da jornada normal, limitadas ao respectivo adicional por serviço extraordinário, quando não ultrapassada a jornada máxima semanal. Nesse sentido a Súmula 85, III/TST.

“O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 – segunda parte – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)”

Diante do exposto, CONHEÇO da revista por violação do art. 60 da CLT.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO

O Tribunal Regional, no tema, assim decidiu:

3. Base de cálculo do adicional de insalubridade

O reclamante busca a consideração de sua remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade, invocando o art. 7º, IV e XXIII, da CF, e o entendimento firmado na Súmula Vinculante 4 do STF. Sucessivamente, requer seja observado o piso salarial da categoria – conforme cláusula 3a. das normas coletivas, aduzindo que a “cláusula 03.4 não pode ser aplicada ao caso concreto, posto que o Direito em questão não pode ser alvo de negociação coletiva” – ou, por fim, o piso regional.

Sem razão.

Segundo entendi, a partir do advento da Súmula Vinculante nº 4 do STF, o salário-base deveria servir como base para cálculo do adicional de insalubridade, por aplicação analógica do art. 193, § 1º, da CLT. A remuneração do trabalhador, assim entendida a soma de todas as parcelas salariais recebidas, não poderia servir como base de cálculo do adicional de insalubridade, uma vez que a previsão do art. 7º, XXIII, da Constituição, na verdade, estabelece a natureza salarial do adicional, e não sua base de cálculo.

O Supremo Tribunal Federal, porém, reiteradamente decidiu que a fixação de base de cálculo do adicional

de insalubridade diferente do salário mínimo, sem autorização em norma coletiva, viola a Súmula Vinculante nº 4, porquanto, na ausência de disposição legal, não cabe ao Poder Judiciário legislar sobre a matéria (p. ex., Reclamações 7.440/MG – Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ 10.03.2009, e 6.832/PR – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 25.02.2009).

Nesse contexto, adequando-me à posição do STF e privilegiando a segurança jurídica, passei a adotar o salário mínimo nacional como base de cálculo do adicional de insalubridade à exceção daqueles casos em que há instrumento normativo dispondo, expressamente, sobre a observância de base de cálculo diversa. Não é este, contudo, o caso dos autos, em que as normas coletivas juntadas, embora estabelecem pisos salariais (p. ex., cláusula 3ª, fl. 33), vedam expressamente sua adoção como base de cálculo do adicional de insalubridade (p. ex., cláusula “3.04. – Estes “pisos salariais” não serão considerados, em nenhuma hipótese, “salário profissional”, ou salário substitutivo do salário mínimo legal, nem mesmo para fins de incidência de adicional de insalubridade” – sublinhei).

Ante a adoção do salário mínimo nacional, como referi, também é indevida a adoção do dito piso regional, pois este, na verdade, constitui o piso salarial a que alude o art. 7º, V, da Constituição, cuja fixação foi autorizada aos Estados e Distrito Federal por intermédio da Lei Complementar 103/00, e que contempla “os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (art. 1º). O caso do reclamante, portanto, sequer se insere nesta hipótese.

Provimento negado. (g.n.)

A Parte, em suas razões recursais, pugna pela reforma do v. acórdão regional, quanto ao tema em epígrafe.

Sem razão.

A Súmula 228/TST, por vários anos, estabeleceu como base de cálculo

do adicional de insalubridade o salário mínimo, sendo alterada em novembro de 2003, para ressaltar as hipóteses previstas na Súmula 17/TST (que garantia ao empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebesse salário profissional, sobre este seria calculado).

Contudo, a partir da edição da Súmula Vinculante n. 4/STF – “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.” – o texto da Súmula 228/TST, diante da impossibilidade de utilização do salário mínimo como diretriz, foi alterado na sessão do Tribunal Pleno de 26.06.2008, passando a vigorar com o seguinte teor: “A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

Ocorre que o novo parâmetro adotado pelo TST teve sua eficácia suspensa na parte em que permitia a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade, em razão da liminar deferida pelo Excelentíssimo Ministro Presidente do STF nos autos da Reclamação proposta pela Confederação Nacional da Indústria, n. 6.266-0/DF. Como fundamento para decidir, Sua Excelência reportou-se ao julgamento que deu origem à Súmula Vinculante n. 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008), afirmando que: “... esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva. Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n. 4, este Tribunal entendeu que

não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n. 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.”

Assim, obstada a substituição da base de cálculo do adicional de insalubridade por decisão judicial, embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante n. 04/STF de ser o salário mínimo utilizado como fonte diretriz de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em debate, continuar sendo o salário mínimo o parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT. É que, não obstante o reconhecimento de sua incompatibilidade com o Texto Constitucional (art. 7º, IV), não pode o Poder Judiciário definir outro referencial – segundo o STF. Assim, a norma celetista continuará vigente até que sobrevenha a criação de norma legal ou negociação coletiva dispondo acerca do parâmetro a ser adotado para cálculo do adicional de insalubridade – a teor da Súmula Vinculante n. 4/STF.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso de revista, no tema.

II) MÉRITO

COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO EM ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, “CAPUT” e 225. CONVENÇÃO 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE

INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso por violação do art. 60 da CLT, DOU-LHE PROVIMENTO para condenar a Reclamada ao pagamento das horas extraordinárias, nos termos da Súmula 85, III/TST, bem como dos reflexos legais.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema “compensação de jornada – atividade insalubre”, por violação do art. 60 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento condenar a Reclamada no pagamento das horas extraordinárias, nos termos da Súmula 85, III/TST, bem como dos reflexos legais.

Brasília, 26 de novembro de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

MAURICIO GODINHO DELGADO

Ministro Relator

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL**INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO DE COMPOSIÇÃO DE VENCIMENTOS NÃO AUTORIZA A REDUÇÃO NOMINAL DA REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO**

Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário com Agravo n. 843070/RN

Órgão Julgador: 2a. Turma

Fonte: DJ, 15.12.2014

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

EMENTA**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EFEITOS INFRINGENTES. CONVERSÃO EM AGRAVO****REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR INATIVO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. DECESSO REMUNERATÓRIO CONFIGURADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.****RELATÓRIO**

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (Relatora):

1. Em 19.10.2014, neguei seguimento ao agravo nos autos do recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte contra julgado do Tribunal de Justiça daquele Estado, que assentara o direito da Agravada ao recebimento de proventos calculados com base na carga horária de quarenta horas semanais. A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

“6. O Desembargador Relator do caso assentou:

“A Autora foi aposentada no cargo de Professor P-2-E, Nível ‘J’, pela Resolução Administrativa nº 059 de 17 de janeiro de 1996, expedida pela Secretaria de Administração do Estado do Rio Grande do Norte, consoante documento de fl. 11, cujos proventos atribuídos no ato, foram os equivalentes à carga horária de 40h (quarenta horas) semanais.

Contudo, com a vigência da Lei Complementar nº 322/2006, ocorreu o enquadramento da Demandante a partir de carga horária diversa, ou seja, 30 (trinta) horas semanais, motivo pelo qual esta vem percebendo seus proventos como se estivesse aposentada com apenas 30 (trinta) horas, circunstância tal que aponta afronta aos arts. 5º, XXXVI e 40, § 4º, todos da Constituição Federal.

Ora, quando do ato de aposentadoria da Autora (1996), vigente era a Lei Complementar nº 122/94, cuja carga horária foi posteriormente reduzida e unificada para 30 horas, com o adven-

to da Lei Complementar 164/99, que extinguiu a jornada de 40 horas, não se verificando na presente situação nenhuma perda salarial ou ilegalidade no referido ato administrativo.

No entanto, com o a publicação do Plano de cargos e remuneração do magistério público estadual (LC nº 322/2006), as categorias funcionais foram reclassificadas, voltando a vigorar a jornada de trabalho de 40 horas, de modo que a Requerente deveria ter sido enquadrada em nível equivalente à carga horária constante do Ato de Aposentadoria

Sendo assim, pelo que consta dos autos, foi o que exatamente ocorreu à Autora. Após seu novo enquadramento em 2006, ela continuou a perceber proventos com base em 30 (trinta) horas semanais, independente de constar uma jornada de trabalho de 40 horas em seu ato de aposentadoria”.

Este Supremo Tribunal concluiu ser a lei de regência, em matéria previdenciária, a vigente ao tempo da reunião dos requisitos para a concessão do benefício (princípio *tempus regit actum*):

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROVENTOS. TETO REMUNERATÓRIO. ARTIGO 40, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que os proventos regulam-se pela lei vigente à época do ato concessivo da aposentadoria, excluindo-se do desconto na remuneração as vantagens de caráter pessoal. É plausível a tese do direito adquirido. Precedente. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AI 767.759-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, DJe 18.12.2009, grifos nossos).

“Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra ‘tempus regit actum’, que indica o

estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário. Precedentes” (AI 625.446-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.9.2008, grifos nossos).

7. A apreciação do pleito recursal, quanto à ocorrência ou não de decesso remuneratório, dependeria do reexame de provas, procedimento inviável em recurso extraordinário, nos termos da Súmula n. 279 deste Supremo Tribunal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REENQUADRAMENTO. DECESSO REMUNERATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 732.599-AgR/RN, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14.06.2013, grifos nossos).

Nada há a prover quanto às alegações dos Agravantes.

8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)” (fls. 134-138).

2. Publicada essa decisão no DJe de 3.11.2014 (fl. 139), opõe o Estado do Rio Grande do Norte, em 12.11.2014, tempestivamente, embargos de declaração (fls. 143-146).

3. O Embargante afirma existir omissão na decisão embargada porque não se “levou em consideração que a matéria discutida no bojo do presente recurso já fora objeto de análise por parte dessa Suprema Corte, no julgamento do RE 606.199/RN da relatoria do Ministro Teori Zavascki”, no qual se reafirmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de inexistência de direito adquirido a regime jurídico (fl. 144).

Requer sejam acolhidos os embargos, para aplicação do art. 543-B do Código de Processo Civil.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Recebo os embargos de declaração e converto-os em agravo regimental (Pet 1.245-ED-AgR, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 22.5.1998, e RE 195.578-ED, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ 23.8.1996).

2. Razão jurídica não assiste ao Agravante.

3. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 606.199, pela sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência de ausência de direito adquirido a regime jurídico, desde que mantida a irredutibilidade de vencimentos.

No caso vertente, o Desembargador Relator do recurso no Tribunal *a quo* assentou que, “mesmo inexistindo direito adquirido a regime jurídico de composição de vencimentos, facultando-se, portanto, à Administração modificá-lo, não se permitirá que tal prática implique em redução nominal da remuneração do servidor, conforme se constata do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal (...) pelo que consta dos autos, foi o que exatamente ocorreu à Autora” (fls. 95-96, grifos nossos).

O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal e concluir de forma diversa quanto ao decesso remuneratório da Agravada demandaria o reexame de provas, procedimento inviável em recurso extraordinário, atraindo-se a incidência da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal:

“Agravo regimental em embargos de declaração em embargos de divergência em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Administrativo. Reestruturação do plano de cargos e salários. Servidor aposentado.

Reenquadramento. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Repercussão geral reconhecida. RE-RG 606.199. 3. Irredutibilidade de vencimentos. Ocorrência de decesso remuneratório. Reexame de provas. Aplicação da Súmula 279. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 601.936-AgR-EDv-ED-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 29.8.2014, grifos nossos).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. DECISÃO QUE ESTÁ ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULAS 279 E 280/STF. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 563.965-RG, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, reafirmou a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, assegurada a irredutibilidade de vencimentos. Dissentir da conclusão do Tribunal de origem quanto à existência de decesso remuneratório demandaria a análise da legislação local aplicável ao caso (Lei Complementar estadual nº 322/2006), bem como dos fatos e do material probatório constantes dos autos. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. Precedentes. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 832.434-ED, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 13.11.2014, grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE GESTÃO – GDAG. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NA LEI ESTADUAL N. 1.296/2009. ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADO DECESSO REMUNERATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. SÚMULAS

NS. 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 834.533-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.11.2014, grifos nossos).

4. Os argumentos do Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

5. Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DE ATA

A Turma, por votação unânime, converteu os embargos de declaração em agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2a. Turma, 02.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Ravena Siqueira
Secretária

TRIBUTÁRIO

ISS PERTENCE AO MUNICÍPIO ONDE É COLETADO MATERIAL PARA ANÁLISE CLÍNICA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 143975/PE

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJe, 12.12.2014

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. COLETA DE MATERIAL. UNIDADES DIVERSAS. LOCAL DO

ESTABELECIMENTO PRESTADOR. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Discussão a respeito da definição do sujeito ativo do ISS quando a coleta do material biológico dá-se em unidade do laboratório estabelecida em município distinto daquele onde ocorre a efetiva análise clínica.

2. “A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada com sede ou filial da pessoa jurídica” (REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 19/8/10).

3. Na clássica lição de Geraldo Ataliba, “cada fato impositivo é um todo uno (unitário) e incindível e determina o nascimento de uma obrigação tributária” (*Hipótese de Incidência Tributária*. 14a. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73).

4. O ISS recai sobre a prestação de serviços de qualquer natureza realizada de forma onerosa a terceiros. Se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato impositivo.

5. A remessa do material biológico entre unidades do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do tributo, à míngua de relação jurídico-tributária com terceiros ou onerosidade. A hipótese se assemelha, no que lhe for cabível, ao enunciado da Súmula 166/STJ, *verbis*: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma

para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

6. Recurso especial conhecido e não provido.

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de recurso especial interposto pelo LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS GILSON CIDRIM S/C LTDA em desfavor do MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES, com base no art. 105, inciso III, “a” e “c”, da Constituição Federal, em que se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco assim ementado (fls. 24/25e – ap 1):

DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. COBRANÇA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS (OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR), INDEPENDENTE DA NATUREZA DO SERVIÇO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os autos sub examine versam sobre a discussão acerca da cobrança do ISSQN relativo aos serviços de coleta realizados na unidade do Laboratório de Análises Clínicas Gilson Cidrim S/C Ltda., sediada na Av. Bernardo Vieira de Melo, 2568, Jaboatão dos Guararapes, ou seja, se cabe à cobrança no local dos postos de mera coleta, como no caso da unidade em Jaboatão dos Guararapes, ou no local da efetiva prestação de serviços de análises clínicas que ocorre no estabelecimento da unidade do Recife.

2. A controvérsia decorre da autuação do Fisco Municipal, na unidade do Laboratório no município de Jaboatão de Guararapes, o qual constatou o não recolhimento do ISS incidente sobre a receita arbitrada (período de 01/2004 a 12/2005), apurada com base no artigo 41, II, da Lei nº 155/91, em razão da recusa da entrega da documentação exigida.

3. O recorrente insiste em alegar que a unidade de Jaboatão de Guararapes realiza apenas serviço de coleta de material, sendo esta uma atividade meio, posto que a atividade fim (análises clínicas e exames) é realizada no estabelecimento situado no município de Recife, onde, efetivamente, recolhe o ISS.

4. A legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador disciplina que o recolhimento do ISS deve ser no local da prestação dos serviços, conforme se depreende da leitura dos artigos 3º e 4º da LC nº 116/2003.

5. Ainda que se conteste, como o faz o autor/recorrente que os serviços fim de análises clínicas são efetivamente prestados na unidade sediada no Município do Recife e que a unidade sediada no Município de Jaboatão dos Guararapes trata-se apenas de um posto de coleta de material, sendo este um serviço meio, consta na lista do anexo da Lei Complementar nº 116/2003, assim como na legislação municipal do apelado (Lei Municipal nº 155/99) como hipótese de incidência do ISS os seguintes serviços.

6. Portanto, verifica-se que a unidade do Laboratório de Análises Clínicas Gilson Cidrim S/C Ltda., sediada no Município de Jaboatão dos Guararapes presta serviços de coleta de material, sobre o qual, conforme a legislação em vigor incide o ISS sobre tais serviços, sendo irrelevante sua denominação de mero posto de coleta, posto que a simples coleta de material já é considerado serviço prestado à coletividade, conforme consta na lista de serviços anexa a LC 116/2003.

7. Ademais, independentemente do local onde efetivamente é realizada a análise do material coletado, o serviço é prestado ao paciente/consumidor na unidade do laboratório onde ele é atendido, pois é lá onde ele coleta o material, efetua o pagamento (seja particular ou através de convênios ou planos de saúde) e recebe os resultados dos exames.

8. Nesse sentido, colacionamos diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que trata da regra geral da incidência do ISS (AgRg no Ag 1304453 / MG 2010; AgRg no Ag 1173805 / MG 2009; REsp 1124862 / GO 2009).

9. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao presente recurso.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 26/27e).

A recorrente sustenta violação do art. 535, I e II, do CPC, ao argumento de que, embora tenha suscitado nas razões de embargos de declaração, o Tribunal de origem não se manifestou a respeito da alegada ofensa aos arts. 156, III, da Constituição Federal, 4º da Lei Complementar 116/03 e 420 do CPC.

Assevera que presta serviço de análise clínica e, em razão dessa atividade, possui uma unidade no Município de Jaboatão dos Guararapes destinada à coleta de material biológico, que entende constituir serviço relacionado à mera atividade-meio, não sujeita à tributação pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. Alega que a atividade-fim seria a efetiva análise clínica desse material, a qual é realizada no Município de Recife, onde entende ser devido o tributo. Aduz que, ao não decidir dessa forma, o Tribunal de origem teria contrariado o disposto no art. 4º da Lei Complementar 116/03.

Aduz que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “o município competente para realizar a cobrança do ISS é aquele em que estiver configurada uma organização necessária ao exercício da atividade do contribuinte, considerando-se, portanto, o local em que situado o complexo de bens e equipamentos necessários ao fiel desenvolvimento das atividades econômicas” (fl. 45e).

Segue afirmando que o acórdão recorrido violou o art. 420 do CPC, ao não possibilitar “a realização de perícia técnica a fim de comprovar que a

integralidade dos serviços de análises clínicas é efetivamente realizada no Recife, bem como para comprovar o devido pagamento do ISS sobre tais serviços” (fl. 43e).

Defende haver divergência em relação aos acórdãos proferidos nos seguintes julgados: REsp 883.254/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ 28/02/08; REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 19/08/10.

O Município de Jaboatão dos Guararapes, embora intimado, não apresentou contrarrazões (fls. 160e).

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 163/167e). Por força da decisão que proferi em 13/02/14 nos autos do AREsp 173.898/PE, foi determinada a conversão do agravo em recurso especial (fl. 337/338e).

É o relatório.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Inicialmente, tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, tal como ocorreu no presente caso, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535 do CPC, não se devendo confundir “fundamentação sucinta com ausência de fundamentação (REsp 763.983/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 28/11/05).

No tocante à suscitada ofensa ao art. 420 do CPC, não há dúvidas, de acordo com os autos, quanto às atividades desenvolvidas pela recorrentes tanto no Município de Jaboatão dos Guararapes quanto no Município de Recife, de modo que se mostra absolutamente desnecessária a realização de prova pericial para tal finalidade, assim como com o objetivo de comprovar os valores pagos a título de ISS.

Ressalto, outrossim, que, em relação ao acórdão apontado como pa-

radigma oriundo da Primeira Turma (REsp 883.254/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 28/02/08), não verifico a suscitada divergência jurisprudencial. Aqueles autos versam sobre a incidência de ISS sobre serviços acessórios, em contraposição à incidência do ICMS, devido sobre a atividade essencial de telecomunicação, que em nada se identifica com a prestação de serviços de análise clínica, tratada nos presentes autos. Pouco importa, nesse contexto, o debate a respeito de atividade-fim e atividade-meio travado naquele julgado. Assim, sobressai a ausência de similitude fática entre os casos confrontados.

O recorrente também aponta como paradigma o acórdão proferido pela Segunda Turma (REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 19/08/10), no qual restou decidido que “a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica”.

No entanto, a tese exposta nesse último paradigma não socorre aos argumentos apresentados pela parte recorrente, pois o acórdão recorrido se alinha à tese ali adotada. Quer dizer, não há a suscitada divergência jurisprudencial, conforme se passa a expor.

Narram os autos que a recorrente presta serviços de análise clínica e de diagnose preventiva no Estado de Pernambuco. Propôs a presente ação visando à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária no tocante ao Município de Jaboatão dos Guararapes quanto à incidência de ISS sobre os serviços de coleta de material biológico que ali realiza. Assevera que todo o material colhido é encaminhado ao Município de Recife,

onde ocorre, de fato e integralmente, a análise clínica.

Discute-se, em essência, a definição do sujeito ativo do ISS quando a coleta de material biológico dá-se em unidade do laboratório estabelecida em local distinto daquele onde ocorre a efetiva análise desse material.

De acordo com os arts. 146, III, “a”, e 156, III, da Constituição Federal, compete aos municípios e ao Distrito Federal instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, a qual, por sua vez, também cabe estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies, bem como os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Desse modo, segundo o texto constitucional, cabe à lei complementar, entre outros, definir o fato gerador do ISS, quer dizer, os serviços submetidos à incidência do tributo, assim como sua base de cálculo. Com efeito, a descrição hipotética do denominado fato jurídico tributário é matéria reservada à lei complementar.

As normas aplicáveis ao ISS eram definidas pelo Decreto-Lei 406/68. A Lei Complementar 116/03 revogou alguns dispositivos do referido diploma legal, trazendo nova disciplina, em especial, quanto ao sujeito ativo da relação jurídico-tributária.

Dispõe a Lei Complementar 116/03, no que interessa:

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido **no local do estabelecimento prestador** ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

.....

Art. 4º. **Considera-se estabelecimento prestador** o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo perma-

nente ou temporário, **e que configure unidade econômica ou profissional**, sendo irrelevantes para caracterizá-los as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou conta ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas. (grifos nossos)

Ressalto que esta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp 1.060.210/SC, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, dirimiu a controvérsia sobre o município competente para instituir o tributo do ISS nos casos de operações de *leasing* da seguinte forma: “(b) O sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento – núcleo da operação de *leasing* financeiro e fato gerador do tributo” (REsp 1.060.210/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe 5/3/13).

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual, na vigência do Decreto-lei 406/68, o ISS era devido na sede do estabelecimento prestador. Com a superveniência da Lei Complementar 116/03, caso dos autos, passou a ser exigível pelo município em que o serviço é prestado e haja agência, filial ou qualquer unidade econômica ou profissional do contribuinte.

Desse modo, o fato de haver unidade econômica ou profissional da parte recorrente em Jaboatão dos Guararapes autoriza aquele Município, em tese, a exigir o tributo.

Em relação à circunstância de incidir sobre a coleta de material ou sobre a análise clínica propriamente

dita, cabe tecer algumas considerações.

Leciona Geraldo Ataliba que a hipótese de incidência constitui a descrição genérica e hipotética de um fato. O fato imponible, por sua vez, seria aquele concretamente ocorrido no mundo fenomênico, empiricamente verificável. Adiante, esclarece o renomado e saudoso tributarista, ao discorrer sobre o caráter unitário do fato imponible (*Hipótese de Incidência Tributária*, 14a. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73):

27.3 Pois, cada fato imponible é um todo uno (unitário) e incindível e determina o nascimento de uma obrigação tributária.

É uma unidade lógica, entidade una, somente identificável consigo mesma. Por mais variados e diversos que sejam os fatos que o integram, como dados ou elementos pré-jurídicos, o fato imponible como tal – ou seja, como ente do mundo jurídico – é uno e simples, irreduzível em sua simplicidade, indivisível e indecomponível.

27.4 Não há, em consequência, dois fatos imponíveis iguais: cada fato imponible só se identifica consigo mesmo e dá nascimento a uma obrigação distinta. Cada fato imponible se subsume inteiramente à hipótese de incidência a que corresponde.

27.5. Uma hipótese de incidência – enquanto viger a lei que a contém – pode cobrir milhões de fatos imponíveis. Cada qual será uno e inconfundível com os demais, por mais acentuados que sejam os traços de semelhança que apresentem entre si. Ainda quando as circunstâncias de tempo e lugar sejam as mesmas, bem como os sujeitos e a base imponible, ainda assim, cada fato imponible é uma individualidade. E nesta individualidade estarão todas as características previstas hipoteticamente pela hipótese de incidência a que corresponde.

Por conseguinte, não há como falar em decomposição do fato imponible.

O ISS recai, em regra, sobre a prestação de serviços de qualquer natureza realizada de forma onerosa a terceiros. Assim, quando há mera remessa do material biológico colhido para análise entre outra unidade do mesmo contribuinte não há fato gerador do tributo, à míngua de relação jurídico-tributária com terceiros e de onerosidade. A hipótese se assemelha, no que for cabível, ao enunciado da Súmula 166/STJ, *verbis*:

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

A função econômica precípua desenvolvida pelo laboratório recorrente não é coletar material biológico, embora referido serviço constitua hipótese de incidência do ISS, por se encontrar expressamente previsto na lista anexa à Lei Complementar 116/03, mas sim proceder à sua análise clínica, serviço este também integrante da lista.

Pela natureza das atividades que desenvolve, o laboratório recorrente compromete-se a entregar o laudo com o resultado das análises clínicas realizadas a partir do material colhido. O fato gerador se concretiza com a prestação desse serviço. A mera colheita, sem a indispensável análise, não tem nenhum sentido. O cliente paga pelo exame clínico, que vem materializado no laudo que lhe é entregue.

Ressalto que o serviço pode limitar-se à mera coleta de material caso seja necessária sua remessa a outro laboratório no Brasil ou exterior, possivelmente para análise por entidade detentora de equipamento mais avançado em termos tecnológicos. Nesse caso, o fato gerador seria aquele preconizado pelo item 4.20 (coleta de material biológico) da lista anexa à Lei Complementar 116/03, na medi-

da em que a efetiva análise clínica e a feitura do laudo correspondente caberia a outro contribuinte.

No entanto, no caso dos presentes autos, a unidade da parte recorrente colhe o material para ela mesma analisá-la clinicamente em outra unidade, situada em município diverso. O consumidor paga por esse serviço diretamente ou por meio de plano de saúde, se for o caso. Desse modo, tem-se que o fato imponible, passível da incidência do ISS, é a análise clínica, de que cuida o Item 4.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/03.

De acordo com o art. 7º, *caput*, da referida lei, a base de cálculo do imposto é o preço do serviço. A divisão da base de cálculo entre os municípios envolvidos na prestação de serviços é admitida pela lei tão somente quando o serviço prestado for o correspondente ao preconizado pela item 3.04 da lista anexa, qual seja, locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza, hipótese diversa da tratada nos presentes autos.

Nesse contexto, a sustentada divisão entre atividade-meio e atividade-fim não se mostra capaz, por si só, de modificar a competência tributária. Na unidade econômica ou profissional do contribuinte em que o cliente colher o material, pagar pelo serviço de análise clínica e receber a nota fiscal será devido o ISS, pouco importando onde ocorra, por uma questão de organização administrativa interna, a efetiva análise clínica.

Em resumo, se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não haven-

do falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato imponible.

Ante o exposto, **conheço** do recurso especial e **nego-lhe provimento**.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: A hipótese é de recurso especial interposto pelo Laboratório de Análises Clínicas Gilson Cidrim S/C Ltda contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em demanda visando à declaração de inexistência de relação jurídica tributária com o Município de Jaboatão dos Guararapes no tocante a supostos débitos de ISS incidentes sobre a coleta de material.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 24/25 – Ap 1):

DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. COBRANÇA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS (OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR), INDEPENDENTE DA NATUREZA DO SERVIÇO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os autos sub examine versam sobre a discussão acerca da cobrança do ISSQN relativo aos serviços de coleta realizados na unidade do Laboratório de Análises Clínicas Gilson Cidrim S/C Ltda., sediada na Av. Bernardo Vieira de Melo, 2568, Jaboatão dos Guararapes, ou seja, se cabe à cobrança no local dos postos de mera coleta, como no caso da unidade em Jaboatão dos Guararapes, ou no local da efetiva prestação de serviços de análises clínicas que ocorre no estabelecimento da unidade do Recife.

2. A controvérsia decorre da autuação do Fisco Municipal, na unidade do Laboratório no município de Jaboatão de Guararapes, o qual constatou o não recolhimento do ISS incidente sobre a receita arbitrada (período de 01/2004 a 12/2005), apurada com base no artigo 41, II, da Lei nº 155/91,

em razão da recusa da entrega da documentação exigida.

3. O recorrente insiste em alegar que a unidade de Jaboatão de Guararapes realiza apenas serviço de coleta de material, sendo esta uma atividade meio, posto que a atividade fim (análises clínicas e exames) é realizada no estabelecimento situado no município de Recife, onde, efetivamente, recolhe o ISS.

4. A legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador disciplina que o recolhimento do ISS deve ser no local da prestação dos serviços, conforme se depreende da leitura dos artigos 3º e 4º da LC nº 116/2003.

5. Ainda que se conteste, como o faz o autor/recorrente que os serviços fim de análises clínicas são efetivamente prestados na unidade sediada no Município do Recife e que a unidade sediada no Município de Jaboatão dos Guararapes trata-se apenas de um posto de coleta de material, sendo este um serviço meio, consta na lista do anexo da Lei Complementar nº 116/2003, assim como na legislação municipal do apelado (Lei Municipal nº 155/99) como hipótese de incidência do ISS os seguintes serviços.

6. Portanto, verifica-se que a unidade do Laboratório de Análises Clínicas Gilson Cidrim S/C Ltda., sediada no Município de Jaboatão dos Guararapes presta serviços de coleta de material, sobre o qual, conforme a legislação em vigor incide o ISS sobre tais serviços, sendo irrelevante sua denominação de mero posto de coleta, posto que a simples coleta de material já é considerado serviço prestado à coletividade, conforme consta na lista de serviços anexa a LC 116/2003.

7. Ademais, independentemente do local onde efetivamente é realizada a análise do material coletado, o serviço é prestado ao paciente/consumidor na unidade do laboratório onde ele é atendido, pois é lá onde ele coleta o material, efetua o pagamento (seja particular ou através de convênios ou

planos de saúde) e recebe os resultados dos exames.

8. Nesse sentido, colacionamos diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que trata da regra geral da incidência do ISS (AgRg no Ag 1304453 / MG 2010; AgRg no Ag 1173805 / MG 2009; REsp 1124862 / GO 2009).

9. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao presente recurso.

O contribuinte opôs, então, embargos declaratórios, que foram rejeitados por decisão assim ementada (fl. 26):

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. PRETENSÃO ÚNICA DE REDISCUTIR MATÉRIA AMPLAMENTE ANALISADA. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. DECISÃO UNÂNIME.

1. Da literalidade Do Acórdão vergastado, pode-se inferir que esta Câmara Cível apreciou, detidamente, todos os argumentos desenvolvidos ao longo do processo, quando da análise da matéria em sede de Recurso de Apelação, assim como, nos autos do Recurso de Agravo, em apenso.

2. No tocante à contradição apontada, não há como prosperar tal alegação, uma vez que, além da coleta de material tratar-se de serviço constante da lista anexa à LC 116/2003, tal procedimento faz parte da atividade fim da embargante, pois sem a coleta de material, como poderia haver a análise clínica? Pode-se dizer até que a coleta de material é uma fase da atividade fim, porém, imprescindível. Portanto, não há como tratar a coleta de material como atividade meio, já que ela é parte inerente da prestação do serviço da análise clínica.

3. No tocante às omissões apontadas, segundo a melhor doutrina, apenas caracteriza a omissão o silêncio do órgão julgador acerca de questões efetivamente ventiladas pelas partes ao longo da relação processual. A

omissão é uma falha de julgamento, pois a autoridade judicial, diante de um argumento capaz de influenciar no rumo da decisão, ao não fazê-lo, cerceia o direito da parte à ampla defesa de sua pretensão.

4. *Em outras palavras, pretende o embargante rediscutir matéria já examinada neste juízo ad quem através dos presentes aclaratórios, o que é manifestamente impossível diante do estreitamento desta via recursal, voltada exclusivamente para sanear eventuais falhas constantes no julgado, desde que previstas nas hipóteses do art. 535, CPC, o que, evidentemente, não é o caso.*

5. *Todavia, apenas para argumentar, no tocante às omissões apontadas, ou seja, a manifestação expressa acerca da aplicabilidade ao presente caso de toda legislação invocada, resalto que é desnecessária ao julgador a citação numérica dos dispositivos legais, mormente se fundamentou suficientemente a decisão, muito embora não tenha feito da forma desejada pela parte recorrente.*

6. *Tampouco está obrigado a responder todas as questões levantadas pelas partes se já encontrou razões suficientes para seu convencimento.*

7. *Note-se que, mesmo quando vissem especificamente ao pré-questionamento, não podem os embargos de declaração ultrapassar os contornos do artigo 535 do CPC.*

8. *Embargos CONHECIDOS e REJEITADOS, considerando a inexistência de contradições, obscuridades ou omissões quanto à matéria posta em julgamento. Por unanimidade.*

No especial apelo, manejado com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da CF, a parte recorrente aponta violação aos arts. 420, 535, I e II, do CPC; e 4º da LC 116/03. Sustenta que o acórdão recorrido foi omisso e contraditório, pois, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, não houve manifestação sobre as alegações de que (I) a coleta de material é atividade meio

para a prestação de serviço de análise clínica, (II) a unidade econômica do laboratório é instalada na cidade de Recife, e (III) necessário que o Tribunal se manifeste sobre os dispositivos violados para fins de prequestionamento da matéria junto às instâncias superiores.

Afirma que, nos termos do art. 4º da LC 116/03, “o estabelecimento prestador do serviço é o local onde o contribuinte desenvolve suas atividades, configurando-se uma unidade econômica ou profissional” e “a unidade econômica do contribuinte é situada na Cidade de Recife, a quem é devidamente pago o ISS incidente sobre os serviços prestados” (fl. 43).

Alega ainda que, “exceto sua matriz, localizada no Município do Recife, todas as demais unidades do Recorrente não passam de meros postos de coleta que executam apenas uma atividade meio, impossível de ensejarem a tributação do ISS, o qual é regular e integralmente recolhido na capital (já que a Cidade do Recife igualmente exige o referido tributo)” (fl. 48).

Por fim, menciona que a perícia técnica se mostrava necessária no caso para se constatar que a unidade econômica da empresa recorrente está localizada no município de Recife e que o ISS incidente sobre os serviços de análises clínicas é devidamente recolhido no citado ente público.

Não houve contrarrazões.

Na decisão presidencial local de fls. 163/167, foi proferido juízo negativo de admissibilidade do apelo especial.

Já neste STJ, o Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima deu provimento ao agravo para determinar sua conversão em recurso especial (fls. 337/338).

Na assentada da Primeira Turma de 3/6/14, o Ministro Relator proferiu voto nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. COLETA DE

MATERIAL. UNIDADES DIVERSAS. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. *Discussão a respeito da definição do sujeito ativo do ISS quando a coleta de material biológico dá-se em unidade do laboratório estabelecida em município distinto daquele onde ocorre a efetiva análise clínica.*

2. *“A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica” (REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 19/8/10).*

3. *Na clássica lição de Geraldo Ataliba, “cada fato impositivo é um todo uno (unitário) e incidível e determina o nascimento de uma obrigação tributária” (Hipótese de Incidência Tributária. 14a. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73).*

4. *O ISS recai sobre a prestação de serviços de qualquer natureza realizada de forma onerosa a terceiros. Se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato impositivo.*

5. *A remessa do material biológico entre unidades do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do tributo, à míngua de relação jurídico-tributária com terceiros e de onerosidade. A hipótese se assemelha, no que lhe for cabível, ao enunciado da Súmula 166/STJ, verbis: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples*

deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

6. *Recurso especial conhecido e não provido.*

Após o voto de Sua Excelência o Relator, desprovendo o recurso, no que foi seguido pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Ari Pargendler, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

É o breve relato.

Passo a proferir o voto vista.

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

No mérito, a controvérsia diz com a possibilidade, ou não, de se cobrar ISS pelo serviço de coleta de material realizada no Município de Jaboatão dos Guararapes, nos casos em que a análise clínica é realizada em município distinto, qual seja, Recife.

É certo que, do ponto de vista operacional, se poderia conceber a coleta de material como atividade-meio. No entanto, ao se analisar a lista anexa à Lei Complementar 116/03, se verifica que o legislador elegeu dois momentos distintos passíveis de incidência de ISS, nos itens 4.02 e 4.20, *verbis*:

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

4 – *Serviços de saúde, assistência médica e congêneres.*

[...]

4.02 – *Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultra-sonografia, ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres.*

[...]

4.20 – *Coleta de sangue, leite, tecidos, sêmen, órgãos e materiais biológicos de qualquer espécie.*

Nesse passo, havendo duas bases imponíveis diversas, é possível considerar-se a coleta de materiais biológicos como um serviço autônomo relativamente à análise clínica.

Assim, nos termos do art. 4º de já citada norma (*Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.*), a coleta sujeita-se à incidência do ISS no município em que tal atividade é realizada, qual seja, Jaboatão dos Guararapes.

No entanto, diversamente do que concluiu o ilustre Relator, no sentido de que o sujeito ativo do ISS, quanto à totalidade do serviço pago pelo consumidor (coleta + análise clínica), é o município de Jaboatão dos Guararapes, entendo que, no tocante ao serviço de análise clínica, previsto na lei em rubrica diferente da coleta, o ISS tem como sujeito ativo o Município de Recife.

Nessas circunstâncias, divergindo do Ministro Relator apenas nos moldes da fundamentação acima apresentada, por entender que o ISS a ser recolhido no Município de Jaboatão dos Guararapes deve incidir apenas quanto à atividade de coleta, dou parcial provimento ao recurso especial do Laboratório de Análises Clínicas Gilson Cidrim S/C Ltda, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária relativamente aos serviços de análises clínicas.

É o voto.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Conforme bem

lançado pelo eminente relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, discute-se neste recurso especial qual é o município que possui competência (sujeição ativa) para exigir o ISS sobre a prestação de serviço de análise clínica (exames laboratoriais), item 4.02 da lista anexa à LC 116/03, quando a coleta do material biológico ocorre em unidade do prestador estabelecida em município diverso daquele onde está situado o laboratório propriamente dito.

Em face dos debates até então ocorridos na sessão de julgamento, sobretudo no que diz respeito à adequação desse julgamento ao que foi decidido no Recurso Especial Repetitivo 1.060.210/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, pedi vista regimental.

Pois bem, ficou decidido no julgamento do aludido recurso repetitivo que “[a]pós a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, **existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado**, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo”.

Com efeito, dispõe o Art. 4º da LC 116/03 que: “Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas”.

Naqueles autos, que cuidavam do ISS incidente sobre o arrendamento mercantil (*leasing*), concluiu a Primeira Seção que o núcleo da operação, concernente à concessão do financiamento, era integralmente realizado, com a análise e aprovação do crédito, elaboração do contrato e liberação dos valores, pela empresa arrendadora em seu estabelecimento, normalmente lo-

calizado nos grandes centros do País. Confira-se a motivação adotada:

As grandes empresas de crédito do País estão sediadas ordinariamente em grandes centros financeiros de notável dinamismo, onde centralizam os poderes decisórios e estipulam as cláusulas contratuais e operacionais para todas suas agências e dependências. Fazem a análise do crédito e elaboram o contrato, além de providenciarem a aprovação do financiamento e a consequente liberação do valor financeiro para a aquisição do objeto arrendado, núcleo da operação. Pode-se afirmar que é no local onde se toma essa decisão que se realiza, se completa, que se perfectibiliza o negócio. Após a vigência da LC 116/2003, assim, é neste local que ocorre a efetiva prestação do serviço para fins de delimitação do sujeito ativo apto a exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

O tomador do serviço ao dirigir-se à concessionária de veículos não vai comprar o carro, mas apenas indicar à arrendadora o bem a ser adquirido e posteriormente a ele disponibilizado. Assim, a entrega de documentos, a formalização da proposta e mesmo a entrega do bem são procedimentos acessórios, preliminares, auxiliares ou consectários do serviço cujo núcleo – fato gerador do tributo – é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento.

Depreende-se desse julgado que, na hipótese do *leasing*, a empresa que comercializa o bem desejado não constitui unidade econômica ou profissional da empresa arrendadora, na medida em que, em tais casos, o consumidor somente se dirige à empresa vendedora (concessionária de veículos) para indicar à instituição financeira a *res* que deverá ser adquirida e disponibilizada.

Em outras palavras, o consumidor e a empresa concessionária buscam, ainda que de forma não presencial, o auxílio de instituição financeira sedia-

da noutra localidade para concretizar o negócio.

O caso dos autos é absolutamente diferente. A empresa contribuinte, a despeito de manter seu laboratório na cidade do Recife/PE, estabeleceu unidade econômica e profissional no Município de Jaboatão dos Guararapes/PE com escopo de disponibilizar os seus serviços de análises clínicas para as pessoas daquela localidade. Digo que esse tipo de estabelecimento constituiu unidade econômica porque é lá onde usualmente contrata-se o serviço, providencia-se o pagamento e encerra-se a avença, com a entrega do laudo técnico solicitado pelo consumidor. Também revela-se como unidade profissional, uma vez que nesse lugar dá-se a coleta do material biológico, os qual exige conhecimento técnico para a extração, o acondicionamento e o transporte até o laboratório. Por fim, consoante já assentado pelo eminente relator, também é nessa unidade que se perfectibiliza o serviço contratado, com a entrega do laudo técnico solicitado pelo consumidor.

Também na esteira do entendimento adotado pelo relator, registro que não é possível decompor o serviço e o valor a ser tributado. No caso, por meio da unidade de Jaboatão dos Guararapes a empresa contribuinte disponibiliza ao consumidor o serviço de análises clínicas e não apenas a coleta de material biológico. Nessa esteira, importa salientar que o cumprimento da obrigação de fazer assumida pelo prestador ocorre com a entrega do respectivo laudo, a qual, via de regra, acontece no local onde ele o serviço foi contratado.

Frise-se que a faculdade assegurada à empresa contribuinte de eleger o município onde vai manter os seus laboratórios constitui uma conveniência empresarial e, como tal, não pode vincular a competência do ente tributante.

Por fim, mostra-se igualmente importante para a solução da controvérsia as ponderações lançadas pelo eminen-

te Ministro Ari Pargendler acerca do local onde é gerada a riqueza tributável. No presente caso, verifica-se que a receita advinda do contrato de prestação de serviço de análises clínicas é obtida em face do estabelecimento da unidade econômica e profissional sediada no Município de Jaboatão dos Guararapes. Nesse contexto, compete a essa municipalidade o direito à tributação sobre riqueza que foi gerada em seu território.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial**, acompanhando o voto do eminente relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima.

É o voto.

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial, mas negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Ari Pargendler, pediu vista o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

CIVIL E COMERCIAL

Consumidor hipervulnerável receberá indenização por propaganda enganosa de produto milagroso para saúde

Recurso Especial. Direito do consumidor. Ação indenizatória. Propaganda enganosa. Cogumelo do Sol. Cura do câncer. Abuso de direito. Art. 39, inciso IV, do CDC. Hipervulnerabilidade. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Indenização devida. Dissídio jurisprudencial comprovado. 1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. 3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil). 4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes. 5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da

aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor. 6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1329556/SP - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva** - Fonte: DJ, 09.12.2014).

NOTA BONIJURIS: *Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem explicitam que “(...) a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como (...) sua situação de doente. (...) Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade ‘geral’ do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)”. (O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis, Editora Revista dos Tribunais, págs. 188-189)*

Empréstimo de veículo a terceiro não provoca automaticamente a perda da cobertura do seguro

Seguro de veículo. Acidente automobilístico. Embriaguez do condutor. Empréstimo do veículo. Agravamento do risco não configurado. Indenização devida. Correção monetária. Juros de mora. 1. O mero empréstimo do veículo a terceiro, sem a ciência de que viria ele a conduzir embriagado, não configura, por si só, o agravamento intencional do risco por parte do segurado apto a afastar a cobertura securitá-

ria. 2. Os valores da cobertura de seguro de vida devem ser acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes. Precedentes. 3. Os juros de mora devem fluir a partir da citação, na base de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do novo Código Civil (11.1.2003) e, a partir daí, nos termos de seu art. 406. 4. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1071144/SP - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Maria Isabel Gallotti** - Fonte: DJ, 12.12.2014).

NOTA BONIJURIS: *Nesse sentido, entre muitas outras, destacamos a seguinte ementa: “Agravamento regimental no agravo em recurso especial. Ação de cobrança. Seguro de veículo. Acidente de trânsito. Embriaguez de terceiro condutor. Ausência de prequestionamento não caracterizada. 1.- Verificando-se que a conclusão do Acórdão recorrido encontra-se assentada na aplicação do art. 768 do Código Civil à hipótese, não há que se falar em ausência de prequestionamento da matéria sob esse enfoque, a pretexto de que a sua discussão só teria sido suscitada pelo autor em embargos de declaração. 2.- Segundo a jurisprudência deste Tribunal, a culpa exclusiva de terceiro na ocorrência de acidente de trânsito, por dirigir embriagado, não é causa da perda do direito à indenização, por não configurar agravamento do risco imputável à conduta do próprio segurado. 3.- Agravo Regimental improvido” (AgRg no AG 487.898/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 2.6.2014).*

Jornal é eximido de obrigação de indenizar entrevistado

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Reportagem jornalística. Mera reprodução de fatos verídicos informados. Liberdade de informação. Exercício regular de Direito. Fato não suscetível de reparação

civil. Conduta antijurídica inexistente. Apelo não provido. Sentença mantida. 1 - Respeitada a verdade dos fatos e presente a relevância da informação veiculada, pode a imprensa divulgar os acontecimentos trazidos a seu conhecimento, o que configura exercício regular de direito constitucionalmente garantido. 2 - Não comprovada a conduta antijurídica, a improcedência do pleito indenizatório é medida que se impõe.

(TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0079.08.459776-8/001 - 16a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Marcos Vieira** - Fonte: DJ, 17.11.2014).

Medicamento comercializado em embalagem idêntica a da concorrência gera indenização

Apelações cíveis reciprocamente interpostas. Ação ordinária. Pedidos para abstenção de uso de marca, preceito cominatório de perdas e danos e danos morais. Sentença de parcial procedência. Autora que imputa à ré a contrafação por utilizar marca similar de vaso constritor para uso tópico intranasal de sua propriedade. Tese improficua. Identidade entre os nomes dos produtos incapaz de ensejar confusão e captação indevida de consumidores. “Nas hipóteses previstas no art. 124, VI, da LPI não se pode falar em colidência, haja vista que, em regra, inexistente a possibilidade de uso exclusivo de elementos genéricos por qualquer empresa. [...] O radical “SOR”, que compõe a marca SORINE, não é apropriável, uma vez que é designativo do componente principal do produto farmacológico que se pretende assinalar, prática comum na indústria farmacêutica. Do contrário, gerar-se-ia situação incoerente com a essência da LPI, que, para além da repressão à concorrência desleal, objetiva, por meio das cláusulas de irregratibilidade, tutelar a livre concorrência (STJ, REsp nº 1105422/MG,

Rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/05/2011). Embalagens idênticas dos medicamentos. Concorrência desleal configurada. Elementos caracterizadores do produto da ré em total semelhança com o da autora, a qual detém precedente direito ao uso. Características do acondicionamento utilizado pelas partes que, através de simples exame visual, inafastam a confusão do consumidor. Lucros cessantes. Conduta ilícita tipificada. Dano presumido. Precedentes do STJ. *Quantum debeatur* a ser apurado em fase de liquidação de sentença. Reforma da decisão neste tocante. “O uso indevido de marca, capaz de provocar confusão entre os estabelecimentos e consequente desvio de clientela, torna desnecessária a prova concreta do prejuízo, que se presume” (STJ, REsp nº 1.372.136/SP, Terceira Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, julgado em 12/11/2013). Caso concreto em que se verifica a ausência de efetivo dano moral. Necessidade de se demonstrar a lesão sofrida pela titular do direito de propriedade industrial, decorrente da sua violação. Prejuízo não comprovado. Precedentes de nossa corte. “Comprovada a prática ilícita, consistente exposição à venda de mercadorias falsificadas, prescindível se faz a efetiva comprovação do abalo moral suportado pela real pessoa jurídica fabricante, porque consabida, nestes casos, a costumeira diminuição dos preços de comercialização dos insumos, bem como de sua qualidade se comparados aos originais. Ademais, sabido os trâmites industriais antecedentes à fabricação das mercadorias, a exemplo do processo de criação, não sendo aceitável a simples reprodução destas por terceiros sem qualquer ônus” (Apelação Cível n. 2006.012975-5 e 2006.012976-2, da Capital / Estreito, rel. Des. Robson Luz Varela, j. 24-5-2010) (Apelação Cível nº 2013.088182-6, de Balneário Camboriú, Rela. Desa. Rejane Andersen, julgado em 20/05/2014). Recurso

da autora conhecido e parcialmente provido. Reclamo da requerida conhecido e desprovido.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2010.045300-6 - 2a. Câmara. Dir. Coml. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Fernando Boller** - Fonte: DJ, 19.12.2014).

Pet shop deverá indenizar por morte de cachorro

Consumidor. Pet Shop. Falha na prestação do serviço pela ré que culposamente permitiu a fuga do cão do estabelecimento, resultando no seu atropelamento e consequente morte. Dano moral configurado. *Quantum indenizatório* minorado em vista da condição da ré, microempresa. Recurso da parte ré que visa à redução do montante indenizatório. Embora tenha o réu diligenciado na busca pelo cão após a fuga e providenciado atendimento veterinário, tais esforços e cuidados deveriam ser adotados em momento anterior, a fim de garantir que o animal fosse restituído à dona, o que não ocorreu. O valor fixado a título de danos extrapatrimoniais (R\$ 5.000,00), todavia, conquanto não se mostre elevado se o foco for o abalo experimentado pelos proprietários do animal - que tiveram ceifado do convívio o animal de modo abrupto -, o é se o norte for a condição da requerida, microempresa de porte reduzido. Nesse contexto, impõe-se seja minorado o dano moral ao valor de R\$ 3.500,00, mormente por haver a ré empreendido diligências ao efeito de minimizar os danos. Recurso provido.

(TJ/RS - Rec. Inominado n. 71005132394 - 1a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Marta Borges Ortiz** - Fonte: DJ, 18.12.2014).

Produtor rural que adquire insumo para aplicação na lavoura não é considerado consumidor final e não se sujeita a proteção do CDC

Apelação Cível - Ação de execução - Agricultor - Aquisição de insumos agrícolas - Não incidência do Código de Defesa do *Consumidor* -

Cédula de produto rural - Compra e venda de calcário - Comprovante de entrega da mercadoria não juntado aos autos - Inexistência de causa subjacente - Recurso conhecido provido. 1 - O produtor rural ao adquirir insumos agrícolas para aplicação na lavoura não se caracteriza como destinatário final do produto, uma vez que a respectiva aquisição objetiva complementar a atividade produtiva para fins de circulação de bens, não incidindo o Código de Defesa do *Consumidor*. 2 - Apesar da vinculação das operações de compra e venda de calcário e a emissão da CPR, a credora Reical Indústria e Comércio de Calcário Ltda, ora recorrida, não comprovou de forma segura e esmerada a entrega e o recebimento da totalidade do insumo agrícola (calcário) a evidenciar a exigibilidade do título executado. 3 - Negado o recebimento da mercadoria por parte do recorrente, cabia à recorrida comprovar a respectiva entrega. De acordo com o art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.

(TJ/MT - Ap. Cível n. 123657/2014 - 6a.

Câm. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Serly Marcondes Alves** - Fonte: DJ, 15.12.2014).

Testamenteiro deve receber seu prêmio mesmo que ineficácia de cláusula tenha afetado todo o testamento

Recurso Especial. Direito sucessório. Cláusula testamentária prevendo a incomunicabilidade dos bens imóveis destinados aos herdeiros. Necessidade de aditamento do

testamento para a indicação de justa causa para a restrição que não foi observada pelo testador. Arts. 1.848 e 2.042 do CC. Ineficácia da disposição testamentária que afeta o testamento. Prêmio do testamenteiro. Cabimento. Recurso especial improvido. 1. Embora o autor da herança tenha deixado testamento público no qual fez inserir, como disposição única, que todos os bens imóveis deixados aos seus filhos deveriam ser gravados com cláusula de incomunicabilidade, com a vigência do CC de 2002 passou-se a exigir a indicação de justa causa para que a restrição tivesse eficácia, tendo sido concedido o prazo de 1 (um) ano após a entrada em vigor do Código, para que fosse feito o aditamento (CC, art. 1.848 c/c 2.042), o que não foi observado, no caso, pelo testador. 2. A despeito de a ineficácia da referida cláusula afetar todo o testamento, não há que se falar em afastamento do pagamento do prêmio ao testamenteiro, a pretexto de que a sua atuação no feito teria sido singela, uma vez que o maior ou menor esforço no cumprimento das disposições testamentárias deve ser considerado apenas como critério para a fixação da vintena, que poderá variar entre o mínimo de 1% e o máximo de 5% sobre a herança líquida (CC, art. 1.987), mas não para ensejar a sua supressão. 3. Na hipótese, a fiel execução da disposição testamentária foi obstada pela própria inação do disponente ante a exigência da lei, razão pela qual não pode ser atribuída ao testamenteiro nenhuma responsabilidade por seu descumprimento, sendo de se ressaltar que a perda do direito ao prêmio só é admitida, excepcionalmente, em caso de sua remoção, nas situações previstas em lei (CC, art. 1.989 e CPC, art. 1.140, I e II). 4. Recurso especial improvido.

(STJ - Rec. Especial n. 1207103/SP - 3a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Marco Aurélio Bellizze** - Fonte: DJ, 11.12.2014).

IMOBILIÁRIO

Condomínio terá de pagar danos morais à família de vítima de descarga elétrica

Recurso Especial. Responsabilidade civil. Condomínio. Morte da vítima por descarga elétrica. Demandas indenizatórias movidas pela mãe e pela companheira da vítima direta. Cerceamento de defesa. Culpa exclusiva ou concorrente da vítima. *Quantum* indenizatório arbitrado em valor razoável para as duas vítimas por ricochete. 1. Vítima falecida por descarga elétrica ao entrar na casa de máquinas de um condomínio onde realizaria reforma do teto solicitada pela síndica. 2. Demandas indenizatórias autônomas movidas pela mãe e pela companheira da vítima direta reunidas na origem em face da conexão. 3. A avaliação da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e a necessidade de produção de outras provas demandaria revisão do conjunto fático-probatório, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. Ausência também de indicação das provas pretendidas com aptidão para alterar o resultado do julgamento. Não reconhecimento de cerceamento de defesa. 4. Reconhecida na origem a culpa concorrente da vítima para o evento danoso (art. 945 do CC). 5. O reconhecimento da culpa exclusiva da vítima exigiria reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. 6. A fixação do *quantum* indenizatório pelo Tribunal de origem, com a redução decorrente da culpa concorrente da vítima, levou em consideração aspectos particulares do caso concreto, tendo sido arbitrada indenização dentro do espectro estabelecido pela jurisprudência desta Corte Superior (300 a

500 salários mínimos) para hipóteses de prejuízo de afeição decorrente de dano morte. 7. Não se apresentando exagerado o valor da indenização, não se justifica a intervenção desta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. 8. Recurso Especial a que se nega provimento.

(STJ - Rec. Especial n. 1.341.355/SC - 3a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Paulo de Tarso Sanseverino** - Fonte: DJ, 28.10.2014).

Empresa de mineração vai indenizar vizinha por barulho

Apelação Cível - Intempestividade - Não ocorrência - Atividade de mineração em zona mista - Barulho excessivo causado ao vizinho - Conjunto probatório que confirma o ilícito noticiado - Dano material não comprovado - Dano moral reconhecido. - Verificando que o apelo é tempestivo, impõe-se a rejeição da preliminar de intempestividade argüida em contrarrazões. - O barulho exacerbado causado por empresa que exerce atividade de mineração e afeta o vizinho, é causa de reconhecimento do dano moral indenizável.

(TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0625.12.009531-

4/001 - 13a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Luiz Carlos Gomes da Mata** - Fonte:

DJ, 21.11.2014).

Fixação de aluguel como compensação por perdas e danos decorrente da não desocupação de imóvel funcional após a aposentadoria do servidor público

Administrativo e Processual Civil. Reintegração de posse. Imóvel funcional. Ocupação. Servidor civil. Esbulho possessório caracterizado. Condenação ao pagamento de aluguel a título de indenização por perdas e danos. Possibilidade. I - A relação jurídica decorrente da cessão de imóvel funcional, para fins de ocupação por servidor público, possui natureza

eminente administrativa, não se equiparando a contrato de locação. A todo modo, uma vez encerrada essa relação jurídica, cristalizada, no caso, pela superveniente aposentadoria do titular da permissão de uso do aludido imóvel, não mais subsiste a essência daquela relação jurídica inicialmente instaurada entre as partes envolvidas (natureza administrativa), submetendo-se, agora, ao crivo do direito privado. II - Na hipótese em comento, a manutenção do esbulho possessório, decorrente da não devolução de imóvel funcional após a cessação dos motivos que legitimaram a sua ocupação, autoriza o pagamento de indenização por perdas e danos, correspondente ao valor do seu aluguel, observada a sua variação de mercado, desde a data da ocupação irregular, a ser contada a partir do término do prazo assinado para desocupação voluntária do imóvel. III - Apelação provida para condenar o réu ao pagamento de indenização por perdas e danos. Sentença reformada, em parte. Remessa necessária prejudicada.

(TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n.

2007.34.00.010297-6 - 5a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Des. Federal **Souza Prudente** - Fonte:

DJ, 16.12.2014).

Imobiliária restituirá compradores por entregar imóvel com metragem menor do que a prometida

Recurso Especial - Ação de indenização para ressarcimento de valores referentes a compra e venda de imóvel - Alegação de diferença entre a área prometida e a área entregue - Procedência do pedido nas instâncias ordinárias - Entendimento de que a vaga de garagem é área de uso comum e, pois, não deve ser considerada no cômputo da área total do bem. Insurgência da empresa ré. Hipótese em que se discute se a vaga de garagem do condômino deve ser compreendida como área privativa dele e se pode, consequentemente, ser considerada no cômputo

da área total do imóvel vendido. Decidido pelas instâncias ordinárias que a vaga de garagem “compreende área real de uso comum”, que não pode ser incluída no cômputo da área total do apartamento, o qual, por conseguinte, teria sido entregue com área inferior à prometida. 1. A vaga de garagem só deve ser considerada área comum de condomínio edilício quando não se vincular a uma unidade residencial específica e, consequentemente, não se destinar ao uso exclusivo do proprietário dessa unidade, podendo ser usada, assim, por todos os condôminos. Quando, porém, a vaga de garagem for individualizada e de uso exclusivo do proprietário de uma unidade residencial específica, ela não será considerada como área comum, podendo, nesse caso, (i) constituir apenas um direito acessório ou (ii) configurar-se como unidade autônoma, caso em que terá registro próprio em cartório. 2. No caso em questão, a vaga de garagem pertence exclusivamente ao proprietário do apartamento respectivo, pois tem menção expressa no contrato, numeração própria e delimitação específica no terreno. Sendo assim, as instâncias ordinárias se equivocaram ao considerá-la como bem de uso comum. 3. No entanto, os compradores não foram devidamente informados de que a área total do imóvel correspondia à soma das áreas da unidade habitacional e da vaga de garagem, uma vez que a redação do contrato objeto da lide cria a expectativa, em qualquer pessoa que o lê, de que a área privativa prometida ao comprador se refere unicamente à área do apartamento, isto é, da unidade habitacional, e não da soma desta com a área da vaga de garagem. 4. A praxe no mercado imobiliário é o anúncio da área do apartamento, apenas, constituindo eventual vaga de garagem um *plus*. 5. Embora seja possível, em tese, que se veicule anúncio publicitário informando como área total do imóvel à venda a soma das áreas do apartamento e da(s) vaga(s) de garagem, é

absolutamente imprescindível que, nesse caso, a publicidade seja clara e inequívoca, de modo que os consumidores destinatários não tenham nenhuma dúvida quanto ao fato de que o apartamento, em si, possui área menor do que aquela área total anunciada. Aplicação pura e simples do princípio da transparência, previsto no CDC. 6. Recurso especial desprovido.

(STJ - Rec. Especial n. 1139285/DF - 4a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Marco Buzzi** -

Fonte: DJ, 27.11.2014).

Saldo devedor residual sem cobertura pelo FCVS deve ser suportado pelo mutuário

Recurso Especial. Sistema Financeiro da Habitação. Saldo residual. Ausência de cobertura pelo FCVS. Responsabilidade do mutuário. Repetitivo. Rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil e Resolução nº 8/2008/STJ. 1. Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ.

(STJ - Rec. Especial n. 1.447.108/CE - 2a. S. -

Ac. unânime - Rel.: Min. **Ricardo Villas Bôas**

Cueva - Fonte: DJ, 24.10.2014).

Síndico que ultrapassa suas funções, aplica multas indevidas e expõe vexatoriamente os requerentes perante os demais condôminos é responsabilizado civilmente por dano moral

Apelação Cível. Indenização por danos morais. Condôminos e síndico. Aplicação indevida de penalidades. Exposição indevida dos requerentes aos demais condôminos ilícita constatada. Dano moral presente.

Quantum devido. É devida indenização por danos morais pelo síndico que ultrapassa suas funções, aplica multas indevidas e expõe vexatoriamente os requerentes perante os demais condôminos. O *quantum* arbitrado para fins de indenização por danos morais deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Obedecidos tais parâmetros, não há como se reduzir o valor arbitrado.

(TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0079.08.400511-

9/001 - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Desa. **Ângela de Lourdes Rodrigues** -

Fonte: DJ, 28.11.2014).

NOTA BONIJURIS: *Ao conceituar danos morais Carlos Alberto Bitar leciona: “danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas”. (Reparação Civil por Danos Morais / Caderno de Doutrina/Julho de 1996 / Tribuna da Magistratura, p. 33/37).*

PROCESSO CIVIL

As informações prestadas pela Contadoria Judicial, órgão auxiliar do juízo e equidistante do interesse das partes, gozam de presunção de veracidade

Processual Civil. Administrativo. Embargos à Execução de Sentença. 28,86%. Acordo administrativo. Saldo remanescente a executar. Contadoria do juízo. Presunção “*juris tantum*” de veracidade e legitimidade. 1. Cuida-se de apelação cível de sentença que julgou parcialmente procedentes os presentes embargos à execução, homologando os cálculos apresentados

pela Contadoria Judicial. 2. A questão que ora se apresenta a deslinde cinge-se à exclusão da embargada Enora Vieira Sales da presente execução em virtude de acordo administrativo celebrado, antes da prolação da sentença, que lhe possibilitou o recebimento de valor referente ao índice de 28,86%. 3. A despeito do pagamento do passivo referente aos 28,86% da referida exequente, a Contadoria do Juízo constatou que “o valor pago não foi suficiente para quitar a quantia devida à servidora”, conforme atestam os cálculos apresentados pelo órgão auxiliar do Juízo. 4. Ademais, segundo a majoritária jurisprudência, as conclusões da Contadoria Judicial, por ser órgão equidistante das partes e de seus interesses privados, gozam de presunção de veracidade “*juris tantum*”, em razão da posição imparcial ocupada pelo auxiliar do juízo no processo, somente afastada mediante a apresentação de prova eloquente e robusta, não carregada aos autos pelo apelante.

(TRF - 5a. Reg. - Ap. Cível n.

200883000112135 - 1a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Des. Federal **José Maria Lucena** -

Fonte: DJ, 18.12.2014).

Defensoria Pública faz jus ao pagamento de verbas sucumbenciais

Constitucional e Processual Civil. Fixação de honorários sucumbenciais a favor da Defensoria Pública - Possibilidade. Atuação em face de Empresa Pública Federal. I - Discute-se, na essência, a possibilidade de condenação em honorários sucumbenciais a favor da Defensoria Pública quando atua na assistência de hipossuficiente que litiga contra Empresa Pública Federal. II - O artigo 134 da Carta Política de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014, qualifica a Defensoria Pública como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamental-

mente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” III - A pessoa do Defensor Público quando representa a instituição no exercício de suas atividades fins não tem direitos ao recebimento de honorários, tendo em vista a proibição expressa do art. 46, III, da LC 820/1994, que veda a esse profissional “receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições”, e também porque os membros da carreira são remunerados pelo Estado na forma de subsídios, consoante arts. 135 e 39, § 4º, da Lei Maior. IV - A Defensoria Pública, no entanto, tem direito ao recebimento das verbas sucumbenciais arbitradas por força do art. 20 do Código de Processo Civil nas ações em que seus assistidos sagram-se vencedores. A verba deve ser destinada ao aparelhamento da instituição e à capacitação profissional de seus membros e servidores, conforme preceitua o art. 4º, XXI, da LC 80/1994, salvo quando atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, por imperativo da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça. Precedente da Corte Especial do STJ: REsp 1201674/SP. V - Na espécie, a Defensoria Pública atua na assistência judicial de hipossuficiente que litiga contra a Caixa Econômica Federal, fazendo jus, portanto, ao recebimento da verba sucumbencial. VI - Apelação a que se dá provimento para condenar a CEF ao pagamento de honorários de sucumbência a favor da DPU no importe de 10% sobre o valor dado a causa, considerando os §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

(TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n. 0001112-90.2011.4.01.3803 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Jirair Aram Meguerian** - Fonte: DJ, 12.12.2014).

Juízo de família pode julgar ação de apuração de haveres

Recurso Especial. Inventário. Apuração de haveres. Procedimento autônomo. Remessa aos meios ordinários. Possibilidade. Incompetência do juízo de família e sucessões. Não configuração. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. As perícias técnicas (contábil e de engenharia) realizadas em primeira instância foram acolhidas tanto pela sentença quanto pelo Tribunal local, que afastaram a existência de qualquer irregularidade ou ilegalidade nos referidos trabalhos. Desse modo, a insatisfação da recorrente no que tange ao resultado do conjunto probatório-pericial que lhe é desfavorável não se confunde com violação dos citados dispositivos legais nem implica o cerceamento de sua defesa. 3. Não há direito de produção de prova técnica em segunda instância. Cabe ao órgão judicante, destinatário das provas, acolher ou refutar o conjunto probatório delineado pelas partes e produzido pelos auxiliares da justiça - como, no caso, o perito -, em decisão necessariamente motivada, como fez o acórdão combatido. 4. O êxito da pretensão recursal depende tanto de se infirmar a certeza que ora se extrai dos autos acerca da adequação e regularidade das provas periciais quanto de rever as conclusões de ambas as instâncias de cognição plena pela sua validade. Incidência da Súmula nº 7/STJ. 5. A mera inversão da ordem procedimental - qual seja, o julgamento da apelação antes de apreciado o agravo retido interposto -, por si só, não conduz à nulidade do julgamento. Para tanto, é necessário que seja demonstrado e comprovado que a parte sofreu pre-

juízo, o que não ocorreu no presente caso. 6. As instâncias ordinárias afastaram corretamente a existência de enriquecimento sem causa dos ora recorridos, o que atrai o óbice da Súmula nº 7/STJ. 7. A distribuição da apuração de haveres ao Juízo pelo qual se processou o inventário não ofende nenhuma norma de direito federal. Pelo contrário, a interpretação conjugada da legislação processual que trata especificamente da matéria leva à conclusão de que o procedimento adotado pelas instâncias ordinárias encontra-se hígido e em conformidade com as disposições legais. 8. O CPC determina que as questões decorrentes do inventário ou da partilha que demandarem “alta indagação” ou “dependerem de outras provas” sejam remetidas aos meios ordinários. Portanto, a “remessa aos meios ordinários” significa, essencialmente, que o juiz deve processar o incidente pelos meios ordinários, em apartado dos autos do inventário. 9. O fato de a lei prescrever que o juiz determine a apuração de haveres não exclui do herdeiro o seu direito subjetivo público de ação, a quem remanesce a faculdade de propô-la de forma autônoma, conforme foi feito no presente caso. Ademais, a premissa maior a ser observada nos “meios ordinários” é a participação, mediante efetivos contraditório e ampla defesa, de todos os atores envolvidos na questão. 10. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ - 1.438.576/SP - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva** - Fonte: DJ, 21.11.2014).

Ministério Público deve atuar nas ações de interdição em que não é o requerente

Procedimento de interdição. Ministério Público. Curador especial. Nomeação. Conflito de interesses. Ausência. Interesses do interditando. Garantia. Representação. Função institucional do Ministério Público. Decisão singular do relator (CPC, art. 557).

Nulidade. Julgamento do colegiado. Inexistência. 1. Eventual ofensa ao art. 557 do CPC fica superada pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes. 2. A designação de curador especial tem por pressuposto a presença do conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal. 3. No procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público, quem age em defesa do suposto incapaz é o órgão ministerial e, portanto, resguardados os interesses interditando, não se justifica a nomeação de curador especial. 4. A atuação do Ministério Público como defensor do interditando, nos casos em que não é o autor da ação, decorre da lei (CPC, art. 1182, § 1º e CC/2002, art. 1770) e se dá em defesa de direitos individuais indisponíveis, função compatível com as suas funções institucionais. 5. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.099.458/PR - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Maria Isabel Gallotti** - Fonte: DJ, 10.12.2014).

Não incidem juros de mora entre a elaboração da conta de liquidação e a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV)

Processual Civil. Requisição complementar. Juros de mora. Período situado entre a propositura da execução e o trânsito em julgado dos embargos à execução. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.143.677/RS, firmou entendimento de que não incidem juros de mora entre a elaboração da conta de liquidação e a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV). 3. O STJ também firmou compreensão no sentido de que é cabível a inclusão dos juros moratórios, até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado

no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos. 4. No caso, é perfeitamente admissível a aplicação dos juros de mora, uma vez que consta nos autos a interposição de embargos à execução, os quais foram julgados parcialmente procedentes pelo juízo *a quo* em 25.08.2009, com trânsito em julgado em 06.06.2011. 5. Precedentes desta Primeira Turma: TRF 5ª Região - AC nº 446336/CE - Órgão julgador: Primeira Turma - Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena - DJE de 12/05/2011 - Decisão: Unânime; e, PROCESSO: 00063212120134050000, AG132866/AL, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, julgamento: 19/09/2013, publicação: DJE 26/09/2013 - Página 179.6. Remessa oficial e apelação improvidas.

(TRF - 5a. Reg. - Ap. Cível n. 200305990023245 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Manuel Maia** - conv. - Fonte: DJ, 17.12.2014).

Não se aplica o mecanismo da prescrição ou da decadência quando a ação, proposta dentro do prazo fixado em lei, fica paralisada por demora na citação pelo Poder Judiciário

Processual Civil e Tributário. Execução Fiscal. Ausência de citação do executado. Falha do aparelho judiciário. Prescrição intercorrente. Inocorrência. Jurisprudência do STJ e do TRF/1ª Região. Apelação provida. 1. “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súmula 106 do STJ). 2. Citação do executado que não se verificou em razão da ausência de despacho para essa finalidade ou, na hipótese em

que o ato judicial foi proferido, de providência cartorária que concretizasse a determinação nele contida. 3. “Evidenciada nos autos a falha no mecanismo judicial e a responsabilidade do juízo pela demora na citação ou pela sua não efetivação, o marco interruptivo deverá retroagir à data do ajuizamento do feito” (STJ, REsp 1.120.295/SP, DJ de 21.05.2010). 4. “Não se pode imputar à parte exequente responsabilidade pela paralisação do feito ao qual não foi dado o necessário impulso oficial, em franco prejuízo à prestação jurisdicional” (AC 2007.33.04.000242-9/BA, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, DJ de 25.04.2014). 5. Apelação provida.

(TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n. 0001752-78.2011.4.01.3905 - Ac. unânime - 8a. T. - Rel.: Des. Federal **Marcos Augusto de Sousa** - Fonte: DJ, 05.12.2014).

NOTA BONIJURIS: *Da jurisprudência deste TRF da 1ª Região, colhe-se que “não se pode imputar à parte exequente responsabilidade pela paralisação do feito ao qual não foi dado o necessário impulso oficial, em franco prejuízo à prestação jurisdicional” (AC 2007.33.04.000242-9/BA, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, DJ de 25.04.2014).*

Prazo para ação redibitória de coisa móvel decai em 30 dias após constatação do defeito oculto

Recurso Especial. Vício redibitório. Bem móvel. Prazo decadencial. Art. 445 do Código Civil. 1. O prazo decadencial para o exercício da pretensão redibitória ou de abatimento do preço de bem móvel é de 30 dias (art. 445 do CC). Caso o vício, por sua natureza, somente possa ser conhecido mais tarde, o § 1º do art. 445 estabelece, em se tratando de coisa móvel, o prazo máximo de 180 dias para que se

revele, correndo o prazo decadencial de 30 dias a partir de sua ciência. 2. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - Rec. Especial n. 1.095.882/SP - 4a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Maria Isabel Gallotti** - Fonte: DJ, 19.12.2014).

PENAL E PROCESSO PENAL

Ainda que o réu seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita a grande quantidade de drogas apreendida impede à concessão de liberdade provisória

Penal. Processual Penal. Excesso de prazo. Princípio da razoabilidade. Aplicabilidade. Liberdade provisória. Requisitos subjetivos. Insuficiência. Pressupostos da prisão preventiva. Admissibilidade. Ordem denegada. 1. É aplicável o princípio da razoabilidade para a aferição do excesso de prazo para a conclusão do processo criminal. Segundo esse princípio, somente se houver demora injustificada é que se caracterizaria o excesso de prazo (STJ, HC n. 89.946, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11.12.07; HC n. 87.975, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.02.08). 2. É natural que seja exigível o preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão de liberdade provisória. Contudo, tais requisitos, posto que necessários, não são suficientes. Pode suceder que, malgrado o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não faça jus à liberdade provisória, na hipótese em que estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva (STJ, HC n. 89.946-RS, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 11.12.07; RHC n. 11.504-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.10.01). 3. Ordem denegada.

(TRF - 3a. Reg. - *Habeas Corpus* n. 0025292-74.2014.4.03.0000 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **André Nekatschalow** - Fonte: DJ, 09.12.2014).

Ajuizamento de reclamatória trabalhista visando obter vantagem ilícita não implica tipificação do delito de estelionato, na modalidade tentada

Penal. Estelionato Judicial. Forma tentada. Atipicidade. Absolvição dos réus. 1. Não há previsão na Legislação Penal de estelionato praticado por meio de processo judicial, ou como doutrinariamente vem sendo chamado de “estelionato judicial” ou “estelionato judiciário”. 2. As alegações contidas na petição inicial da Reclamação Trabalhista intentada pelos acusados sujeitam-se à impugnação pela parte contrária. Além disso, é dever do Juízo cuidar para que o processo tenha seu regular processamento, buscando a veracidade dos fatos e, ao final, verificar se o pedido é ou não procedente. No caso em questão, a Justiça do Trabalho extinguiu a reclamação trabalhista sem julgamento do mérito. Não tendo sido produzidas no processo crime outras provas capazes de imputar aos réus a conduta prevista no artigo 171, do Código Penal. Portanto, o simples ajuizamento da ação trabalhista, por si só, não implica tipificação do delito de estelionato, na modalidade tentada. Precedentes. 3. Apelação provida.

(TRF - 3a. Reg. - Ap. Criminal n. 0001101-90.1999.4.03.6110 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Marcelo Saraiva** - Fonte: DJ, 09.12.2014).

Ausência de prova do dolo no crime de moeda falsa gera a absolvição do réu

Penal. Moeda falsa. Demonstração do dolo. Insuficiência probatória. Absolvição do acusado. Não se depreendendo das circunstâncias do caso

concreto a má-fé do acusado, cujo *modus operandi*, na espécie, destoa do usualmente utilizado por passadores de dinheiro falso, impõe-se a absolvição, ante a ausência de prova do dolo, ou seja, da ciência do réu sobre a falsidade das cédulas que guardava e introduziu em circulação.

(TRF - 4a. Reg. - Ap. Criminal n. 5010152-81.2012.404.7201 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Márcio Antônio Rocha** - Fonte: DJ, 18.12.2014).

Importação de cigarros com elisão de tributos implica em contrabando

Penal. Processo Penal. Art. 334, *caput*, e §1º, ‘b’ do Código Penal. Contrabando de cigarros. Autoria, materialidade e dolo comprovados. Sentença mantida. Arrependimento posterior. Inaplicabilidade. Isenção de custas e justiça gratuita. Exame pelo juízo da execução penal. 1. O Supremo Tribunal Federal pelas suas duas Turmas, recentemente, manifestou-se no sentido de que se a mercadoria importada com tributos iludidos for cigarro estrangeiro ou brasileiro reintroduzido no território nacional, tem-se a figura do contrabando e não descaminho, pois a lesão perpetrada não se restringe ao erário público, mas atingem também outros interesses públicos como a saúde e as atividades econômicas. 2. Considerando-se o flagrante, bem como a confissão judicial do réu, não é caso de absolvição pela prática do crime de contrabando. 3. Não há qualquer prova nos autos de que tenha havido reparação do dano causado, por ato voluntário do agente, antes do recebimento da denúncia, o que impede a aplicação do artigo 16 do Código Penal, que prevê o arrependimento posterior. 4. Caberá ao Juízo da Execução avaliar as condições do réu quanto à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

(TRF - 4a. Reg. - Ap. Criminal n. 5008828-56.2012.404.7104 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Sebastião Ogê Muniz** - Fonte: DJ, 18.12.2014).

Princípio da insignificância não é aplicável ao contrabando de cigarros

Penal. Contrabando de cigarros. Artigo 334 do Código Penal. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros que, além de prejuízo à arrecadação tributária, representa ofensa a outros bens jurídicos como a saúde pública e a indústria nacional.

(TRF - 4a. Reg. - Ap. Criminal n. 5002029-25.2011.404.7203 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Márcio Antônio Rocha** - Fonte: DJ, 18.12.2014).

Sentença proferida durante período de suspensão condicional do processo é nula por *error in procedendo*

Penal e Processual Penal. Art. 2º da Lei nº 8.176/91. Preenchimento dos requisitos subjetivos necessários para concessão do sursis processual (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Aceitação da proposta de suspensão condicional do processo por um dos réus. Desmembramento do processo para este réu. Condições impostas estavam sendo cumpridas. Magistrado, durante o período de prova, prolata sentença de absolvição sumária. Impossibilidade. *Error in procedendo*. Nulidade da sentença. Retorno dos autos à vara de origem. Apelação do parquet provida para anular a sentença. Prejudicado o julgamento do mérito. I - O réu aceitou a proposta ministerial de suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, da Lei 9.099/95 e o magistrado, durante o período de prova, proferiu sentença de absolvição sumária. II - Ora, a prática de qualquer ato processual, durante o período de sursis processual, violaria o devido processo legal; no caso de uma sentença, se esta for reformada, em sede recursal, o réu não teria a oportunidade de se manifestar nos autos, violando o

contraditório e a ampla defesa. III - Acolho as alegações do Parquet em relação à preliminar de nulidade da sentença por *error in procedendo*, na medida em que foi prolatada sentença, durante a suspensão condicional do processo, momento em que nenhum ato processual poderia ser efetivado. IV - Apelação do Ministério Público Federal provida para acolher a preliminar de nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de Origem para aguardar o transcurso do prazo de suspensão condicional do processo. Prejudicado o julgamento do mérito.

(TRF - 2a. Reg. - Ap. Criminal n. 201350010059844 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Messod Azulay Neto** - Fonte: DJ, 28.11.2014).

Transporte ilegal de medicamentos é considerado tráfico

Apelação Criminal - Crime contra a saúde pública - Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais - Preliminar de incompetência da Justiça Estadual para o julgamento do feito - Rejeição - Ausência de indícios de internacionalidade da conduta - Afronta a bens, serviços ou interesses da União não demonstrada - Absolvição - Impossibilidade - Ofensa ao princípio da proporcionalidade - Matéria analisada pelo órgão especial do TJMG em incidente de inconstitucionalidade - *Emendatio libelli*, de ofício, para o crime de Tráfico de Drogas - Substância enquadrada na portaria SMS/MS 344/1998 - Decretação da perda de cargo público - Não cabimento - Reprimenda inferior a quatro anos - Recurso ministerial não provido e recursos defensivos parcialmente providos. 1. Ausente a comprovação de internacionalidade da conduta ou de ofensa a bens, serviços ou interesses da União, não há como des-

locar a competência para análise da ação penal para a Justiça Federal. 2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.677/1998, assentada no julgamento, pelo Órgão Especial do TJMG, do Incidente de Inconstitucionalidade 1.0480.06.084500-9/002, alcançou a íntegra do art. 273 do Código Penal, com a repristinação, também na íntegra, da redação anterior do dispositivo. 3. Medicamento cujo princípio ativo está listado na Portaria SMS/MS 344/1998, que tenha potencial para causar dependência física e/ou psíquica, deve ser considerado droga, consoante o artigo 66 da Lei 11.343/2006. 4. Não há como se decretar a perda do cargo público na hipótese de o réu ter sido condenado a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos de reclusão por crime não praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. 5. Recurso ministerial não provido e recursos defensivos parcialmente providos.

(TJ/MG - Ap. Criminal n. 1.0525.13.011756-3/001 - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Flávio Leite** - Fonte: DJ, 21.11.2014).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos trecho do voto proferido pelo relator: “Ressalte-se que o crime de tráfico, previsto no art. 33 da atual Lei Antidrogas, é de ação múltipla, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição. Basta, para a consumação do ilícito, a prática de um dos verbos ali previstos (adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, oferecer, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, etc.). E a conduta narrada nos autos se subsume perfeitamente ao artigo 33, ‘caput’, da Lei de Antidrogas diante da prova testemunhal colhida.”*

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

A prescrição do direito ao salário-maternidade é de cinco anos contada do vencimento da parcela mensal em consideração com a data do requerimento ou do ajuizamento da ação

Constitucional e Previdenciário. Salário-maternidade. Prescrição. Ocorrência. Sentença reformada. 1. A prescrição do direito ao salário-maternidade é de 5 (cinco) anos contada do vencimento de cada parcela mensal em consideração com a data do requerimento ou do ajuizamento da ação, ou entre estes. 2. No caso dos autos houve efetivamente a prescrição de todas as parcelas do benefício do salário-maternidade referente à filha nascida em 06/06/2005 (fl. 16), eis que somente em 08/07/2010 a ação foi ajuizada. 3. Autora condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 400,00, suspensa a cobrança na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50. 4. Apelação do INSS provida, pronunciando-se a prescrição (art. 269, IV, do CPC).

(TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n. 0001235-

31.2013.4.01.9199 - 1a. T. - Juiz Federal

Jamil Rosa de Jesus Oliveira - conv. - Fonte: DJ, 17.12.2014).

Cobrador receberá adicional de insalubridade por vibração excessiva em ônibus

Recurso de Revista. Cobrador de ônibus urbano. Adicional de insalubridade. Exposição à vibrações. Anexo 8 da NR 15 do MTE. É suficiente para a concessão de adicional de insalubridade, em grau médio, a comprovação, por perícia técnica de que a atividade

laboral é exercida em condições de insalubridade por vibrações, conforme anexo 8 da NR 15 do MTE. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 1955-

47.2011.5.03.0010 - 1a. T. - Ac. unânime -

Rel.: Min. **Walmir Oliveira da Costa** - Fonte: DJ, 19.12.2014).

Condomínio residencial não pode ser proibido de contratar terceirizados

Condomínio residencial. Pessoa jurídica gestora de interesses da coletividade. Empregador. Enquadramento sindical. Embora realmente o condomínio residencial constitua entidade sem fins lucrativos, não menos certo é o fato de que, na condição de pessoa jurídica gestora dos interesses de uma coletividade, procede à contratação de diversos profissionais, tais como porteiros e pessoal de serviços gerais. Portanto, não há dúvidas de que se insere no conceito de empregador; consequentemente, ao contrário do que asseverado no recurso, é integrante da categoria econômica representada pelo Sindicato.

(TRT - 10a. Reg. - Rec. Ordinário n.

0000894.70.2013.5.10.0016 - 1a. T. - Ac.

unânime - Rel.: Juiz **João Luis Rocha**

Sampaio - conv. - Fonte: DJ, 07.11.2014).

Contribuição negocial é obrigatória para todos, sindicalizados ou não

Ação Civil Pública. Liberdade sindical. Negociação coletiva de trabalho. Contribuição negocial. 01. O reconhecimento da liberdade sindical, quer em face do empregador quer em face do Estado, e da negociação coletiva é preocupação constante da Organização Internacional do Trabalho, que transpassa sua Constituição e a Declaração de Filadélfia, sendo as Convenções nº 87 e 98 o eixo central da produção normativa internacional sobre o tema. Deste modo, objetiva a

OIT proporcionar o desenvolvimento de meios que promovam, elevem e garantam os direitos trabalhistas básicos, além do amadurecimento jurídicopolítico dos atores sociais. 02. A Constituição Federal de 1988 atribuiu tratamento substancialmente distinto à autonomia coletiva, e o reconhecimento à capacidade de negociação coletiva dos sujeitos coletivos foi muito mais amplo que a mera declaração formal do “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, presente no inciso XXVI de seu art. 7º. Neste sentido, a Carta de 1988 estabeleceu uma inovadora perspectiva para o plano nacional de procedimentalização das relações de trabalho, atribuindo maior valor ao enfoque de participação e da definição negociada das condições de trabalho. 03. Neste cenário, é facultado ao trabalhador manifestar sua vontade em Assembléia Geral que pode aprovar ou recusar a instituição de contribuições sindicais, sendo que a deliberação coletiva vincula a minoria, sobremodo porque a eficácia subjetiva dos acordos e das convenções coletivas de trabalho abrangem, respectivamente, todos integrantes da categoria ou da empresa, afiliados ou não à entidade sindical. 04. No sistema jurídico brasileiro de exclusividade de representação da categoria por um sindicato, por um lado, fere o artigo 611 da CLT limitar a eficácia das cláusulas negociadas, sejam elas obrigacionais ou normativas, apenas aos associados. E, por outro, não há violação da liberdade sindical a instituição de contribuição obrigatória pactuada autonomamente e aprovada por assembleia pois somente as que são impostas por lei independem da vontade individual. Assim, é devido o pagamento de contribuição negocial por todos os associados da categoria profissional, sindicalizados ou não, já que revertem em benefício de todos os trabalhadores representados e refletem a autonomia coletiva. Re-

curso ordinário a que se nega provimento.

(TRT - 1a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0000977-27.2012.5.01.0225 - 7a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Desa. **Sayonara Grillo Coutinho**

Leonardo da Silva - Fonte: DJ, 28.11.2014).

Empregado destrutado por seu supervisor ao retornar do velório de colega é indenizado

Recurso de Revista. Tratamento vexatório e humilhante. Indenização por danos morais. *Quantum* arbitrado. Inexiste na legislação pátria delimitação do *quantum* a ser fixado a título de danos morais. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. É oportuno destacar que a jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos, o que não se verifica na hipótese. Recurso de revista não conhecido.

(TST - Rec. de Revista n. 1217-

51.2012.5.09.0594 - 3a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. **Maurício Godinho Delgado** -

Fonte: DJ, 14.11.2014).

Empresa deverá indenizar advogada dispensada no dia em que comunicou gravidez

Danos morais. Despedida discriminatória em razão de gravidez. Indenização. O desconhecimento da gravidez

da trabalhadora, pelo empregador, num aspecto geral, não é relevante quando se trata de assegurar o emprego à gestante, pois a responsabilidade, na hipótese, é objetiva. Não havendo justa causa, deve-se anular o ato de despedida e assegurar o direito da trabalhadora de permanecer no emprego. Por outro lado, quando se trata de averiguar possível dispensa discriminatória, o conhecimento da gravidez se revela fundamental e a análise da situação concreta deve considerar vários elementos, inclusive a possível inversão do ônus probatório. Se houver nos autos algum elemento de prova, a exemplo de documento no sentido de que a trabalhadora informou o preposto da empregadora sobre exame de gravidez e resultado positivo e que foi despedida na mesma data dessa comunicação, o confronto das provas com a decisão de despedir permite concluir que foi discriminatória a denúncia do contrato, presunção que só será afastada por provas substanciais de que o empregador possuía razões legítimas para a prática do ato. A presunção se mantém independente da condição social ou intelectual da trabalhadora, ainda que advogada, pois a imposição a que se formalize a ruptura contratual em instrumento de aparente validade, como condição para o recebimento de valores decorrentes do contrato, contempla vício na origem e tem o potencial de provocar danos a direitos de personalidade. Ausente prova conclusiva em contrário, presume-se a despedida em razão de gravidez, que é discriminatória e, portanto, abusiva, passível de gerar o direito a indenização por danos morais. Danos morais. Imposição a que a trabalhadora constituísse pessoa jurídica como condição para o exercício do trabalho. Consatada a exigência, por parte da empregadora, de que a trabalhadora constituísse empresa como condição para lhe prestar serviços, por se tratar de imposição abusiva e indevida e implicar inegáveis prejuízos de ordem jurídico-econômica à relação

que deveria ter ocorrido com vínculo de emprego e, por consequência, insegurança e gravames desnecessários, deve-se reconhecer violação a direitos de personalidade e o dever de indenizar. Considera-se na fixação do valor indenizatório a reiteração da conduta patronal na prática de atos causadores de danos morais, o que deve resultar em valor significativo como medida pedagógica capaz de desencorajar e coibir condutas ilícitas por parte do empregador, seus prepostos ou agentes. Recurso da autora a que se dá provimento para condenar as rés no pagamento de duas indenizações por danos morais.

(TRT - 9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 07698-

2011-009-09-00-3 - 2a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Desa. **Marlene T. Fuverki Suguimatsu**

- Fonte: DJ, 10.12.2014).

Juiz deve analisar reclamação que não apresentou o rol de pedidos

Recurso obreiro. Inépcia da inicial. Não há falar em inépcia ex officio da petição inicial por ausência de pedido quando, embora não conste um rol claro, a pretensão ficou tão evidente que o reclamado contestou especificamente e sequer arguiu qualquer vício formal. Recurso Ordinário obreiro a que se empresta para cassar a extinção do processo por inépcia e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para apreciação dos itens 7 a 9 da petição inicial (fls. 4), prejudicados os demais aspectos recursais.

(TRT - 10a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0001491-

75.2013.5.10.0004 - 3a. T. - Ac. unânime -

Rel.: Des. **Ricardo Alencar Machado** - Fonte:

DJ, 05.12.2014).

Mudança da base de cálculo do adicional de insalubridade não pode ser feita por via judicial

Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Até que seja editada lei sobre a matéria ou celebrada conven-

ção coletiva que regule o adicional de insalubridade, a base de cálculo desta parcela continua a ser o salário mínimo (Súmula Vinculante nº 4, do STF), logo, não há como acolher a pretensão do reclamante para que seja adotado o salário básico do trabalhador como parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade. Recurso conhecido e não provido.

(TRT - 10a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0002191-43.2012.5.10.0018 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz **Paulo Henrique Blair de Oliveira** - conv. - Fonte: DJ, 12.12.2014).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Candidato não deve ser afastado de curso de formação profissional quando pendente julgamento de sua exclusão de concurso público anterior

Processual Civil. Concurso público. Agravo de Instrumento. Perito criminal federal. Curso de formação profissional e reserva de vaga. Tutela cautelar. Cabimento. I - A participação de candidato em curso de formação profissional na pendência do julgamento do feito em que se discute a legitimidade da sua exclusão do concurso público respectivo, bem assim, a reserva de vagas até a resolução definitiva da controvérsia, são medidas cautelares adequadas a resguardar eventual direito à posse no cargo público para o qual concorreu, assegurando, de tal maneira, o resultado útil do provimento jurisdicional a ser ali concedido, em caso de procedência de seu pleito. II - Agravo de instrumento provido. Decisão reformada.

(TRF - 1a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 0005718-22.2014.4.01.0000 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Souza Prudente** - Fonte: DJ, 16.12.2014).

Concessionária deve indenizar consumidores pela ingestão de água contaminada por restos de cadáver

Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Serviço de água e esgoto. Cadáver em decomposição no reservatório. Dano moral. Configurado. Omissão. Negligência. Falha na prestação do serviço. Dano moral *in re ipsa*. 1. Fica configurada a responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente de falha do dever de efetiva vigilância do reservatório de água, quando nele foi encontrado um cadáver humano. 2. De outro lado, também, ficou caracterizada a falha na prestação do serviço, indenizável por dano moral, quando a COPASA não garantiu a qualidade da água distribuída à população. 3. Ainda, há que reconhecer a ocorrência *in re ipsa*, o qual dispensa comprovação do prejuízo extrapatrimonial, sendo suficiente a prova da ocorrência de ato ilegal, uma vez que o resultado danoso é presumido. Recurso especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.494.296/MG - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Humberto Martins** - Fonte: DJ, 19.12.2014).

Desnecessária a perícia técnica em processos revisionais de contrato de financiamento estudantil - o FIES

Ação Monitória. FIES. Dialeiticidade do recurso. Perícia técnica. Prescindibilidade. Capitalização de juros. Ilegalidade. Tabela Price. Possibilidade. I. Tendo o recurso impugnado pontos específicos da sentença, expostas as razões para a reforma da decisão, afasta-se a preliminar de falta de dialeticidade do recurso, arguida em sede de contrarrazões. II. A jurisprudência deste eg. TRF1 é firme no sentido da desnecessidade de perícia técnica em processos revisionais de contrato de financiamento estudantil - o FIES,

porquanto a demanda encerra matéria eminentemente de direito. III. A mera aplicação da Tabela Price não implica capitalização mensal de juros. Precedentes. IV. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, notadamente após o julgamento do REsp 1.155.684/RN, definido como parâmetro para o julgamento de feitos repetitivos, previstos na Lei 11.672/2008, firmou-se no sentido da não admissão da capitalização de juros nos contratos firmados no âmbito do FIES, mesmo que expressamente avençado. V. Apelação dos réus parcialmente provida (item IV).

(TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n.

2008.38.09.006190-6 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Jirair Aram Meguerian** - Fonte: DJ, 12.12.2014).

Estado não é obrigado a fornecer medicamento a paciente com boa condição financeira

Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Fornecimento de medicamento pelo Estado. Impossibilidade de arcar com os custos do remédio não comprovada. Acórdão embasado em premissas fáticas. Revisão. Súmula 07/STJ. I - O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou não se tratar de pessoa carente, ressaltando suficientes condições financeiras do enfermo para a aquisição do medicamento, porquanto possui expressivo patrimônio. II - Rever o acórdão recorrido, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, quanto à necessidade de intervenção do Estado para garantir a sobrevivência do Recorrente, ora Agravado, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte, assim enunciada. III - Agravo regimental Provido. (STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 522.657/RS - 1a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. **Napoleão Nunes Maia Filho** - Fonte: DJ, 05.12.2014).

Inexiste ilegalidade no ato administrativo que nega pedido de custeio de tratamento no exterior

Constitucional. Administrativo. Direito à saúde. Custeio de tratamento médico no exterior, com células tronco. Legalidade da Portaria 763/94, DO Ministério da Saúde. Negativa. 1. Pretende-se custeio de tratamento médico, com células tronco, fora do domicílio (TFD), na cidade de Düsseldorf, na Alemanha, tendo constado como fundamento da sentença “a existência de Portaria do Ministério da Saúde que veda, expressamente, o financiamento, pelo governo brasileiro, de tratamento médico no exterior (Portaria n. 763/94), cuja legitimidade fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça”. 2. A jurisprudência do STJ é no seguinte sentido: “1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243” (EEEARE 200800277342, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE de 02/03/2010). 3. Em caso semelhante, julgou esta Turma: “1. Inexiste ilegalidade no ato administrativo que nega pedido de custeio de tratamento de retinose pigmentar em Cuba, máxime quando ausente prova pré-constituída da eficácia do tratamento e da impossibilidade de ele ser realizado no Brasil. Precedentes. 2. Declarada pelo STJ a legalidade da Portaria 763/1994 do Ministério da Saúde, que proíbe o financiamento pelo SUS de tal tratamento no exterior” (AC 200634000097240, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, e-DJF1

de 27/02/2009). 4. Também julgou esta Corte: “Correto o voto vencedor ao prestigiar a Portaria nº 763/94 do Ministério da Saúde que proíbe o custeio, pelo Estado, de tratamento médico no exterior: ‘A medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados’ (STJ, MS 8895/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07/06/2004). Precedentes” (EAC 200234000273807, Rel. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (em Substituição), Terceira Seção, e-DJF1 de 07/06/2010). 5. Apelação a que se nega provimento. (TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n. 0011110-64.2011.4.01.4100 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Federal **Márcio Barbosa Maia** - conv. - Fonte: DJ, 11.12.2014).

NOTA BONIJURIS: A jurisprudência do eg. STJ é no seguinte sentido: “(...) 1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243. 2. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial” (EEEARE 200800277342, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE de 02/03/2010).

Possível o licenciamento de policial militar ainda que pendente inquérito por deserção

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Militar. Temporário. Licen-

ciamento. Processo Penal Militar. Possibilidade. I - Conforme amplo entendimento jurisprudencial, a existência de inquérito no âmbito da Justiça Militar contra militar para apuração de eventual crime de deserção não pode ser óbice ao licenciamento do impreterante do serviço militar. Precedentes do STJ. II - Apelação provida. (TRF - 2a. Reg. - Ap. Cível n. 201251010497663 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Marcelo Pereira da Silva** - Fonte: DJ, 28.11.2014).

Servidor público possui direito à conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia

Servidor público. Processual Civil. Licença-prêmio não gozada e não utilizada para contagem em dobro do respectivo tempo de serviço. Conversão em pecúnia. Aposentadoria. Prescrição. Termo inicial. Embargos Infringentes acolhidos. 1. Tem o servidor direito à conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não utilizada para aposentadoria. 2. O exercício da ação que protege esse direito, porém, se subordina ao prazo prescricional de cinco anos fixado no art. 1º do Decreto n. 20.910, de 1932, contado da concessão da aposentadoria pela Administração. 3. Não há falar em início do prazo a partir do registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União, porque desde o ato concessivo de aposentadoria o servidor usufrui todos os benefícios dela decorrentes, exsurgindo a partir daí o direito de impugnar eventual irregularidade contida no ato administrativo, assim como o de pleitear direitos adquiridos durante o vínculo funcional. 4. Decorridos cinco anos, desde então, toda e qualquer ação do servidor tendente à modificação do ato concessivo e à satisfação dos direitos não usufruídos se adelaça e se desfaz pelo não uso dela nesse trato de tempo (Clóvis Beviláqua). 5. Embargos infringentes acolhidos. 6. Apelação desprovida;

sentença que pronunciou a prescrição, mantida.

(TRF - 1a. Reg. - Embs. Infringentes na Ap. Cível n. 2006.34.00.005837-2 - 1a. S. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Federal **Jamil Rosa de Jesus Oliveira** - conv. - Fonte: DJ, 16.12.2014).

TRIBUTÁRIO

Base de cálculo da contribuição de melhoria é a diferença entre os valores inicial e final do imóvel beneficiado

Apelação Cível - Tributário - Preliminar de prescrição - Inocorrência - Contribuição de melhoria - Valorização imobiliária - Não comprovação - Ônus do ente público - Nulidade da cobrança - Sentença mantida - Recurso desprovido. O prazo prescricional para propositura da ação anulatória de lançamento tributário é de cinco anos a contar da notificação do lançamento, nos moldes do art. 1º do Decreto 20.910/32. O fato gerador da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária. Logo, a base de cálculo para cobrança deste tributo é a diferença entre os valores inicial e final do imóvel beneficiado. Cabe ao ente público comprovar a valorização do imóvel tributado, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil. (TJ/MT - Ap. Cível n. 131168/2013 - 4a. Câmara. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Zuquim Nogueira** - Fonte: DJ, 15.12.2014).

Cálculo do imposto de renda deve considerar as alíquotas e tabelas vigentes à época em que os valores pagos administrativamente deveriam ter sido pagos

Apelação Cível. Direito Tributário. Ação de repetição de indébito. Município de Uruguaiana. Imposto de renda. Retenção. - Preliminar de não-conhecimento do recurso rejeitada. Violação ao art. 514, II, do CPC não

configurada. - Havendo impugnação específica aos fundamentos da sentença, não há ofensa ao art. 514, inciso II, do Código de Processo Civil, positivamente do denominado “princípio da dialeticidade”. - Mérito. Imposto de renda. Retenção. Pagamento de montante referente à diferença de vencimentos. Conforme o regime de competência, deve o cálculo do imposto de renda considerar as alíquotas e tabelas vigentes à época em que os valores pagos administrativamente deveriam ter sido pagos, mediante aplicação da Lei Municipal nº 4.111/2012, do Município de Uruguaiana. Direito à repetição do indébito tributário reconhecido, com o montante a ser definido em liquidação. Preliminar contrarrecursal rejeitada apelo a que se nega seguimento.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70060778685 - 22a.

Câm. Cív. - Dec. Monocrática - Rel.:

Desa. **Marilene Bonzanini** - Fonte: DJ, 18.12.2014).

Incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto

Apelação Cível em Mandado De Segurança. Tributário. ICMS. Importação de veículo para uso particular. Desoneração tributária. Impossibilidade. Alteração da disciplina constitucional, decorrente do advento da EC nº 33/02. Incidência do tributo independentemente da destinação da mercadoria importada. Superação da Súmula nº 660/STF (STF, RE 439.796/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Depósito do valor do imposto, com pretensão de assegurar o deferimento de liminar. Denegação da ordem ao fim. Suspensão da dívida (Art. 151 do CTN). Providência sem caráter precário, cujo levantamento depende do trânsito em julgado, em benefício do vencedor. Recurso desprovido.

(TJ/SC - Ap. Cível em Mand. de Segurança n. 2014.040465-8 - 4a. Câmara. Dto. Públ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ricardo Roesler** - Fonte: DJ, 07.01.2015).

Inexiste direito à isenção de imposto de renda sobre verba trabalhista recebida antes da aposentadoria por invalidez

Tributário. Verbas trabalhistas devidas por força de reclamação, anteriores à aposentadoria por invalidez. Contribuinte portador de moléstia grave (cegueira). Art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88. Inexistência de direito à isenção. I - As verbas salariais, indubitavelmente, são passíveis da incidência de imposto de renda e a isenção opera-se nas situações elencadas no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, sendo certo que o termo *a quo* do benefício fiscal, para o portador das doenças ali apontadas é o momento da aposentação. II - Não se pode olvidar que, à vista do art. 111, II, do CTN, a norma tributária concessiva de isenção deve ser interpretada literalmente, sendo que, na hipótese, a concessão de isenção do imposto de renda sobre verbas laborativas, anteriores à situação em que o contribuinte já se encontrasse aposentado e, cumulativamente, portador de moléstia grave, percebidas por força de reclamação trabalhista, violaria frontalmente o disposto no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, porquanto esta prevê que a isenção se dá sobre os proventos de aposentadoria, e não sobre as verbas remuneratórias. III - Na espécie, além de os rendimentos terem sido auferidos pelo Autor, ora apelante, antes de sua aposentadoria, as verbas percebidas, sobre as quais incidiram o imposto de renda, são trabalhistas, recebidas por força de Reclamação ajuizada na Justiça Obreira, como afirmado na exordial, o que afasta, indubitavelmente, o direito à isenção de imposto de renda com supedâneo no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88. IV - Apelo a que se nega provimento.

(TRF - 2a. Reg. - Ap. Cível n.

200650010026860 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Federal **Theophilo Miguel** - conv. - Fonte: DJ, 27.11.2014).

Não existe direito adquirido a regime de tributação

Tributário. Mandado de Segurança. Simples Nacional. Exclusão. Ato declaratório. Efeitos retroativos. Manutenção no regime de tributação simplificado. Ausência de direito adquirido. Exercício de atividade vedada. 1 - Enquanto vigente a Lei nº 9.317/96, posteriormente revogada pela Lei Complementar nº 123/2006, o STF decidiu que não havia ofensa ao princípio da isonomia tributária às vedações à opção pelo SIMPLES, previstas no seu art. 9º (STF, ADIn 1643/UF, Pleno, Min. Maurício Corrêa, DJU 14/03/2003). 2 - Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, em vigor à época dos fatos, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. (RESp 1.124.507, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJ de 06/05/2010, pela sistemática do art. 543-C do CPC). 3 - A Impetrante esteve incluída no regime de tributação simplificado - SIMPLES no período de 1997 a 2003, já que a partir de 2004, requereu a sua exclusão em virtude do reenquadramento no regime de lucro presumido. Contudo, os efeitos da exclusão do SIMPLES não se operaram a partir de 2004, porque o Ato Declaratório nº 421.066 foi emitido em 07/08/2003, com efeitos a partir de 01/01/2002, em face do exercício de atividade vedada. 4 - Na medida em que a inclusão de contribuinte no SIMPLES e sua manutenção estão sujeitas à observância dos critérios legais, que podem a qualquer tempo ser aferidos pela autoridade administrativa ou mesmo informados pelo contribuinte, não há que se falar em direito adquirido a este regime de tributação.

5 - Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada.

(TRF - 2a. Reg. - Ap. Cível n.

200750010099283 - 4a. T. - Ac. unânime -

Rel.: Juíza Federal **Geraldine Pinto Vital de**

Castro - conv. - Fonte: DJ, 27.11.2014).

O direito ao crédito do IPI, fundado no princípio da não cumulatividade surgiu apenas com a vigência da Lei 9.779/99, art. 11

Processual Civil. Tributário. Ação Rescisória. Art. 485, V e IX, do CPC. Violação dos arts. 128 e 460 do CPC. Imposto sobre Produtos Industrializados. Não cumulatividade. Aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem destinados à industrialização de produtos isentos ou sujeitos ao regime de alíquota zero. Compensação. Possibilidade. Artigo 11 da Lei 9.779/1999. Apenas para insumos recebidos a partir de 1º de janeiro de 1999. Limitação imposta pelo artigo 5º da instrução normativa SRF 33/1999. Esgotamento dos créditos adquiridos até 31 de dezembro de 1998. Impossibilidade. Restrição não prevista em Lei. Apelação da fazenda que não ataca os fundamentos da sentença. Não conhecimento. 1. Ausente o interesse no recurso que não ataca os fundamentos da sentença em que a parte foi sucumbente. 2. O direito ao crédito do IPI, fundado no princípio da não cumulatividade, decorrente da aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem utilizados na fabricação de produtos isentos ou sujeitos ao regime de alíquota zero, surgiu apenas com a vigência Lei 9.779/1999, art. 11. (STJ, Recurso Repetitivo no REsp 860369/PE, DJe de 18/12/2009). 3. As limitações impostas pelo art. 5º, § 3º, da Instrução Normativa SRF 33/1999 - no sentido de que se esgotem os créditos adquiridos antes da vigência da Lei 9.779/1999 para que se possa usufruir da compensação autorizada

pelo seu art. 11 - desbordam do conteúdo da autorização concedida pela lei. 4. Não pode o ato regulamentador extrapolar os limites da lei que regula. 5. Ação rescisória julgada procedente. 6. Rejulgada a causa para não conhecer da apelação da Fazenda Nacional e negar provimento à apelação da impetrante e à remessa oficial da Fazenda Nacional, tida por interposta.

(TRF - 1a. Reg. - Ação Rescisória n. 0022312-

14.2014.4.01.0000 - 4a. S. - Ac. unânime -

Rel.: Desa. Federal **Maria do Carmo Cardoso**

- Fonte: DJ, 16.12.2014).

NOTA BONIJURIS: *O art. 11 da Lei 9.779/1999 assim dispõe: “Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430, de 1996, observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal - SRF, do Ministério da Fazenda.”*

FIXA CRITÉRIOS SOBRE A CONSTRUÇÃO E A OPERAÇÃO DE ECLUSAS OU DE OUTROS DISPOSITIVOS DE TRANSPOSIÇÃO HIDROVIÁRIA DE NÍVEIS EM VIAS NAVEGÁVEIS

Lei nº 13.081, de 2 de janeiro de 2015

Dispõe sobre a construção e a operação de eclusas ou de outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis em vias navegáveis e potencialmente navegáveis; altera as Leis nºs 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.984, de 17 de julho de 2000, 10.233, de 5 de junho de 2001, e 12.712, de 30 de agosto de 2012; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A construção de barragens para a geração de energia elétrica em vias navegáveis ou potencialmente navegáveis deverá ocorrer de forma concomitante com a construção, total ou parcial, de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis previstos em regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo do ente da Federação detentor do domínio do corpo de água.

§ 1º Não se aplica o disposto no *caput* aos potenciais hidráulicos cujo aproveitamento hidrelétrico ótimo seja igual ou inferior a 50 MW (cinquenta megawatts) e às barragens existentes, às em construção ou às já licitadas por ocasião da publicação desta Lei.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I – via navegável: espaço físico, natural ou não, nas águas dos rios, lagos e lagoas, utilizado para a navegação interior de cargas, de passageiros, ou de passageiros e cargas por empresa de navegação;

II – via potencialmente navegável: espaço físico, natural ou não, nas águas dos rios, lagos e lagoas, que possa tornar-se via navegável mediante a implantação de barragens ou outras obras.

§ 3º As vias potencialmente navegáveis serão definidas, mediante a realização de estudos técnicos, econômicos e socioambientais, pelo Poder Executivo do ente da Federação que detenha o domínio do corpo de água.

§ 4º No caso de licitação para exploração de aproveitamento hidrelétrico de via navegável ou potencialmente

navegável, o edital deverá estabelecer que o projeto e a implantação da barragem deverão ser compatíveis com a construção concomitante, parcial ou integral, de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis.

§ 5º Os custos do licenciamento ambiental e da construção, total ou parcial, de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis em vias potencialmente navegáveis de domínio da União serão de responsabilidade do Ministério dos Transportes, conforme o edital.

§ 6º O planejamento, licenciamento e implantação de eclusa ou de outro dispositivo de transposição de níveis deverão ser promovidos de forma a não prejudicar o cronograma, os custos e os processos para a implantação do aproveitamento de geração de energia elétrica.

Art. 2º Deverão ser garantidas a separação e a independência dos aproveitamentos de cada uso do recurso hídrico no que se refere aos custos, tarifas, licitações, estudos, projetos, licenciamento ambiental, construção, operação, manutenção e processos administrativos, respeitadas as áreas de competência de cada órgão responsável pelos respectivos usos.

§ 1º Nos casos em que os estudos indiquem a viabilidade de construção concomitante de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis, poderá ser dispensada a aplicação do disposto no *caput* quanto aos estudos, projetos, licenciamento ambiental, licitação e construção, desde que os cronogramas de cada um dos aproveitamentos do recurso hídrico sejam compatíveis.

§ 2º Nos casos de vias navegáveis, a responsabilidade pela manutenção da navegabilidade no ponto do barramento é do responsável pelo barramento, ao qual caberão os custos de que trata o *caput*, exceto os de operação e manutenção.

§ 3º Sem prejuízo da separação e da independência dos aproveitamentos previstos no *caput*, a operação das infraestruturas de geração de energia e de transporte hidroviário deverá ser integrada, na forma de regulamentação específica.

Art. 3º A operação e a manutenção de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis constituem serviço público, que pode ser prestado direta ou indiretamente pela União no corpo de água sob seu domínio ou pelo ente da Federação que detenha o domínio do corpo de água em que forem implantados.

§ 1º Na hipótese da prestação indireta, o ente da Federação observará o disposto nas Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

§ 2º Poderá ser dada, por ocasião da concessão, preferência ao concessionário de geração de energia operador da barragem, que deverá constituir pessoa jurídica distinta e com fins específicos, mantendo contabilização indepen-

dente e desassociada, ou poderá contratar prestadores de serviço, mediante prévia autorização do poder concedente, para execução da operação e da manutenção de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis.

§ 3º Os custos do serviço de operação e de manutenção de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis a que alude o *caput* não poderão ser subsidiados pelos preços da energia elétrica.

Art. 4º O inciso V do art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

V – exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, diques, irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;

.....” (NR)

Art. 5º O art. 7º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º A concessão ou a autorização de uso de potencial de energia hidráulica e a construção de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis em corpo de água de domínio da União serão precedidas de declaração de reserva de disponibilidade hídrica.

§ 1º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será requerida:

I – pela Agência Nacional de Energia Elétrica, para aproveitamentos de potenciais hidráulicos;

II – pelo Ministério dos Transportes, por meio do órgão responsável pela gestão hidroviária, quando se tratar da construção e operação direta de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis;

III – pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, quando se tratar de concessão, inclusive na modalidade patrocinada ou administrativa, da construção seguida da exploração de serviços de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis.

§ 2º Quando o corpo de água for de domínio dos Estados ou do Distrito Federal, a declaração de reserva de disponibilidade hídrica será obtida em articulação com a respectiva unidade gestora de recursos hídricos.

§ 3º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será transformada automaticamente pelo respectivo poder outorgante em outorga de direito de uso de recursos hídricos à instituição ou empresa que receber a concessão ou autorização de uso de potencial de energia hidráulica ou que for responsável pela construção e operação de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis.

§ 4º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica obedecerá ao disposto no art. 13 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.” (NR)

Art. 6º A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 27.

XXVIII – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão, precedida ou não de execução de obra pública, para a exploração de serviços de operação de eclusas ou de outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis situados em corpos de água de domínio da União.

.....” (NR)

“Art. 81.

I – vias navegáveis, inclusive eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis;

.....” (NR)

“Art. 82.

IV – administrar, diretamente ou por meio de convênios de delegação ou cooperação, os programas de operação, manutenção, conservação, restauração e reposição de rodovias, ferrovias, vias navegáveis, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, em hidrovias situadas em corpos de água de domínio da União, e instalações portuárias públicas de pequeno porte;

V – gerenciar, diretamente ou por meio de convênios de delegação ou cooperação, projetos e obras de construção e ampliação de rodovias, ferrovias, vias navegáveis, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, em hidrovias situadas em corpos de água da União, e instalações portuárias públicas de pequeno porte, decorrentes de investimentos programados pelo Ministério dos Transportes e autorizados pelo orçamento geral da União;

.....” (NR)

Art. 7º O art. 33 da Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 33.

§ 7º

VIII – projetos de construção, total ou parcial, de eclusas ou de outros dispositivos de transposição de níveis.

.....” (NR)

Art. 8º As medidas necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei serão definidas em regulamento.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 2 de janeiro de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMA ROUSSEFF

Antônio Carlos Rodrigues

Carlos Eduardo de Souza Braga

Nelson Barbosa

Isabella Mônica Vieira Teixeira

(Fonte: D.O.U. de 05.01.2015, col. 1, p. 1)

Tribunal de Justiça da Bahia

Súmula 14 Notificação extrajudicial

A notificação extrajudicial expedida por cartório de títulos e documentos, ainda que situado em comarca diversa do domicílio do devedor, é válida para fins de constituição em mora do devedor fiduciário, ou daquele que figura em contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), desde que entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento.

Súmula 13 Taxa de juros

A abusividade do percentual da taxa de juros, aplicado em contratos bancários submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, deve ser apurada considerando as circunstâncias do caso concreto e com base no índice da taxa média de mercado para a mesma operação financeira, divulgado pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão federal que venha substituí-lo para este fim.

Súmula 12 Home care

Havendo recomendação pelo médico responsável, considera-se abusiva a recusa do plano de saúde em custear tratamento “home care”, ainda que pautada na ausência de previsão contratual ou na existência de cláusula expressa de exclusão.

Súmula 11 Transporte coletivo urbano

As pessoas portadoras de deficiência, ou de reduzida mobilidade física, demonstrada por perícia médica realizada, ou somente coordenada, pelo órgão municipal gestor competente, tem direito subjetivo à gratuidade no transporte coletivo urbano.

Súmula 10 Psicoteste

É nulo o ato de reprovação de candidato em psicoteste, caso não lhe seja concedida a oportunidade de conhecer as razões objetivas pelas quais foi considerado inapto ao exercício do cargo público pleiteado.

Súmula 9 Planserv

Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas travadas entre o Planserv e seus filiados.

Súmula 8 Laudo pericial

É irrelevante a falta ou nulidade de laudo pericial para a comprovação do potencial lesivo da arma ou munição necessários à configuração dos crimes de perigo abstrato previstos no Estatuto do Desarmamento, tendo em vista o fato de a periculosidade ser ínsita à própria tipificação penal, em benefício da proteção da segurança coletiva.

Súmula 7 Arma de fogo

O emprego de arma, inclusive de fogo, ainda que desmuniada, autoriza a incidência da majorante prevista no inciso I, § 2º do art. 157 do Código Penal.

Súmula 6 Sentença condenatória

A fixação, na sentença condenatória, do valor mínimo indenizatório devido à vítima, previsto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deverá obedecer o princípio do contraditório, assegurado ao réu, no curso do processo, defender-se da imputação.

Súmula 5 Processo criminal

A citação pessoal nos processos criminais de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei 9.099/95, exige, para que cesse a competência dos Juizados Especiais, o esgotamento de todos os meios necessários para a prática do ato, com expedição de certidão, exarada pelo oficial de justiça, atestando a impossibilidade de localização do réu.

Súmula 4 Continuidade delitiva

O reconhecimento da continuidade delitiva exige a presença tanto dos requisitos objetivos do art. 71 do Código Penal, quanto do requisito subjetivo, configurado no necessário liame entre os crimes praticados com unidade de desígnios por parte do agente.

Súmula 3 Cumprimento de pena

Os critérios para a fixação do regime de cumprimento de pena, bem como para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, previstos, respectivamente, nos §§ 2º e 3º do art. 33 e do art. 44, do Código Penal, são aplicáveis para os crimes previstos na Lei 11.343/06, assegurando-se, dessa forma, a individualização da pena.

Súmula 2 Afastamento do gestor público

O relator poderá, em caráter excepcional, antes do recebimento da denúncia, deliberar acerca do afastamento do gestor público, bem como sobre a sua prisão preventiva, submetendo a decisão à apreciação do Órgão Competente, na primeira Seção subsequente.

Súmula 1 Ação penal

Nas ações penais contra gestores públicos é dispensável a intimação pessoal do acusado e de seus defensores para a sessão destinada a apreciar o recebimento ou rejeição da denúncia, sendo suficiente a intimação regular do advogado constituído, mediante a inclusão do processo em pauta.

CONCORDÂNCIA COM UM MILHÃO E COM MIL

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

É correto dizer: Sobrou 1,86 milhão (no singular)? Igualmente, seria correta a frase: Foi processado 1,284 milhão de declarações (também no singular)?
Moacyr M.

Sim, ambas as construções são corretas.

Começamos pelo numeral 1, o único que é singular: dizemos que 1 caiu, mas 2, 3, 10 caíram; sobrou um, sobraram dois ou três. Já o numeral *milhão* comporta-se como substantivo masculino, e quando o número antes da vírgula é 1, o verbo fica no singular, concordando com o núcleo do sujeito:

Sobrou 1,86 milhão. [um milhão, oitocentos e sessenta mil]

Se aí acrescentarmos um substantivo para especificar a quantidade, poderemos fazer a concordância com esse substantivo (adjunto adnominal) ou com o número (núcleo do sujeito):

Sobrou 1,86 milhão de dólares.
Sobraram 1,86 milhão de dólares.

Todavia, quando o verbo vem antes de “um milhão”, recomenda-se fazer a concordância com o número:

Foi processado 1,284 milhão de declarações.

Naquele ano **exportou-se um milhão** de laranjas para a Flórida.

Foi gasto 1,5 milhão de cruzados na reconstrução da cidade.

Para se ter uma ideia, **foi feito um milhão** de novas contratações somente no período de 1980 a 1984 no setor público.

Na ordem direta, ou seja, o sujeito “um milhão” antes do predicado (verbo), pode-se fazer os dois tipos de concordância, com o substantivo (adjunto nominal) ou com o número:

Um milhão, oitocentos e sessenta mil dólares sobraram.

Um milhão, duzentos e oitenta e quatro mil declarações foram processadas.

Aproximadamente 1,5 milhão de reais foram gastos na recuperação do esgoto.

Estima-se que um milhão e trezentas mil pessoas foram atingidas pela seca.

Mais de um milhão de pessoas foram atendidas.

Um milhão de árvores foram prejudicadas pelo furacão – exagerou o repórter.

Dois milhões e seiscentas mil laranjas foram exportadas.

Um milhão de laranjas foi exportado. Constatou-se que um milhão de tomates seria jogado fora.

Como complemento, seguem exemplos com “dois milhões”:

Dois milhões de tomates seriam jogados fora.

Dois milhões de pessoas estão abandonadas.

Foram processados 2,186 milhões de declarações.

E como se faz a concordância verbal e nominal com o numeral mil? Moacyr

Com a quantidade de *mil*, a concordância verbal e nominal é feita com o nome que o acompanha:

Foram encontrados **mil marcos** antigos.

Mil pessoas foram salvas.

Foram respondidas ao todo **duas mil e duzentas cartas**.

Os **dois mil ducados** vistos no bolso do marquês eram fruto da corrupção.