

A *Doutrina* desta edição é inaugurada pelo procurador federal da Advocacia-Geral da União, mestre e doutor **Irapuã Beltrão**, que pondera sobre o papel do Poder Judiciário na formação da teoria da constituição. Segundo ele, a participação do judiciário representa elemento presente na formação do próprio conteúdo constitucional. Adverte que devem ser abandonadas as críticas vazias a um pretensão ativismo dos integrantes da justiça, reconhecendo que os temas levados ao debate daquelas instâncias configuram reflexo das pressões sociais para constante atualização das normas de organização nacional e definição das estruturas sociais.

A graduanda em direito **Natália Borges Tosta Figueiredo** discorre sobre a concessão indiscriminada de crédito ao consumidor. Explica que a vulnerabilidade deste acaba ocasionando seu superendividamento, fenômeno que poderia ser evitado se houver por parte do Estado uma ação conjunta no que tange ao aprimoramento da legislação e à aplicação de políticas públicas que intentem por educar financeiramente a sociedade consumerista.

Aphonso Vinicius Garbin, acadêmico do 10º período do curso de direito, analisa os indícios como prova nos crimes de tráfico de drogas, partindo da premissa de que, por vezes, tais crimes não deixam grande lastro de prova, razão pela qual vem se exigindo dos julgadores a atribuição de maior credibilidade. Assevera então sobre a subsidiariedade dos indícios em relação às demais provas e esclarece que somente quando arriados em outros elementos é que poderão servir de fundamento, pois se restar dúvida acerca da verossimilhança, deve aplicar-se o instituto do *in dubio pro reo*.

Prosseguindo, **Gelson Amaro de Souza**, professor, advogado, mestre e doutor em direito e **Gelson Amaro de Souza Filho**, advogado e jornalista, especialista em direito penal, dissertam sobre a natureza jurídica do cumprimento de sentença. Defendem que a natureza jurídica deste instituto não pode ser mera fase executiva em continuidade ao processo de conhecimento, pois a sentença cuida da extinção do processo, definindo o direito através da averiguação de fatos passados; já a execução do julgado parte, imediatamente, do pressuposto de que o direito já está definido, e nada mais será necessário a título de prova ou de pronunciamento. Concluem que o cumprimento de sentença é um novo procedimento e não simples fase continuativa de uma condenação.

Refletindo sobre pluralismo jurídico, diálogo intercultural e povos indígenas, a bacharel em direito e jornalismo, mestre em direitos humanos, interculturalidade e desenvolvimento **Leticia Rebola Volpi da Silva** e a advogada especialista em gestão ambiental, direito público e direito aplicado **Luzia de Barros Ferreira Gaio** entendem que é necessário distinguir o pluralismo progressista e democrático, que serve de instrumento de emancipação social, do pluralismo conservador, vinculado aos projetos neoliberais e neocoloniais. Interpretam o direito como uma estruturação normativa que resulta de um complexo sistema de valores compartilhados, de consensos e de práticas sociais, de forma que para diferentes culturas se faz necessária a existência de diferentes direitos.

Após encerrar o rol doutrinário, em *Legislação*, a *Revista Bonijuris* transcreve a **Lei 13.106**, de 17 de março de 2015, que altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – para tornar crime vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica a criança ou a adolescente; e revoga o inciso I do art. 63 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais.

Pondo termos, destacamos as súmulas do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, cuja competência abrange os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, as quais pacificam valiosos entendimentos judiciais sobre execução fiscal, dívida agrária, importação de bens, ajuizamento de ação contra a Previdência Social, dentre outros de interesse nacional.

A todos, excelente leitura e pesquisa.
Equipe Bonijuris

Revista Bonijuris

Ano XXVII | # 618 | Maio 2015

Conselho Editorial

Antonio Carlos Facioli Chedid, Carlos Alberto Silveira Lenzi (*in memoriam*),
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 (*in memoriam*), Luciano Augusto de Toledo Coelho, Luiz Carlos da Rocha, Luiz Salvador,
Maria de Lourdes Cardon Reinhardt, Pollyana Elizabete Pissaia (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 1.200 exemplares

Doutrina

- 06 | **Jurisdição Constitucional na Formação da Própria Constituição**
Irapuã Beltrão
- 16 | **A Vulnerabilidade do Consumidor Frente ao Contrato de Crédito e a Necessidade de Tutela Estatal**
Natália Borges Tosta Figueiredo
- 30 | **Indícios como Prova em Crimes de Tráfico de Drogas**
Aphonso Vinicius Garbin
- 36 | **Cumprimento de Sentença – Natureza Jurídica**
Gelson Amaro de Souza
Gelson Amaro de Souza Filho
- 48 | **Pluralismo Jurídico, Diálogo Intercultural e Povos Indígenas**
Leticia Rebola Volpi da Silva
Luzia de Barros Ferreira Gaio

Acórdãos em destaque

- 53 | STJ | **Min. João Otávio de Noronha**
Montadora de automóveis não indenizará por acidente ocorrido no ano em que cinto se tornou obrigatório
- 55 | TRF | **Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior**
Construtora que não cumpriu contrato terá que pagar construtor de cliente
- 57 | STJ | **Min. João Otávio de Noronha**
Ação para fornecimento de remédio pelo plano de saúde não admite sucessão processual
- 59 | TJ/PR | **Juiz Ruy Alves Henriques Filho**
Absolvição dos acusados por ausência de prova concreta acerca do cometimento do crime de tráfico de drogas
- 61 | TST | **Min. Kátia Magalhães Arruda**
Monitora de creche municipal não consegue enquadramento como professora
- 63 | STF | **Min. Teori Zavascki**
Incabível o mandado de segurança em desfavor de deliberação negativa do Conselho Nacional de Justiça
- 64 | STJ | **Min. Napoleão Nunes Maia Filho**
Deficiente físico que teve carro roubado consegue nova isenção de IPI antes do prazo legal

Legislação

- 79 | **Lei 13.106/15**
É crime vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica a criança ou a adolescente

Ementário

- 67 | TJ/PR | **Civil e Comercial**
Des. Jucimar Novochadlo
Pagamento realizado por meio de cheque não extingue a obrigação
- 68 | TJ/SP | **Imobiliário**
Des. Sérgio Alfieri
Acessões realizadas no bem enquadram-se como benfeitorias
- 70 | TRF | **Processo Civil**
Des. Federal Sérgio Renato Tejada Garcia
Aplicação imediata da nova disciplina legal atinente aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública
- 71 | TRF | **Penal e Processo Penal**
Des. Federal Márcio Antônio Rocha
Afronta à coisa julgada a inclusão da reincidência como fator de cálculo da pena na execução
- 73 | TRT | **Trabalhista e Previdenciário**
Des. do Trabalho Ubirajara Carlos Mendes
Empresa não terá de indenizar funcionário que foi assaltado enquanto ia para o trabalho
- 75 | TRF | **Administrativo e Constitucional**
Des. Federal Jirair Aram Meguerian
Entrega de faturas de água e esgoto por agentes municipais não viola o privilégio postal dos correios
- 77 | TJ/PR | **Tributário**
Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima
Incide ISS sobre os serviços denominados rendas operacionais e fornecimento de cheques

Súmulas em destaque

- 80 | Súmulas do Tribunal Regional Federal da 4a. Região

Não tropece na língua

- 82 | **Maria Tereza de Queiroz Piacentini**
Superávit, déficit e usos da mesóclise

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA FORMAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO

Irapuã Beltrão | irapua.beltrao@agu.gov.br

Procurador federal da Advocacia-Geral da União

Bacharel em Direito (UERJ)

Mestre e doutor pela UGF

Resumo

Desde a clássica separação de poderes, muito se pondera e protesta sobre um papel mais ativo dos magistrados, especialmente das cortes constitucionais. Por outro lado, a doutrina nacional tem enfrentando o tema da teoria da constituição, recorrendo aos fenômenos desenvolvidos também em outros países, para reconhecer que tal papel do judiciário representa elemento presente na formação do próprio conteúdo constitucional. Imperioso rever e indagar os conceitos de constituição, sobretudo diante de sua perspectiva traduzida na jurisdição constitucional cada vez mais internacional e global, afastando a sensação de puro ativismo vazio de propósito e de compreensão. Portanto, para a apropriada formação dos conceitos investigamos alguns pontos da contribuição crítica a tal consideração, sobretudo para verificar que interpretação representa elemento essencial a desenvolvimento constitucional

Introdução

No desenvolvimento da teoria do direito, diversas definições foram formuladas acerca da conceituação de constituição. Contudo, cedo que várias concepções estabelecidas se restringiram a demonstrar, externamente, a maneira como as constituições são formadas, ou ainda, como são elaboradas. Entretanto, a questão fundamental no que diz respeito à constituição, é saber no que consiste sua verdadeira essência, seu verdadeiro conceito, revisitando as velhas concepções e questionando a simplicidade de algumas definições reproduzidas, especialmente diante das modernas contribuições da jurisdição e interpretação formada a partir dos textos positivados.

Mesmo no estudo moderno do direito constitucional, muitos restringem o campo de investigação aos termos positivados do seu texto, sua interpretação e aplicação. Esta realidade da investigação jurídica contida não representa uma característica exclusiva do direito

brasileiro, sendo também recorrentes em outros ordenamentos. Cumpre não sucumbir à tentação da singeleza da concepção constitucional, face à importância inquestionável do papel daquela.

Ademais, no experimento da aplicação e jurisdição constitucional, mostra-se ainda comum aos tribunais e autores pátrios a incorporação de institutos e fenômenos jurídicos oriundos de outras ordens constitucionais sem que este processo seja devidamente acompanhado pela adequação do papel constitucional e do próprio sentido da norma naquele país onde os institutos foram elaborados.

Neste particular é mais do que comum no desenvolvimento jurídico brasileiro a invocação de inspirações e elementos do constitucionalismo francês¹ e norte-americano² – e, mais recentemente, aos precedentes alemães³ –, sem aqueles cuidados já mencionados definidores da constituição.

Por tudo, impende rever e indagar os conceitos do que é constituição, sobretudo diante de sua perspectiva traduzida na jurisdição constitucional cada vez mais internacional e global, cotejando as visões afirmadas comumente no Brasil em razão destas influências externas.

1. O desenvolvimento do conceito de constituição

A constituição, em sentido amplo, representa o ato de constituir, “de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação”⁴. Juridicamente, porém, tal conceituação não pode limitar-se ao sentido coloquial da expressão, mesmo porque as ciências do direito exigem particularização própria deste ramo do conhecimento.

Ainda que potencialmente inspiradas nos conceitos apresentados pelo senso comum, as expressões jurídicas incorporam conteúdo próprio, agregado por peculiaridades em seus significados. Num primeiro ponto de investigação, portanto, é de se perquirir assim aquele conteúdo dentro da linguagem jurídica, cuja importância vem sendo há muito destacada por **Miguel Reale**⁵ em suas lições preliminares, utilizando várias ilustrações para corroborar seu posicionamento:

“Cada ciência exprime-se numa linguagem. [...] Cada cientista tem a sua maneira própria de expressar-se, e isto também acontece com a Ciência do Direito. Os juristas falam uma linguagem própria [...] Estão vendo, pois, como uma palavra pode mudar de significado, quando aplicada na Ciência Jurídica.”

Com isto, apesar de não refutado completamente o significado comum, é forçoso reconhecer que a adoção do vocábulo ‘constituição’ no ordenamento jurídico vem empregando sentido típico, ainda que acompanhado de signos que negam uma essência óbvia, única e imutável.

Inicialmente, o próprio emprego da terminologia ‘constituição’ há muito foi festejado pela doutrina nacional⁶ e na evolução dos documentos políticos que trataram das diversas nações na passagem dos séculos com vistas à organização dos Estados, como destacou **Albert P. Blaustein**⁷, inspirada na história dos Estados Unidos da América:

“Os historiadores concordam geralmente que a primeira constituição a estabelecer as regras básicas para a criação de uma entidade governamental e política foram as chamadas *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639; sabe-se que a Constituição da Virgínia de 1776 foi a primeira a usar a palavra ‘constituição’.”

Além desta relevância histórica da utilização do termo, a construção jurídica procurou compreender o conceito da constituição, sendo comum a concepção da norma de organização das nações, como ilustra sinteticamente **Alexandre de Moraes**⁸:

“Como a lei fundamental e suprema de um Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disto, cumpriria ainda à Constituição individualizar os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.”

Neste sentido, comezinha a compreensão didática de que o poder de elaborar a constituição é a manifestação soberana da suprema vontade política de seu povo, social e juridicamente organizado – tal qual previsto nas linhas históricas de **Sieyes**⁹ – como resultado da autodeterminação dos povos.

Ainda nesta visão apertada, é predominante nas lições preliminares do estudo jurídico de que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, cuja vontade se expressa por meio de seus representantes. Distingue-se, portanto, a titularidade e o exercício do poder constituinte, sendo o titular o povo e o exercente aquele que, em nome daquele, cria o Estado, editando a constituição¹⁰. Tais conceitos são importantes para a compreensão do papel, elaboração e funcionalidade da constituição, sendo, todavia, insuficiente para toda a problematização que a cerca¹¹.

Assim, recuperada a perspectiva histórica-política¹² e ultrapassando as preocupações com as formas de sua elaboração, a constituição já foi considerada *instrument of government*, lei fundamental sagrada e imutável, constituição do Estado que regula a autoridade pública, bem como com claro

conteúdo político englobando os princípios de legitimação do poder e não mais a sua mera organização. Destas simplificações, alguns traços até perduraram fortemente pelo século XIX, não afetados necessariamente pelo primado da sistematização jurídica.

Já no século XX, com o advento da positivação e dos grandes documentos formalmente elaborados como tal, a sociedade mundial começou a conhecer a proliferação do conceito de constituição como um documento escrito, ainda que com conteúdo distinto da visão anterior, como esclarece **Jorge Miranda**: “O conceito material de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam, vai ser assumido ou utilizado por diferentes regimes e sistemas políticos e abrir-se, portanto, a uma pluralidade de conteúdos”¹³.

Dentre estes novos conteúdos, destacam-se a recuperação de catálogos de direitos fundamentais. Como registram **Cohen & Varat**¹⁴, aproximando as experiências constitucionais norte-americana e brasileira recente, inclusive recuperando o mesmo ensaio do passado, inspirados nos primeiros textos de limitações dos poderes dos governos:

“*The importance of a written declaration of the rights of the individual loomed large in the minds of early Americans. This tradition had grown out of struggles against royal prerogative, and was reflected in written guarantees of Magna Carta (1215), the Petition of Rights (1628) and the Bill of Rights (1689).*”

Independente das motivações e objetivos consagradores dos direitos fundamentais, este movimento ficou conhecido como “constitucionalismo”¹⁵, expandindo-se com uma característica que marcaria parte da experiência mundial.

Além daquele conteúdo histórico, resta também o distintivo de que a constituição seria produzida por um ato de decisão que somente poderia ser alterado por outro ato de decisão. Por tal senso, identifica-se a inauguração do seu próprio conceito moderno, positivando em seu texto a forma de organização estatal e os direitos fundamentais. Não por outro motivo, aqui reside a base comum da constituição. O próprio **Kelsen**¹⁶, que procurou sistematizar a sua função a partir da sua visão diante do restante das normas do ordenamento jurídico, assim afirmava:

“Através de múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Com quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender.”

Mas, neste sentido, estar-se-ia reduzindo o conceito jurídico de constituição à sua forma, aí considerada como o estatuto jurídico do político, mesmo que num sistema aberto de regras e princípios, aquela perspectiva organiza os elementos constitutivos do Estado, sobretudo para a produção da própria fenomenologia jurídica. Nesta visão comumente associada à teoria do direito formulada por Kelsen¹⁷, é afirmada a constituição como uma norma superior de cumprimento obrigatório, com todas as normas e regras que ali estiver, ou seja, um dever-ser.

Esta visão formal, portanto, coloca a constituição finalmente numa posição de hierarquia superior às demais normas, consagrando a festejada e balada supremacia constitucional fundante de todos os modernos mecanismos de controle dos atos posteriores e da atualíssima jurisdição constitucional.

Em outra obra do próprio Kelsen (2005, p. 182), extrai-se o conceito ali proposto:

“A constituição é aqui compreendida não um sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação de estatutos.”

Ainda que o próprio Kelsen procurasse afirmar o papel material da constituição diante do restante do ordenamento, propagou o sentido formal por ele reconhecido na moldura jurídica científica¹⁸. Tal aceção foi ainda questionada por outras visões conceituais da norma constitucional, que obravam num afastamento desta concepção lógico-jurídica e jurídico-positiva. O ponto axial da crítica residiria na indagação que os fenômenos constitucionais não são apenas problemas de direito, mas do poder e da sociedade.

Não por este motivo, formulou-se concepção diversa para identificar a verdadeira constituição de um país naquela que tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem. Assim, ponderou-se que os textos escritos não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social. Na visão apresentada por **Ferdinand Lassalle**, aquela deve representar os “*fatores reais do poder*”, ou seja, as forças políticas presentes num determinado grupo social que se organiza. Ou, nas linhas do próprio autor¹⁹:

“Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e

quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado.”

Com supedâneo nesta teoria, adverte Lassalle que uma constituição escrita só é boa e duradoura quando corresponder à constituição real, ou seja, quando refletir os fatores reais e efetivos do poder. Ou seja, “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”²⁰.

Esta concepção comumente associada a uma visão sociológica da constituição²¹, exigindo o casamento da norma formal com os reflexos dos caracteres da sociedade, de certa forma é admitida por grande parte da doutrina nacional, tanto que **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**²² assim afirmou logo nos primeiros comentários após a promulgação do texto democrático de 5 de outubro de 1988:

“Na realidade, uma Constituição é elaborada para a nação a que serve. Não é feita, nem pode ser, para categorias ou classes sociais, para grupos ou tendências nucleadas, pois nos princípios fundamentais importa à nação que pretende organizar-se ou reorganizar-se conforme legítimas aspirações naturais.

Explica-se. A rigor, uma Constituição, para vingar na história é sobretudo uma lei maior nacional. Há de refletir no seu contexto o que a nação é na sua formação ou formações. Retrata, nos regimes e sistemas, valores consubstanciando elementos concretos vitais quanto às origens geo-históricas.”

Sem prejuízo destas aceções com conceitos diametralmente opostos, sempre há ainda a tentativa de recuperação da associação da constituição e do seu consequente papel político, especialmente na visão apresentada por **Carl Schmitt**. Nesta visada, a constituição representaria uma decisão política fundamental e deveria abordar os temas fundamentais da organização política da sociedade (forma de estado e de governo;

o sistema e regime de governo e estrutura do Estado; direitos fundamentais e alguns poucos outros).

Com esta acepção, as demais regras, ainda que presente o documento formal elaborado e que não trate destes assuntos, podem ser consideradas como *leis constitucionais*, mas não fazem parte da constituição em si.

2. O enfretamento da formação do conceito complexo de constituição

A doutrina nacional pautava a procura da compreensão do conceito de constituição nestas clássicas acepções. No entanto, se é verdadeiro que o direito brasileiro sempre procurou conjugar estas três visões, havia um natural predomínio de muitos afirmando a prevalência na estrutura jurídica daquela lógico-positiva, sobretudo pela existência de outras normas a serem produzidas a partir da constituição, apoiadas também na história da organização normativa no país.

Por outro lado, estes conceitos jurídicos e a estrutura constitucional proposta por Kelsen não formulam compreensão suficiente para descrever na integralidade o problema do conceito de constituição que se perfaz na sociedade moderna. Ademais, a compreensão do texto como elemento fundamental da definição superior do direito e, por via de consequência, como norma-parâmetro no exercício de controle de constitucionalidade presta-se a limitados propósitos dogmáticos. Mesmo porque o exercício de um controle de constitucionalidade independentemente da existência de um texto escrito e positivo na forma lógica estruturada por Kelsen, tanto assim que considerável maioria da formulação doutrinária norte-americana dispensa, inclusive, o contato com o texto da própria constituição²³.

Justamente neste particular o debate estadunidense sobre a conceituação da constituição pode contribuir para uma diligência de melhor compreensão daquele instituto jurídico. Tal integração com a problematização americana do norte justifica-se, outrossim, na própria prática brasileira com diversas incorporações dogmáticas produzidas pela experiência constitucional dos EUA, ainda que respeitadas as distinções entre os dois sistemas jurídicos.

Neste caminho, antevistas e admitidas as peculiaridades daquele sistema fundado no *common law*, a formação dos Estados americanos do norte representa berço natural e histórico do constitucionalismo moderno²⁴, não sendo raros os momentos em que, no debate brasileiro, embebêramos naquela fonte, como na famosa referência de **Ruy Barbosa** para nossa primeira edição republicana²⁵.

De plano, ao contrário do que costumeiramente é presumido por alguns, o texto constitucional lá também ganha contornos relevantes. Pregando em contrariedade àquele desapego do texto, inclusive para demonstrar a importância do texto para os fundamentos do direito constitucional, **Barron & Dienes** enfatizam em recomendação a seus leitores:

*“You should read the constitutional text, particularly in those parts of the course which deal with the relationship between the three branches of the government. Reading the text of the Constitution will bring directly to your attention the magnitude of the task people like Chief Justice Marshall faced.”*²⁶

Mesmo porque a experiência na positivação de uma norma fundamental de organização, pelo menos, dos valores e princípios fundamentais daquela sociedade organizada passou a influenciar o

restante das nações²⁷; sobretudo para fundar o seu papel detonador de segurança ao ordenamento e para as relações sociais, a experiência escrita mostrou-se relevante e proveitosa.

Se por um lado o recurso ao texto positivado é indispensável, mesmo em sistemas constitucionais como o norte-americano, há, de outra visada, a necessidade de se tentar estabelecer um conceito que seja o mais possivelmente adequado à sociedade moderna, pois é nesta que os eventos ocorrem, é nesta que a realidade se manifesta.

Compilando diversas manifestações, favoráveis e críticas, para a conceituação da Constituição estadunidense, **Garvey & Aleinnikoff** indagam sobre tal compreensão, propondo o debate sobre a norma fundamental americana numa visão do *‘process based’*²⁸, do *‘moral reading’*²⁹, do *‘dualist view’*³⁰ ou do *‘impartiality principle’*³¹, apresentado excertos dos mais conceituados pensadores sobre a temática.

O debate sobre tal problematização demonstra que a conceituação da constituição não merece qualquer simplificação, especialmente diante de uma tentadora postura de simetria daquele texto bicentenário. Os questionamentos internos da doutrina dos EUA reforçam a necessidade do debate inclusive sobre a nossa compreensão do tema.

Por outro lado, a realidade de um texto consagrado pelo tempo num sistema jurídico aberto às mutações sociais, apoiados na concepção de um direito comum refletido pelas decisões dos tribunais³², desperta o esforço para estipulação da conceituação da constituição para além do seu texto e do papel tradicional definido pela doutrina brasileira.

É sabido que, numa realidade constitucional como a brasileira, a compreensão moderna de constituição se deu com os diversos momentos de ruptura e a natural sequência histórica dos nossos documentos promulgados ou outorgados. Todavia, mesmo nas hipóteses de estabilidade da carta dos Estados Unidos, ressalta a doutrina especializada:

*“Serious questions are raised by efforts to adapt the original constitutional framework to modern government. At every stage, the original commitments have been severely qualified in the nineteenth and the twentieth centuries.”*³³

3. As mutações sociais integrando a formação da constituição

Em verdade, inexistente hodiernamente qualquer negativa quanto à constante mutação da sociedade moderna com sua incrível agilidade e rapidez, que, por sua vez, repercute em todas as estruturas sociais. Revolve-se constantemente a complexa sociedade, diante das quais não mais se reconhecem premissas estáveis, especialmente no contato com as inovações do futuro que se apresenta. Esta inegável característica da sociedade moderna, com seu incrível redemoinho de transformações, repercute diretamente sobre todos os eventos e fenômenos nela presentes. Estes também possuirão em suas essenciais mais fundamentais tais predicados, incluindo-se neste conjunto aquele constitucionalismo.

No fundo, o próprio fluxo de ideias que embasa a constituição que será produzida ganhará inevitáveis contornos na vida social de forma que o conceito não mais depende apenas do texto constituído³⁴ pelo seu exercente originário. Por este motivo, já é de se reconhecer que o próprio sentido da constituição elaborada depende

dos conceitos que se emprega em cada sociedade.

Como há muito Miguel Reale³⁵ já assentou:

“Se o fenômeno jurídico pressupõe fato, valor e norma, um mesmo imperativo legal é suscetível de produzir conseqüências diversas. Da mesma forma, regras diferentes podem conduzir a conclusões análogas, sem com isto ser afetada a natureza científica da Jurisprudência. [...]”

Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo de uma vírgula, adquire significados diversos com o volver dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, *nas circunstâncias em que o intérprete se encontra.*”

E assim não é diferente com diversos institutos havidos como básicos na estrutura de uma constituição, como, por exemplo, o princípio da legalidade³⁶, o estado de direito³⁷, entre outros. Tais conceitos não sempre compreender-se a partir das razões e fundamentações de cada sociedade organizada³⁸.

Por tais motivos, já não se pode mais reconhecer a constituição apenas como resultado daquela produção jurídica que a produziu, nem tampouco pode ser vista como elemento estático que determina a materialidade da produção das demais normas jurídicas de uma nação. Assim já dizia Ruy Barbosa a partir do modelo estadunidense³⁹:

“Pelo tecido organico dos elementos que a compõem, pela natureza evolutiva da combinação que encarna, pela acção reconstituinte de seu poder judiciário, pela sua comunicação interior com as fontes da vida nacional, pelas emendas que a tornam contemporânea a todas as aspirações sucessivas do espirito popular, a Constituição americana é, hoje, como em 1879,

um modelo de actualidade, um thesouro de experiencia, um transumpto completo das reivindicações políticas do seculo desenove;” *[grafia original]*

Concebida fora daqueles berços mais restritivos, portanto, não pertence nem tão somente ao sistema jurídico nem tampouco ao mundo político. Haverá uma necessária mescla destes aspectos, e a interpretação formada a partir da jurisdição delimitará o conteúdo real da norma fundamental. Já nesta direção Kelsen⁴⁰ afirmava no seu famoso texto do início dos anos 1930 sobre quem deveria ser o guardião da constituição:

“O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação da reprodutiva. Trata-se, na essência, de duas variantes do mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza ao juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação.”

Como largamente tem sido demonstrado pelo modelo estadunidense, como elemento central do fenômeno jurídico, existe sempre o imperioso reconhecimento da sua constante interpretação constitucional feita pelos tribunais como direito vivo, que exercerá um papel de equilíbrio das demais estruturas organizadas. Neste sentido, sugere **Rosanvalon**⁴¹ que “[l]e contrôle de constitutionnalité est en outre structurellement réflexif. Il s’insère dans un processus d’élaboration des normes das lequel il n’a jamais le pouvoir du dernier mot”.

Numa relação de causa e efeito recíprocos, as normas jurídicas – e também as normas constitucionais – adotam corriqueiramente textura aberta, não sendo possível a redução da problematização constitucional apenas à fixação de limites de sua interpretação ou definição de uma semântica constitucional.

Por outro lado, igualmente imprestável qualquer visão restritiva para implicar uma adoção da constituição unicamente como um resultado daquela exegese dos tribunais, que, a partir do seu texto, acompanham a constante transformação social. Se existente a mutação constitucional⁴² produzida pelos tribunais que legitimamente a aplicam, forçoso o reconhecimento em paralelo ainda da tradicional reforma constitucional produzida pelas próprias instituições do Estado em seu sistema jurídico-político⁴³.

Por óbvio, ainda que reconhecida a possibilidade jurídica da existência de uma constituição imutável, inexistente qualquer experimento relevante desta normatização absolutamente inalterável. Com isto, comum a fixação das movimentações políticas das estruturas sociais, políticas e jurídicas com a consequente adequação aos novos contornos. Destarte, serão incorporados novos corpos ao esqueleto estrutural inicial ou, contrariamente, retirados elementos anteriormente fixados pela manifestação vestibular exarada pelo citado poder constituinte originário.

Não por outro motivo, deve ser vista a constituição não apenas como o texto que se positivou ou como ato escrito ou não, mas sim como resultado desta constante fluidez de suas estruturas consignadas. Também, não há de se reduzir sua compreensão às forças sociais predominantes no tempo de sua elaboração, mas sim como resultado daquela expressão de for-

ças sociais ativas. Justamente por tal motivação a doutrina formulou tais conceitos, reconhecendo as suas distinções e suas naturezas não excludentes, numa perspectiva complementar do fenômeno constitucional. Assim já pontificava **Jellinek**⁴⁴:

“Por reforma de la Constitución, entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.”

Novamente, o exemplo norte-americano, notoriamente reconhecido pela sua longevidade e estabilidade, demonstra em sentido contrário do que o constantemente afirmado:

*“The American Constitution is often celebrated for its stability and longevity. But its real nature has changed dramatically over time, often without formal amendment. How might those in the executive, legislative, and judicial branches maintain fidelity to constitutional commitment in a time in which government does altogether different things, and does those things in altogether new ways?”*⁴⁵

Resulta disto a imperiosidade de segregar uma necessária distinção entre a constituição como documento formal e a constituição traduzida nas normas constitucionais. A constituição documento formal poderia até mesmo se inserir numa espécie estática jurídica-política, de vez que, uma vez formalizada, ela não pode desaparecer do mundo da vida democrática sem um processo de ruptura. Opostamente, suas normas constitucionais devem ser pensadas e compreendidas como integrantes daquela inevitável dinâmica jurídica, na diligência de identificação dos seus significados reais. Não por outro motivo, ao assumir a qualidade de

norma jurídica, a constituição ganha os atributos de constante abertura para a compreensão do seu conteúdo material.

Recorrendo à experiência da conceituação de constituição pela interpretação do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha, **Konrad Hesse** testemunha⁴⁶:

“A compreensão da Constituição do Tribunal Constitucional Federal aparece sobretudo caracterizada por não ser ela formal, senão uma material; a Constituição é entendida como unidade material. Seus conteúdos são frequentemente, sobretudo na jurisprudência mais antiga, qualificados os valores fundamentais, situados antes da ordem jurídica positiva que, sob a absorção das tradições da democracia parlamentar liberal-representativa, do estado liberal e do estado federal, assim como o acréscimo de novos princípios, nomeadamente do estado social, nas decisões do constituinte se unirem em uma ‘ordem de valores’ e constituem um Estado que é ideologicamente neutro, mas não neutro em valores.”

Dizer o que é uma constituição, assim, é tarefa igualmente afeta à atividades diária dos tribunais e seus interpretes de qualquer sistema jurídico, sem prejuízos dos órgãos institucionalizados no sistema político do Estado. Ou como enfatiza **Jorge Miranda**⁴⁷:

“Em último termo, uma Constituição só se torna viva, só permanece viva, quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (não só intelectual mas sobretudo afectiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios e preceitos quando a vontade da Constituição (Konrad Hesse) vem a par do sentimento constitucional” (Lucas Verdu).

Aquela distinção entre as visões jurídica de Kelsen e da política de **Schmitt**, em verdade, inexistente, afastando-se assim da pretensa distinção direito/política como o primeiro chegou a afirmar já nas suas linhas amadurecidas do fenômeno

da jurisdição constitucional⁴⁸. Será, de fato, sua associação e atuação paralela. *Primo*, existirá a constituição formada pela interpretação constitucional; *secundo*, adicionando-se e sem prejuízo daquela, outra como resultado da constante reforma constitucional. As manifestações serão produtoras do sentido constitucional pois dão forma àque-la distinção integradora.

Para tanto, a interpretação constitucional⁴⁹ produz a imperiosa indicação de significados possíveis para a norma constitucional e reflexos dos sentidos sociais e morais, sujeita àquela inevitável e eventual mutação no tempo. Não por outro motivo, há de ser vista a mutação constitucional sendo elaborada pelo e no tempo, produzindo efeitos diretos na interpretação constitucional. Mas isto tudo reflete também as compreensões políticas da formação do Estado e do direito de cada sociedade, na medida em que expressam não apenas os valores jurídicos reconhecidos no ordenamento, mas também outros de natureza política e moral⁵⁰.

Por tudo, a constituição e sua unidade atuam como um princípio de decisão, pelo qual todas as pessoas daquele ordenamento social encarregadas da aplicação das suas normas e preceitos jurídicos serão orientadas para “lerem e compreenderem, na medida do possível, como se fossem obra de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça”⁵¹.

De forma a enfatizar, assevera o professor **Roque Antônio Carraza**⁵², que “as próprias normas constitucionais, sempre que

possuem pluralidade de sentidos, devem ser interpretadas e aplicadas de modo consentâneo com os princípios da Carta Fundamental, que, justamente por sua superior dignidade, lhes servem de balizas”. Operada esta exegese constitucional, estarão os interessados respeitando a integridade do sistema e reforçando aquela carga energética viva da constituição. A leitura sistemática não negará as eventuais deficiências do texto formal, mas, justo o oposto, conduzirá a melhor compreensão do seu sentido material pelo inter-relacionamento dos seus institutos e valores.

Tal orientação, como se vê, não é particular da concepção brasileira, sendo encontrados diversos relevos dados pela doutrina internacional. Em passagens de alguns julgadores da suprema corte nacional encontram-se excertos deste reconhecimento na aplicação do direito ao caso concreto, sendo mais destacada uma passagem do ministro **Eros Grau** em voto-vista⁵³ em reclamação de sequestro quanto ao não pagamento de precatório:

“Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não

somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.”

Esta afirmação do magistrado como elaborador das normas que comporão o ordenamento representa uma das marcas do atual constitucionalismo – associado a um ativismo judicial –, sobretudo influenciado pelos ventos jurídicos da doutrina americana, mormente quando associado a conceitos e argumentos obtidos em outras ciências que não a jurídica para fundamentar na razoabilidade daquela decisão.

No outro lado da moeda, o passado-presente também se cristaliza nas decisões judiciais, bastando pensar na utilização da súmula vinculante, instituto atualmente já previsto em nosso texto constitucional. No cata-vento submetido às brisas do tempo o sistema jurídico produz novas decisões das decisões, operando já historicamente lastreado em estruturas de repetição. E, assim, somando todos estes elementos temporais e pressões de ordem política e demais estruturas do esqueleto social, se diz o que é a constituição.

Sem prejuízo de todas estas inafastáveis conclusões, as reformas constitucionais também contribuem decisivamente na tarefa de afirmar o que é uma constituição, ainda que seja para reverter posições exaradas pelo Poder Judiciário⁵⁴. Da mesma forma que no momento de sua elaboração, este novo procedimento executado para a formalização das novas regras a serem incorporadas ou modificada, resulta no cotejo das novas pressões sociais e políticas escoradas nos limites inerentes a este poder de reforma.

Não se pode negar que ao se reformar a constituição, então, também se está a dizer o que ela

A CONSTRUÇÃO JURÍDICA PROCUROU COMPREENDER O CONCEITO DA CONSTITUIÇÃO, SENDO COMUM A CONCEPÇÃO DA NORMA DE ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES

significa, num constante processo de modificação das modificações, novamente naquele jogo do passado-presente, refletindo os mais claros reflexos políticos das instituições sociais. Considerado os tradicionais papéis dos agentes de poder na clássica separação, a atuação do Poder Judiciário exercerá, portanto, um relevante e insofismável papel nesta formação. Seja nos mecanismos de fiscalização abstrata, seja verificando os elementos apresentados nos casos concretos levados ao exame formal, os magistrados emprestarão óbvio contributos na formação daquele sentido amplo de definição das normas de fundação das sociedades.

O que alguns poderiam clamar por um mero ativismo despido de propósitos ou simplesmente uma ânsia de poder pelos agentes do Poder Judiciário representa uma necessidade de constante atualização dos sentidos da mais pura vontade do titular do poder constituinte, sendo os magistrados e suas exteriorizações meios de reverberação daqueles elementos de definição constitucional.

Conclusão

Por tudo, a sociedade moderna impõe o abandono simplista das teorias tradicionais da constituição, clamando para a correta compreensão do seu sentido, associado aos elementos históricos e atuais, numa realidade do fenômeno jurídico. Assim, na forma ora proposta, não se considera apenas os distintos conceitos de constituição existentes – se sociológico, político ou jurídico, nem tampouco os despreza.

Justo pelo contrário, apoiado em tais conceitos bem elaborados com substancial doutrina já produzida, procura demonstrar que qualquer descrição da problematização

deve ponderar obrigatoriamente sobre as realidades e modificações do próprio conceito de constituição, inclusive seu experimento prático. Assim, tal autoridade tem que considerar os métodos reconhecidos para adequação de seu significado, mormente a interpretação e sua reforma, com claras distinções ao modelo americano que tanto parece nos inspirar.

Igualmente devem ser abandonadas as críticas vazias a um pretensão ativismo dos integrantes do Poder Judiciário, reconhecendo que os temas levados ao debate daquelas instâncias configuram em muitos casos reflexos das pressões sociais para cumprimento daquele destacado papel de constante atualização das normas de organização nacional e de definição das estruturas sociais. E a história nacional serve para confirmar tais conclusões, incorporando ao sentido constitucional os novos contornos do direito de família, dos benefícios sociais, dos novos reconhecimentos e toda sorte de conquistas nos direitos fundamentais. ■

Notas

1 Os conceitos de República formados com a queda do antigo regime pela Revolução do final do século XVIII, a teoria da representação e do poder constituinte etc.

2 Neste sentido, recorda-se a incorporação da ‘federação’, do ‘devido processo legal’, do ‘judicial review’, etc., todos produzidos no cenário constitucional estadunidense e dogmaticamente positivados na evolução das cartas brasileiras.

3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como sabido, tem se socorrido em largo emprego de figuras embrionadas no Tribunal Federal Alemão, tais como a ‘ponderação de princípios’, a ‘irradiação dos valores constitucionais’, entre outros.

4 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

5 REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed., 4ª tir., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7/8.

6 Como procura buscar Tavares: “Em Aristóteles já se encontra um conceito de Constituição (politeia) significando o modo de ser da polis. Nela se encontram vestígios do conceito moderno de Constituição. [...] Identificam-se as Constituições americana e francesa como a origem

das Constituições na história jurídica do homem, tal qual compreendidas atualmente” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62).

7 BLAUSTEIN, Albert P. *A Constituição dos EUA*: o produto de exportação mais importante do país. In *Questões de Democracia*. 2004. Disponível em <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0304/ijdp/blaustein.htm>

8 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

9 Neste particular, a grande contribuição de Sieyès, ainda repetida hodiernamente. Assim pontuava o contemporâneo do movimento revolucionário: “É impossível criar um corpo para determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. É isso que chamamos de constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela. E é também evidente que todo governo comissionado deve ter sua organização; e o que é verdade para o geral, o é também para todas as partes que o compõem. Assim, o corpo de representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa. Qu’est-ce que le Tiers État*. 4. ed. org.: Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 48).

10 “Em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é a própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa. Qu’est-ce que le Tiers État*. 4. ed. org.: Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 45).

11 Nunca é demais registrar que tais conceitos foram obrados com séculos de distância, em outra realidade temporal, social e jurídica, com instituições e relações orientadas por outras realidades. A mera repetição anacrônica daqueles conceitos implica numa perda de contextualização, perigo no qual o jurista não pode incorrer.

12 Neste aspecto, relevante a listagem definida por Jorge Miranda: “Do excuro histórico e comparativo sobre a formação e evolução do Estado e sobre os sistemas político-constitucionais a que se procedeu supra, extraem-se os seguintes dados:

a) Qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que se reconduza, requer ou envolve institucionalização jurídica do poder; em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que assenta todo o seu ordenamento.

b) Todavia, somente desde o século XVIII se encara a Constituição como um conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou totalidade das relações) do poder político, do estatuto de governantes e de governados; é esse o alcance inovador do constitucionalismo moderno.

c) No século XX, a Constituição, sem deixar de regular tão exaustivamente como no século XIX a vida política, ao mesmo tempo em que se universaliza, perde a referência necessário ao conteúdo liberal; e nela parecem caber quaisquer conteúdos. [...]

f) A Constituição, tal como surge no século XVIII, não se afirma apenas pelo objecto e pela

função; afirma-se também – ao invés do que sucedera antes – pela força jurídica específica e pela forma” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1a. ed., 4ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319).

13 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 1a. ed. 4ª. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319.

14 COHEN, Willian; VARAT, Jonathan D. *Constitutional law – cases and material*. 10. ed. Westbury: Foundation Press, 1997, p. 19.

15 Aqui utilizado de forma genérica para abraçar as duas primeiras visões, na advertência de Tavares: “Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastantes remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa visão mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado estado” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1).

16 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130.

17 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

18 Como reconheceu André-Jean Arnaud, a partir do reconhecimento do papel da norma fundamental e das demais integrantes do sistema, “segundo uma abordagem positivista, o número das fontes do direito é determinado e finito; essas fontes são hierarquizadas; uma fonte de ordem inferior que contraditória uma fonte de ordem superior deve ser eliminada; fontes da mesma ordem não podem se contradizer” (ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras – entre globalização e pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 303).

19 LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 48.

20 LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 68.

21 Concepção bastante criticada pelo próprio Kelsen (2007, p. 214): “Se não é possível aceitar o extremismo paradoxal da célebre tese de Lassalle segundo a qual a Constituição de um Estado é, em última análise, o exército e os canhões dos quais o governo dispõe – já que ela subestima a força das ideias, e sobretudo das ideias jurídicas –, forçoso é conceder que a Constituição expressa as forças políticas de determinado povo, é um documento que atesta a situação de equilíbrio relativo na qual os grupos em luta pelo poder permanecem até nova ordem.”

22 CUNHA, Fernando Whitaker et al. *Comentários à Constituição – 1º volume*: artigos 1º ao 7º. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 109 – grifos do original.

23 Como testemunha Zagrebelski: “En las antípodas se sitúa la lógica del sistema norteamer-

ricana, que se desarrolló desde el principio sobre la base de las exigencias de tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución. La tutela de estos derechos, y no otra cosa, constituye la razón esencial de ese sistema de justicia constitucional [...]” (ZAGREBELSKI, Gustavo. *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. In: *El Derecho Dúctil*. 8. ed. Madrid, Trotta, 2008, p. 62).

24 Até mesmo para justificar a denominação empregada por seu trabalho e respeitadas as opiniões ali esposadas, valiosa a afirmação inicial de Blaustein: “A Constituição dos EUA é o produto de exportação mais importante do país. Sua influência em todo o mundo se fez sentir desde o início. E mesmo onde essa influência não conseguiu produzir democracia e liberdade foi capaz de criar a esperança, segundo as palavras do presidente Abraham Lincoln, de um governo do povo, para o povo e pelo povo” (BLAUSTEIN, Albert P. *A Constituição dos EUA: o produto de exportação mais importante do país*. In *Questões de Democracia*. 2004. Disponível em <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0304/ijdp/blaustein.htm>).

25 Neste caso, mais famosa a influência recebida por Ruy Barbosa, claramente admirador do modelo americano, inclusive para rechaçar as diversas críticas que a ela sugerem: “A Constituição americana não é construção em decadência, corroida pela vetustez secular. É um organismo vivo, um organismo renascente, um organismo juvenil nos seus cem anos de adolescência robusta, um organismo que não parou de crescer, e agigantarse, um organismo cuja força medra continuamente com o perpassar dos tempos” (BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1932, p. 63).

26 BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 58/59 - Grifo do original.

27 Como registra Blaustein: “A partir de 17 de setembro de 1787, uma peça constitucional escrita passou a ser vista como traço característico de nação. Atualmente, das 192 nações independentes do mundo, todas elas, com raras exceções, possuem uma constituição desse tipo ou planejam ter” (BLAUSTEIN, Albert P. *A Constituição dos EUA: o produto de exportação mais importante do país*. In *Questões de Democracia*. 2004. Disponível em <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0304/ijdp/blaustein.htm>).

28 “John Hart Ely argues that the Constitution is primarily concerned with process and structure – not the identification and preservation of specific substantive values” (GARVEY, John H., ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 2).

29 “To many Americans, the Constitution embodies fundamental moral principles, such as equity, fairness and justice, that find their expression in the protection of individual rights that may be abridged by an oppressive majority exercising the levers of government. Ronald Dworkin a leading advocate of a ‘moral reading’ of the Constitution (...)” (GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 2).

30 “Ackerman argues for a ‘dualist’ understanding of the Constitution. This two-track model distinguishes between constitutional decisions

made by the People and ordinary political decisions reached by the People’s elected representatives” (GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 2).

31 “According to Cass Sunstein, central to our constitutional system is an ‘impartiality principle’: the idea that government is prohibited from acting on the basis of pure self-interest, power, of whim” (GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 2).

32 “As a written, legal text, the Constitution is designed to limit government actions, and the judiciary is primarily charged with enforcing those constraints. The problem that plagued constitutional law is in determining what interpretive method is appropriate to the Constitution” WHITTINGTON, (GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. XI).

33 STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and company, 1996, p. 22.

34 Neste campo, famosa a referência de Umberto Eco: “Um texto, depois de ter sido separado do seu emissor, das circunstâncias concretas de sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis. Por consequência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado definido, original e final. A linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual” (ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. XIV).

35 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 582.

36 “En este fundamental aspecto de la concepción de la ley, el principio de legalidad em Francia, Alemania y, em general, en Europa continental se distanciaba claramente del paralelo, pero muy distinto, principio inglés del rule of law (también éste un concepto – conviene advertir – no menos <abierto> que el de Estado de derecho)” (ZAGREBELSKI, Gustavo. *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. In: *El Derecho Dúctil*. 8. ed. Madrid, Trotta, 2008, p. 25).

37 Igualmente registra a problemática Alain Laquiéze: “A problemática de um Estado limitado pelo direito não nasce, todavia, no século XX. Ela já está presente, em resumo, na monarquia de Antigo Regime. Mas, enquanto na época moderna os juristas se utilizaram da teoria do Estado de Direito para pôr limites ao poder do Estado e, em particular, para limitar a onipotência parlamentar resultante da teoria da soberania nacional, os juristas anteriores a 1789 esforçava-se, antes de tudo, por fundar juridicamente a onipotência do monarca – os direitos do rei – diante das resistências que este encontra no exercício do poder” (LAQUIÉZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 339).

38 A referência de Santoro, registrando a concepção inglesa é bem interessante. São palavras do autor: “Ao reagirem à tentativa do monarca de importar modelos juspolíticos continentais para justificar o consolidamento do próprio poder, os Whigs

elaboraram os traços característicos do *common law*, elevando-o, de instrumento de recomposição e decisão de controvérsias jurídicas cotidianas, a eixo de organização constitucional. Com essa retórica, passou-se da exaltação da igualdade dos ingleses perante o direito àquela do mito do direito como guardião das liberdades nacionais. É com essa passagem que nasce o “mito” do *rule of law* e das “liberdades dos ingleses” (SANTORO. *Rule of Law e “liberdade dos ingleses”*. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 204).

39 BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1932, p. 69.

40 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251.

41 ROSSANVALON, Pierre. *La légitimité démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Seuil, 2008, p. 261.

42 Neste aspecto, esclarece Gilmar Ferreira Mendes: “As mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático em que se concretiza sua aplicação” (MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123).

43 “C’est ce phénomène de légitimité différentielle entre la Cour et le Congrès qui permet de comprendre pourquoi la première a, de fait, été de plus en plus chargée de réguler les problèmes délicats et controversés, en matière sociétale tout particulièrement. Le pouvoir de la Cour s’est ainsi trouvé progressivement accru par le supplément de légitimité reconnu par l’opinion; supplément que Le Congrès n’a cessé de consacrer lui-même tacitement par sa non-intervention législative sur ces sujets” (ROSSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Seuil, 2008, p. 264).

44 JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La Constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

45 STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and company, 1996 p. 22.

46 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 27.

47 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1a. ed., 4ª. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 354 - destaques do original.

48 “Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica (...)” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.252).

49 “É a interpretação que tem significado decisivo para consolidação e a preservação da força normativa da Constituição, pois a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma.” (GALLONI, Bráulio César da Silva. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Pillares, 2005, p. 76).

50 Assim encontramos sugestão de alguns autores da interpretação constitucional: “The job os a Supremo Court justice Will involve, among other things, invoking two kinds of values. Justices Will have to appeal to ideological values, by which I mean political and moral values of the sort that distinguish liberals from conservatives” (EISGRUBER, Christopher L. *The Next Justice – repairing the Supreme Court Appointments Process*. Princeton (NJ): Princeton University Press, 2007, p. 9).

51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 198.

52 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34.

53 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, Rcl 3034 – AgR /PB, j. em 21/09/2006, p. DJ 27/10/2006.

54 Relevantes as ponderações sobre a promulgação da Emenda Constitucional 58, de 2009, com a reforma do número de vereadores para as Câmaras Municipais, e da Emenda Constitucional 39, de 2002, com a referência a competência municipal para a Contribuição para financiamento da Iluminação Pública – COSIP, já que as duas situações foram antecedidas de decisões do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário – ainda que a partir de estruturas normativas anteriores – ao que veio admitido no texto constituído.

Referências

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras – entre globalização e pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1999.

BLAUSTEIN, Albert P. *A Constituição dos EUA: o produto de exportação mais importante do país*. In *Questões de Democracia*. 2004. Disponível em <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0304/ijdp/blaustein.htm>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law – principles and policy*. New York: Aspen Law, 2002.

COHEN, Willian; VARAT, Jonathan D. *Constitutional law – cases and material*. 10. ed. Westbury: Foundation Press, 1997.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

CUNHA, Fernando Whitaker et al. *Comentários à constituição – 1º volume: artigos 1º ao 7º*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1999.

EISGRUBER, Christopher L. *The Next Justice – repairing the Supreme Court Appointments Process*. Princeton (NJ): Princeton University Press, 2007.

GALLONI, Bráulio César da Silva. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Pillares, 2005.

GARVEY, John H., ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1999.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. *Reforma Y Mutacion de La Constitucion*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1a. ed. 4a. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Seuil, 2008.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa. Qu’est-ce que le Tiers État*. 4. ed. org.: Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SHELDON, Charles H. *Essentials of the American Constitution*. Albany: Westview, 2002.

STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and company, 1996

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation – textual meaning, Original Intent and Judicial Review*. Lawrence (KS): University Press of Kansas, 1999.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. In: *El Derecho Dúctil*. 8. ed. Madrid, Trotta, 2008.

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE AO CONTRATO DE CRÉDITO E A NECESSIDADE DE TUTELA ESTATAL

Natália Borges Tosta Figueiredo | natalia.tosta@hotmail.com

Graduanda em Direito (Universidade Federal de Goiás)

Resumo

A concessão de crédito por parte das instituições financeiras tem ocorrido de forma indiscriminada, gerando um alarmante número de consumidores que possuem crédito sem nenhuma perspectiva de usá-lo devidamente ou quitá-lo posteriormente. A vulnerabilidade do consumidor acaba ocasionando seu superendividamento, fenômeno que poderia ser evitado. Busca-se demonstrar a tutela do Estado frente às relações de consumo, evidenciando a necessidade de uma ação conjunta no que tange ao aprimoramento da legislação e à aplicação de políticas públicas que intentem por educar financeiramente o consumidor

Introdução

A democratização do crédito remonta aos Estados Unidos, em especial a concessão de crédito para aquisição de bens duradouros por meio de um sistema de parcelamento. Essa sistemática permitiu que o crédito deixasse de ser visto como sinônimo de pobreza e passasse a ser encarado como mero meio de se adquirir um produto, contribuindo para o dinamismo e crescimento econômico do país.

No Brasil, essa democratização do crédito teve início a partir de 1994, com o advento do Plano Real, que proporcionou a estabilização econômica. Durante o novo cenário, as instituições financeiras, que anteriormente tinham como principal fonte de lucros a própria inflação, foram obrigadas a buscar novos caminhos para gerar dividendos. Assim, iniciou-se a concessão de crédito para uma parcela

da população que, em princípio, encontrava-se excluída do sistema formal de crédito.

Entre 2005 e 2006, durante o governo Lula, em decorrência dos estímulos ao crédito popular, cerca de 2,15 milhões de famílias saíram da classe de consumo D/E e passaram a integrar a classe C (Lima; Bertoncello, 2010). O crédito trouxe inúmeros fatores positivos para a sociedade como um todo, pois permitiu que indivíduos passassem a adquirir determinados bens, que antes seriam considerados inacessíveis, como também contribuiu para o fomento da economia com o crescimento do consumo.

Entretanto, se esse crédito é concedido de maneira irresponsável, e quem o detém não o utiliza de maneira racional e equilibrada, ocorre justamente o contrário. O mero endividamento do consumidor é fator corriqueiro e propulsor da economia. Por outro lado, o consumidor que se endivida além da sua capacidade de subsistência adentra a seara alarmante do superendividamento.

O superendividamento do consumidor, apesar de ser expressamente tratado no direito comparado, ainda não foi regulamentado no Brasil. Trata-se de uma problemática extremamente atual, impulsionada pela sociedade de consumo em que vivemos. Até o advento da consolidação do termo e o início de pesquisas acerca de suas causas, essa questão era tratada como descontrole individual; entretanto, como se depreende do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor é um indivíduo vulnerável, de forma que tal fenômeno necessita de regulamentação por parte do poder público.

Nesse sentido, diante da imperiosa necessidade de tutelar o consumidor superendividado, o Senado Federal, no ano de 2011, instituiu

uma comissão de juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor, sendo o superendividamento tratado no Projeto de Lei 283/12, cuja elaboração contou com a participação da professora e doutrinadora **Cláudia Lima Marques**.

O projeto, inspirado principalmente no direito francês, cria um modelo próprio de prevenção e tratamento condizente à realidade brasileira. Trouxe à baila a importante questão da educação para o consumo, os deveres de cooperação por parte das instituições financeiras, como aconselhamentos e esclarecimentos, e, ainda, a possibilidade de uma audiência conciliatória entre devedor e seus credores, quando se tratar daquele consumidor que se encontra superendividado.

O objetivo primordial deste trabalho consiste em traçar um panorama acerca das questões que geram o superendividamento e, conseqüentemente, examinar quais seriam as melhores formas de prevenção e tratamento.

Assim, a presente pesquisa parte das reflexões gerais acerca da vulnerabilidade do consumidor e seu conseqüente superendividamento, culminando na discussão acerca da maneira que o Estado deve tutelá-lo, principalmente no que tange à eficácia do Projeto de Lei 283/12.

1. A sociedade de consumo: uma visão sócio-jurídica do consumidor de crédito

1.1. Breve perfil histórico do crédito

O grande *boom* do crédito ao consumo ocorreu nos Estados Unidos, impulsionado pela aquisição de crédito para compra e venda a prestações de bens duradouros, por volta do fim do século XIX e início do século XX (Santo, 2009).

O sistema de pagamento em parcelas foi então o ponto chave para expansão do crédito no país. Atingiu, inicialmente, a aquisição de artigos domésticos, de natureza industrial, alastrando para o consumo de artigos culturais, como instrumentos e livros, alcançando seu auge quando abarcou o pagamento de automóveis (Santo, 2009).

No Brasil o crédito começou a dar sinais de sua existência na década de 1950, de forma extremamente discreta e inacessível, atingindo apenas a venda direta a crédito pelo lojista ao consumidor, conforme ensina **Stumer**:

“A concessão ao crédito era demorada, trabalhosa e complexa. O candidato ao crédito preenchia um longo cadastro de informações, entre elas indicando o armazém onde realizava compras, o seu alfaiate e, eventualmente, outras lojas onde comprava a crédito. A loja, por sua vez, possuía um quadro de funcionários com a função chamada de informante que [...] percorriam, diária e pessoalmente os locais indicados em busca de informações sobre o crédito da pessoa. O setor de crédito dessas lojas pioneiras possuía cadastro de grande número de pessoas, o que fazia com que ficassem, no início de cada manhã, apinhados de informantes de outras lojas em busca de dados e informações dos clientes já por ela cadastrados” (Stumer, 1992, p. 59).

Só a partir de 1994, com a edição do Plano Real, que o crédito começou a ter uma relevância fundamental nas relações de consumo, principalmente em razão da estabilidade econômica dos preços praticados no mercado.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor ao realizar estudo sobre crédito e superendividamento dos consumidores do Brasil, constatou o seguinte:

“Com o Plano Real, em julho de 1994, o novo ambiente de estabilização de preços trouxe modificações consideráveis para o sistema finan-

ceiro brasileiro, uma vez que, com a estabilização da economia, todas as instituições deixariam de ganhar com a inflação. [...] O crédito a pessoas físicas, revelou-se importante suporte para sustentação do nível da atividade econômica, dinamizando a demanda interna via ampliação do consumo das famílias. As linhas de crédito disponíveis no mercado para aquisição dos bens são abundantes, porém, não necessariamente vantajosas para quem pretende utilizá-las.”¹

Nota-se que a estabilidade dos preços permitiu que o foco das instituições financeiras passasse a ser as pessoas físicas, proporcionando a criação de novas formas e maneiras facilitadas de concessão do crédito. Começa, assim, a ocorrer no Brasil a chamada “democratização do crédito”.

Quanto à democratização do crédito, Lima e Bertonecello ressaltam:

“O recurso ao crédito democratizou-se entre os consumidores com renda familiar de até 10 salários mínimos, os quais representam 77% da população brasileira e responsáveis por 71% do consumo no país. O recurso ao crédito também popularizou-se entre mais de cinco milhões do total de 19 milhões de aposentados e pensionistas do Regime Geral da Previdência Social desde 2003, quando foi aprovado o empréstimo consignado com desconto em folha” (Bertonecello; Lima, 2010 p. 25).

Como se vê, há dois pontos que devem ser enaltecidos nos dizeres das doutrinadoras. O primeiro é quanto ao público alvo das instituições financeiras, o qual passou a ser famílias de baixa renda que se utilizam do crédito para consumir bens antes inacessíveis, como eletrodomésticos, carros, celulares, dentre outros. Quanto ao segundo ponto, trata-se do crédito que alcança os aposentados e pensionistas, advento da aprovação da Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que autoriza o pagamento de empréstimo por meio de

desconto da prestação mensal em salário.

Nessa seara, em recente nota técnica expedida pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, constatou-se que, em dezembro de 2013 comparado a janeiro de 2008, a aquisição de crédito por pessoa física por meio de cartão de crédito total elevou 149,9%; o crédito consignado total, 129,8%; e o crédito pessoal não consignado vinculado à renegociação de dívidas, 81,9%².

Conforme restará demonstrada, a concessão de crédito traduz-se essencial para manutenção e crescimento da economia de um país; entretanto, a forma como isso vem sendo tratado no Brasil, desacompanhado da preocupação com a educação para o consumo, tende a gerar, em um futuro não muito distante, a falência do próprio sistema, pois milhares são os consumidores que se encontram hoje em situação de plena insolvência.

1.2. Crédito e a situação de endividamento e superendividamento

O crédito consiste na transferência temporária de valores monetários mediante uma determinada remuneração. Desempenha duas funções fundamentais: estimular o consumo e fomentar a produção³, sendo elemento essencial para o bom funcionamento de uma sociedade capitalista, de forma que contribui para o seu crescimento e estabilidade, fazendo com que a economia gire e alcance novos patamares.

Quando tratamos do endividamento em razão do crédito contraído, esse não poder ser analisado de forma isolada; deve-se entender as razões do endividamento, e se a contração da dívida, por exemplo, será utilizada para financiar a educação do filho ou em investimento na expansão de uma empresa;

ainda há que se aferir se, simplesmente, será utilizado para adquirir produtos supérfluos de forma irracional (Porto; Butelli, 2014).

Destarte, caso o consumidor faça uso do crédito de forma racional, estará contribuindo para o crescimento da economia. Nos casos citados, o investimento da educação gera um indivíduo com formação, apto para ser uma mão de obra qualificada para a sociedade; no segundo exemplo, a expansão de uma empresa gera um ciclo positivo de criação de novos empregos e aquisição de novos produtos.

Entretanto, caso o consumidor comporte-se como o terceiro exemplo relatado, de forma imprudente e irracional, adquirindo bens desnecessários e sem capacidade para arcar com os custos, entramos na seara preocupante do superendividamento, em que o rendimento familiar não consegue suportar o cumprimento dos compromissos financeiros assumidos (Bertoncello; Lima).

A esse respeito, o doutrinador Schmidt Neto (2009) ainda pontua que o superendividamento refere-se ao devedor que está impossibilitado de saldar suas dívidas, de forma contínua ou estrutural; ou seja, a mera insolvência temporária não é o bastante para caracterizar esse fenômeno.

Nesse mesmo diapasão, Lima e Bertoncello prescrevem o seguinte acerca do endividamento:

“No plano jurídico, o endividamento é constituído pelo conjunto do passivo, ou seja, o saldo devedor de uma família com origem apenas em uma dívida ou mais de uma dívida simultaneamente, denominando-se, neste último caso, de multiendividamento. O endividamento não é um problema em si mesmo, quando ocorre num ambiente favorável de crescimento econômico, queda de juros, e, sobretudo se não atingir camadas sócias com rendimentos próximos do limiar da pobreza” (Lima/ Bertoncello, 2010, p. 26/27).

Vale destacar o significado da palavra *crédito*, o qual possui origem do latim *credere*, que significa ter confiança. Nas palavras de Lima e Bertoncello (2010, p. 21) “o crédito é caracterizado pela decorrência de um prazo entre a prestação do credor e aquela do devedor, o que somente se traduz possível em razão do credor acreditar que o devedor cumprirá sua obrigação nos prazos convencionados”.

Assim, temos que o contrato de crédito tem o objetivo de ser cumprido, de forma que o fornecedor deve avaliar a capacidade de solvência do consumidor, a fim de que a confiança seja preservada.

Entretanto, a realidade no Brasil é bem diferente. A concessão de crédito irresponsável é a predominância no mercado de consumo brasileiro, em que os fornecedores de crédito aproveitam da vulnerabilidade do consumidor para impor condições onerosas e/ou desproporcionais à sua realidade.

2. Direitos básicos do consumidor de crédito

O consumidor, como será visto adiante, é o agente vulnerável da relação de consumo. Assim, visando protegê-lo, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu em seu artigo 6º alguns direitos básicos do consumidor. Note-se que se trata do reconhecimento dos direitos subjetivos do consumidor e a consolidação de deveres e obrigações aos fornecedores (Miragem, 2012).

No presente estudo, trataremos da tutela específica do consumidor de crédito, principalmente no que tange ao direito à informação, à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, à proteção contra práticas e cláusulas abusivas, ao equilíbrio contratual e à manutenção do contrato.

Quanto ao direito à informação, o fornecedor deve informar de maneira clara ao consumidor as condições e os riscos do negócio contratado. Sobre a relevância desse dever, Cláudia Lima Marques preceitua:

“Em resumo, hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo, o fornecedor, devem ter em conta o seu próprio dever de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual” (Marques, 2006, p. 229).

Como se vê, a celebração do contrato de crédito deve ser acompanhada de plena transparência durante seu nascimento, desenvolvimento e adimplemento, principalmente seu nascimento, a fim de evitar que publicidades abusivas ou enganosas contaminem o negócio jurídico.

A publicidade enganosa está prevista no artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor⁴ e consiste, substancialmente, na informação ou comunicação que possa induzir o consumidor a erro. Trata-se de ação ou omissão que possam confundir o consumidor quanto a natureza, aspectos e atributos de produtos ou serviços. Pode/deve o consumidor exigir indenização ou o cumprimento correto da obrigação.

Por outro lado, a publicidade abusiva, prevista no artigo 37 § 2º do CDC⁵, é um pouco mais abrangente. Trata-se da ofensa a um direito difuso, ou seja, atinge toda a comunidade. Segundo Miragem (2012), o caráter abusivo pode ser percebido sob dois ângulos: o primeiro, trata-se da ofensa à norma propriamente dita, por exemplo, a

publicidade que incite à discriminação, vedada pelo artigo 3º, IV e 5º, *caput*, da Constituição Federal e, o segundo, trata-se da violação da boa-fé ou dos bons costumes, ou seja, violação de valores sociais aproveitando-se da vulnerabilidade do consumidor. Tais ofensas geram o direito à tutela coletiva, sem prejuízo da tutela individual por danos eventualmente sofridos.

No diapasão da tutela contra o abuso do fornecedor, um dos mais importantes direitos elencados consiste na proteção contra práticas e cláusulas abusivas. Essas estão exemplificadas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e consistem, basicamente, em toda cláusula que coloque o consumidor em posição de desvantagem no negócio jurídico.

Assim, as cláusulas abusivas são consideradas nulas de pleno direito, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, essas só têm o condão de invalidar o contrato como um todo quando, mesmo que sanadas, ainda provoquem prejuízo excessivo a qualquer uma das partes. Do contrário, haverá apenas uma redução no negócio jurídico, a fim de amenizar as diferenças antes existentes entre as partes.

Este direito está intrinsecamente relacionado ao direito ao equilíbrio contratual, que consiste, justamente, em garantir que o fornecedor não obtenha vantagens em face do consumidor, de modo que ambos contratem em equilíbrio de interesses.

Visando garantir esse equilíbrio, não só no momento da celebração do contrato, mas também

durante e até o seu fim, é que temos o direito à manutenção do contrato, o qual permite a modificação das cláusulas desproporcionais ou a revisão em razão de fatos supervenientes que tornem as cláusulas contratuais excessivamente onerosas.

A necessidade desses institutos protetivos é notória nos chamados *contratos de adesão*. Marques (2006, p. 71/72) os conceitua como sendo “aqueles cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”.

O fornecedor é quem estabelece todas as cláusulas e as impõe ao consumidor, o qual, caso queira realmente adquirir determinado bem ou serviço, não tem outra opção, senão aderir ao que está estabelecido. Assim, as chances de um contrato de adesão conter cláusulas abusivas são expressivas; é o caso dos contratos de crédito de empréstimo bancário, cartão de crédito, leasing, dentre outros.

Abaixo, um julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual demonstra o entendimento pacífico do tribunal no sentido de que o contrato, para concessão de cartão de crédito, que prevê juros abusivos deverá ser modificado:

“Agravo em recurso extraordinário. Direito do consumidor. Revisão de juros contratuais. Alegação de afronta ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República. Súmulas n. 282, 356 e 636 deste Supremo Tribunal. Recurso ao qual se nega seguimento. Relatório

CASO O CONSUMIDOR FAÇA USO DO CRÉDITO, DE FORMA RACIONAL, ESTARÁ CONTRIBUINDO PARA O CRESCIMENTO DA ECONOMIA

1. Agravo nos autos principais contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea *a*, da Constituição da República. O recurso extraordinário foi interposto contra o seguinte julgado dos Juizados Especiais do Goiás: ‘Recurso cível. Revisional de juros. Juros contratuais. Onerosidade excessiva. Norma de ordem pública. Encargos moratórios. Comissão de permanência. 1. O princípio *pacta sunt servanda* é de relativa validade nos contratos de adesão, cujas cláusulas são pré-estabelecidas unilateralmente pela instituição financeira, guardando evidente desigualdade entre os contratantes. *O CDC é norma de ordem pública, que autoriza a revisão contratual e a declaração de nulidade das cláusulas contratuais abusivas, o que pode ser feito até mesmo de ofício pelo juiz.* Assim, ainda que não existindo para as instituições financeiras a restrição constante da Lei de Usura (Súmula 596 do STF), *pode o juiz, por força do artigo 51, do CDC, reconhecer a nulidade na pactuação da taxa de juros, mormente por ter o legislador lhe entregue, na hipótese vertente, o trabalho de determinar o sentido e o alcance da norma específica. É certo, pelos princípios que norteiam o CDC, não se admite a onerosidade excessiva de uma das partes e o enriquecimento ilícito da outra. A razoabilidade da taxação de juros é medida que se impõe frente aos princípios da boa-fé e equilíbrio das relações contratuais.* 2. *Verificado o abuso na taxa de juros cobrada nos contratos de cartão de crédito, impõe-se a sua alteração, devendo ser aplicada a taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, nas operações de crédito pessoal, vigente à época do efetivo pagamento, desde que comprovadamente inferior à pactuada.* 3. Também é impraticável a capitalização mensal de juros quando o contrato não se enquadra nas exceções previstas em lei, admitindo-se apenas a capitalização anual. 4. Recurso conhecido e improvido, para manter intacta a sentença vergastada’ (...) 8. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, alínea *a*, do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)” Publique-se. Brasília, 22 de maio de 2011. Ministra Cármen Lúcia Relatora.

(STF - ARE: 641445 GO, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 22/05/2011, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 26/05/2011 PUBLIC 27/05/2011).

A proteção dos direitos, aqui tratados, é norteada pelos princípios aplicados ao consumidor, principalmente no que tange à boa-fé objetiva e à vulnerabilidade do consumidor, os quais serão tratados, a seguir, juntamente com alguns deveres inerentes ao fornecedor de crédito.

2.1. A vulnerabilidade do consumidor de crédito e a boa-fé-objetiva

2.1.1. A formação do contrato de crédito e o princípio da vulnerabilidade

A formação do contrato ocorre mediante dois principais elementos: o primeiro refere-se à chamada *proposta* ou *oferta*, a qual contém todos os elementos constantes do objeto a ser contratado e é o instrumento utilizado por uma das partes para manifestar sua intenção de contratar, sendo de caráter vinculante; a segunda consiste na *aceitação*, em que a parte destinatária da proposta manifesta, tácita ou expressamente, seu desejo em contratar, assentindo com os termos propostos.

Logo, a presença desses dois elementos faz com que surja o vínculo jurídico entre as partes e, consequentemente, o dever de honrar o que foi pactuado (Miragem, 2012).

A teoria clássica contratual estabelece uma divisão entre o direito público e privado; assim, a manifestação de vontade do aceitante caracteriza sua liberdade individual, só podendo ser limitada perante uma norma de ordem pública (Venosa, 2011, p. 382 e 383).

Entretanto, tal divisão é afastada quando tratamos do contrato

sob o ponto de vista consumerista. O Código de Defesa do Consumidor estabelece uma nova sistemática, colocando de lado o individualismo acentuado e atentando para a função social dos contratos de consumo (Carvalho, 2011).

O professor Diógenes Faria de Carvalho, ao mencionar a doutrinadora Cláudia Lima Marques, reafirma:

“A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, isto é, o direito deixa o ideal positivista da ciência e reconhece a influência do social, passando a assumir preposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução de problemas” (Carvalho, 2011, p. 111).

Infere-se, desse modo, que o Código de Defesa do Consumidor traz uma coletânea de normas de ordem social, nem pública, nem privada, quebrando os paradigmas preceituados pela teoria clássica (Venosa, 2011).

Essa ordem social é caracterizada pela proteção especial que o Código dá ao consumidor, quando este contrai uma obrigação contratual. Isso porque o inciso II do artigo 4º do CDC⁶ reconhece a vulnerabilidade do consumidor.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é condição de interioridade, ou seja, é o que legítima e justifica a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Sua origem está presente no princípio da igualdade em que, ao satisfazer o dogma da isonomia constitucional, trata os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades (Nery Junior, Nelson, 2012).

Nesse mesmo sentido, Barbosa preceitua:

“O supramencionado diploma (CDC) legal buscou tratar desigualmente pessoas desiguais, levando em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de produtos e serviços. O inciso I do artigo 4º do supramen-

cionado diploma legal é claro ao dispor que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo possui status de princípio, com o objetivo precípuo do atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e, por fim a melhoria de qualidade de vida” (Barbosa, 2002, p. 3/4).

Como se vê, o princípio da vulnerabilidade é, em suma, o basilar e a razão da elaboração do Código de Defesa do Consumidor. A aplicação deste princípio é essencial para o reconhecimento de que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo e que o Estado deve intervir a fim de evitar que ele seja ludibriado pelas inúmeras propostas que se encontram presentes no mercado, estando expressamente previsto no artigo 4º, inciso I do Código Defesa do Consumidor⁷.

Nota-se que se trata de um princípio absoluto, abrangendo qualquer consumidor, seja ele rico ou pobre, analfabeto ou pós-doutorado. Contudo, há certos grupos de consumidores aos quais a legislação decidiu conferir proteção especial: são eles os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes⁸, ou seja, aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade potencializada, sendo então chamados de consumidores hipervulneráveis (Marques e Miragem, 2012).

Nessa linha, Marques e Miragem conceituam hipervulnerabilidade da seguinte forma:

“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 idade reduzida (assim, o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou idade alentada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso e

da publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim caso do Glúten e sobre informações na bula de remédios)” (Marques e Miragem, 2012, p. 188).

Por outro lado, os mesmos autores pontuam acerca da abrangência desse conceito, salientando que não deve se limitar apenas aos consumidores mencionados na Constituição da República, mas, sim, a todos aqueles que se encontrem em estado de inferioridade acentuada, de forma passageira ou permanente, por se tratar de uma hipervulnerabilidade social e econômica.

Partindo desse pressuposto, podemos encaixar o consumidor de crédito na tendência de qualificação da vulnerabilidade em hipervulnerabilidade, por se tratar de um indivíduo vítima do sistema de consumo. Principalmente aqueles considerados analfabetos, ou que não possuem qualquer tipo de educação financeira ou, ainda, que se encontrem desempregados ou que já se encontrem superendividados.

Assim, podemos concluir que quanto mais vulnerável o consumidor, maior deve ser a tutela despendida por parte do Estado.

Como será analisado mais adiante, o princípio da vulnerabilidade é o ponto chave para se compreender as razões que podem gerar o superendividamento do consumidor, bem como o porquê da necessidade de novos institutos para aperfeiçoar essa proteção.

2.1.2. A boa-fé objetiva e a avaliação de solvência do consumidor e a sua capacidade de solvabilidade

O princípio da boa-fé está expressamente previsto no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor e traduz-se, basicamente, no dever de lealdade, honestidade e integridade de um

indivíduo perante terceiro, seja ele quem for.

De acordo com Carvalho (2011, p. 23) “agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação, quer dizer, cumprir, observar um comportamento decente que corresponda à expectativa do outro contratante”.

Como se vê, a boa-fé objetiva incide sobre as relações obrigacionais, impondo que os indivíduos atuem de forma proba e honesta, colocando de lado seus interesses exclusivamente pessoais e ponderando os interesses alheios. Dessa forma, busca-se evitar eventual desrespeito e celebrar, com êxito, o negócio jurídico de forma a beneficiar ambas as partes (Miragem, 2012).

Ademais, os contratos de crédito não podem ser realizados com qualquer indivíduo, deve-se avaliar a capacidade de solvência e pagamento do consumidor. O crédito deve ser concedido de forma prudente, pois, do contrário, pode acarretar a insolvência do consumidor que não consegue arcar com as obrigações contraídas. Em suma: não pode comprometer de forma substancial a renda do consumidor.

Acerca da importância da boa-fé nos contratos de crédito, mormente no que tange ao dever de se avaliar a solvência do consumidor de crédito, podemos citar o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenou, em danos morais, instituição financeira que concedeu elevado crédito a consumidor desempregado, de baixa classe social e reduzido poder aquisitivo:

“Responsabilidade civil de banco – Abertura de crédito – Má-fé – ART. 170 – Constituição Federal de 1988 – Dano moral. Apelação cível. Direito civil e do consumidor. Responsabilidade civil. Danos morais. *Cliente de banco que, movido por inexperiência, desempregado, de baixa classe so-*

cial e reduzido poder aquisitivo, faz uso de elevado crédito, inexplicavelmente disponibilizado por banco, em flagrante lesão. Obrigações contraiadas se evidenciam desproporcionais ao seu próprio proveito, passando os anos seguintes a celebrar novações e dilapidando o patrimônio da família para fazer frente à obrigação assumida, que alcança três vezes o valor original, em *lucro exorbitante para o credor* (art.157 do CC). Débitos que eram sempre apresentados de modo a não poderem ser quitados. Negativação do nome do autor no SPC, depois que, contraindo dívidas com outras financeiras para saldar a prestação com o réu, este, debitando os encargos contratuais, faz com que o valor restante se torne insuficiente para o pagamento, quando já havia pago o dobro do montante creditório originariamente contratado. *Violação, pelo banco, dos princípios da justiça social (art. 170 da CF), da solidariedade social e da boa-fé, que informam o ordenamento jurídico civil brasileiro. Contrato celebrado com indiscutível lesão ao autor, que, além de inexperiente, não foi informado das condições do crédito. Violação a seus direitos básicos, enquanto consumidor, à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços e à educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações* (art. 6º. do CDC). Abuso de direito da negativação do nome do autor. Sentença condenatória em danos morais, no valor de 50 salários mínimos, equivalente a R\$ 12.000,00, nesta data, que se confirma. Recurso improvido” (TJRJ, AC 2003.001.02181/03, 15ª C., Des. José Pimentel Marques, J. 25.03.2003).

Nota-se nesse julgado que o crédito é concedido de forma extremamente irresponsável. Deixar de avaliar a capacidade do consumidor em arcar com o crédito contratado é como desejar que o consumidor entre em ciclo de endividamento. É a instituição agindo de má-fé e lesando seus clientes.

Vale ressaltar que, quanto mais vulnerável o consumidor, mais ele deve ser assistido pelo fornecedor

de crédito, ao se certificar da incapacidade de solvência do consumidor o fornecedor deve aconselhá-lo a não contrair determinada operação, indicando os reais riscos de um provável endividamento. Trata-se do dever de aconselhamento que será tratado a seguir.

2.1.3. A boa-fé objetiva e os deveres de aconselhamento no contrato de crédito

Do princípio da boa-fé objetiva e do dever de avaliar a capacidade de solvência do consumidor, desdobra-se um dever elementar do fornecedor de crédito, qual seja, o aconselhamento do consumidor quando da celebração do contrato de crédito.

Esse dever teve sua primeira aparição relevante em uma decisão da 1ª Câmara da Corte de Cassação da França, em 27 de junho de 1995, a qual determinou pela responsabilidade civil de uma instituição financeira, por esta não ter aconselhado devidamente seus clientes acerca das consequências do endividamento (Bertoncello e Lima, 2010).

Entretanto, tal entendimento não se consolidou. Até 2005 a 1ª Câmara da Corte de Cassação da França variou entre responsabilizar ou não as instituições financeiras pelo endividamento do consumidor, partindo do caso concreto e das condições da contratação para decidir se o dever de informação consistia em elemento essencial ou não (Bertoncello e Lima, 2010).

Em 12 de julho de 2005, visando obter um consenso, a 1ª Câmara da Corte de Cassação da França reuniu-se em sessão plenária e analisou quatro casos diferentes relativos à concessão de crédito. Porém, não se obteve uma conformidade de julgados, de forma que aquela corte continua a apreciar os casos

de forma específica (Bertoncello e Lima, 2010).

Nesse mesmo sentido, a doutrina não é pacífica perante o dever de aconselhamento, ou seja, se este deveria ser no sentido do fornecedor aconselhar e, posteriormente, impedir a concessão do crédito, ou se bastaria a informação a fim de que o consumidor agisse de forma autônoma, mas racional.

Quanto a esse debate, Bertoncello e Lima (2010, p. 79) posicionam-se no sentido de que “o conselho dado ao consumidor não pode ter o condão de substituí-lo da decisão de contratar, já que a própria natureza do dever de conselho pressupõe que o destinatário tenha uma decisão a tomar”.

Assim, o dever de aconselhamento consiste em demonstrar ao consumidor as condições do que será contratado e como isso poderia afetar a sua vida, cabendo, exclusivamente, ao consumidor a escolha de assumir ou não o risco, mas sabendo exatamente quais seriam esses riscos.

Em razão disso, o princípio da boa-fé é essencial. O fornecedor deve agir com honestidade e lealdade, pensando não só nas vantagens que pode obter com o negócio contratado, mas, principalmente, no interesse do consumidor.

O fornecedor de crédito deve ter em mente que a relação contratual deve ser benéfica para ambas as partes e de que ele, fornecedor, é a parte mais forte da relação contratual, sendo imprescindível que demonstre e explicita ao consumidor todas as condições do que será contratado.

Assim, o consumidor pode decidir-se de modo livre e responsável acerca da decisão de contrair ou não determinada operação de crédito, fazendo-o de forma consciente e, conseqüentemente, minimizando os riscos de inadimplência.

2.1.4. A multifuncionalidade da boa-fé objetiva e os deveres acessórios

Como visto, a boa-fé objetiva deve estar presente em todos os momentos do contrato, sendo crucial para sua fiel e justa execução. Por isso, fala-se em multifuncionalidade da boa-fé objetiva, pois, ao desempenhar diversas funções, confere uma série de deveres à realidade contratual (Carvalho, 2011).

A esse respeito, Carvalho preceitua o seguinte:

“A cláusula geral de boa-fé acolhida pelo Código de Defesa do Consumidor atua como critério definidor da abusividade do direito, flexibilizando o sistema consumerista e positivando em todo seu conteúdo normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais” (Carvalho, 2011, p. 147).

É nesse sentido que a doutrina trata dos chamados *deveres acessórios* ou *deveres laterais*, que consistem em deveres do consumidor e fornecedor, que não estão expressos em lei, mas que são essenciais para a relação de consumo.

É o caso dos deveres de lealdade e cooperação: apesar de não terem sido, expressamente, tratados pelo atual Código de Defesa do Consumidor, como é o caso do dever de informar e o dever de probidade na publicidade⁹, trata-se de deveres de conduta e devem ser observados tanto pelo consumidor, quanto pelo fornecedor quando da celebração de um contrato.

O dever de lealdade advém da boa-fé objetiva, posto que se trata de uma conduta a ser adotada entre os contratantes; estes devem se comportar de modo verídico, sem falsear situações ou tentar desequilibrar a relação pactuada. Hoje pode-se concluir que o dever de lealdade abrange também deveres positivos como “o sigilo, a veda-

ção da concorrência e dever de clareza” (Carvalho, 2011, p. 154).

Quanto ao dever de cooperação, esse pressupõe que fornecedor e consumidor devam cooperar, mutuamente, na medida do possível, para atingir a finalidade contratual pactuada.

Carvalho (2011, p.160) ainda acrescenta que “cooperar significa, também, a manutenção do vínculo contratual, para que haja a manutenção do equilíbrio contratual”.

Podemos aduzir que o dever de cooperação invoca o direito que o consumidor possui de repactuação das cláusulas contratuais, quando essas são estabelecidas de forma abusiva ou sem a devida transparência. É o caso do contrato de crédito concedido por instituição financeira a determinado consumidor que não possuía nenhuma capacidade para solver o débito. A instituição financeira age de forma irresponsável, não cooperando para a finalidade do contrato, que é quitar o débito e contribuir para o possível superendividamento do consumidor.

A respeito do consumidor superendividado, frente ao dever de cooperação, **Martinez** preceitua o seguinte:

“Os deveres de cooperação e renegociação pressupõem que, para que se possa alcançar a reestruturação financeira do superendividado, faz-se imprescindível a cooperação e compreensão do outro parceiro obrigacional envolvido no negócio, ou seja, o fornecedor do crédito. Diante da situação do consumidor superendividado, deverá o fornecedor do crédito atuar no sentido de cooperar possibilitando a renegociação do débito tendo em vista o restabelecimento financeiro do consumidor e equilíbrio contratual” (Martinez, 2010, p. 4).

Logo, a finalidade do contrato só poderá ser atingida se o fornecedor atuar, positivamente, no sentido de repactuar as cláusulas

contratuais, tornando-as menos onerosas ao consumidor, a fim de que possa cumprir, de forma justa, com a sua parte do contrato.

Como se vê, os deveres acessórios da lealdade e cooperação têm por escopo proteger ainda mais o consumidor, de forma a tentar equilibrar as relações de consumo, reconhecendo, novamente, a evidente vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

3. A necessidade da tutela estatal na proteção do consumidor de crédito

3.1. A responsabilidade estatal

O Estado deve criar medidas preventivas ao endividamento excessivo, por meio de investimentos na educação sobre o consumo adequado de produtos, serviços e aquisição de crédito, educando financeiramente a população.

Combinado a isso, deve fiscalizar os fornecedores, para que informem, de forma correta e transparente, aos consumidores, em respeito ao previsto no art. 6º, II e III¹⁰, do Código de Defesa do Consumidor. Tais questões estão sendo discutidas no Senado Federal, por meio do Projeto de Lei 283/2012.

O atual Código de Defesa do Consumidor tratou de forma muito tímida os contratos de crédito, de modo que apenas o artigo 52 é específico a essa matéria.

Nota-se que a atual legislação, diferentemente de países estrangeiros, como a Dinamarca, França, Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, Suécia, Holanda e Canadá, sequer tratou da possibilidade do superendividamento do consumidor, sendo necessário “estabelecer um pacto mínimo de boas práticas que favoreçam a transparência, a informação, a boa-fé, assegurando a ampliação do crédito responsável” (Lima, 2014, p. 132).

A esse respeito, **Carpene** (2007) ressalta que, por mais que no Brasil os operadores do direito, graças à sua criatividade, já tenham conseguido bons resultados no combate ao superendividamento, é essencial que haja uma norma específica disciplinando-o, sob pena de conduzir a temática a uma análise pontual, afastando-a da questão social.

Nesse sentido, foi elaborado o Projeto de Lei 283/2012, que objetiva atualizar o Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de estabelecer medidas protetivas para coibir o superendividamento, o qual será analisado a seguir.

3.2. Projeto de Lei 283/2012

Até o ano de 2006 não havia qualquer previsão, na jurisprudência, do termo superendividamento, e o devedor, com inúmeras dívidas, tinha que tentar saná-las de maneira isolada (**Silveira**, 2013).

Os estudos acerca desse fenômeno iniciaram-se em 2004, no Centro Interdisciplinar sobre Direito, Cidadania e Educação do Consumidor (Cidecon-UFRG), coordenado pela professora Cláudia Lima Marques, e que culminaram na consolidação do termo superendividamento (**Silveira**, 2013).

Inspirado no Cidecon, foi elaborado um projeto piloto realizado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelas magistradas Karén Bartoncello e Clarissa Costa de Lima, denominado “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor”, cujo foco consiste na reinserção social do consumidor superendividado, por meio da conciliação processual obtida mediante audiências de renegociação com a totalidade dos credores (**Silveira**, 2013). A obra advinda deste projeto foi utilizada, exaustivamente, como fonte para o presente trabalho.

Também como desdobramento do Cidecon, em 2008 foi criado o Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor, o qual consiste, basicamente, em um banco de dados relativo às informações de devedores que procuram o serviço de conciliação por todo o país (**Silveira**, 2013).

Em dezembro de 2010, o Senado Federal instituiu comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. A comissão foi presidida por **Herman Benjamin**, sendo composta pela jurista **Ada Pellegrini Grinover**, pela professora Cláudia Lima Marques, responsável pela redação dos artigos que abordam a questão do superendividamento, pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Kazuo Watanabe, pelo promotor do Distrito Federal e especialista em serviços financeiros **Leonardo Bessa** e por **Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer**, ex-diretor do Procon de São Paulo.

A necessidade da elaboração do Projeto de Lei 283/2012 é decorrente da desatualização do atual Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, quando da sua elaboração, a problemática do superendividamento ainda não existia, já que o acesso ao crédito era muito mais limitado. De forma que traz a seguinte proposta:

“Esta nova seção do Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e a educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé e da função social do crédito ao consumidor” (Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei 283 de 2012).

Ao analisar qual seria a melhor solução para o superendivi-

damento a ser aplicada no Brasil, a comissão concluiu que a filosofia adotada pelo sistema americano chamado de *fresh start*, que permite o perdão total das dívidas sob certas condições, é demasiadamente avançado, sendo o modelo francês o mais condizente à atual realidade do país (**Lima**, 2014).

Assim, sua elaboração foi inspirada na Diretiva Europeia 2008/48/EC e tem por escopo a prevenção do superendividamento, pela regulação dos contratos de crédito ao consumidor, do estabelecimento de novos deveres de informação e de aconselhamento por parte do fornecedor de crédito, bem como pela criação do direito de arrependimento do consumidor (**Lima**, 2014).

Dentre os deveres estabelecidos, consta a proibição de promover publicidade de crédito, com referência a *crédito gratuito*, *sem juros*, *sem acréscimo* e expressões semelhantes, a exigência de informações claras e completas sobre o serviço ou produto oferecido e a criação da figura do *assédio de consumo*, quando há pressão para que o consumidor contrate o crédito.

Como será demonstrado, o projeto não traz um sistema formal de falência como consignado no direito comparado; porém, inova, ao propor a conciliação global do superendividado com todos os seus credores (**Lima**, 2014, p. 137). Tal prerrogativa foi advento da sugestão apresentada pela Corregedoria de Justiça do TJRS, com fundamento nos projetos realizados no TJRS, TJPR, TJPE, TJSP, Defensoria Pública do Rio de Janeiro e Procon de São Paulo, e estabelece o seguinte:

“Art. 104-A A requerimento do consumidor superendividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à

realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial.”

De acordo com esse projeto, o superendividado, no Brasil, seria aquele que possui mais de 30% da sua renda líquida mensal comprometida com dívidas. Nota-se que há a tentativa de especificar, exatamente, quem seria o consumidor superendividado, diferentemente da doutrina, que utiliza a expressão genérica *impossibilidade global*.

A fim de se reorganizar financeiramente, o devedor superendividado poderá requerer a repactuação de suas dívidas. Instaurado o processo, o devedor deverá apresentar, em audiência conciliatória, um plano de pagamento com duração máxima de cinco anos, preservando o mínimo necessário à sua subsistência; esse mínimo será definido pelo conciliador, de acordo com os gastos declarados pelo devedor (Lima, 2014).

O mais importante é que a instauração desse processo não tem o condão de acarretar a insolvência civil do consumidor, podendo ser requerido, novamente, após o interstício de dois anos, a contar da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento.

A partir desta sistemática, o consumidor deixaria de ser encarado sob uma perspectiva individual para ser analisado sob uma perspectiva global, de forma que o Poder Judiciário atuaria, positivamente, na proteção do superendividamento e não só revisando individualmente contratos de crédito (Lima, 2014).

No Rio Grande do Sul, estado pioneiro no tratamento ao superen-

dividido, a hipótese de conciliação entre devedor e seus credores já está prevista em sua Consolidação Normativa Judicial, que estabelece a possibilidade de conciliação prévia, antes do processo judicial, mediante concurso de credores (Lima, 2014).

O projeto tem o objetivo principal de atuar, preventivamente, no superendividamento; sua eficácia será resultante da combinação do consumidor educado financeiramente com as instituições de crédito, informando-o de forma clara e transparente. Em ocorrendo o superendividamento, a alternativa proposta é a possibilidade de conciliação entre devedor e credores.

3.2.1. Críticas ao Projeto de Lei 283/2012

Por mais que o Projeto de Lei 282/12 tenha inovado ao prever a possibilidade do devedor superendividado requerer uma audiência de conciliação, ainda há uma falha gravíssima para o efetivo tratamento do superendividado, qual seja, a ausência de procedimento específico após a fase conciliatória.

Como a conciliação depende da vontade de conciliar do devedor e dos credores, esta facilmente pode ser ineficaz, já que uma das partes pode simplesmente se recusar a aceitar o que foi proposto. É por isso que se faz necessária uma fase judicial após a conciliação, em que o juiz arbitra as condições em que o devedor irá reembolsar os credores, como é o caso do sistema francês, americano, australiano, norueguês, dentre tantos outros (Lima, 2014).

Nota-se, nesse projeto, a ausência de um sistema formal para tratamento do superendividado. Em recente relatório realizado pela magistrada **Sandra Baurmann** acerca do tratamento do superen-

dividido no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, constatou-se, nos casos de superendividamento em que não se alcançou uma renegociação amigável, a necessidade de uma segunda fase em que o Estado-juiz substitua as partes e estabeleça um plano judicial de pagamento (Baurmann, 2014).

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor sugeriu a inserção do artigo 104-B no Projeto de Lei 283/2012, incluindo uma fase judicial no sistema brasileiro, em que o juiz apresentaria o plano judicial, caso restasse infrutífera a conciliação (Lima, 2014).

3.3. Educação financeira

A questão acerca da necessidade de se educar o consumidor é anterior até mesmo à própria elaboração do Código de Defesa do Consumidor. Em 1985, a Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 39/243, estabeleceu uma série de normas, a fim de proteger o consumidor, principalmente no que abala ao seu desequilíbrio econômico e educacional. A esse respeito, Bessa precíua o seguinte:

“Como reflexo dessa preocupação, a Organização das Nações Unidas – ONU, em 1985, por meio da Resolução 39/428, recomendou que os governos desenvolvessem e reforçassem uma política firme de proteção ao consumidor para atingir os seguintes propósitos: proteção da saúde e segurança; fomento e proteção dos interesses econômicos do consumidor; fornecimento de informações adequadas para possibilitar escolhas acertadas; educação do consumidor; possibilidade efetiva de ressarcimento do consumidor e liberdade de formar grupos e associações que possam participar das decisões políticas que afetem os interesses dos consumidores” (Bessa, 2007, p. 31).

A educação do consumidor, frente ao superendividamento, tem um caráter extremamente subjetivo

vo, uma vez que ainda não há um posicionamento acertado e concreto acerca da sua real eficiência e conseqüente influência nas decisões dos consumidores.

Entretanto, é certo que o consumidor que consome racionalmente, tem menores chances de se endividar.

Ao tratar do superendividado que adquiriu crédito acima da sua capacidade por não saber ou não entender as condições em que contratava, estamos nos referindo ao superendividado ativo inconsciente, o qual tem a intenção de pagar suas dívidas, mas não consegue fazer um planejamento financeiro que as comporte, ou que, simplesmente, não compreende as conseqüências do que está adquirindo.

O uso do crédito consciente é de extrema valia, principalmente pelas famílias de baixa renda, que, por possuírem baixo poder aquisitivo, nem sempre conseguem ter acesso a tudo que desejam. Assim, a capacidade do consumidor de elaborar um planejamento financeiro familiar é imprescindível para conseguir redistribuir os gastos de forma adequada e inteligente.

A preocupação com o consumo deve iniciar-se na formação do consumidor. As escolas brasileiras deveriam preparar as crianças não só para o vestibular, mas também para a vida, mediante a inserção de matérias relativas à educação financeira na grade curricular.

Nessa seara, foi instituída por decreto presidencial a Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF), a qual estabelece que a educação financeira é uma política de estado, de caráter permanente, envolvendo instituições, públicas e privadas, de âmbito federal, estadual e municipal¹¹.

Combinado a isso, tramita no Senado o Projeto de Lei 171/09

que visa instituir a obrigatoriedade do tema “educação financeira” no currículo da disciplina de matemática¹².

Assim, escolas públicas e privadas de todo o Brasil já têm adotado, em sua grade curricular, o Programa DSOP de Educação Financeira, o qual é baseado em quatro pilares: *Diagnosticar, Sonhar, Orçar e Poupar*. A disciplina objetiva ensinar, de forma simplificada, aos estudantes, como organizarem sua vida financeira¹³.

A educação financeira não é a única solução para coibir que o consumidor se endivide excessivamente; entretanto, é ferramenta fundamental para formar consumidores conscientes e que, por si só, sejam capazes de repelir condutas desleais por parte dos fornecedores, simplesmente deixando de adquirir determinado crédito que demonstre vantajoso ou superior às suas condições financeiras.

3.3.1. A necessidade de políticas públicas para educar o consumidor

A democratização do crédito no Brasil é muito recente. Os consumidores não tiveram nenhum suporte de como utilizar esse crédito a seu favor, ao invés disso, cresce o número de famílias dependentes do crédito para sobreviver.

Diante desse panorama, é imperiosa a necessidade de políticas públicas para tentar educar os futuros consumidores e, principalmente, aqueles que já estão *mal educados*.

As facilidades de informação devem ser acompanhadas de políticas eficazes de educação e formação do consumidor, de forma a habilitar os cidadãos como consumidores responsáveis e críticos (Bertoncello; Lima, 2010).

O Procon de São Paulo já possui um Núcleo de Tratamento do

Superendividamento; pioneiro nesta iniciativa, o programa oferece atendimento individual ao consumidor, por meio de apoio psicológico e suporte jurídico¹⁴.

O Estado do Rio de Janeiro criou a Escola de Educação Financeira do Fundo Único de Previdência Social – Rioprevidência, que atua em parceria com a Defensoria Pública e oferece aulas de educação financeira a qualquer cidadão interessado¹⁵.

O projeto tem como foco principal aqueles consumidores que já se encontram com problemas de endividamento excessivo. O interessante é que a citada escola ensina o cidadão a usar, de forma consciente, o crédito, evitando que se endivide excessiva e reiteradamente, e, ao mesmo tempo, mantendo-o no mercado de consumo.

O projeto oferece aulas de gerenciamento de orçamento familiar, mercado financeiro, crédito e previdência.

A instituição de políticas públicas que fomentem a educação ao consumo é elementar para a constituição de consumidores educados financeiramente; é o meio de ensinar o cidadão a se comportar perante as diversas formas de crédito existentes, perante seu planejamento familiar, perante um futuro negócio que deseje possuir, dentre tantas outras situações que envolvem o quesito econômico.

Ao tratar acerca da efetividade da educação financeira para o consumo, vale trazer a lume, a fito de comparação, uma problemática que já foi um pouco mais discutida, que é a questão do consumo sustentável.

Conforme **Ramos, Fonseca e Bourgoignie** (2013), o consumo sustentável consiste, basicamente, em colocar o consumidor em pé de igualdade com o cidadão, ou seja, o cidadão passa a ser somente aquele que possui acesso ao mercado de

consumo, restringindo-o à esfera privada.

Assim, a política atual de consumo sustentável acaba por transferir a atividade regulatória ao indivíduo, o qual passa a ter que ser consciente de suas escolhas frente ao meio ambiente da noite para o dia.

Todavia, conforme inferem os autores, os consumidores, em geral, consomem por influência de suas emoções e sentimentos, muitas vezes apenas para se verem inseridos em uma sociedade de consumo. Trata-se de uma cultura do consumo extremamente imediatista.

Assim, aduz-se que o consumo sustentável não pode se restringir às mudanças no comportamento dos consumidores, mas sim ser acompanhado de ações e intervenções estatais que intercedam na esfera privada e incentivem a compra e produção de produtos ecologicamente corretos, bem como o Judiciário deve atuar de forma rigorosa, a fim de punir os casos de dano ambiental (Ramos; Fonseca; Bourgoignie, 2013).

Do mesmo modo deve ser o comportamento adotado frente à problemática do superendividamento; a educação financeira, por mais que seja extremamente valiosa, não pode consistir no sistema central de tratamento do consumidor superendividado.

A razão é simples: o consumidor é um indivíduo extremamente vulnerável, suscetível a um grande número de informações, não podendo ser incumbida, exclusivamente, a ele a responsabilidade por um possível superendividamento. Nesse sentido, Ferreira (2013), ao analisar estatísticas acerca do sobreendividamento em Portugal, constatou fortes indícios de racionalidade limitada, excesso de confiança e necessidade de tentar preservar o status social por parte dos devedores. No mais, concluiu que

o superendividamento não se limita a variáveis econômicas, mas ao conjunto de coeficientes, como fatores sociais, psicológicos e comportamentais.

Como se vê, a educação para o consumo é uma solução eficaz para coibir o superendividamento; entretanto, trata-se de uma medida a longo prazo, posto que interfere no comportamento das pessoas. Não basta apenas transferir a responsabilidade para o consumidor, é necessário uma ação conjunta. O Estado deve adotar políticas para conscientizar o consumidor, mas também deve inserir medidas que fiscalizem o fornecedor de crédito e que tratem o consumidor já superendividado.

Considerações finais

1. Verificou-se que a concessão de crédito, frente a uma sociedade, possui diversos aspectos positivos, principalmente no que tange constituir elemento propulsor para o desenvolvimento econômico de um país. No entanto, quando falamos da realidade brasileira, geralmente o crédito é concedido sem qualidade, de forma irresponsável, sem observar a capacidade de solvência do devedor.

2. Notou-se, assim, que o endividamento em si não é um problema; trata-se de uma situação inerente à sociedade de consumo, consistindo basicamente em “ter dívidas”, mas isso não significa que essas não estejam previstas dentro de um orçamento familiar. Por outro lado, o superendividamento, objeto principal do presente estudo, consiste em um fenômeno social, econômico e jurídico, em que um indivíduo, pessoa física, extrapola a esfera do endividamento e encontra-se impossibilitado de saldar suas dívidas atuais e futuras sem prejuízo do necessário à sua subsistência.

3. Concluiu-se, principalmente pela análise de diversos estudos e casos, que merece tutela estatal todo o indivíduo que atue de boa-fé nas relações de consumo, abrangendo, assim, tanto o superendividado passivo, indivíduo que foi acometido por um fato imprevisível, como desemprego, morte ou doença, e acaba por sofrer uma considerável ou total redução de seus rendimentos, não conseguindo arcar com os débitos contraídos, como o superendividado ativo inconsciente, indivíduo que, de boa-fé, não conseguiu gerir seu próprio orçamento ou não entendeu as condições reais do crédito que contratou.

4. Isso porque, o princípio basilar que enaltece a necessidade de tutela por parte do Estado, frente às relações consumeristas, é o da vulnerabilidade do consumidor. Por ser a parte mais fraca da relação é necessário que o Estado intervenha nas relações de consumo, a fim de proteger tal consumidor da superioridade econômica do fornecedor. Desse modo, por se tratar de normas de ordem pública e interesse social, os dispositivos que regulamentam as relações de consumo são de responsabilidade do Estado, cabendo a ele buscar soluções com o fito de coibir as situações de superendividamento do consumidor.

5. Constatou-se que, no Brasil, o superendividamento do consumidor ainda se limita à discussão doutrinária, sendo imperativa a necessidade de se regulamentar o tema, diferentemente de países como a Dinamarca, França, Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, Suécia, Holanda e Canadá, que já possuem legislação específica sobre o assunto.

6. Desse modo, a prevenção e tratamento do superendividamento são essenciais para manutenção da sociedade de consumo. A ocorrência do superendividamento atinge,

negativamente, a todos: o próprio devedor, o credor e o Estado. Um devedor superendividado não contribui para o crescimento da economia, muito pelo contrário, torna-se dependente das políticas sociais estatais.

7. Depreendeu-se, a partir da comparação realizada frente à experiência da questão do consumo sustentável, que o Estado não pode transferir ao consumidor a atividade regulatória do consumo. A educação é essencial para formação de um consumidor consciente; entretanto, posto à sua evidente vulnerabilidade e, por se tratar de uma solução a longo prazo, é imperiosa a instituição de políticas públicas por parte do Estado.

8. O Projeto de Lei 283/12, apesar de não conter todas as ferramentas necessárias para integral tutela do consumidor superendividado no Brasil, já se apresenta como um enorme avanço frente à atual legislação, instituindo o meio necessário para que melhores fins sejam alcançados. É o caso da instituição de audiências de conciliação em âmbito nacional, que se apresentam como o primeiro passo para se alcançar um modelo de procedimento formal de falência aos moldes da realidade brasileira.

9. Um dos pilares compreendidos pelo Projeto de Lei 283/12 é o da educação financeira, a qual visa, em síntese, capacitar os consumidores a utilizar o crédito de modo produtivo, administrando suas próprias finanças de forma responsável. Partiu-se do pressuposto de que um consumidor

financeiramente educado possui menos chances de tomar decisões impulsivas e irracionais. Entretanto, conclui-se que, apesar de se tratar de uma solução essencial, refere-se a uma medida com resultados a longo prazo, sendo necessário não só a sua implementação, mas também algum meio que atue, imediatamente na atual sociedade de consumo.

10. Nesse sentido, o Estado não deve se limitar à instituição do Projeto de Lei 283/12; esse é apenas o primeiro passo para se tutelar com dignidade o consumidor superendividado. É necessário tratar o fenômeno como um problema de ordem social, estabelecendo políticas públicas que atentem não só para a educação do consumo, mas também para o tratamento do superendividado, acolhendo-o como vítima da sociedade de consumo. No mais, deve-se implementar medidas que visem fiscalizar a atuação do fornecedor, quando da celebração do contrato de crédito, a fim de verificar se os deveres de transparência, informação e aconselhamento estão sendo efetivamente cumpridos. ■

É IMPERIOSA A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA TENTAR EDUCAR OS FUTUROS CONSUMIDORES E, PRINCIPALMENTE, AQUELES QUE JÁ ESTÃO MAL EDUCADOS

Notas

1 IDEC. Estudo sobre o crédito e superendividamento dos consumidores dos países do Mercosul. Superendividamento no Brasil. São Paulo. Dezembro/2008, p. 08.

2 DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos. A evolução do crédito na economia brasileira 2008-2013, n. 135. São Paulo. 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2014/notaTec-135Credito.pdf>>. Acesso em 11/06/14.

3 *Enciclopédia do Consumo*. Disponível em: <http://enciclopediadoconsumo.wordpress.com/credito/>. Acesso em: 15/06/14.

4 Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

[...]

5 Art. 37 [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

6 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

7 Art. 4º [...]

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

8 Portadores de deficiência (CF, artigo 227, parágrafo 1º, inciso II e parágrafo 2º; artigo 244), os idosos (CF, artigo 230 e Lei 10.741/2003 – o “Estatuto do Idoso”), as crianças e os adolescentes (CF, artigo 227, *caput* e Lei 8.069/1990 – o “Estatuto da Criança e do Adolescente”).

9 A cláusula geral de boa-fé para controle da abusividade contratual no sistema de defesa do consumidor já tipificou várias hipóteses legais de deveres de condutas, como também os enunciados sobre a oferta, no art. 30, sobre o dever de informar, nos arts. 9º, 12, 14, 31 e 52, sobre os deveres de lealdade e probidade na publicidade, nos artigos 36 e 37. Verificamos que no Código de Defesa do Consumidor existem várias situações pré-contratuais, que já estão reguladas, e os deveres são impostos pela própria norma. Na mesma esteira estão as disposições sobre as práticas abusivas (art. 39), referentes à desconsideração da pessoa jurídica (art. 28), sobre o comportamento do credor na cobrança de dívidas (art. 42), sobre o armazenamento e utilização de dados de consumidores (art. 43), sobre celebração e o conteúdo dos contratos, no tocante ao direito de prévio conhecimento do seu conteúdo (art. 46), com o direito de arrependimento (art. 49) e as demais cláusulas abusivas elencadas nos arts. 51, 52 e 53 (Carvalho, 2011, p. 152).

10 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...] [CDC].

11 BRASIL, Banco Central do Brasil. Estratégia Nacional de Educação Financeira. Disponi-

vel em: <<http://www.bcb.gov.br/?ENEFDOC>>. Acesso em: 30/06/2014.

12 BRASIL, Portal Atividade Legislativa. PLC Projeto de Lei da Câmara n. 171 de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=93105>. Acesso em 30/06/2014.

13 DSOP, Educação Financeira. Educação financeira faz parte de grade curricular de escolas de Curitiba. Disponível em: <<http://www.dsop.com.br/imprensa-dsop/releases/2322-educacao-financeira-faz-parte-da-grade-curricular-de-escolas-de-curitiba>>. Acesso em: 30/06/2014.

14 EBC, Agência Brasil beta. Proteção dos superendividados pode virar lei. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-04/protecao-aos-superendividados-pode- virar-lei>>. Acesso em 30/06/14.

15 G1, São Paulo. Rio inaugura escola gratuita de educação financeira. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2011/03/rio-inaugura-escola-gratuita-de-educacao-financeira.html>>. Acesso em 30/06/14.

Referências

BARBOSA, Hugo Leonardo Penna. *Princípio da vulnerabilidade do consumidor*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/24263-24265-1-PB.pdf>> Acesso em: 06/07/14.

BAURMANN, Sandra. *Tratamento do superendividamento do consumidor*: projeto no Poder Judiciário do Paraná e conclusões de sua experiência. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/72465/tratamento_superendividamento_consumidor_bauermann.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30/06/2014.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. *Superendividamento aplicado. Aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 13-27; 74-79.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 31.

BRASIL, Portal Atividade Legislativa. *PLC Projeto de Lei da Câmara n. 171 de 2009*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=93105>. Acesso em 30/06/2014.

BRASIL, Banco Central do Brasil. *Estratégia Nacional de Educação Financeira*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ENEFDOC>>. Acesso em: 30/06/2014.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 283 de 2012. Altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106773>. Acesso em: 14/06/2014.

BUTELLI, Pedro; PORTO, Antônio José Maristrello. *O endividamento das famílias brasileiras pode ter um lado positivo?* Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2014/01/endi->

vidamento-familias-brasileiras-lado-positivo/>. Acesso em: 13/06/14.

CARPENA, Heloísa. *Uma lei para os consumidores superendividados*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n. 61, jan./mar. 2007, p. 85.

CARVALHO, Diógenes Faria de. *Do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 19-31, 72-86, 146-161.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos. *A evolução do crédito na economia brasileira 2008-2013*, n. 135. São Paulo. 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2014/notaTec135Credito.pdf>>. Acesso em 11/06/14.

DSOP, Educação Financeira. *Educação financeira faz parte de grade curricular de escolas de Curitiba*. Disponível em: <<http://www.dsop.com.br/imprensa-dsop/releases/2322-educacao-financeira-faz-parte-da-grade-curricular-de-escolas-de-curitiba>>. Acesso em: 30/06/2014.

Enciclopédia do Consumo, Disponível em: <http://enciclopediadoconsumo.wordpress.com/credito/>. Acesso em: 15/06/14

EBC, Agência Brasil beta. *Proteção dos superendividados pode virar lei*. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-04/protecao-aos-superendividados-pode- virar-lei>>. Acesso em 30/06/14.

Enciclopédia do Consumo, Disponível em: <<http://enciclopediadoconsumo.wordpress.com/credito/>>. Acesso em: 15/06/14.

IDEC. *Estudo sobre o crédito e superendividamento dos consumidores dos países do Mercosul*. Superendividamento no Brasil. São Paulo. Dezembro/2008.

LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomendar dos consumidores*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

G1, São Paulo. *Rio inaugura escola gratuita de educação financeira*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2011/03/rio-inaugura-escola-gratuita-de-educacao-financeira.html>>. Acesso em 30/06/14.

MARQUES, Cláudia de Lima. *Mais atenção ao superendividamento*. Revista do IDEC. Setembro, 2005. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/2005-09-ed92-opiniao.pdf> Acesso em 09/06/14>. Acesso em: 07/06/14.

_____. *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71/72.

_____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 330.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do código brasileiro do consumidor*: Revista de Direito do Consumidor Relatório Geral. Comissão de jurista de atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 133.

RAMOS, Fabiana D'Andrea; FONSECA, Patrícia Galindo da; BOURGOIGNIE, Thierry. *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*. Niterói: Editora da UFF, 2013, p. 357-368.

SANTO, Líliliana Bastos Pereira. *Da concessão de crédito ao sobreendividamento dos consumidores*. Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Out. 2009, p. 20-24.

SCHMIDT NETO, Andre Perin. *Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação*. São Paulo: Revista do Consumidor, v. 18, n. 71, jul./set. 2009, p. 9-33.

SOS, Consumidor, *apud*, TJRS. *Observatório vai traçar perfil do superendividado e oferecer educação em crédito e cidadania*. Maio, 2014. Disponível em: <http://www.endividado.com.br/noticia_ler-38419,observatorio-vai- tra-car-perfil-do-superendividado-e-oferecer-educacao-em-credito-e-cidadania.html> Acesso em: 09/06/14.

SILVEIRA, Jacira Cabral. *Contra a banalização do crédito*. *Jornal da Universidade*. UFRGS, p. 11, nov. 2013. Disponível em: <http://issuu.com/jornaldauniversidade/docs/ju_165_-_ novembro_2013/11>. Acesso em: 14/06/2014.

STUMER, Antonio Bertram. *Banco de dados e habeas data no Código do Consumidor*. São Paulo: RT. Revista de Direito do Consumidor, n.1, mar./1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11. ed. São Paulo: Atlas. 2011, p. 282 e 283.

INDÍCIOS COMO PROVA EM CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Aphonso Vinicius Garbin | aphonso@outlook.com

Acadêmico do 10º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Resumo

O presente trabalho visa analisar os indícios como prova nos crimes de tráfico de drogas, partindo de uma premissa de que, por vezes, tais crimes não deixam grande lastro de prova, razão pela qual vem se exigindo dos julgadores a atribuição de maior credibilidade aos indícios. Sendo assim, analisar-se-á os indícios propriamente ditos, a sua subsidiariedade a outras provas, a elaboração das provas em crimes de tráfico de drogas, e, por fim, o entendimento dos tribunais superiores quanto ao tema

1. Introdução

No cotidiano forense, verifica-se que o crime de tráfico de drogas vem se aprimorando no que se refere ao afastamento de provas de sua existência.

Não raras vezes, nestes crimes, veem-se cadernos indiciários precariamente instruídos, com pouca ou quase nenhuma prova acerca da ocorrência do crime.

Assim, os magistrados e os tribunais superiores vêm aceitando tal precariedade à instrução de ação penal nesses crimes, firmando seus posicionamentos, não raras vezes, em indícios levantados durante a instrução processual.

Desta forma, o presente estudo avalia os indícios como prova nos crimes de tráfico de drogas, englobando sua produção, valoração e aplicação ao caso concreto.

2. O que são os indícios

No processo penal, o que se busca e a reconstrução da verdade histórica, aquela que jaz no passado e que jamais será alcançada em sua integralidade. Assim, num exercício de reconstrução, no âmbito processual penal, através das provas se reconstrói o fato, visando aplicar o direito ao caso concreto¹.

É inegável que as provas exercem um papel crucial na aplicação

do direito, na medida em que se aferirá a veracidade dos fatos postos em juízo, fazendo-se o uso dos procedimentos probatórios proporcionados ao julgador.

A instrução do processo (preliminar e processual) e as provas nele colhidas são essências para a escolha das hipóteses históricas levantadas. As provas são os materiais que fornecem a reconstrução histórica dos fatos, recaindo sobre elas a tarefa de aferição das conjecturas, visando formar o convencimento do julgador².

Por esta razão, o legislador, ao elaborar o título das provas no Código de Processo Penal, tomou o cuidado de fazer nele constar diversos que, quando harmônicos entre si, são hábeis a sustentarem um édito condenatório. Muitos deles são palpáveis, viveis, ou seja, “diretos”, a exemplo dos documentos e testemunhas; outros, porém, são “indiretos”, subjetivos, que exigem do julgador um exercício mental acerca da ligação crime e veracidade daquilo que se exercita. Dentre eles, destacam-se os indícios, previsto no CPP, em seu art. 239, que os considera como a circunstância conhecida e provada que, possuindo alguma relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias.

Ou seja, são *atos que permitem uma conclusão diretamente sobre um fato principal*. Assim, *por exemplo, o fato de o suspeito de homicídio ter proferido, antes do óbito de X, ameaças de morte diretamente contra ele, ou depois do fato ter removido de suas calças marcas de sangue, ou que o suspeito de fraude contra o seguro tenha adquirido gasolina e elevado o valor do seguro*³.

Desta forma, os indícios servem como prova quando oferecem elementos concretos acerca de um

fato criminoso, sendo algo que leve o julgador a entender pela ocorrência do delito, ou pelo envolvimento do agente com o crime *sub judice*⁴.

O indício, como prova, deve apresentar segurança acerca da sua correlação com aquilo que se investiga.

Tal meio de prova possui seu conceito firmado no dispositivo legal supracitado, pois em relação com os fatos objeto da investigação, permite ao magistrado concluir pela existência de outros elementos a servirem como prova no feito, configurando-se, desta forma, como prova indireta – não deixando de ser igualmente valorada, somente sendo desconsiderada quanto não possui supedâneo em outras provas ou elementos no processo, não tendo poder suficiente para sustentar uma condenação de forma isolada, vez que não oferece segurança⁵.

Indícios são “outros fatos”, aquém do crime, que, em razão da sua estreita ligação e a lógica de seu envolvimento, levam o julgador a entender pela existência do delito.

São um instrumento para os personagens processuais exercerem o caráter investigativo do processo penal, pois a partir destes pode se concluir pela existência de outras provas hábeis a corroborar as alegações postas na demanda.

Aliás, nos crimes de mera conduta como o tráfico de drogas, os indícios possuem um papel crucial quando da elaboração do contexto probatório, ao passo que, não raras vezes, tais delitos não deixam rastros da sua existência, sendo então indispensáveis as demais informações ligadas ao ilícito, que possuem forte ligação e grande verossimilhança com os fatos compreendidos como crime.

Também insta consignar que não se deve confundir o indício

com a presunção – confusão corriqueira no meio jurídico –, na medida em que o primeiro nos remete à prova, elencado no CPP, e, por sua vez, a mera presunção é algo não verossimilhante, mera desconfiança, não dotado de credibilidade a firmar prova em sentença.

3. O indício é uma prova subsidiária?

Muito se debate acerca desta dúvida, pois os indícios – como já dito, por vezes confundidos com meras presunções –, são taxados como meio de prova que não se caracteriza por si mesmo, demandando a existência de outros meios ou elementos para sua valoração e aplicação quando da análise do fato.

Conforme já exposto, o indício também é meio de prova, tendo sido encartado no capítulo pertinente a elas, razão pela qual seu valor é semelhante às provas chamadas “diretas”⁶. Portanto, sendo admitido pelo legislador como meio de prova, o juiz pode, em razão do livre convencimento motivado, decretar um édito condenatório consubstanciado na prova indiciária⁷.

Todavia, em que pese se tratar de meio probatório elencado no CPP, e não sendo vedado seu uso pelo julgador, os indícios, em si, não são hábeis a sustentar um ucasse condenatório solitariamente, sendo, então, dependente dos demais elementos colhidos no processo criminal.

É que, ante a ausência de elementos concretos, de provas diretas que afirmem a existência do delito, os indícios, que resultam de um apanhado de “outros fatos” que levam a concluir-se pela existência do crime, girariam em torno de si sem um fim concreto que deve ser valorado numa decisão penal.

Nesse sentido, **Guilherme de Souza Nucci**⁸ bem assinala:

“[O] indício é um fato secundário, conhecido e provado, que, tendo relação com o fato principal autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão da existência de outro fato secundário ou outra circunstância. É prova indireta, embora não tenha por causa disso, menor valia. O único fator – e principal – a ser observado é que o indício, solitário nos autos, não tem força suficiente para levar a condenação.”

É entendimento, nos tribunais superiores, que os indícios, figurando como prova, isolados no processo, não são hábeis para sustentar uma sentença de condenação, todavia, quando tal prova encontra supedâneo em outros elementos colhidos no feito, servem ao magistrado como elemento probatório a fim de corroborar seu posicionamento.

Assim, para figurar no campo das provas numa decisão, os indícios devem apresentar a segurança jurídica que demanda o ato, deve ter forte correlação com o fato delituoso, e o nexos causal entre os “outros fatos” e o crime devem ser certos, pois não é bastante que os indícios sejam numerosos, é mister que eles apresentem certeza moral sobre o fato posto em juízo, devendo ser graves e precisos, bem como concorrerem a indicar o mesmo fato de forma uníssona⁹.

Leciona **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**¹⁰:

“[V]ários indícios graves, precisos e concordantes, analisados em conjunto, podem levar à certeza processual do fato indicado, quando se unirem e se consolidarem sob forte nexos lógico. Para tanto, faz-se indispensável que a conclusão se apresente precisa e segura, vale dizer, que apareça como resultado lógico imediato, e não como o final de dispendiosa cadeia de argumentos, cuja complicação estará indicando, precisamente, o contrário. A necessidade moral ou física da conclusão, obtida mediante o exame do

conjunto de todos os indícios, constitui, por assim dizer, o verdadeiro fundamento do valor probatório dos indícios.”

Os indícios são sinônimo de prova indireta, tratando-se de meio para servir a uma prova fim, um acessório das provas diretas, que servem para fazer a ligação do fato delituoso entre elas por meio de um raciocínio lógico.

Desta forma, em que pese ser um meio de prova, incluso no título das provas no CPP, os indícios, *per si*, não são hábeis a dar base a condenação, por serem prova indireta, conseqüentemente subsidiária.

4. Da confecção das provas nos crimes de tráfico de drogas

Para movimentação do aparato judiciário nos crimes de drogas, mostra-se imperioso que se proceda à verificação da correta tipificação da conduta, além de elementos atinentes à natureza do entorpecente, sua quantidade, avaliando o local, condições e circunstâncias que culminaram na ação e prisão, além da conduta e antecedentes do criminoso¹¹.

No dia a dia forense, em casos de crimes previstos no art. 33 da Lei 11.343/06, muitas vezes o que vemos de prova de autoria é aquela prestada pelo policial que efetuou o flagrante. Por vezes, o motivo que levou o agente público a prender em flagrante o suspeito é decorrente de denúncias e informações prestadas por populares e viciados, que o leva aos criminosos, os quais, raras oportunidades, são pegos na comercialização ou, até mesmo, em posse de drogas.

Nesse contexto, vemos que, na atualidade, o crime de tráfico de drogas cada vez mais vem se aproximando daquilo que no direito penal é conhecido como “cri-

me clandestino”, que são aqueles praticados às escondidas, longe de testemunhas, somente na presença do criminoso e da vítima, até mesmo muito semelhante aos crimes de estupro, ao passo que nestas hipóteses o delinquente se preocupa não somente em praticar o ilícito de forma escondida, mas em preparar o local, e, depois de consumado o delito, livrar-se de todas as provas e evidências que possam indicar a ocorrência do crime.

Amiúde, traficantes são abordados sem nenhum entorpecente consigo, mesmo após diversas denúncias, investigações policiais e até mesmo visualização da mercancia por sistemas de filmagens. Para descaracterizar a conduta, escondem o produto de seu comércio nos lugares mais diversos e improváveis, para que não sejam localizados (ex: embaixo de pedras, enterrados na terra, brinquedos etc.), assim como fazem uso de códigos secretos e gírias para se comunicar, dentre outras variáveis artimanhas lúdicas.

Como consequência disso, nesses delitos vem se aceitando a precariedade probatória para que o criminoso seja alcançado pela lei penal, na medida em que, se o sujeito é flagrado pela autoridade policial em posse de ínfima quantidade de entorpecente, com dinheiro em cédulas de baixo valor – ou até mesmo sem elas –, em lugar dito “ponto de tráfico”, diante de denúncias de populares que não querem se identificar, logo se configura a traficância. Sentenças baseadas na materialidade formada pela pouca droga e pela palavra dos policiais, que sempre apontam indícios para corroborar seus relatos, são corriqueiras em nossos tribunais.

Tal atitude no âmbito da justiça não poderia ser diferente. Em que

pese o garantismo constitucional e processual penal, nos crimes de tráfico drogas, o que figura é o fenômeno chamado “Hidra de Lerna”¹², da clássica mitologia grega do herói Hércules, onde o protagonista, ao batalhar com o ser mitológico, lhe corta diversas cabeças, e de cada cabeça decepada, novas nascem. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, tal efeito é igualitário, ao passo que removido um traficante, outros surgem na sua ausência, tornando-se um fato pandêmico.

Desta forma, na queda de um criminoso, os novos, que ocupam seu lugar já sobrevivem conscientes de atitudes que não podem incorrer para não serem alcançados pela lei, preocupando-se não somente com o comércio ilícito que vão exercer, mas também em praticar tal conduta de forma cuidadosa, discreta, afastando todos os elementos possam trazer à tona o seu delito.

Por tal razão, tem se creditado os “indícios” como prova fundamental para caracterização dos crimes de tráfico de drogas, mesmo que prova indireta, na medida em que a materialidade consubstanciada na droga encontrada em poder do criminoso – sendo irrelevante a quantidade, tampouco o lugar onde ela se encontra –, alinhada com os relatos dos policiais dando conta da traficância, os quais apontam outros indícios como forma de corroborar sua palavras, são hábeis a sustentar um édito condenatório.

Quanto aos indícios relatados pelos policiais, não se pode olvidar, tampouco deixar de registrar, que estes podem ser atingido pelo fenômeno conhecido pela “falsa memória”¹³, razão pela qual o magistrado, ao exercer a atividade da valoração da prova, deve ater-se à verossimilhança dos de-

poimentos, que ligeiramente influenciará na apreciação dos indícios como prova.

Portanto, a elaboração das provas nos crimes de tráfico de drogas demanda um cuidado extra por parte do julgador, seja no momento de confeccioná-las, seja no momento de valorá-las, ao passo que por vezes se baseia em relatos de testemunhas e indícios.

Desta forma, nos crimes de tráfico de droga, os indícios exercem um papel fundamental para alcançar o delinquente, quando corroborados por demais elementos colhidos no processo.

5. Qual a aplicabilidade dos indícios em uma sentença de cunho condenatório

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, elencado no art. 155 do CPP, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado é livre para decidir a demanda, não sendo obrigado a se ater a qualquer prova ou alegação, valorando os elementos colhidos no processo de acordo com seu exercício intelectual, somente devendo fundamentar sua decisão¹⁴.

O magistrado é livre para decidir, podendo se basear, inclusive, em elementos que não estejam encartados aos autos e atribuir valor às provas de modo soberano¹⁵, ou seja, não há empecilhos para que a condenação seja consubstanciada, por exemplo, num único depoimento testemunhal, mesmo que divergente da prova pericial que lhe é favorável, na medida em que o julgador apenas deve motivar sua decisão¹⁶.

Sendo assim, qualquer meio de prova lícito, previsto ou não em lei, pode servir para sustentar uma sentença condenatória.

Contudo, em se tratando de provas “diretas” e “indiretas”, vemos que a primeira é hábil a

sustentar uma sentença de cunho condenatório, porém, na segunda hipótese, uma decisão não poderia se firmar apenas em “outros fatos”, mesmo que consoantes com o crime.

Conforme já exposto, os indícios não configuram prova em si, razão pela qual, mesmo que fortes as presunções da ocorrência da prática delitiva – a exemplo de denúncias anônimas, outras prisões em flagrantes acerca de crime de tráfico de drogas na localidade onde o agente residia –, de forma isolada, não configuram prova hábil para condenação.

Nesse contexto, somente quando arimados em outras provas diretas, os indícios possuem uma nítida capacidade para sustentar uma sentença de condenação ou absolvição.

Aliás, o indício possui sua capacidade probatória prevista em lei, mas ainda é temerosa sua utilização, em especial pelos magistrados. Tal receio é infundado, pois nem todos os fatos são hábeis a serem provados diretamente, vez que cometidos de forma clandestina, exigindo-se os indícios para se chegar à verdade real, motivo pelo qual se conclui que esta prova se apoia e se sustenta em outras¹⁷.

Assim, alguns pressupostos precisam ser respeitados para que os indícios possuam valor jurídico, ou seja: *a) por primeiro, deve estar provado; b) depois, é preciso que tenha nexos causal com a circunstância que se quer provar por indução; c) por fim, é indispensável que seja harmônico com as demais provas*¹⁸.

Para servir como prova, é imprescindível que o indício tenha nexos causal com o fato posto em juízo.

Conforme já exposto, os indícios isolados nos autos não possuem autonomia suficiente a dar sustentáculo a uma eventual sentença de cunho condenatório, visto que *esta não prescinde de segurança*¹⁹.

Corroborando isso, José Carlos Barbosa Moreira²⁰ ensina:

“O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do

depoimento da testemunha.”

Como se vê nas demandas atinentes a crimes praticados na clandestinidade, em que somente resta de prova a palavra da vítima, tal prova, única no processo, não é capaz de corroborar uma condenação, aplicando-se, nesse caso, o instituto do *in dubio pro reo*. Os crimes de tráfico de drogas não fogem disso.

Assim, o indício é aquilo a ser provado e circunstanciado, tendo utilidade nos meios de prova quando se faz o processo lógico da indução²¹, motivo pelo qual, assim como no delito citado acima, restando apenas indícios do crime de tráfico de drogas, deve-se aplicar o tal instituto, pois o réu

É ENTENDIMENTO, NOS TRIBUNAIS SUPERIORES, QUE OS INDÍCIOS, FIGURANDO COMO PROVA, ISOLADOS NO PROCESSO, NÃO SÃO HÁBEIS PARA SUSTENTAR UMA SENTENÇA DE CONDENAÇÃO

não pode ser condenado apenas por presunções.

6. O que vêm julgando os tribunais

Conforme visto, os traficantes vêm se ocupando de perpetrar seus ilícitos de forma camuflada, às escuras, dificultando a elaboração de provas concretas da sua atividade espúria. Nesse contexto, os indícios assumem papel essencial na fundamentação de uma sentença condenatória.

Não obstante tal movimento pela aceitação, os tribunais superiores vêm resistindo à disposição, ao passo que predomina o entendimento de que o direito penal não deve se fundar em meros indícios para prolatar um decreto condenatório.

Nesse sentido, há excerto do Tribunal de Justiça catarinense que bem ilustra tal afirmação:

“O direito penal não se contenta com indícios ou presunções. Para possibilitar uma condenação devem estar presentes provas suficientes acerca da autoria, materialidade e culpabilidade do agente.

Deste modo, inexistindo a certeza necessária da prática do tráfico de drogas, não podemos olvidar do princípio constitucional da presunção de inocência e da regra processual que impõe ao órgão acusatório o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado.”²²

Ainda, da mesma corte:

“À míngua de provas robustas da autoria delitiva, impossível a condenação do réu, não bastando, para tanto, somente a presença de indícios isolados ou a mera certeza moral do cometimento do delito. Com efeito, no processo penal, para que se possa concluir pela condenação do acusado, necessário que as provas juntadas ao longo da instrução revelem, de forma absolutamente indubitável, sua responsabilidade por fato definido em lei como crime.”²³

“Apelação criminal – Tráfico de entorpecentes – Desclassificação para uso – Depoimentos do policial – Indí-

cios da traficância – Provas suficientes.

I. O crime de tráfico de drogas é múltiplo. Tanto a venda quanto o depósito são núcleos do tipo.

II. O depoimento de policial serve como prova, quando claro e harmônico com os elementos dos autos.

III. Apelo improvido.”²⁴

Conforme se infere nos julgados citados, são demandadas não somente provas relapsas do crime, mas elementos que tragam certeza de sua ocorrência, mostrando certa a prática delituosa por parte do acusado, cabendo a acusação providenciar tais provas.

Estas afirmativas figuram tão somente às condenações consubstanciadas apenas nos indícios. Todavia, quando os indícios estão amalhados às demais provas colhidas no feito – até mesmo de pequenos números ou únicas –, são hábeis a serem valorados numa decisão penal.

Nos tribunais superiores se entende que os indícios servem como prova:

“Apelação criminal – Tráfico de drogas – Materialidade comprovada – Autoria duvidosa – Prova insuficiente – Alegação de inocência pelo apelado – Depoimento de policiais – Inconclusivos – Dúvida razoável acerca da propriedade do entorpecente – Meros indícios para condenação – Insuficiente – Sentença absolutória – Manutenção – Aplicação do princípio do *in dubio pro reo* – Recurso desprovido.

1. Em que pese a materialidade do delito restar comprovada, a autoria se mostra duvidosa, diante dos inconclusivos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação e da negativa apresentada pelo apelado e pelo menor que o acompanhava. 2. Muito embora existam sérios indícios da ocorrência do delito, o mesmo não se pode afirmar no que concerne à autoria, tendo em vista que o conjunto probatório se mostra precário em se a droga ‘dispensada’ [sic] da motocicleta pertencia exclusivamente ao apelado ou se este tinha conhecimento de que o menor que o acompanhava a portava. 3. No Processo Penal vigora o

princípio segundo o qual, para alicerçar um decreto condenatório, a prova deve ser clara, positiva e indiscutível, não bastando a mera possibilidade acerca do delito e da autoria fundada em indícios. 4. Sendo a prova insuficiente para a demonstração do crime, pois não permite o contexto probatório esclarecer se o réu praticou, ou não, a atividade ilícita, deve militar em seu favor o princípio do *in dubio pro reo*. 5. Recurso a que se nega provimento.”²⁵

A jurisprudência pátria postula que mesmo que o agente não seja flagrado nas condutas da Lei de Drogas atinente ao tráfico, diante de fortes indícios da sua relação com demais agentes encontrados praticando o tráfico de drogas, pode-se concluir pela sua participação no delito, pois a conduta se classifica em crime permanente²⁶.

Portanto, os tribunais admitem os indícios como prova de crime de tráfico de drogas, pois, diante da precariedade da elaboração de outras provas do crime, assim como a astúcia dos agentes em se ocuparem de praticar o ilícito de forma clandestina, tal medida é mister para lei penal os alcançá-los.

Todavia, a aplicação de tal prova depende dos demais elementos colhidos no feito, porquanto, somente na presença de indícios, mostra-se prejudicada a condenação, surgindo dúvida no julgador, aplicando-se, nesse caso, o instituto *in dubio pro reo*²⁷.

Nesse sentido, colhe-se julgado do Tribunal de Justiça mineiro:

“Apelação criminal. Tráfico de drogas. Conjunto probatório duvidoso e insubsistente. Meros indícios. Insuficiência para embasar a condenação. *In dubio pro reo*. Desclassificação para o delito de uso. Possibilidade. Sentença reformada. Recurso provido.

– Não havendo prova segura e firme da traficância exercida pelo acusado, a existência de meros indícios não autoriza o decreto condenatório, sendo a melhor opção desclassificar a condu-

ta para uso de drogas, nos termos do art. 28, da Lei nº 11.343/2006.”²⁸

Desta forma, podemos dizer que os indícios somente possuem valor probatório quando arrimado em outras provas e elementos do processo, pois, se isolados no feito, não têm a capacidade de dar ao magistrado a segurança necessária para entender pela ocorrência do delito e posteriormente prolatar uma decisão condenatória, sendo imperioso o julgamento em favor do réu.

7. Considerações finais

Conforme visto, os indícios são provas capazes para sustentar um edito condenatório, desde que substanciados em outros elementos do processo.

Assim, nos crimes de tráfico de drogas, onde as provas não raras vezes se mostram escassas, os indícios assumem papel crucial quando da avaliação do magistrado acerca da existência ou não do crime.

Portanto, é possível afirmar que os indícios servem com o prova de crime de tráfico de drogas, contudo somente quando arrimados em outros elementos encartados nos autos, pois, caso contrário, restará dúvida acerca da sua verossimilhança, devendo, dessa forma, aplicar-se o instituto do *in dubio pro reo*. ■

Notas

1 “A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 325).

2 In *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 537.

3 ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 1995, p. 161.

4 “Indício não é sinônimo de presunção, como alguns entendem: é a circunstância ou antecedente que autoriza a fundar uma opinião

acerca da existência de determinado fato, ao passo que presunção é o efeito que essa circunstância ou antecedente produz, no ânimo do julgador, quanto à existência do mesmo fato. Na técnica da prova indiciária desenvolve-se, pois, um silogismo, em que a premissa menor é um fato, ou circunstância provada, que é a circunstância indiciante, e a premissa maior, que se ajusta à outra, é simplesmente problemática ou abstrata, calcada nos ensinamentos do bom senso comum” (ACOSTA, Walter P. *O processo penal*, p. 258).

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 512.

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 348.

7 Idem, *ibidem*, p. 349.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 512.

9 ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *A prova por indícios no processo penal*, p. 91.

10 In *A prova por indícios no processo penal*, p. 96.

11 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 338.

12 SIRKIS, Alfredo. *Tráfico de drogas: a Hidra de Lerna*, acessado em 22 out./2014.

13 “Consistente na sugestão da falsa informação. É a inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito ‘falsa informação’, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa” (LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*, acessado em 01 set./2013).

14 “O sistema racional tem características que merecem menção: “a) as provas devem estar no processo, e somente sobre elas recai a avaliação; b) não exclui a fixação legal prévia dos meios de prova idôneos e o seu ritual; c) a qualificação da prova é livre para o julgador, com duas limitações: sua racionalidade deve submeter-se à crítica probatória científica e à equidade, e sua decisão deve ser fundamentada. Esta obrigação de fundamentar a decisão constitui uma garantia para obter que o julgador fale segundo o alegado e provado, e para que possam confrontar-se os dados probatórios com sua avaliação racional e crítica” (AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*, p. 205).

15 BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*, p. 324.

16 MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*, p. 832.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 514/515.

18 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O papel dos indícios nas investigações do Ministério Público*, p. 2.

19 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, p. 465.

20 In *Temas de direito processual*, p. 59.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 514/515.

22 BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Segunda Câmara Criminal, Ap. Crim. 2013.013073-6, Relator(a): Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, julgado em 26/11/2013.

23 BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Primeira Câmara Criminal, Ap. Crim. 2014.001056-1, Relator(a): Des. Paulo Roberto Sartorato, julgado em 19/08/2014.

24 BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. Primeira Turma Criminal, Ap. Crim. 20130110315202APR, Relator(a): Des. Sandra de Santis, julgado em 24/10/2013, publicado em 04/11/2013.

25 BRASIL. *Tribunal de Justiça do Espírito Santo*. Primeira Câmara Criminal, Ap. Crim. 11110058358, Relator(a): Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, julgado em 27/06/2012, publicado em 05/07/2012.

26 BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Quarta Câmara Criminal, Ap. Crim. 2013.036564-5, Relator(a): Des. Roberto Lucas Pacheco, julgado em 20/03/2014.

27 “Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 689).

28 BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Quarta Câmara Criminal, Ap. Crim. 1.0301.14.003147-9/001, Relator(a): Des. Valéria Silva Rodrigues, julgado em 14/10/2014, publicado em 20/10/2014.

Referências

ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1964.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, Moura, Maria Thereza Rocha de. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. Primeira Turma Criminal, Ap. Crim. 20130110315202APR, Relator(a): Des. Sandra de Santis, julgado em 24/10/2013, publicado em 04/11/2013.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Espírito Santo*. Primeira Câmara Criminal, Ap. Crim. 11110058358, Relator(a): Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, julgado em 27/06/2012, publicado em 05/07/2012.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Quarta Câmara Criminal, Ap. Crim. 1.0301.14.003147-9/001, Relator(a): Des. Valéria Silva Rodrigues, julgado em 14/10/2014, publicado em 20/10/2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Primeira Câmara Criminal, Ap. Crim. 2014.001056-1, Relator(a): Des. Paulo Roberto Sartorato, julgado em 19/08/2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Quarta Câmara Criminal, Ap. Crim.

2013.036564-5, Relator(a): Des. Roberto Lucas Pacheco, julgado em 20/03/2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Segunda Câmara Criminal, Ap. Crim. 2013.013073-6, Relator(a): Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, julgado em 26/11/2013.

LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*: em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175 <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fgabrieldivan.files.wordpress.com%2F2010%2F02%2Fprova-penal-e-falsas-memorias.doc&ei=NTYqUqqOCPat4APe4YDQDw&usg=AFQjCNFxfcy16rrFpDKJVsKVFtIMhOdLFQ&sig2=DxZcIOtWsvMAMsUXLj9_NA&bvm=bv.51773540,d.dmg> acessado em 01set2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 1. v. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O papel dos indícios nas investigações do Ministério Público*. Disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/indicio.pdf> acessado em 22 out./2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 24. Auflage. München: Beck, 1995.

SIRKIS, Alfredo. *Tráfico de drogas: a Hidra de Lerna*. Disponível em <<http://sirkis2.interjornal.com.br/noticia.kmf?noticia=3758230&canal=259&total=15&indice=10>> acessado em 22out2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 3. v, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – NATUREZA JURÍDICA

Gelson Amaro de Souza | advgelson@yahoo.com.br

Doutor em Direito (PUC/SP)

Advogado (Presidente Prudente-SP)

Professor por concurso dos cursos de graduação e mestrado da UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus de Jacarezinho-PR)

Gelson Amaro de Souza Filho

Advogado e jornalista

Especialista em Direito Penal

Resumo

Pretende-se com esse ensaio estimular a pesquisa e aguçar a imaginação dos estudiosos a respeito da natureza jurídica do cumprimento de sentença. A doutrina de uma maneira geral tem afirmado tratar-se de continuidade do processo de conhecimento numa tentativa explicar a existência de um processo sintético, capaz de abarcar as fases de conhecimento condenatório e a executória da sentença proferida na primeira. Sabe-se que este pensamento encontra-se tão enraizado, que até pode parecer aventura sustentar posição em sentido contrário. Todavia, mesmo sabendo dos riscos que a que estamos sujeitos, mesmo assim, encaramos o desafio e, procuraremos demonstrar que a natureza jurídica do cumprimento não pode ser mera fase executiva em continuidade ao processo de conhecimento

Introdução

A estrutura jurídica do processo em busca da realização ou a efetivação do direito sempre foi vista sob duas etapas distintas e sequenciais, que são a fase de conhecimento (definição) e a fase de execução (cumprimento), ressalvados apenas aqueles casos em que a tutela se esgota no próprio provimento judicial, como se dá com a sentença declaratória, constitutiva e na condenatória satisfativa (art. 466-A do CPC), que dispensam a fase executiva.

Por mais que se queira falar em processo sincrético, em que ambas as etapas se apresentam conjuntamente, isto parece impossível¹, pois a execução (cumprimento) somente aparece depois que a outra (definição) é encerrada; além do que, cada uma tem objeto e objetivo (finalidade) diferenciados². A cognição (conhecimento) é uma tutela voltada para o passado, enquanto que o cumprimento (execução) é tutela voltada para o futuro³.

Não se pode, em verdade, fundir a atividade cognitiva e a executiva como se fossem a mesma coisa, porque a primeira se volta para o passado (conhecimento do que houve – leva-se em conta fato passado), a segunda está voltada para o futuro (fazer cumprir o que ficou decidido através de fatos novos). Ainda há outra diferença marcante: é que a cognição (conhecimento) é atividade intelectual, e a execução (cumprimento) é atividade material (realização).

No processo de conhecimento sobrepõe-se a inteligência (intelectualidade), e no cumprimento (execução) do julgado prepondera a prática de atos novos, com o uso até mesmo de força, para impor a satisfação do direito reconhecido. No processo de conhecimento procura-se descobrir qual das partes tem direito e qual tem obrigação. Na fase do cumprimento, já se sabe quem tem direito e quem tem obrigação, não mais necessitando de definição do direito, apenas da atividade prática para o cumprimento do julgado.

Se lide de definição foi resolvida, o processo de cognição cumpriu o seu objetivo e não há razão para a sua continuidade. Eventual necessidade de procedimento executivo para impor o cumprimento de sentença não pode mais pertencer ou integrar o processo de conhecimento condenatório. Fosse o mesmo processo de cognição, o juiz manteria a sua jurisdição e poderia julgar questões de ordem pública pertencente ao processo de conhecimento (art. 267, § 3º, do CPC).

1. Processo de conhecimento

O processo de conhecimento é a modalidade de processo voltada para o passado (toma-se por base fato passado)⁴ e que se inicia diante de dúvida existente entre as par-

tes quando cada qual pensa estar com o direito. Diante desta situação litigiosa, torna-se necessária uma decisão que vai definir o direito, isto é, um julgado que vai dizer qual das partes está com a razão.

Exige-se processo de conhecimento para definir e dar conhecimento a quem tem o direito. Uma vez esclarecido e conhecido o direito pelo julgamento de mérito, o processo de conhecimento deixa de ser necessário, encerrando-se, sob o manto do princípio de que em termos de processo, este somente continuará enquanto houver necessidade. Ninguém, com bom senso, dirá que o processo, mesmo depois de cumprido seu objetivo e atingida a sua finalidade, ainda deverá continuar em andamento.

1.1. Objeto do processo de conhecimento

Todo processo tem por objeto uma lide⁵. Conforme for a espécie de lide, também o será a espécie de processo ou procedimento⁶. O objeto do processo de conhecimento é uma lide de definição. Sem lide não há processo.

Iniciado o processo, se posteriormente a lide desaparecer, ele será extinto por falta de objeto. Assim se dá nos casos de acordo ou transação entre as partes, entre tantos outros, em que a lide desaparece. No caso do processo de conhecimento em que o seu objeto é a lide de definição, uma vez que esteja definido o direito, desaparece esta lide e, com isso, o objeto do processo, o que o leva à extinção. A sentença de mérito extingue o processo de conhecimento, pondo fim à atividade cognitiva do juiz⁷.

Não me parece possível dizer que a fase de cumprimento de sentença seja continuidade do processo de conhecimento, porque os objetivos são outros. No processo de conhecimento é solucionar a

lide de definição, e na fase de execução é pôr fim à lide de satisfação. Como foi anotado acima, o processo de conhecimento se volta ao passado e o cumprimento (execução) de sentença se volta para o futuro, com prática de atos novos. Seus objetos e objetivos são diferentes e incompatíveis entre si.

1.2. Objetivo do processo de conhecimento

Se o objeto do processo de conhecimento é uma lide de definição, o seu objetivo é a solução desta lide. Assim, o processo de conhecimento existirá enquanto não houver definição de quem está com o direito. Uma vez definido o direito, desaparece a lide de definição e o processo será extinto, porque cumpriu a sua finalidade e atingiu o seu objetivo⁸.

Com o direito definido, não há mais razão para a continuidade do processo e procedimento de conhecimento. Cumprida a finalidade do processo de conhecimento, este é extinto pela perda de objeto. A sentença que julga o processo de conhecimento, a ele põe fim, nada obstante forte corrente doutrinária em sentido contrário.

Não foi a simples mudança de redação dada pela Lei 11.232/05, ao art. 162, § 1º, do CPC, capaz de alterar esta situação, como já anotamos alhures⁹. Mesmo em momento posterior à nova redação dada pela Lei 11.232/05, autores de nomeada continuam ensinando que a sentença é o ato que extingue o processo e põe fim à atividade jurisdicional do juiz, no processo respectivo¹⁰.

1.3. Início do processo

O processo começa pela iniciativa da parte e ganha impulso oficial (artigos 262 e 263 do CPC). O início do processo se dá com a apresentação da petição inicial

ao protocolo para distribuição ou quando remetida via internet com assinatura eletrônica ou ainda quando apresentada pelo autor diretamente ao juiz para despacho.

A partir daí, durante toda a existência do processo este estará sob o princípio do impulso oficial. Fosse o cumprimento de sentença uma simples continuação do mesmo procedimento, estaria ela subordinada ao princípio do impulso oficial e não haveria necessidade de nova petição do credor para dar início à fase executiva, conforme exige o art. 475-J do CPC. Se a legislação exige nova postulação é porque não é simples continuação.

1.4. Encerramento do processo de conhecimento

O encerramento do processo de conhecimento se dá quando ele atinge a sua finalidade, que é solucionar a lide de definição, quando então põe fim à jurisdição cognitiva¹¹ e também à dúvida em relação ao direito e ditando quem tem razão e quem não a tem. Isto é, quem tem direito e quem tem obrigação a cumprir. Uma vez solucionada a lide de definição, em face da sentença de mérito que é terminativa, deixa o processo de conhecimento de ter finalidade¹². Mesmo após a Lei 11.232/05, a sentença é reconhecida como provimento final do processo, como recentemente anotou **Viana**¹³. Também **Quartieri**¹⁴ mantém o mesmo entendimento, sustentando que a sentença é o ato final do processo. Para **Martins**¹⁵, com a sentença o juiz cumpre e encerra o seu ofício jurisdicional. Para outros autores a sentença é o ponto final do processo¹⁶. Se a sentença não encerrasse o processo de conhecimento condenatório, o juiz continuaria na presidência do processo e poderia reapreciar as questões de ordem pública como

dispõe o art. 267, § 3º, do CPC. Mas, a norma só o permite fazê-lo enquanto não houver julgamento de mérito, o que implica dizer, que, com o julgamento de mérito o processo está encerrado¹⁷. Enquanto não encerrado o processo, o juiz pode modificar o decidido, mas com o encerramento não pode mais apreciar a questão decidida e, como o juiz não pode modificar a sentença, fica certo de que esta extingue o processo¹⁸.

Outro aspecto que merece atenção é o sucumbencial, visto que no sistema processual brasileiro somente se admite aplicar a sucumbência no final do processo (art. 20 e 27 do CPC). Se a sentença condenatória não extinguisse o processo de conhecimento, não se poderia falar em atribuição dos encargos sucumbenciais neste ato.

1.5. Coisa julgada no processo de conhecimento

A coisa julgada só existirá uma vez no processo¹⁹. Se, após o julgamento do processo de conhecimento condenatório e ultrapassada a fase recursal ou de remessa necessária, surge a coisa julgada, é porque o processo está encerrado, porque, enquanto não encerrado o processo, ele estará sujeito a modificação, e, enquanto sujeito a modificação, não se pode falar em coisa julgada.

Durante o processo, pode haver a figura da preclusão, mas não haverá a coisa julgada. A coisa julgada impede o juiz de julgar novamente qualquer que seja a matéria decidida, entretanto, a preclusão que acontece durante o processo não impede ao juiz de reapreciar as questões de ordem pública (art. 267, § 3º, do CPC)²⁰.

Uma vez proferida a sentença e não mais sendo possível alterá-la via recurso ou pela remessa necessária, dá-se a coisa julgada (art.

467 do CPC), ressalvam-se os casos de sentenças que não passam em julgado (art. 512 do CPC)²¹.

1.6. Ação rescisória da sentença condenatória

Quando se fala em ação rescisória, estar-se-á se referindo a processo extinto com julgamento do mérito. A ação rescisória é própria para rescindir julgados em processos extintos. Enquanto não extinto o processo com julgamento de mérito e passados em julgado a sentença ou o acórdão que o extinguiu, não se pode falar em ação rescisória. Não pode haver ação rescisória de julgamento intermediário, eis que este não encerra o processo. Enquanto permanecer o processo em continuidade, o juiz continua com a jurisdição e o processo ainda não está encerrado. Se a sentença condenatória não extinguisse o processo, ela não poderia ser objeto de ação rescisória.

O objeto da ação rescisória é o julgamento terminativo de mérito. Só o julgamento que põe fim ao processo é que pode ser objeto de coisa julgada. Caso a sentença condenatória não extinguisse o processo de conhecimento, ela jamais poderia ser objeto de ação rescisória. A ação rescisória somente pode ser proposta a contar do trânsito em julgado do último julgamento do processo de conhecimento²². Caso a sentença condenatória não extinguisse o processo de conhecimento, ela não poderia ser objeto de ação rescisória, porque não seria ela o último julgamento do processo²³.

Sabendo-se que a ação rescisória somente é cabível do último julgamento do processo e, se da sentença condenatória cabe ação rescisória, logo se conclui que é o último julgamento do processo como proclama a jurisprudência²⁴.

2. Cumprimento de sentença

A nossa legislação fala em cumprimento de sentença, mas o legislador falou menos do que queria, pois nesta disposição deve-se incluir qualquer outro julgado, como acórdão, decisão (limiar ou de tutela antecipada). Melhor seria se tivesse o legislador adotado a expressão “cumprimento do julgado”.

2.1. Definição de cumprimento de sentença

Cumprimento de sentença é o procedimento que se utiliza para impor a satisfação do direito reconhecido no julgado, através de atos futuros necessários ao restabelecimento da ordem jurídica. No passado se falava em execução de sentença. A partir da nova redação utilizada pela Lei 11.232/05, passou-se a chamar cumprimento de sentença. O legislador ora fala em cumprimento de sentença, ora em execução²⁵. Mas em verdade, não houve substancial alteração. Houve apenas alteração formal; o que antes se fazia através de nova relação processual (processo autônomo), agora se faz de forma mais simples, com apenas um procedimento (fase) de execução, e que passou-se a chamar “cumprimento de sentença”.

No passado a sentença era executada através de processo próprio e autônomo em que se formava nova relação processual. Hoje, com a nova sistemática, não há mais processo de execução para a sentença condenatória civil comum, senão apenas um procedimento de execução, tudo se passando dentro dos mesmos autos, mas não do mesmo processo de conhecimento²⁶. Mas execução existe. Apenas o procedimento é que é outro²⁷. Há quem entenda tratar-se de nova demanda²⁸, até mesmo com nova responsabilidade sucumbencial²⁹.

O cumprimento de sentença difere do processo de cognição tanto no objeto, no objetivo, na causa de pedir e no pedido. No processo de conhecimento o objeto é a lide de definição e no cumprimento do julgado é a lide de satisfação; no processo de conhecimento o objetivo é definir o direito, e no cumprimento do julgado o objetivo é a satisfação do direito reconhecido. Portanto não pode o cumprimento ser considerado continuação da cognição.

2.2. Objeto do cumprimento de sentença

A execução pode ser realizada de duas formas: a) através de cumprimento de sentença (art. 475, I e seguintes do CPC) utilizado para os casos de sentença condenatória civil comum e, b) processo de execução adequado para os casos de obrigação estampada em título executivo extrajudicial ou, mesmo judicial, nos casos do artigo 475-N, II, IV e VI, do CPC e, ainda, quando o particular prejudicado pretender executar individualmente sentença proferida em processo coletivo.

Tanto o procedimento de cumprimento de sentença, bem como o processo de execução (nos casos em que este é exigido) visam a realização de um direito já definido. **Theodoro Junior**³⁰, seguindo as pegadas de Liebman, afirma que em direito processual, a execução destina-se especificamente a realizar, no mundo fático, a sanção.

Muito embora a legislação fale somente em sentença, em verdade, se trata de cumprimento do julgado condenatório. Desta forma, o objeto do cumprimento de sentença é o próprio julgado que se quer fazer cumprir. Há de ser uma sentença condenatória ou qualquer outro julgado que imponha ao condenado uma obrigação a ser cumprida,

ou ainda, qualquer outra modalidade de título exequível, como os referidos no art. 475-N do CPC.

Apesar da relação de títulos sujeitos ao cumprimento de sentença prevista no art. 475-N do CPC, é necessário que se esclareça, que por mais que quisesse o legislador estabelecer uma relação fechada (*numerus clausus*), mesmo assim, deixou em aberto a possibilidade de se incluir outros títulos, tais como os acórdãos (art. 475-O, § 3º, I, do CPC) e decisões liminares ou em tutela antecipada que imponham à parte o cumprimento de uma obrigação.

2.3. Objetivo do cumprimento de sentença

O objetivo do cumprimento de sentença é fazer cessar a resistência do obrigado em satisfazer o direito reconhecido no título executivo. Desta forma o seu objeto alcança a prática de atos futuros, quantos forem necessários, para impor o cumprimento do julgado, fazendo com que o direito reconhecido seja definitivamente satisfeito. Trata-se de atividade prática voltada para o futuro, com a prática de atos de persuasão e coerção visando forçar o cumprimento da obrigação e a satisfação do direito definido no processo de conhecimento. De regra os atos praticados no cumprimento de sentença são incompatíveis com os do processo de conhecimento. Enquanto que no processo de conhecimento se voltam para conhecer o direito, no cumprimento de sentença ou acórdão a atividade prática se volta à satisfação do direito conhecido.

2.4. Partes no cumprimento de sentença

As partes no cumprimento do julgado não precisam ser as mesmas. O autor (credor) do cumprimento da sentença não precisa ser

o mesmo autor do processo de conhecimento. Pode ser o réu (vencedor), pode ser o advogado (art. 23 da Lei 8.906/94 – EAOAB), o cessionário, o sub-rogado e o espólio (art. 567 do CPC), o substituto da parte (arts. 41, 42 e 43 do CPC), entre outros.

Quando ocorre a alteração das partes, haverá alteração de um dos elementos da ação e esta deixa de ser a mesma. A ação e o processo só continuam a ser os mesmos quando permanecem os mesmos elementos identificadores; alterado qualquer deles, o processo já não será mais o mesmo (art. 301, § 2º, do CPC). Ainda que as partes sejam nominalmente as mesmas do processo de conhecimento, mas se houver a inversão das posições, haverá alteração das partes e, como isso, nova demanda, tal como nos casos que o autor é vencido e se torna executado e o réu vencedor que se torna exequente, ou mesmo o advogado que não fora parte na cognição mas se torna exequente da verba honorária.

As normas dos artigos 567, 41, 42 e 43 do CPC autorizam a substituição das partes, o que implica nova relação processual. Se tal fato se der no procedimento de cumprimento do julgado, este não pode ser idêntico (o mesmo) ao processo de conhecimento, porque os elementos da ação são outros. Pelo simples fato de serem outros os elementos da ação, logo não podem ser o mesmo processo de cognição e o procedimento de cumprimento do julgado, por incompatibilidade lógica.

No caso de sentença condenatória proferida em ação coletiva, pode promover-lhe o cumprimento ou a execução qualquer particular que não tenha participado do processo coletivo, desde que demonstre interesse e legitimidade (art. 3º do CPC); poderá propor

execução individual para obtenção de seu direito e até mesmo em outro juízo³¹.

2.5. Julgamento no cumprimento de sentença

No cumprimento de sentença, pode haver julgamento para extingui-lo, bem como pode haver julgamento determinando a sua continuação. Enganam-se aqueles que pensam que no cumprimento de sentença não há novo julgamento. Há novo julgamento, sim (art. 475-M, § 3º, do CPC). Se há novo julgamento é porque não se trata da mesma ação ou do mesmo processo de conhecimento condenatório. O pedido e a causa de pedir do cumprimento do julgado são muito diferentes daqueles do processo de conhecimento, e assim também o é a impugnação ao cumprimento de sentença.

No cumprimento de sentença o juiz pode julgar as mais variadas matérias, desde que não sejam aquelas já julgadas no processo de conhecimento. Entre tantas outras questões, pode julgar o excesso de execução, a existência e a validade do pagamento, bem como a ocorrência de prescrição ao cumprimento da sentença³².

Sendo possível haver prescrição ao cumprimento da sentença, certamente é porque não se trata do mesmo processo de conhecimento, isto porque, de outra forma, seria este quem prescreveria e não a simples execução (cumprimento) do julgado.

2.6. Recursos no cumprimento de sentença

Um dos assuntos mais complexos no cumprimento de sentença ou do acórdão é o que diz respeito aos recursos. O art. 475-M, § 3º, do CPC ao tratar do assunto o fez de forma singela, o que pode iludir o intérprete. No entanto, não se

deve deixar-se enganar pela singeleza da norma. Esta norma só tem aplicação para o cumprimento do julgado em primeiro grau (art. 575, II, do CPC). A questão é extremamente complexa e não se resolve com essa simplicidade. Quando o cumprimento do julgado for de competência dos tribunais (art. 575, I, do CPC), a situação muda e os recursos serão outros.

Necessário se faz que se atente para as normas de competência para cumprimento do julgado, conforme disciplina o art. 575 do CPC. Dependendo do órgão competente para o cumprimento (execução) do julgado, o recurso também será diferente. O art. 575, I, do CPC atribui competência aos tribunais para a execução de seus julgados nas causas de sua competência originária.

Quando se tratar de cumprimento de julgado em ação originária dos tribunais, não tem aplicação a norma do art. 475-M, § 3º, do CPC, tendo em vista não ser possível nem agravo de instrumento nem apelação. Para estes casos os recursos serão outros. Da decisão singular do relator caberá agravo interno, e, se o julgado for do colegiado, eventual recurso há de ser destinado à instância excepcional, tais como recurso especial ou recurso extraordinário.

2.7. Coisa julgada no cumprimento de sentença

É importante observar que de decisão interlocutória não haverá coisa julgada. A coisa julgada é própria de julgamento final do processo ou do procedimento. No caso de decisão durante o processo que dirime questões internas sem extinguir o cumprimento do julgado, não haverá coisa julgada³³, podendo ocorrer em relação a este pronunciamento apenas a preclusão³⁴.

No entanto, em se tratando de julgado que pronuncia a extinção do cumprimento do julgado com a apreciação do mérito, vai produzir coisa julgada material. Este mérito a ser apreciado no cumprimento do julgado não será o mesmo mérito já apreciado na sentença condenatória, visto que esta fase só permite ao devedor alegar atos ou fatos posteriores à sentença do processo de conhecimento (art. 475-L, II a VI, do CPC), ressalvada somente a hipótese de vício de citação, que poderá ser anterior (art. 475-L, I, do CPC).

A coisa julgada material pode acontecer no cumprimento do julgado em várias situações que podem ser exemplificadas, como nos casos de transação (art. 269, III, do CPC), de prescrição (art. 269, IV), renúncia do direito (art. 269, V e 794, III, do CPC), pagamento ou outra satisfação (art. 794, I, do CPC).

Esta coisa julgada no cumprimento do julgado é diferente da que ocorreu na sentença condenatória no processo de conhecimento. Se fosse o cumprimento do julgado realizado dentro do mesmo processo de conhecimento, como querem alguns, teríamos duas coisas julgadas dentro do mesmo processo, o que o bom senso repele. Cada demanda terá a sua coisa julgada e, se for o caso, cada uma terá a sua ação rescisória diferente. Da mesma forma que não pode haver duas coisas julgadas no mesmo processo, também para eventual ação rescisória haverá uma para cada coisa julgada, com fundamentos e prazos distintos.

2.8. Ação rescisória no cumprimento de sentença

Foi visto que no procedimento de cumprimento do julgado o juiz proferirá nova sentença sempre

que este for extinto. Caso seja extinto com pronunciamento do mérito, vai surgir nova coisa julgada, diferente da coisa julgada na cognição. Essa nova coisa julgada poderá ensejar ação rescisória para atacar este julgado extintivo, cuja possibilidade de rescisão é independente e nada tem a ver com a sentença condenatória proferida no processo de conhecimento.

Desta forma, fica perceptível que na fase de cumprimento do julgado, haverá novo procedimento, nova sentença extintiva e, se for o caso (art. 485 do CPC), nova ação rescisória. Tudo isto a demonstrar que entre a cognição e o cumprimento do julgado existem incompatibilidades, o que impede que um seja considerado como continuação do outro.

O prazo para a propositura da ação rescisória da sentença no cumprimento do julgado somente começa a partir do trânsito em julgado desta, nada tendo a ver com a sentença condenatória da cognição.

3. Natureza jurídica do cumprimento de sentença

A natureza jurídica do cumprimento de sentença ainda é bastante discutida em razão dos pensamentos divergentes existentes. A divergência reinante hoje começa a partir da definição de sentença, pois, para muitos, esta não mais põe fim ao processo. Ousamos divergir deste entendimento e, procuramos, justificar nossa posição com a apresentação do conceito de sentença, como segue no item seguinte.

3.1. Conceito de sentença

A Lei 11.232/05 alterou a redação anterior contida no art. 162, § 1º, do CPC, o qual dizia que sentença era o ato que colocava fim ao processo. A nova redação afirma que é sentença o ato que implicar quaisquer das situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC. Retirou a referência à extinção do processo.

Essa nova redação, apesar dos elogios³⁵ que possa merecer, em nada altera a velha concepção de sentença como ato através do qual o juiz encerra o processo. Assim era antes e continua sendo agora depois da reforma pela Lei 11.232/05.

A moderna redação do artigo 162, § 1º, do CPC, ao fazer referência aos artigos 267 e 269,

rodou e caiu no mesmo lugar. Os artigos 267 e 269 estão inseridos no capítulo III do título VI, que cuida exatamente da extinção do processo. O capítulo III congrega os artigos 267, 268 e 269, todos voltados à extinção do processo. Logo, se a sentença é o ato que implica qualquer das situações dos artigos 267³⁶ e 269, do CPC, não resta dúvida de que está cuidando de extinção do processo, como expressamente dispõe o artigo 267 e implicitamente o art. 269 do CPC³⁷.

Também os artigos 467, 485 e 489 do CPC, interpretados conjuntamente, levam à conclusão de que pela sentença dá-se a extinção do processo. O primeiro refere-se à coisa julgada quando não mais couber recurso, o que é indicativo de extinção do processo, porque enquanto este não for extinto sempre

**UMA VEZ
DEFINIDO E
CONHECIDO O
DIREITO PELO
JULGAMENTO
DE MÉRITO, O
PROCESSO DE
CONHECIMENTO
DEIXA DE SER
NECESSÁRIO**

haverá possibilidade de recurso. O segundo impõe como requisito para a ação rescisória o trânsito em julgado que só acontece em processo extinto³⁸. O último afirma que a propositura da ação rescisória não suspende o cumprimento (execução) da sentença ou do acórdão rescindendo, indicando que esta pode ser proposta após a sentença ou acórdão, mas antes do cumprimento (execução) do julgado.

Nem poderia ser diferente. Caso o ato (condenatório) praticado pelo juiz não encerrar o processo, ainda que se cuide de resolução de mérito, será decisão (art. 162, § 2º, do CPC)³⁹ e não sentença. Dizer-se que a sentença condenatória *não encerra* o processo é o mesmo que dizer que de sentença não se trata, e atribuir a ela a condição de decisão. Isto porque, esta sim, é ato que resolve questão incidente sem encerrar o processo (art. 162, § 2º, do CPC). O que diferencia a sentença e a decisão é que a primeira extingue o processo e a segunda não. Não se podem confundir essas espécies de provimentos (julgamento). Sempre que o processo receba um *provimento interlocutório* e tem continuidade, esse provimento será por certo decisão; quando, diferentemente, ao receber o *provimento extintivo*, será sentença ou acórdão. Depois, aí sim, poder-se-á exigir-se ou não, outro procedimento para cumprimento (execução), mas esse procedimento não se confunde com processo de conhecimento anterior.

Além do mais, caso a sentença não encerrasse o processo, seria

ato incidente e não se poderia falar em atribuição dos encargos sucumbenciais⁴⁰ previstos nos arts. 20 e 27 do CPC, porque estes somente se aplicam quando da extinção do processo e não em recurso de apelação, este próprio para o caso de encerramento do processo⁴¹. A coisa julgada somente se dá em processo extinto. Quando ela ocorre, é porque o processo se extinguiu⁴².

Se a sentença não extinguisse o processo, não se poderia falar em coisa julgada, porque esta somente recai sobre sentença ou acórdão, jamais sobre decisão interlocutória⁴³.

Mudaram-se os termos; mudaram-se as palavras; mas não mudaram o conteúdo, que na prática tudo continua como antes. A sentença continua representando um conteúdo finalístico⁴⁴, visto que põe fim ao processo

de conhecimento ou, pelo menos, coloca fim à fase de cognição, sendo que, de uma forma ou de outra, está pondo fim à relação processual cognitiva.

A nova redação do artigo 269, ao dizer: “Haverá resolução de mérito” nas hipóteses indicadas nos incisos I a V que se segue, não mais fala em extinção do processo, mas isso em nada altera a situação. Isto porque solução de mérito acontece tanto em sentença, como em decisão interlocutória. As liminares de regra apreciam questão de mérito e não são sentenças. O mesmo também se dá com a tutela antecipada em que se antecipa o próprio mérito, muito embora o seja de forma provisória. No caso de concessão de tutela antecipada no início ou durante o processo, o ato que a concede é decisão e não

sentença, mas aprecia questão de mérito.

A mesma questão de mérito, quando apreciada, pode indicar ato judicial diferenciado. Ao apreciar a questão de mérito o ato judicial poderá extinguir ou não o processo. Mas, somente será sentença se puser fim ao processo. Ilustra-se essa constatação com julgamento recente proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, neste sentido⁴⁵.

Dois aspectos interessantes sobressaem neste julgamento: a) Primeiramente há de se observar que o ato do juiz discutido era o julgamento de preliminar de prescrição, matéria sabidamente de mérito à luz do artigo 269, IV, do CPC. Caso fosse acolhida a preliminar de prescrição o processo seria extinto e, aí sim, o ato seria sentença; como a preliminar de prescrição (julgamento de mérito – art. 269, IV, do CPC) foi rejeitada, o ato foi considerado decisão e não sentença, porque o processo continuou. b) Depois, porque este julgamento foi proferido em data de 26 de março de 2008, portanto, posterior à reforma processual que deu nova redação aos artigos 162, § 1º, e 269 do CPC e mesmo assim tratou a sentença como ato que extingue o processo⁴⁶. Nesse julgamento ficou bem caracterizado que a apreciação do mérito incidentalmente não caracteriza sentença. Sentença somente será assim considerada aquele ato que põe fim ao processo⁴⁷.

Também o Supremo Tribunal Federal reafirma o entendimento de que o julgamento em decisão interlocutória não é definitivo porque não põe fim ao processo, deixando claro que não se trata de sentença definitiva, de onde se extrai a conclusão de que somente quando se põe termo ao processo é que se pode falar em sentença e em

O AUTOR (CREDOR) DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA NÃO PRECISA SER O MESMO AUTOR DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

juízo definitivo. Tudo isto parece deixar claro que a sentença continua sendo o ato que põe fim ao processo, até porque, assim não fosse, qual seria então o ato que extinguiria o processo?

3.2. Natureza jurídica do cumprimento da sentença

O cumprimento de sentença tem a natureza executiva. Enquanto o processo de conhecimento tem como natureza a definição do direito, que deve ser averiguado através de fatos passados com a permissibilidade dos meios de prova previstos em lei, o cumprimento de sentença parte do pressuposto de que o direito já está definido, e nada mais será necessário a título de prova ou de pronunciamento. Por isso, o cumprimento de sentença tem a natureza executiva e não apreciativa do direito. As finalidades das fases de conhecimento (cognição) e execução ou cumprimento de sentença são totalmente diferentes e inconfundíveis⁴⁸.

No passado as etapas de conhecimento e de cumprimento (execução) eram consideradas distantes e cada uma delas exigia processo autônomo em separado. Com a reforma introduzida pela Lei 11.232/05, houve uma flexibilidade neste distanciamento e essas fases passaram a ser mais próximas⁴⁹. Assim, logo que encerrada a fase de conhecimento condenatório, passa-se à fase de cumprimento ou de execução, sem necessidade de abertura de novo processo autônomo, tudo se passando nos mesmos autos em novo procedimento. A execução de sentença deixou de ser processo autônomo, para ser apenas procedimento, o que se vislumbra mais agilidade na efetivação do direito, em razão de serem as regras do procedimento menos rigorosas do que seria a de novo processo.

Traz o cumprimento de sentença a natureza de procedimento e não mais de processo, o que dispensa os rigorosos pressupostos processuais, para incidir apenas os pressupostos procedimentais, estes menos rigorosos.

3.3. Novo procedimento

O cumprimento ou a execução de sentença (juízo), diante das novas diretrizes traçadas pelas últimas reformas processuais, não mais exige a instauração de novo processo, como antes se exigia processo de execução. Apesar de não se exigir novo processo de execução, não implica dizer que tal procedimento seja parte integrante do processo de conhecimento condenatório. Não se exige novo processo, mas se exige novo procedimento, com novo pedido e nova causa de pedir, além do que as partes podem ser diferentes, como restou anotado anteriormente.

A execução em si continua como antes⁵⁰, dispensando apenas a formação de outro processo, mas se exigindo novo procedimento sem a necessidade de nova citação e a sua realização prática dentro dos mesmos autos do extinto processo de conhecimento. Além das partes não serem necessariamente as mesmas, também a competência para a execução ou cumprimento de sentença pode ser outra que não aquela para o processo de conhecimento⁵¹.

Há entendimento de que o cumprimento de sentença é feito em outro processo e sujeito a nova sucumbência diferente daquela do processo de conhecimento⁵², enquanto para outros se trata de nova demanda⁵³ e ainda outros para quem constitui nova ação. Ao analisar questão relativa à prescrição para a propositura do cumprimento de sentença o Tribunal Regional

Federal da 5a. Região entendeu que a sentença condenatória extinguiu o processo e que no lapso temporal após esta e até o início da execução não haveria processo, e que por isso não se poderia falar em suspensão em razão da morte da parte, com a fundamentação de que não se suspende processo depois da sentença e antes de iniciar o seu cumprimento, porque processo não existe⁵⁴. Entendeu-se no caso que o processo estava encerrado com a sentença condenatória e outro procedimento ainda não havia iniciado para dar cumprimento do juízo.

Conclusão

Em verdade, não se vê como se sustentar o entendimento de que o cumprimento de sentença seja uma mera fase em continuidade ao processo de conhecimento. Vários são os motivos para esta conclusão:

1a.) O credor deve fazer novo pedido, não se aplicando o princípio do impulso oficial previsto no art. 262 do CPC:

2a.) Os pedidos e as causas de pedir são diferentes e não se confundem;

3a.) Os objetos e os objetivos de ambos são também diferentes e até mesmo incompatíveis;

4a.) Cada procedimento tem a sua sentença diferente, coisa julgada diferentes, e até mesmo eventual ação rescisória haverá de ser diferente;

5a.) Fosse mera fase do processo condenatório, não teria nova sentença, nova coisa julgada, porque cada processo só tem uma coisa julgada;

6a.) Depois, não se pode falar em fase continuativa de um processo depois da coisa julgada e nem o mesmo processo ter duas coisas julgadas;

7a.) Fosse o mesmo processo, não poderia haver duas sucumbên-

cias, uma na cognição e outra no cumprimento do julgado;

8a.) Poderia o juiz decidir de novo questões de ordem pública, no procedimento de cumprimento de sentença se se tratasse do mesmo processo. Todavia, isto não é possível em face da norma do art. 463 do CPC.

Por tudo isto, conclui-se que o cumprimento do julgado é um novo procedimento e não simples fase continuativa do processo de conhecimento condenatório. ■

Notas

1 “Seja como for, a unicidade de processo dependente de simpatias do legislador processual, não pode elidir a dualidade das pretensões e ações, condenatória e executiva.” ARAKEN DE ASSIS, *Sentença condenatória como título executivo*, in Aspectos polêmicos da nova execução, v. 3, p. 14. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2006.

2 “Não obstante a junção do conhecimento e da execução sob o mesmo processo, é oportuno não confundir a finalidade que cada rubrica proporciona. A fase de conhecimento tem por objetivo a eliminação da dúvida, cujo resultado se expressa em um enunciado presente no interior da sentença. Na execução, ocorre a satisfação de um direito por meio de atos, como a expropriação.” MARTINS, Fernando Correia. *A aplicação da multa do artigo 475-J do CPC no processo trabalhista*. JT-HS, v. 315, p. 45. Porto Alegre-RS: Notadez, março, 2010.

3 “O processo de conhecimento destina-se à identificação de uma situação jurídica, polarizada entre autor e réu, e colima atribuir razão a quem tenha. É um processo cuja direção da atividade cognitiva se volta para o passado. [...] a sentença, que sempre foi havida como epílogo do processo de conhecimento, esta mesma é a base ou o prólogo do processo de execução, cuja atividade, de caráter eminentemente material, objetiva concretizar o comando consubstanciado no dispositivo da sentença, sendo, pois, uma atividade dirigida para o futuro.” ARRUDA ALVIM. *A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005*. In Aspectos polêmicos da nova execução, v. 3, p. 15. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2006.

4 “A sentença apenas reconhece uma realidade, que já havia constituído no mundo fático.” MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, p. 40. São Paulo: Atlas, 14. ed. 2010. Também: “A decisão judicial apenas declara a existência de algo que já ocorria concretamente no mundo dos fatos.” TRT-4a. R. RO. 0084700-10.2009.5.04.0016; 9a. Turma; rel. Des. Carmem Gonzales; DEJTRS 07-10-2011, p. 206. RMDTr, v. 44, p. 166, set./out., 2011.

5 Para um estudo mais aprofundado ver nosso: *Curso de processo civil*. Presidente Prudente-SP: Datajuris, 1998.

6 Ver nosso: *Teoria geral do processo cautelar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

7 “Proferida a sentença, o juiz termina o seu ofício jurisdicional não podendo revogá-la, ainda que supostamente ilegal, sob pena de violação à coisa julgada, ensejando instabilidade nas relações jurídicas. Precedentes do STJ e desta Corte. Agravo liminarmente provido.” TJRS. AI. 70026910570. 20a. CC. Rel. José Aquino Flores de Camargo, julgado em 30-10-2008.

No mesmo sentido: TJRS-Ap. 70024121113-10a., rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 18-12-2008. STJ-REsp. 14879/SP, 3a. T. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25-11-1996. STJ-REsp 95.813, 4a. Turma, rel. Min. Salvo de Figueiredo.

8 “Proferida a sentença homologatória, esgotou o magistrado de 1a. instância sua prestação jurisdicional, mostrando-se absolutamente descabida e ilegal a segunda sentença que julgou procedente a ação monitoria, razão pela qual merece a mesmo ser rescindida de pleno direito e extirpada do nosso ordenamento jurídico, sob pena de ofensa a *res iudicata*.” TJMG-AR nº 1.0000.08.480825-2/000. 8º Gr. Câm. rel. Des. Wagner Wilson, j. 20-08-2009. JM, v. 190, p. 173, julho/setembro, 2009.

9 Para maiores detalhes a respeito ver nosso: *Sentença – Em busca de uma nova definição*. (Coautoria com Gelson Amaro de Souza Filho), São Paulo: Repertório IOB, v. III, n. 5, 2009. 1a. quinzena, março, 2009; Também in *Revista Jurídica*, v. 376, pp. 19:42, Porto Alegre-RS: Notadez, fevereiro, 2009.

10 “As demandas judiciais, meio de pacificação dos conflitos, também devem se valer dos princípios e garantias constitucionais para a construção de uma adequada e justa decisão final.” GOMES, Magno Frederici e CAETANO, Livia Regina Maciel. Das decisões monocráticas de mérito nos agravos de instrumento: Interpretação conforme a Constituição. *Revista Magister de Direito Processual Civil*, v. 46, p. 6. Porto Alegre-RS: Magister, jan./fev., 2012.

“O magistrado de primeiro grau finaliza a relação jurídica processual pelo ato decisório que se denomina sentença”, *Revista Magister de Direito Processual Civil*, v. 46, p. 10. Porto Alegre-RS: Magister, jan./fev., 2012.

“Portanto, sentença é o ato do magistrado de primeira instância que esgota a tutela jurisdicional daquele grau de jurisdição, seja no processo de conhecimento, execução ou cautelar, incidindo em uma ou mais hipóteses dos arts. 267 e/ou 269 do CPC”, *idem*, p. 11.

“Em resumo o que caracteriza um provimento judicial como sentença é o fato de que ele contém em si a virtualidade de extinguir o processo e, isso sim, pondo fim ao procedimento no primeiro grau.” DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Sobre o conceito de sentença no Código de Processo Civil de 1973*, in Processo e Constituição, p. 754, coord. FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2006.

11 “Segundo o art. 463 do Código de Processo Civil, uma vez proferida a sentença encer-

ra o juiz seu ofício jurisdicional, salvo em caso de inexatidões materiais ou para retificar erros de cálculo, acolhimento de embargos de declaração ou, ainda, nas hipóteses excepcionais contidas no art. 296 e art. 285-A, § 1º, ambas do Código de Processo Civil. Assim, vedado é ao magistrado reformar ou anular a própria decisão ou sentença, ainda que eventualmente padeça de ilegalidade, pena de malferimento ao princípio do duplo grau de jurisdição e ao princípio da inalterabilidade das decisões. Recurso provido por decisão monocrática do relator.” TJRS. AI. 70044652899, 18a. CC. Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 25-08-2011.

12 “O problema da preclusão de decisões no curso do processo é substancialmente diverso do problema das decisões terminativas; enquanto diante destas o magistrado extingue a jurisdição, dando fim à relação processual, diante daquelas ele conserva a função jurisdicional, continuando preso à relação do processo.” RUBIN, Fernando. Matérias não sujeitas a preclusão para o Estado-Juiz. *Revista Judiciária do Paraná*, v. 6, p. 80. Bonijuris, novembro, 2013.

13 “O provimento menor (liminar), interlocutório, é incompatível com aquele outro, final (sentença), e substitutivo do primeiro, que vem desfavorável ao autor.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Eficácia das medidas cautelares, *RDDP*, v. 122, p. 102. maio, 2013.

14 “A decisão exarada em sede de cognição sumária, a qual se opõe à decisão final (sentença), proferida com base em cognição definitiva.” QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil*, p. 20-21. São Paulo: Saraiva, 2009.

15 “Se a limitação da multa não foi estabelecida na sentença em que o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional, e ocorrendo coisa julgada, a decisão terá força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do CPC) não podendo, pois, ser aplicada na execução do julgado.” MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 875.

16 “Em resumo o que caracteriza um provimento judicial como sentença é o fato de que ele contém em si a virtualidade de extinguir o processo e, isso sim, pondo fim ao procedimento no primeiro grau.” DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Sobre o conceito de sentença no Código de Processo Civil de 1973*, in Processo e Constituição, p. 754, coord. FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2006. Também: “Para que uma decisão se caracterize como sentença, todo o procedimento em primeiro grau desenhado com o processo precisa ser extinto. Esse entendimento é reforçado inclusive pelo aspecto prático enaltecido pelo sistema, pois se nem todo o procedimento for extinto.” CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 29. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

17 “O magistrado de primeiro grau finaliza a relação jurídica processual pelo ato decisório que se denomina sentença.” GOMES, Magno Frederici e CAETANO, Livia Regina Maciel. Das decisões monocráticas de Mérito nos agravos de instrumento: Interpretação conforme a Constituição. *RMDPCP*, v. 46, p. 10, jan./fev., 2012.

“Por este ato o magistrado extingue o processo, com resolução do mérito ou não” idem, 10.

“Portanto, sentença é o ato do magistrado de primeira instância que esgota a tutela jurisdicional daquele grau de jurisdição, seja no processo de conhecimento, execução ou cautelar, incidindo em uma ou mais hipóteses dos arts. 267 e/ou 269 do CPC”, idem, p. 11.

18 “Coisa julgada – Sentença – Imutabilidade da decisão transitada em julgada – Hipótese em que é defeso ao juiz decidir novamente sobre a matéria nela decidida – Inteligência dos arts. 467 e 471 do CPC.” TJRS. Ap. 70011609831. 16a. Câ. J. 25.01.2006. vu. rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. RT. v. 847, p. 327, maio de 2006.

19 Confira nosso: Coisa Julgada – Impossibilidade de ser por parte. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 46. Porto Alegre-RS, jan./março, 2012, *Revista Jurídica Lex*, v. 55. São Paulo: Lex, janeiro/fevereiro, 2012 e *Revista Bonijuris*, n. 582. Curitiba: Bonijuris, maio de 2012.

20 “Se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada.” RUBIN, Fernando. Matérias não sujeitas a preclusão para o Estado-Juiz. *Revista Judiciária do Paraná*, v. 6, p. 91. Curitiba-PR: novembro, 2013.

21 Ressalva-se os casos de sentenças que não passam em julgado. Confira a respeito nosso: *Sentenças que não passam em julgado* (coautor Gelson Filho), *Revista Judiciária do Paraná*, v. 6, novembro 2013. Curitiba: Bonijuris; *RepJur-IOB*, n. 14, 2a. Quinzena de julho, de 2013, p. 533:517 e *JURISVOX* – Centro Universitário de Patos de Minas – Unipam. Patos de Minas-MG, dezembro, 2012.

22 “No então, (a) decadência da ação rescisória se comprova pelo trânsito em julgado da última decisão proferida no processo de conhecimento.” STJ-AgRg-AR 5.263/RS-1a. S- rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 23.10.2013 – Dje 29.10.2013. Rj. 433, p. 167, novembro, 2013.

23 “O certo é que, havendo um único processo e uma única sentença, não há cogitar de coisa julgada material progressiva. A coisa julgada material somente ocorre com o trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.” STJ. REsp. 705.354-SP. rel. Min. Franciulli Netto. J. 08-03-2005. RSTJ. v. 194, p. 301-302, de outubro de 2005. No mesmo sentido: REsp 404.777-DF, j. 03-12-2003. “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.” STJ – Corte Especial – Súmula 401. Dje – 13/10/2009, p. 01. Bol. AASP, 2653, p. 02, de 09 a 15-11-2009.

24 “Ação rescisória – Decadência – Prazo decadencial de dois anos que se inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que se trate de discussão de questão meramente processual”. STJ. REsp. 543.368. j. 04-05-06. rel. Min. Eliana Calmon. RT. v. 853, p. 176, de novembro de 2006.

“25634. Ação rescisória – Decadência – Interposição de recurso extraordinário e especial – Lapso decadencial contado a partir do trânsito

em julgado da derradeira decisão, que examina eventual recurso que esteja pendente – Exceção às hipóteses em que a irrisignação interposta é patentemente extemporânea ou quando evidenciada má-fé da parte recorrente.” STJ. REsp. 756.048-PR – 1º T. J. 16.08.2005 – rel. Min. José Delgado – DJU 12.09.2005. REPRO v. 30, p. 212. *No mesmo sentido*: STJ-REsp. 740.530/RJ-2a. T. j. 06-09-2012. Dje 26.09.2012. REPRO, V. 214, p. 435-458, de dezembro, 2012. Ver ainda REpro 113/246, 176/195, 187/401.

25 Ver art. 475 – I e parágrafo 1º e art. 575, do CPC. Anota ARAKEN DE ASSIS: “Dar-se o nome de ‘execução’ ou de ‘cumprimento’ a tal empresa é de somenos importância.” ARAKEN DE ASSIS, *Sentença condenatória como título executivo*, in Aspectos polêmicos da nova execução, v. 3, p. 49. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2006.

26 Há necessidade de se separar as duas figuras: “autos” e “processo”. Dentro dos mesmos autos podem haver vários processos ou procedimentos.

27 “Isto não pode levar a pensar que não se estará aqui diante de execução. Esta não deixou de existir, mas tão-somente deixou de se realizar em processo autônomo.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*, p. 90. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

28 “O cumprimento da sentença faz-se no mesmo processo, mas através de *nova demanda*, iniciando novo estado de litispendência, surgindo nova *perpetuatio jurisdictionis*”, RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Perpetuatio Jurisdictiones na processualística brasileira*. RDDP, v. 123, abril, 2012.

29 “Honorários de advogado. Sentença – Impugnação ao cumprimento de decisão – Imposição de condenação à verba honorária ao impugnante vencido – Admissibilidade – redução do arbitramento, no entanto, que se impõe, se o valor foi fixado de forma excessiva”. TJSP. AgIn. 1088649-0/2-28a. C6am. J. 13.02.2007. REPRO, v. 148, p. 229, de junho de 2007. Ainda: “Muito embora o capítulo do cumprimento de sentença seja omissivo quanto à fixação da verba honorária, a interpretação sistemática e teleológica da norma conduz ao entendimento de que é cabível arbitramento de honorários. Recurso especial provido.” STJ. Resp. 1.050.435-SP. rel. Min. Sidnei Beneti. DJU 20.06.2008. RJ 369, p. 141, de julho, 2008 e RDDP, 66/215. No mesmo sentido: REsp. 978.545 (j. 11-03-2008, DJU 01-04-2008, p. 1.).

30 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. v. II, p. 711.

31 “Competência – Consumidor – Execução – Título judicial – Ação coletiva – Processamento em juízo diverso daquele que julgou tal ação – Admissibilidade – Exequente que pode optar em propor a execução individual em seu domicílio – Inteligência dos arts. 97 e 98, § 2º, da Lei 8.078/90.” TJMS CComp. 2006.000/83-5/0000-00. j. 11-07-2006. RT. 853/301.

32 “O prazo prescricional para o exercício da pretensão de execução de honorários advocatícios sucumbenciais é de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que os fixou”.

STJ. 949.414-PR. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 05-11-2009, Dje 18-11-2009. RDDP, v. 84, p. 216, de março, de 2010.

“Ação civil pública – Cumprimento de sentença – Requerimento individual – Prescrição quinquenal. Cumprimento de sentença. Requerimento individual. Prescrição quinquenal. Esta Corte Superior, quando do julgamento do REsp 1.273.643/PR, por meio da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, concluiu que que: ‘No âmbito do direito privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública.’” STJ-AgRg-EDcl-REsp. 1.323.423 (2011/0301642-9) – 3a. T. Rel. Min. Nancy Andrighi – Dje. 30.08.2013. RSDCPC, v. 86, p. 200, de nov.-dez., 2013. Também STJ – AgRg-REsp 87.968 (2011/0209740-6, 3a. T. rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 02.09.2013. RSDCPC, v. 86, p. 213, nov.-dez., 2013.

33 “A ninguém é dado ignorar que o trânsito em julgado de uma decisão interlocutória não produz os efeitos da coisa julgada material (CPC, art. 467) nem a preclusão das alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido (CPC, art. 474).” BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Metamorfose dos embargos*. *Revista Jurídica*, v. 345, p. 23. Porto Alegre: Notadez, julho de 2006.

34 “Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de DPC*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 467.

35 “O novo conceito de sentença merece aplausos na medida em que aumentam as hipóteses de aplicação de uma técnica essencialmente ligada aos valores efetividade e celeridade: o julgamento antecipado. Como se não bastasse, permite também uma distinção mais clara entre a técnica do ‘julgamento antecipado de capítulo da demanda’ e a técnica da ‘antecipação dos efeitos da tutela pretendida em capítulo da demanda.’” OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Um novo conceito de sentença*. REPRO, v. 149, p. 127, julho, 2007.

36 “Final, o art. 267 continua a dizer que tal tipo de sentença extingue o processo.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*, p. 20. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

37 “Deve-se, a meu juízo, continuar a considerar que a sentença definitiva é o ato de resolução final do mérito da causa. [...] A sentença definitiva é, e continua a ser, o ato final de apreciação do mérito da causa.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*, p. 21. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

38 “Assim, estão alheios à coisa julgada material os atos judiciais não decisórios (p. ex., os atos executivos), as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 31. São Paulo: RT, 2005.

39 PONTES DE MIRANDA, ao se referir alguns casos de sentença com coisa julgada disse: “Nenhuma das decisões de que acima falamos é decisão interlocutória.” *Comentários ao CPC*. Tomo V, p. 109.

40 Nas decisões interlocutórias não se falar em encargos sucumbências. Assim, VI ENTA n. 24: “Não há honorários em incidentes do processo.” No mesmo sentido: RTJ 105/388; RT. 487/78, 543/256 4 599/92.

41 ARRUDA ALVIM ensina: “A sentença, por sua vez é o ato culminante da ação de conhecimento. Nas ações de conhecimento em geral, a sentença é o ato final do juiz.” *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 561. Em outro ponto acrescenta: “O que conta, pois, é que proferida a sentença (ainda que não seja de mérito) estará terminado o ofício jurisdicional, à luz do pressuposto que o juiz entendeu presente, para o proferimento da sentença, já que esta não mais poderá ser alterada.” *Idem*, p. 567.

42 “Sendo assim, deve-se entender por coisa julgada a imodificabilidade da eficácia declaratória contida numa sentença emanada da atividade jurisdicional, não mais sujeita a recurso.” ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *O controle da coisa julgada inconstitucional*, p. 66.

43 ALMEIDA JUNIOR ensina: “Pela redação do Código de Processo Civil, a coisa julgada atinge apenas as sentenças e por extensão óbvia, os acórdãos. As decisões interlocutórias e os despachos não se sujeitam ao fenômeno ficando à mercê de preclusão processual.” *O controle da coisa julgada inconstitucional*, p. 54. No mesmo sentido DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA: “Se, porém, a decisão é definitiva em relação a um procedimento (principal, recursal ou incidental), não ficará submetida à coisa julgada.” DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 277.

44 GRECO FILHO, Vicente anota: “o Código optou por conceituar sentença por seu conteúdo, referindo as situações de extinção do processo sem resolução do mérito e as de resolução do mérito”. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, p. 257. No mesmo sentido ensina CRUZ E TUCCI, José Rogério: “[...] a coisa julgada material, por sua vez, coincide com o momento no qual a tutela jurisdicional é definitivamente prestada”. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, p. 168. Ainda no mesmo sentido, GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa: “Simultaneamente ao trânsito em julgado da decisão final de mérito, agrega-se à coisa julgada este efeito de natureza preclusiva”. *Coisa julgada*, p. 17. Ligando a coisa julgada ao pronunciamento final, ARAGÃO, Egas Moniz, expõe: “Todo pronunciamento final (isto é ‘sentença’ tal como definida no art. 162, § 1º, do CPC) produz coisa julgada formal.” *Sentença e coisa julgada*, p. 201-202.

45 “Na hipótese ‘sub judice’, não há sentença de mérito proferida pelo juízo cível, entendido o termo ‘sentença’ como o ato que põe fim ao processo. Em que o fato de que a decisão sobre a preliminar de prescrição tenha conteúdo de mérito, a sua rejeição não provocou a extinção do processo, que prosseguiu em primeiro grau de

jurisdição. Assim, com o advento da EC 45, foi correta a decisão do juízo estadual de remeter os autos à justiça do trabalho. O fato de a preliminar de prescrição ter sido reapreciada e acolhida, com a extinção do processo, não modifica o entendimento de que, até a referida remessa à justiça especializada, nenhuma sentença havia, ainda, sido proferida”. STJ. CC 88.954, rela. Mina.. Nancy Andrighi, j. 26-03-2008. DJU de 02/04/2008. In *Decisório Trabalhista* – DT, v. 165, p. 43, de abril de 2008.

46 No corpo do voto da eminente ministra relatora, sobressai a seguinte passagem: “Esse precedente, porém, não pode ser estendido à hipótese dos autos. É que, nele, havia uma sentença de mérito, proferida pelo juízo cível, que pôs fim à relação jurídica material, justificando que se invocasse a regra estabelecida no julgamento do CC 51.712/SP. Aqui, porém, a preliminar de prescrição foi rejeitada. Tal rejeição, em que pese ter conteúdo de mérito, nos termos do art. 269, inc. IV, não pôs fim ao processo.” STJ. CC 88.954, rela. Mina.. Nancy Andrighi, j. 26-03-2008. DJU de 02/04/2008. In *Decisório Trabalhista* – DT, v. 165, p. 48, de abril de 2008.

47 No mesmo sentido encontra-se acórdão do Supremo Tribunal Federal, que assim está ementado: “Recurso extraordinário. Decisão interlocutória. Retenção. Consoante dispõe o § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, tratando-se de extraordinário interposto contra decisão interlocutória, ou seja, pronunciamento que não se mostra definitivo – deixando, assim, de por termo ao processo, com ou sem julgamento –, o recurso há de ficar retido, pouco importando a origem da decisão proferida.” STF. AI-AgR 513.242-1; SP. 1a. T. rel. Min. Marco Aurélio; DJE 02/05/2008, p. 110. RMDCCP, v. 24, p. 110.

48 “Não obstante a junção do conhecimento e da execução sob o mesmo processo, é oportuno não confundir a finalidade que cada rubrica proporciona. A fase de conhecimento tem por objetivo a eliminação da dúvida, cujo resultado se expressa em um enunciado presente no interior da sentença. Na execução, ocorre a satisfação de um direito por meio de atos, como a expropriação.” MARTINS, Fernando Corrêa. *A aplicação da multa do artigo 475-J do CPC no processo trabalhista*. HS-JT, v. 315, p. 45. Porto Alegre-RS, Notadez, março, 2010.

49 “A independência da pretensão a executar, relativamente à que formou o título, apresenta dois aspectos interdependentes. Do ponto de vista da função jurisdicional, não há a menor dúvida de que jamais se confundirá.” ARAKEN DE ASSIS, *O cumprimento de sentença*, p. 172. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

50 “2.1. A despeito de a nova sistemática do CPC, decorrente da Lei 11.232/05, transformar a cobrança de título judicial em mera fase subsequente à do conhecimento, no bojo dos mesmos autos, a execução continua igual tanto na forma quanto no conteúdo.” TJRS. AI. 9545-07.2011.8.21.7000; 1a. C. Cível. rel. Des. Irineu Mariani; DJERS 06.10.2011. RMDCCP, v. 44, p. 172, set./out., 2011.

51 “Competência – Consumidor – Execução – Título judicial – Ação coletiva – Processamento em juízo diverso daquele que julgou tal

ação – Admissibilidade – Exequente que pode optar em propor a execução individual em seu domicílio – Inteligência dos arts. 97 e 98, § 2º, da Lei 8.078/90.” TJMS CComp. 2006.000/83-5/0000-00. j. 11-07-2006. RT. 853/301.

52 “Cumprimento de sentença – Pagamento – Prazo – Multa – Pertinência – Art. 475-J do Código de Processo Civil – Honorários advocatícios – Novo feito – Valor devido. Não se confundem os honorários advocatícios do processo de conhecimento, que remuneram o trabalho do advogado em rol feito, com aqueles da execução, que se destinam a remunerar o advogado pelo trabalho no novo processo.” TJMG. AI. 1.0518.02.032132.0/001, j. 27-11-2008, vu. JM, v. 187, p. 181, de outubro a dezembro, de 2008.

53 “O cumprimento da sentença faz-se no mesmo processo, mas através de nova demanda, iniciando novo estado de litispendência, surgindo nova *perpetuatio jurisdictionis*”, RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Perpetuatio Jurisdictiones na processualística brasileira*. RDDP, v. 123, abril, 2012.

54 “Ocorre que o presente caso difere daqueles invocados, analisados pela Corte Superior, porquanto, uma vez que falam em prescrição intercorrente pressupõe-se que havia processo em curso por ocasião do evento morte da parte Autora; neste, entretanto, por ocasião do falecimento não havia processo instaurado, porquanto a ação estava finda com o trânsito em julgado, ocorrido meses antes, e não havia sido iniciada a execução. Daí por que não há que se falar em suspensão do processo, visto que não existia naquele momento nem processo de conhecimento, já findo, nem de execução, ainda não iniciado. Consequentemente, também não há que se falar no instituto de prescrição intercorrente (que, como o nome diz, incide no curso do processo, à vista da inércia da parte em promover seu andamento), já que o prazo prescricional sequer chegou a ser interrompido com o início da execução. Nestes termos o falecimento do titular de um direito não interrompe ou suspende o prazo prescricional, sob pena de incidir imprescritibilidade contra espólio. Suspende-se, sim, eventual ação judicial em que o direito esteja em discussão.” 1a. Vara Federal de Presidente Prudente-SP, processo 1200360-19.1994.403.6112 (94.1200360-9), DJF – 3a. R, 04-07-2013, arquivo 386, publicação 16. No sentido; Agravo de Instrumento 120152 (20110000015246), 2a. Turma. TRF-5a. Região. Rel. Des. Fed. Eduardo de Melo Vilar Filho, j. 9.4.2013. Dje 2.5.2013, p. 161.

Referências

ARAKEN DE ASSIS. Sentença condenatória como título executivo, in *Aspectos polêmicos*

da nova execução, v. 3. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT. 2006.

_____. ARAKEN DE ASSIS. *O cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARRUDA ALVIM. *A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005*,

in Aspectos polêmicos da nova execução, v. 3. São Paulo: RT, 2006.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Metamorfose dos Embargos. *Revista Jurídica*, v. 345. Porto Alegre: Notadez, julho de 2006.

CALLEGARI, José Antonio. Alexandre. Execução: Inovações no âmbito do Direito do Trabalho. *Revista LTR – Legislação do Trabalho*, v. 72, n. 2. São Paulo: LTR, fev., 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*, p. 90. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRAMER, Ronaldo. Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional. *REPRO*, v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo Civil – realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DAL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Sobre o conceito de sentença no Código de Processo Civil de 1973*, in *Processo e Constituição*, coord. FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2006.

DANTAS, Ivo. *Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência*. In: GOMES, Magno Frederici e CAETANO, Livia Regina Maciel. *Das decisões monocráticas de mérito nos agravos de instrumento: interpretação conforme a Constituição*. RMDPCPC, v. 46. Magister, jan./fev., 2012.

DELGADO, José Augusto. *Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias*. In *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 105-159.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Reu Revel Não Citado – “Querela Nullitatis” – e Ação Rescisória*. *REPRO*, v. 48, p. 27, outubro/dezembro, 1987.

GOMES, Magno Frederici; CAETANO, Livia Regina Maciel. *Das decisões monocráticas de mérito nos agravos de instrumento: interpretação conforme a Constituição*. *Revista Magister de Direito Processual Civil*, v. 46, p. Porto Alegre-RS: Magister, jan./fev., 2012.

MARTINS, Fernando Corrêa. *A aplicabilidade da multa do art. 475-j do CPC no Processo Trabalhista*. HS-Notadez, v. 315, março, 2010.

MARTINS, Renato Castro Teixeira. *O parcelamento do art. 745-A, do CPC, no cumprimento de sentença*. In *Execução Civil e cumprimento de sentença*, v. 3. Coord. SHI-

MURA, Sergio e BRUSCHI, Gilberto Gomes. São Paulo: Método, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Um novo conceito de sentença*. *REPRO*, v. 149. São Paulo: RT, julho, 2007.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Perpetuatio Jurisdictiones na processualística brasileira*. RDDP, v. 123, abril, 2012.

RUBIN, Fernando. *Matérias não sujeitas a preclusão para o Estado-Juiz*. *Revista Judiciária do Paraná*, v. 6, p. 91. Curitiba-PR: novembro, 2013.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito – MP – Editora, 2007.

_____. *Efeitos da sentença que acolhe embargos à execução da sentença por falta ou nulidade de citação na forma do art. 741, I, do CPC*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 6, gênese. Curitiba: setembro/dezembro, 1997; *RIPE*, v. 20. Bauru, dez./março, 1998; *REPRO*, v. 93. São Paulo: jan./março, 1999; *RNDJ*, v. 9. Ribeirão Preto. Setembro, 2000; *Revistas dos Tribunais*, v. 785. São Paulo: RT, março, 2001.

_____. *Cumprimento de sentença diretamente contra o denunciado*. RT. 886, pp. 9-40, agosto, 2009.

_____. *Coisa julgada – Impossibilidade de ser por parte*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 46. Porto Alegre-RS, jan./março, 2012, *Revista Jurídica Lex*, v. 55. São Paulo: Lex, janeiro/fevereiro, 2012 e *Revista Bonijuris*, n. 582. Curitiba: Bonijuris, maio de 2012.

_____. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 893, pp. 09:31, de março de 2.010. *Revista Jurídica*, v. 377, pp. 35:60, de março, 2009; *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 08, v. III. 2a. Quinzena de abril, 2009.

_____. ; _____. *Sentença em busca de nova definição*. *Repertório IOB*, v. III, n. 5, 2009. 1a. quinzena, março, 2009; *Revista Jurídica*, v. 376, fevereiro, 2009.

_____. ; _____. *Sentenças que não passam em julgado*. *Revista Judiciária do Paraná*, v. 6, novembro 2013. Curitiba: Bonijuris;

RepJur-IOB, n. 14, 2a. Quinzena de julho, de 2013, p. 533:517 e *JURISVOX* – Centro Universitário de Patos de Minas – Unipam. Patos de Minas-MG, dezembro, 2012.

STOPASSOLA, Ariel. *As regras do cumprimento da sentença e sua aplicabilidade ao processo do trabalho*. HS-Notadez, v. 315, março, 2010.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de DPC*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2001.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Eficácia das medidas cautelares, RDDP*, v. 122. maio, 2013.

PLURALISMO JURÍDICO, DIÁLOGO INTERCULTURAL E POVOS INDÍGENAS

Leticia Rebola Volpi da Silva | letivolpi@hotmail.com

Bacharel em Direito (Faculdades Integradas Curitiba) e em Comunicação Social – Jornalismo (UFPR)

Pós-graduada em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná – EMAP)

Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento (Universidade Internacional da Andaluzia, Espanha)

Luzia de Barros Ferreira Gaio | barrosluzia@hotmail.com

Advogada

Pós-graduada em Gestão Ambiental (Faculdade São José/RJ) e em Direito Público (ESMAF-PR)

Pós-graduada em Direito Aplicado (EMAP-PR)

Excertos

“A modernidade se ocupou de suprimir as diferenças culturais e criar um direito homogêneo e supostamente universal”

“É necessário distinguir o pluralismo progressista e democrático, que serve de instrumento de emancipação social, do pluralismo conservador, vinculado aos projetos neoliberais e neocoloniais, que também se apresenta como alternativa”

“O direito é uma estruturação normativa que resulta de um complexo sistema de valores compartilhados, de consensos e de práticas sociais, de forma que para diferentes culturas se faz necessária à existência de diferentes direitos”

Introdução

Este artigo pretende refletir sobre o pluralismo jurídico e sua urgência na sociedade atual, que se caracteriza, entre outras coisas, pelo pluriculturalismo. O monismo jurídico parece estar superado, assim como toda a herança do positivismo jurídico. Contudo, neste momento de transição paradigmática, na qual o velho já não serve, mas o novo ainda está em construção, é necessário pensar possibilidades de dialogar o direito com o mundo intercultural, visando uma integração social, em especial de minorias étnicas, como os povos indígenas.

Pluralismo jurídico

É possível identificar no campo do conhecimento jurídico um fenômeno denominado de monismo jurídico, que tem sua origem assinalada a partir do século XVII. O monismo jurídico caracteriza-se por uma racionalidade hegemônica, centrada no Estado. Segundo

Wolkmer¹, de acordo com a concepção monista do direito, o Estado moderno possui o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas, sendo o único legitimado para criar legalidade e enquadrar as relações sociais.

O monismo jurídico, portanto, reconhece apenas o poder normativo do sistema que provém do Estado, sendo que todas as outras manifestações jurídicas, qualificadas como costumes, somente podem ser aplicadas na lacuna do direito hegemônico.

Esse fenômeno chamado de monismo jurídico está diretamente ligado ao paradigma da modernidade, no qual há um direito positivo, formal e abstrato, centrado exclusivamente no Estado. Nesse contexto, o direito moderno é um mero instrumento técnico de regulação social. Conforme palavras de Boaventura de Souza Santos²:

“Enquanto domínio social funcionalmente diferenciado, o direito desenvolveu um autoconhecimento especializado e profissionalizado, que se define como científico (ciência jurídica), dando assim origem à ideologia disciplinar a que chamo cientificismo jurídico. [...] O positivismo jurídico é a versão mais apurada desta co-evolução ideológica. Mas essa interligação mútua do cientificismo jurídico com o estatismo jurídico revela também até que ponto o isomorfismo epistemológico com a ciência moderna é limitado pela sua eficácia pragmática. O saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controle social e de transformação social.”

Contudo, há hoje uma evidente crise paradigmática, uma vez que o projeto da modernidade, com sua promessa de liberdade, igualdade e fraternidade, não foi efetivado concretamente na sociedade. Pelo contrário, as desigualdades se alastram, aumentando o distanciamento entre a humanidade e a almejada

vida digna para todos. No dizer de Boaventura de Souza Santos, “[a] crise do contrato social moderno reside na inversão da discrepância entre a experiência social e a expectativa social”³.

No âmbito do direito, o paradigma da modernidade, com seu positivismo e monismo jurídico, também contribuiu para aumentar as desigualdades sociais por, entre outras razões, fechar os olhos para a demanda de novos direitos, mais próximos das realidades concretas dos sujeitos e de grupos sociais. Ademais, dentro do paradigma positivista do direito não há espaço para questões como justiça e legitimidade, tão cobradas e discutidas pela sociedade atual⁴.

A modernidade se ocupou de suprimir as diferenças culturais e criar um direito homogêneo e supostamente universal. Insurge, portanto, a necessidade de um pensamento pós-moderno, no qual sejam pensadas as diferenças ideológicas, culturais, estéticas, sociais.

Como uma das possibilidades de alternativa a esse modelo da modernidade que não responde mais aos anseios sociais da atualidade (se é que um dia respondeu), emerge o pluralismo jurídico, segundo o qual a fonte do direito não é exclusivamente o Estado, havendo lugar para subsistir no mesmo tempo e espaço geopolítico mais de um ordenamento jurídico. Para isso é necessário reinventar o direito, adequando-o aos anseios de múltiplos grupos sociais⁵.

Para Antonio Carlos Wolkmer, pluralismo jurídico é uma “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais”⁶.

Segundo Boaventura de Sousa Santos a ideia de um pluralismo jurídico não é recente:

“No século XIX e primeiras décadas do nosso século, o problema do pluralismo jurídico teve amplo tratamento na filosofia e na teoria do direito. Foi sendo depois progressivamente suprimido pela acção de um conjunto de factores em que se deve distinguir: as transformações na articulação dos modos de produção no interior das formações capitalistas centrais, de que resultou o domínio cada vez maior do modo de produção capitalista sobre o modo de produção pré-capitalista; a consolidação da dominação política do Estado burguês nomeadamente através da politização progressiva da sociedade civil; o avanço concomitante das concepções jus-filosóficas positivistas.”⁷

Conforme salienta Wolkmer⁸, é necessário distinguir o pluralismo progressista e democrático, que serve de instrumento de emancipação social, do pluralismo conservador, vinculado aos projetos neoliberais e neocoloniais, que também se apresenta como alternativa.

“O pluralismo de corte conservador opõe-se radicalmente ao pluralismo progressista e democrático. A diferença entre o primeiro e o segundo está, fundamentalmente, no fato de que o pluralismo conservador inviabiliza a organização das massas e mascara a verdadeira participação, enquanto que o pluralismo transformador como estratégia democrática de integração procura promover e estimular a participação dos segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos de base.”⁹

Assim sendo, o fenômeno do pluralismo jurídico possui diferentes enfoques e correntes, podendo assumir um caráter mais conservador ou mais radical. Para esse trabalho o pluralismo jurídico que se defende é aquele que possui práticas normativas independentes

do poder estatal e que favoreça a emancipação social, ou como chama Boaventura de Souza Santos, de pluralismo contra-hegemônico.

“As formas não-hegemônicas de direito não são, necessariamente, contra-hegemônicas. Pelo contrário, podem até estar ao serviço do direito hegemônico, contribuindo para a sua reprodução sob novas condições e acentuando até os seus traços exclusivistas. As novas formas de legalidade global ‘vindas de cima’, produzidas por poderosos actores transnacionais – de que é exemplo a nova *lex mercatoria* –, ilustram bem este aspecto, já que se aliam ou articulam com a legalidade do Estado numa espécie de co-gestão jurídica que reforça a globalização neoliberal e aprofunda a exclusão social.”¹⁰

O PLURALISMO JURÍDICO É UMA FORMA DE RECONHECER QUE O MUNDO É INTERCULTURAL

O direito é uma estruturação normativa que resulta de um complexo sistema de valores compartilhados, de consensos e de práticas sociais, de forma que para diferentes culturas se faz necessária à existência de diferentes direitos. Pode-se dizer que o pluralismo jurídico é uma forma de reconhecer que o mundo é intercultural. Esse reconhecimento deve servir para a criação de um novo paradigma jurídico, relacionado a uma legalidade participativa e comprometida com a emancipação social.

“Torna-se imperativo que o pluralismo como novo referencial do político e do jurídico esteja necessariamente comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos (legitimidade dos autores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais (‘fundamentos materiais’) e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégia). Soma-se ainda a inserção do pluralismo jurídico com certos ‘fundamentos formais’ como a materialização de uma ‘ética concreta da alteridade’ e a construção de processos atinentes a uma ‘raciona-

lidade emancipatória’, ambas capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, informalidade e autonomia dos agentes legitimadores.”¹¹

O pluralismo jurídico, enquanto projeto emancipatório, emerge das práticas sociais, da vida concreta e das diferentes subjetividades muitas vezes invisibilizadas pelo direito hegemônico. Seu objetivo deve ser a concretização das necessidades humanas, fundamentais para uma vida digna e a redução das desigualdades de poder, de maneira que todos possam ser sujeitos produtores ou parte do processo de produção e materialização do direito.

A legitimidade do fenômeno jurídico não pode estar calcada apenas na oficialidade para a criação de leis e de processos legais e jurídicos, mas sim em práticas sociais que levam em consideração os sujeitos coletivos e as necessidades humanas fundamentais, inclusive as de grupos sociais excluídos, cuja diversidade cultural é muitas vezes ignorada ou ocultada.

Diálogo intercultural

Atualmente, o direito enfrenta, entre outras dificuldades, o problema da diversidade cultural; assim, é relevante tratar das relações de interculturalidade a partir do direito, visualizando como norte possível o pluralismo jurídico.

Conforme **Joaquín Herrera Flores** as diversidades precisam ser respeitadas e precisam dialogar, o que não implica defender um relativismo total em que não existam pontos de convergência. O jurista espanhol defende um universalismo de chegada e não de partida, chamado por ele de “universalismo de confluências”:

“[N]ossa visão complexa dos direitos aposta por uma *racionalidade de resistência*. Uma racionalidade que

não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há de se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas. Falamos do entrecruzamento, e não de uma mera superposição de propostas.”¹²

De acordo com a definição de Joaquín Herrera Flores, a racionalidade de resistência leva a um universalismo de contrastes, de entrecruzamento, de mesclas, onde a inter-relação é o mais importante, em detrimento da imposição de uma cultura dominante.

“Trata-se de um universalismo que nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de visão fechada, seja cultural ou epistêmica, a favor de energias nômades, migratórias, móveis, que permitam deslocarmo-nos pelos diferentes pontos de vista sem a pretensão de negar-lhes, nem de negar-nos, a possibilidade de luta pela dignidade humana.”¹³

Muitas vezes o poder judiciário está muito distante de algumas comunidades, como por exemplo, das comunidades indígenas, seja por dificuldade de acesso à justiça que o excesso de formalismo impõe, seja pela distinção quanto à visão e interpretação de alguns conceitos, como o conceito de vida digna.

A imposição de um suposto direito universal resulta em uma forma de violência, uma vez que incute uma racionalidade monocultural e etnocêntrica. Em contrapartida, o diálogo intercultural é fundamental para a cultura da paz. Enquanto o etnocentrismo coloca em conflito alguns tidos como superiores versus outros tidos como inferiores, o diálogo

intercultural propõe o respeito ao caráter heterogêneo de todas as culturas.

O objetivo do diálogo intercultural deve ser completar as incompletudes, adquirindo conhecimento e buscando a emancipação. Para isso é curial assumir que existe um conflito e tratá-lo de forma concreta e contextualizada. Não se pode negar o conflito, uma vez que é necessário reconhecer sua existência e entendê-lo como um imprescindível motor de transformação social. O conflito não é o oposto à paz, em realidade, é um caminho para ela.

Os conflitos e as diferenças de identidade entre agrupações sociais e culturais, como por exemplo, as comunidades indígenas, se refletem também nos sistemas normativos. Negar que estas diferenças repercutem também nos sistemas normativos é como negar a diferença de cosmovisão e impor a cultura dominante, sem qualquer espaço para o diálogo intercultural – uma verdadeira violência.

Povos indígenas

Sempre que se inicia uma reflexão acerca dos direitos dos povos indígenas, não se pode olvidar dos processos forçados de uma suposta integração a que esses povos foram submetidos. Partindo de argumentos carregados de uma ideologia hegemônica, imperialista e monocultural, como progresso, evolução e desenvolvimento, foram justificados atos de violência e repressão, assim como de expulsão de terras e pressões para assumir uma nova identidade cultural e uma forma de vida artificial.

É possível observar que mesmo diante de tanta violência e pasteurização cultural a que foram submetidos os povos indígenas latino-americanos, esses conseguiram organizar-se e apresentar-se como

atores reivindicativos na cena política internacional.

“Desde a segunda metade da década de 80 do século passado, a conjuntura proporcionada pelos processos de redemocratização dos países em contextos de ditadura militar ou guerra civil, a ampliação da participação política e o recrudescimento das condições socioeconômicas ante o advento do pacto neoliberal, possibilitaram o desenvolvimento de sujeitos sociais como fonte de legitimação do *locus* sociopolítico e da constituição emergente de direitos às identidades coletivas por meio de ações estratégicas que encontraram no espaço público estatal e, mais especificamente, nas normas constitucionais, palco privilegiado para reconhecimento de novos aportes à cidadania e reinvenção da cultura política.”¹⁴

Como resultado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconheceu o direito coletivo à autodeterminação e em 1994 foi criado o Projeto de Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Mas, foi a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1989, que de forma explícita reconheceu a autonomia jurídica dos povos indígenas. Tal Convenção entrou em vigor no âmbito internacional em 5 de setembro de 1991 e no Brasil em 25 de julho de 2013, ou seja, com 22 anos de atraso.

A Convenção 169 da OIT regula em seus artigos 8 a 12 a aplicação e vigência de um direito próprio dos povos indígena, *in verbis*¹⁵:

Artigo 8º

1 Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2º Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reco-

nhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3 A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

1 Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2 As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1º Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2º Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Artigo 11

A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povos interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

PARTE II - TERRAS

Artigo 13

1 Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância

especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2º A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abranja a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Partindo-se do marco dessa convenção, é possível dizer que o Estado que a tenha firmado deve respeito ao direito indígena. Sabe-se que o direito indígena é consuetudinário, sendo constituído principalmente por costumes reconhecidos pela comunidade, cuja aplicação habitualmente tem natureza arbitral e compete às autoridades legitimadas em cada comunidade. Ademais, os procedimentos são eminentemente orais e como sanções costumam ser usados multas, castigos e formas de ostracismos.

É evidente que a conciliação entre direito positivo e direito consuetudinário é difícil de ser articulada, seja por razões políticas ou por razões administrativas. Outra grande questão que paira sobre o direito indígena é a sua compatibilidade com os direitos humanos individuais, acolhidos pelas constituições locais nos países da América-Latina.

A aplicação da legislação positiva e nacional às minorias étnicas que possuem seu próprio direito consuetudinário, como é o caso dos povos indígenas, sem considerar seus costumes e valores, é uma forma de violência e de negação às diferenças protegidas constitucionalmente. Os costumes e as instituições próprias destes povos devem ser observados e respeitados, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais do sistema jurídico nacional, tampou-

co com os direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional.

“O Estado, para atender as demandas do pluralismo, deve ordenar-se não apenas contemplando o Direito ‘oficial’, mas considerando o(s) direito(s) e, mais ainda, os direitos coletivos que se sobrepõem aos direitos individuais, direitos diferentes do direito hegemônico – praticado pelos Estados nacionais – onde a *autonomia* seja tomada como exercício do direito à distribuição de competências em níveis distintos de organização política e social que, ajustada à *autodeterminação*, implique em respeito aos sistemas jurídicos indígenas e às autoridades indígenas.”¹⁶

Dificuldades e conflitos de visões e valores sempre vão existir, contudo isso não legitima resistências teóricas e ideológicas quanto à abertura do mundo jurídico ao mundo pluricultural.

Conclusão

Não se pode negar que existe mais de uma maneira de ver e se posicionar no tempo e no espaço, além de se relacionar com a natureza e a vida social. Essas diferenças de cosmovisões dão origem ao que se costuma chamar de pluriculturalismo. O pluriculturalismo deve ser pensado como uma ponte entre distintas culturas, por exemplo entre os indígenas e os não indígenas, de maneira que o diálogo possa ser uma prática de inter-relações.

A necessidade de análise das relações hegemônicas dominantes face aos indígenas mostra-se premente.

O pluriculturalismo presente na sociedade atual exige pluralismo jurídico, de modo que as diferenças de identidade entre distintos povos deve se refletir também nos sistemas normativos. Negar que estas distinções culturais refletem-se também nos sistemas normativos é como negar a diferença de cosmovisões e impor uma cultura

dominante, sem qualquer espaço para o diálogo intercultural. É fechar os olhos, ainda, para o desamparo político, cultural e jurídico a que os índios reiteradamente são submetidos. ■

Notas

1 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 46.

2 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 165.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://rccs.revues.org/1180>. Acesso em: 16/9/2014.

4 VASCONCELOS, Arnado. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257/258.

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://rccs.revues.org/1180>. Acesso em: 16/9/2014.

6 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 219.

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabril, 1988, p. 73.

8 WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

9 *Ibidem*, p. 193.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://rccs.revues.org/1180>. Acesso em: 16/9/2014.

11 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 233/234.

12 FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/827-841-1-PB.pdf> p. 21, acesso em 18/8/2014.

13 *Idem*, p. 23.

14 BELTRÃO, Jane Felipe e OLIVEIRA, Assis da Costa. *Constitucionalismo multicultural e povos indígenas: outra cidadania é possível?* Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2678.pdf, acesso em 17/19/2014.

15 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm

16 BELTRÃO, Jane Felipe e OLIVEIRA, Assis da Costa. *Constitucionalismo multicultu-*

ral e povos indígenas: outra cidadania é possível? Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2678.pdf, acesso em 17/19/2014

Referências

FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/827-841-1-PB.pdf> p. 21, acesso em 18/8/2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabril, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://rccs.revues.org/1180>. Acesso em: 16/9/2014.

VASCONCELOS, Arnado. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CIVIL E COMERCIAL

MONTADORA DE AUTOMÓVEIS NÃO INDENIZARÁ POR ACIDENTE OCORRIDO NO ANO EM QUE CINTO SE TORNOU OBRIGATÓRIO

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 1511660/SP

Órgão Julgador: 3a. Turma

Fonte: DJe, 27.03.2015

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. ÔNUS DA PROVA. ACIDENTE DE CARRO. USO DO CINTO DE SEGURANÇA. AIR BAG. VEÍCULO IMPORTADO. AÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não se pode presumir o uso de cinto de segurança por condutor de veículo envolvido em acidente ocorrido em 1998, ano em que se tornou obrigatória tal exigência. É de sabença geral que a utilização do cinto demandou alguns anos de alteração de postura e conscientização de motoristas.

2. É despicinda a realização de perícia cujo resultado, mesmo que favorável àquele que a postula, não tem o condão de modificar o resultado da demanda em seu favor, ante a impossibilidade de desconstituir outros elementos suficientes ao não acolhimento dos argumentos apresentados. Aplicação dos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por

unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). ISABELA BRAGA POMPILIO, pela parte RECORRENTE: BMW DO BRASIL LTDA Brasília (DF), 19 de março de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Tratam os autos de ação indenizatória proposta por Marcus Henrique Silva em desfavor da BMW do Brasil Ltda. Sustenta que, por acreditar no sistema de segurança dos carros BMW, adquiriu um, mas, quando sofreu acidente de trânsito, nem o *air bag* nem o cinto de segurança funcionaram, de modo que se chocou com o para-brisa do carro, ferindo-se em consequência desse fato.

A ação foi julgada improcedente ao fundamento de que o autor não chegou a produzir um mínimo de prova de que, na condição de consumidor, teria cumprido as especificações do fabricante quanto à manutenção adequada do veículo. Também entendeu o julgador que os fatos apresentados na inicial não corroboraram as conclusões pretendidas pelo autor quanto à responsabilidade da empresa ré.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu de forma diversa e reformou a sentença para dar ao recorrente a oportunidade de produzir a prova pericial. O acórdão foi assim ementado:

“DEFEITO DO PRODUTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – QUESTÃO DE FATO – JULGAMENTO DO ESTADO DA LIDE – NULIDADE DECRETADA – PROVAS REQUERIDAS – RECURSO PROVIDO.”

Inconformada, BMW do Brasil Ltda. oferece recurso especial, sustentando vulneração dos arts. 14, IV, 125, II, 130, 131 do Código de Processo Civil.

Argumenta que a prova que o recorrido pretende produzir é impossível e não resultará em nenhuma conclusão hábil ao deslinde da controvérsia.

O recurso veio a esta Corte por força do provimento do AREsp n. 106.834/SP.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Entendo que tem razão a recorrente.

A decisão sobre a necessidade de produção de provas está amparada pelo Tribunal de Justiça no fato de que a prova pericial, apesar de não poder ser realizada diretamente no veículo acidentado, porque fora reparado, ainda poderia ser feita indiretamente.

Confiram-se esclarecimentos constantes do acórdão que julgou os embargos declaratórios:

“Caso frustrada a prova técnica diretamente no automóvel, dado o concerto efetivado pelo embargado, questão a ser atestada somente pelo perito que tem conhecimento técnico específico para tanto, a prova pode ser realizada indiretamente, pois, as fotografias dos autos podem permitir constatação de velocidade em razão dos danos captados pela fotografia, assim como esses mesmos danos podem indicar com precisão o sítio da colisão no veículo, para se aferir se seria o caso de acionamento automático ou não do sistema de segurança questionado na inicial” (e-STJ, fl. 652).

Essa decisão não supera os motivos apresentados na sentença para julgamento de improcedência.

Com efeito, trata-se de veículo usado que não foi adquirido da empresa ré e em nenhuma concessionária au-

torizada, até porque é anterior à data oficial de importação da referida marca pelo Brasil.

A sentença deixou claro que as importações iniciaram-se em outubro de 1995 e que o único documento juntado pelo réu a respeito do veículo não comprovava nem mesmo o domínio e é datado de 1993. Observe-se:

“[...] sendo a importadora exclusiva desses veículos para o Brasil desde 17 de outubro de 1995 (fl. 64, 03 e 05).

Nada nos autos está a informar se o automóvel do autor foi por ele adquirido antes ou depois dessa data. A inicial cala a respeito. O documento de fl. 20 não se presta a esse fim (na verdade, não se presta sequer a comprovar o domínio, pelo demandando, do veículo mencionado na inicial [...]

[...]

Por outro lado, em nenhum momento logrou demonstrar haver adquirido o veículo BMW referido na inicial diretamente da ré ou através dela. Daí, não se poder dizer seja a contestante, na forma da lei consumerista, fornecedora do produto [...]” (e-STJ, fls. 310 e 313).

Também se afirmou que o autor não trouxe aos autos os manuais de manutenção periódica do veículo em concessionária autorizada:

“Fundado o pedido indenizatório em defeito do produto – mal funcionamento de sistema de *air bag*, *check control* e cintos de segurança – cumpria ao autor evidenciar a verossimilhança de sua alegação, fazendo prova, ao menos da correta manutenção dos dois primeiros, através da exibição do manual de proprietário, com anotação das revisões periódicas feitas em oficinas autorizadas ou concessionárias da fabricante [...]”

E mais: colocou-se sob suspeita até mesmo o fato de que o autor estivesse utilizando cinto de segurança quando do acidente, o que, sopesado com documentos dos autos, evidenciou que ele “não se notabilizava pela observância das regras de trânsito”, levando o

juiz à conclusão de que o caminho era o da improcedência da ação.

Ressalto que o uso do sinto de segurança tornou-se obrigatório na mesma época do acidente. Essa obrigatoriedade surgiu com a Lei n. 9.503/1997, que entrou em vigor em 20.1.1998 e ainda ficou dependendo de regulamentação do Contran. O acidente, segundo indica o autor, ocorreu em junho de 1998. É certo que, nessa época, não se utilizava o cinto e ninguém ouvia falar em *air bag*, pois é de sabença geral que a efetiva utilização do cinto ainda demandou anos de alteração de postura e conscientização de motoristas.

Portanto, a prova pretendida pelo Tribunal não pode corroborar em nada as alegações do autor da ação, pois, mesmo que se faça prova de que o acidente ocorreu quando ele transitava em velocidade que exigia o acionamento do *air bag*, esse fato não ultrapassa todos os outros acima apontados, inclusive, a existência da relação de consumo.

Assim, entendo que a sentença pautou-se pelas disposições dos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil, razão pela qual merece provimento o recurso a fim de restabelecê-la.

Ademais, embora o recurso não comporte conhecimento pela alínea “c” do permissivo constitucional, visto que o único precedente que se assemelha à hipótese dos autos é o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mas é monocrático, deve-se considerar os fundamentos ali lançados no sentido de que, prejudicada a prova pericial, tornando impossível o exercício de defesa pela parte ré, prejudicada também estará qualquer decisão que possa embasar-se na presunção de veracidade decorrente de eventual inversão do ônus da prova.

Ora, se o autor vendeu o carro no curso da demanda, quando ele mesmo, como afirma, pretendia fazer prova pericial, assumiu o risco de nada provar. Na verdade, trata-se de ato incompatível com a pretensão discutida na lide.

Deveria pelo menos ter realizado a prova antecipada.

A inversão do ônus da prova nas hipóteses acobertadas pelo Código de Defesa do Consumidor visa facilitar a defesa do consumidor já que usualmente não tem acesso à produção dos bens adquiridos, sendo o que comumente se denomina hipossuficiente técnico. Contudo, de forma alguma pode o consumidor inviabilizar a prova a ser realizada pelo fornecedor, para obter resultado positivo na lide, seja esse ato intencional ou não.

É certo que o consumidor não precisa movimentar-se para facilitar provas, mas não está autorizado a impedi-la. Se o fizer, sua lide equivalerá às lides temerárias. O ato de vender o veículo, a meu ver, inviabiliza qualquer decisão acerca da inversão do ônus da prova.

Portanto, se não fosse a falta da verossimilhança das alegações do recorrido/autor em sua inicial, não corroborada pelos elementos de provas trazidos por ele, conforme indica a sentença, ainda assim, não se poderia presumir verossímeis suas alegações por eventual inversão do ônus da prova, já que prejudicada ficou a prova técnica por ato de liberalidade por ele praticado.

Ante o exposto, conheço do recurso especial pela alínea “a” do permissivo constitucional e dou-lhe provimento a fim de restabelecer a sentença inclusive quanto à distribuição dos ônus de sucumbência.

É como voto.

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

IMOBILIÁRIO

CONSTRUTORA QUE NÃO CUMPRIU CONTRATO TERÁ QUE PAGAR CONSTRUCARD DE CLIENTE

Tribunal Regional Federal da 4a. Região
Apelação Cível n. 5007509-87.2011.404.
7201/SC

Órgão Julgador: 4a. Turma

Fonte: DJe, 09.04.2015

Relator: Desembargador Federal Cândido
Alfredo Silva Leal Junior

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. RESCISÃO CONTRATUAL. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE CONSTRUIR A CASA MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE RECURSOS EMPRESTADOS PELA CEF ATRAVÉS DE CONSTRUCARD. OBRA ABANDONADA. RESSARCIMENTO DOS VALORES DO EMPRÉSTIMO.

Configurado o inadimplemento por parte da empresa responsável pela construção de uma residência com 54m², porque previa o contrato que a obra seria custeada através de construcard e que tais valores ficariam disponíveis para utilização pela empresa, mas tendo restado abandonada a obra, deve a empresa ser responsabilizada pelo pagamento do empréstimo construcard.

Sentença mantida na íntegra.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de abril de 2015.

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO
SILVA LEAL JUNIOR

Relator

RELATÓRIO

Esta apelação ataca sentença que julgou procedente a ação de rescisão contratual para “condenar exclusivamente a ré Recompensa Construções Civis Ltda. – ME a restituir ao autor o montante total de R\$ 38.912,59 (trinta e oito mil novecentos e doze reais e cinquenta e nove centavos), em valores históricos, que deverá ser atualizado monetariamente a partir de cada desembolso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, nos termos da fundamentação constante do item 4.1”.

Em suas razões recursais, a ré Recompensa Construções Civis Ltda – ME sustenta que não pode ser responsabilizada pelos valores gastos com o cartão construcard porque tais compras somente poderiam ser feitas mediante a utilização da senha pessoal do mutuário (autor) e que este não foi diligente na supervisão das obras contratadas e em relação aos materiais de construção adquiridos. Diz que o autor se contradiz, pois na inicial afirma que não havia autorizado a compra de materiais de construção e depois disse que entregou a senha do cartão a uma funcionária da construtora.

Foram apresentadas contrarrazões. É o relatório.

VOTO

Examinados os autos e as alegações das partes, fico convencido do acerto da sentença de procedência proferida pelo juiz federal substituto Fernando Ribeiro Pacheco, transcrevendo-a e adotando-a como razão de decidir, nestes termos:

4.1. Recompensa Construções Civis Ltda. – ME

A partir da análise dos documentos que instruem a inicial (evento 1, INIC1, fls. 14/17), constata-se que no dia 21.08.2009 o autor entabulou com a requerida um contrato para construção de residência térrea, com 54m², na Rua Mario Arins Caldeira, 520, Floresta, nesta cidade, restando convencionado

o pagamento do valor de R\$ 35.600,00, nas seguintes condições:

5.2. condições de pagamento: SINAL DE R\$ 5.600,00 NA ASSINATURA DO CONTRATO. R\$ 5.000,00 APÓS A ASSINATURA DO CONTRATO. R\$ 25.000,00 EM CRÉDITO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO CONSTRUCARD DA CAIXA ECONÔMICA, SENDO LIBERADO PELO CLIENTE NA LOJA INDICADA PELA CONTRATADA.

O prazo de execução foi estipulado “em até doze semanas após os projetos” (cláusula 5.3).

O autor sustentou que cumpriu com as obrigações assumidas no pacto, tendo efetuado o pagamento integral acordado – inclusive mediante empréstimo contraído junto à CEF pelo sistema Construcard – sem receber a edificação prometida. Juntou recibos e cópia do ajuste de financiamento para comprovar suas assertivas, além de extratos de utilização do crédito fornecido pela casa bancária junto à ré Construsilva (evento 1, INICfls. 19/47). Também acostou registros fotográficos a fim de evidenciar a alegação de que a residência não foi edificada (evento 1, INIC1, fls. 48/50).

A Recompensa, citada por edital e representada por curador especial, apresentou contestação por negativa geral (art. 302, parágrafo único, CPC).

Pois bem, embora afastados os efeitos da revelia e, portanto, sendo do autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, entendendo que a prova produzida no feito foi suficiente para evidenciar o descumprimento do contrato firmado entre as partes.

As fotografias trazidas com a inicial permitem visualizar um terreno com obra iniciada, porém aparentemente abandonada, que seria correspondente à residência contratada pelo autor (evento 1, INIC1, fls. 48/50).

Em audiência o demandante confirmou que a residência não foi concluída, podendo-se extrair a mesma

informação do depoimento da testemunha Davis Roberto Ferreira (evento 127).

O demandante, por sua vez, apresentou recibos e comprovantes de depósitos para demonstrar o pagamento da quantia acordada.

Os dois recibos juntados foram emitidos pela Recompensa Construções, sendo um no valor de R\$ 300,00 e outro de R\$ 980,00 (evento 1, INIC1, fl. 21). Já os comprovantes de depósito têm como destinatários Naudir Ricken (R\$ 5.000,00) e Dorraide Maria Fernandes (dois de R\$ 1.000,00 e um de R\$ 500,00) (evento 1, INIC1, fls. 19/20).

Constam dos autos, ainda, os comprovantes de retirada de materiais mediante utilização do crédito Construcard, no valor de R\$ 25.000,00, integralmente utilizado – tanto que está sob cobrança nos autos da Ação Monitória n. 5002635-59.2011.404.7201 – o qual foi atualizado pelo demandante e alcançou a cifra de R\$ 30.132,59 na data do ajuizamento.

Logo, o requerente comprovou nos autos o pagamento da quantia de R\$ 38.912,59 – seja mediante entrega direta dos valores, depósito bancário ou crédito utilizado pela ré para retirada de materiais de construção em estabelecimento comercial – sem que a Recompensa tenha entregado a obra contratada.

Por conseguinte, resta evidente o descumprimento da avença pela demandada, aplicando-se o disposto no art. 475 do Código Civil:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Assim, merece acolhida o pedido de rescisão contratual e devolução dos valores adimplidos à ré, a fim de retornar as partes ao estado anterior.

No entanto, a obrigação da Recompensa ora reconhecida deve

limitar-se à restituição dos montantes cujo pagamento foi efetivamente comprovado pelo autor, conforme documentos juntados aos autos, e não no valor integral que alegou ter adimplido na petição inicial.

Registre-se, ainda, que para tal finalidade é possível a aceitação dos comprovantes de depósito realizados em favor de terceiros que não a empresa ré ou seu representante legal, uma vez que, a partir de suas características de tempo e de valores – condizentes com as assertivas do autor – pode-se estabelecer um liame entre tais operações e a Recompensa (evento 1, INIC1, fls. 19/20).

E aqui ainda convém tecer algumas considerações acerca da responsabilidade pelo pagamento do valor mutuado pela CEF pelo sistema Construcard (R\$ 25.000,00, em valores históricos).

Como se disse no julgamento da ação monitória n. 5002635-59.2011.404.7201 em apenso, perante a instituição credora o ora autor permanece sendo o responsável pela quitação da dívida, juntamente com os avalistas. Logo, o título judicial formado naquele feito em seu desfavor remanesce hígido e o valor será calculado conforme os encargos previstos no ajuste e cobrados pela CEF.

Na presente demanda o que se está reconhecendo é o direito do demandante de ser ressarcido pelo uso indevido de tal numerário pela ré Recompensa.

Ocorre que, como o provimento jurisdicional deve-se ater aos exatos limites do pedido – nem mais, nem menos, nem fora –, não se pode aqui condenar a Recompensa a pagar todos os encargos que estão sendo cobrados do autor pela CEF na ação monitória, porque o pedido formulado na petição inicial deste feito não os abrange. É dizer, o requerente pleiteou condenação da demandada em valor certo – R\$ 30.132,59 –, de

modo que essa cifra é que deve balizar a condenação.

A partir do ajuizamento, a dívida passa a ser atualizada conforme critérios judiciais. Assim, por se tratar de responsabilidade contratual, a atualização monetária dos valores deve ocorrer a partir da data de cada desembolso (Súmula 43 do STJ), incidindo juros moratórios de 1% ao mês (CC, artigo 406 c/c art. 161, § 1º do CTN), estes a contar da citação.

Nessa direção:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSIONAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO-COMERCIAL. RESCISÃO UNILATERAL. [...] RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO PREJUÍZO. SÚMULA 43/STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.1. A relação jurídica estabelecida entre as partes tem natureza contratual, fundada em ajuste de representação comercial paradistribuição dos produtos fabricados pela representada. [...] 2. Tendo em vista a responsabilidade do representado decorrer de inadimplemento contratual, o termo a quo de incidência dos juros moratórios deve ser a data da citação. 3. “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo” (Súmula 43/STJ) [...] (STJ, REsp 1001525 / MG, Quarta Turma, rel. Min. Raúl Araujo, DJe 10.05.2013).

No caso da atualização do montante relativo ao empréstimo Construcard (R\$ 30.132,59), como não há data de pagamento, a correção monetária deve incidir também a partir do ajuizamento, data em que realizado o cálculo, acrescido de juros de mora de 1% ao mês também a partir da citação.

A manutenção da sentença é medida que se impõe porque o próprio contrato, que tinha por objeto a cons-

trução de uma residência com 54m², previa que o autor iria alcançar à apelante um crédito em material de construção (construcard), a fim de custear a obra. Ou seja, tais valores ficariam à disposição da empresa para a compra dos materiais necessários à construção da casa. Naquele contrato, a empresa ficou responsável pela construção segundo cronograma pré-estabelecido e ficou obrigada a entregar a casa totalmente acabada (petição inicial – fls. 15/18).

Contudo, a obra restou abandonada, não tendo a empresa cumprido com sua obrigação de utilizar os materiais de construção para construção completa da casa. À evidência do inadimplemento contratual pela parte da empresa, impõe-se seja ela responsabilizada pelo pagamento do empréstimo construcard.

Assim, o que foi trazido nas razões de recurso não me parece suficiente para alterar o que foi decidido, mantendo-se o resultado do processo e não havendo motivos para reforma da sentença.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

EXTRATO DE ATA

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 07/04/2015, na seqüência 5, disponibilizada no DE de 27/03/2015, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4a. TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Luiz Felipe Oliveira dos Santos

Diretor de Secretaria

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

Relator

PROCESSO CIVIL

AÇÃO PARA FORNECIMENTO DE REMÉDIO PELO PLANO DE SAÚDE NÃO ADMITE SUCESSÃO PROCESSUAL

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1475871/RS

Órgão Julgador: 3a. Turma

Fonte: DJe, 13.03.2015

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA E CONFIRMADA EM SENTENÇA. FALECIMENTO DA PARTE AUTORA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PROCLAMADA PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PERSONALÍSSIMO. MEDICAMENTO ONCOLÓGICO FORNECIDO POR PLANO DE SAÚDE A SEU BENEFICIÁRIO. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. O pleito relativo ao fornecimento do medicamento oncológico direcionado a plano de saúde constitui direito personalíssimo do beneficiário, não se admitindo, assim, a sucessão processual pelo falecimento do doente no curso da demanda.

2. Somente se admitiria a sucessão do polo ativo da ação se o litígio versasse sobre o reembolso de valor correspondente ao custeio da medicação utilizada pelo beneficiário do plano, quando, então, transmudar-se-ia sua natureza jurídica em direito obrigacional.

3. Ocorrido o falecimento da demandante, ainda que se tenha submetido a todo o tratamento com a medicação oncológica fornecida por força da decisão antecipatória de tutela confirmada por sentença, não mais persiste o interesse recursal do plano de saúde de ver julgado seu recurso de apelação, sobretudo quando não recorreu da parte da sentença que o condenou ao paga-

mento dos ônus de sucumbência, porquanto ausente o binômio necessidade-utilidade do provimento jurisdicional.

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Noticiam os autos que (...), na condição de dependente de plano de saúde da UNIMED PORTO ALEGRE SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA., ajuizou ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando a condenação da requerida a pagar ou fornecer medicamentos para tratamento oncológico. Eis os pedidos deduzidos na inicial da demanda:

“a) O recebimento e processamento da presente para, FORTE NO DISPOSTO NO ARTIGO 273, DO CPC, conceder a medida de TUTELA ANTECIPADA comandando liminarmente que a demandada UNIMED, autorize a aquisição e/ou forneça ou mesmo realize o pagamento da medicação oncológica – Temodal (Temozolomida) na dose de 140 mg VO dia, por 35 dias durante o tratamento de radioterapia. Após isso, finalizada a radioterapia, que seja fornecido ou adquirido pelo UNIMED o medicamento Temozolo-

mida 100 mg, 4cp VO dia, para uso por 05 dias a cada mês, após o fim da radioterapia, por 06 meses. Totalizando 120 cps de 100 mg para este segundo período

[...]

e) O julgamento pela procedência total da lide, afastando a cláusula contratual excludente por sua abusividade, e condenando a Demandada ao pagamento das despesas referentes à aquisição e/ou fornecimento de medicação acima indicada, durante todo o prazo em que os tratamentos radioterápicos e quimioterápicos se realizem e que essa medicação esteja associada aos mesmos, tudo por recomendação médica, acompanhando as dosagens prescritas pelo Dr. Carlos Eugênio Escovar e determinadas no Relatório Médico, por ele firmado, em 11 de maio de 2010;

f) A condenação da ré nas despesas e custos judiciais, e no pagamento da verba honorária, no percentual de 20%, calculado sobre o montante da condenação, tudo conforme disposto nas normas processuais vigentes;

g) Como pedido sucessivo, na hipótese de adiantamento do pagamento por parte da autora, pela falta do fornecimento da medicação pela ré, o valor do custo despendido pela demandante deverá ser objeto de indenização, sendo este valor corrigido pelo IGP-M, acrescido de juros legais calculados desde o momento do ressarcimento e até final e efetivo pagamento pela requerida;

[...]"

Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 39/41), mantida a decisão em sede de agravo de instrumento (fls. 196/199) e confirmada pela sentença de primeiro grau (fls. 240/246) que julgou procedente o pedido inicial para “condenar a ré a custear integralmente a medicação oncológica Temodal 140mg VO dia necessária ao tratamento da autora durante o tratamento de radioterapia e, após, o medicamento Temozolomida 100 mg, 4cp VO dia durante seis meses após a radioterapia”, bem como a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios aos patronos da autora, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A Unimed apelou (fls. 249/262). Em contrarrazões (fls. 269/272), noticiou-se o falecimento da demandante e, ao argumento de tratar-se de ação personalíssima, requereu-se a extinção do feito sem resolução de mérito, por perda do interesse processual, com a manutenção da condenação da requerida nas verbas de sucumbência.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou prejudicada a apelação e extinguiu o processo sem resolução de mérito, nestes termos:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. TRATAMENTO DOMICILIAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – TEMODAL. ÓBITO DA PARTE AUTORA. DIREITO PERSONALÍSSIMO. EXTIÇÃO DA AÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

1. Cuidando-se de direito personalíssimo – necessidade do medicamento Temodal para tratamento domiciliar – e ocorrendo a morte da parte autora, impõe-se o decreto de extinção, por perda de objeto. Art. 267, IV e IX, do CPC.

2. Tendo sido necessário o ingresso da ação para garantir o direito à saúde, providência alcançada em antecipação de tutela, cabível a imposição do pagamento dos ônus sucumbenciais à parte demandada. Princípio da causalidade. Art. 20, *caput*, do CPC.

JULGARAM EXTINTO O FEITO, PREJUDICADO O EXAME DO APELO.”

Nas razões do especial, a UNIMED, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, aponta, além de dissídio jurisprudencial com o REsp n. 713.281/RS, violação do art. 267, IV e IX, do CPC. Argumenta que “é inadmissível, por incompatibilidade, que, por um lado, torne-se definitiva a tutela antecipada concedida *initio litis*, e, por outro, julgue-se extinto o feito por perda de

objeto devido ao falecimento da autora”, tendo em vista que não se trata de direito personalíssimo, mas, em verdade, de questão patrimonial porquanto o pleito inicial fundou-se em contrato privado de assistência à saúde.

Argumenta que o falecimento da autora não implica a extinção do feito por perda do objeto, porquanto, quando de sua morte, já teria realizado todo o tratamento com a medicação oncológica.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 318/329.

Inadmitido o apelo extremo (fls. 331/335), sobreveio agravo, que foi provido nos termos da decisão de fl. 364.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se em definir se, em apelação, com o falecimento da parte autora de demanda que tem como objetivo o reconhecimento de direito ao fornecimento de medicamento a beneficiário de plano de saúde, em que foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela confirmada por sentença, deve ou não ser extinto o feito sem resolução de mérito.

Analisando o caso *sub judice*, verifica-se que o pleito relativo ao fornecimento do medicamento pelo plano de saúde constitui direito personalíssimo do doente, não se admitindo, assim, a sucessão processual.

Nesse sentido, as lições de Cândido Rangel Dinamarco em Instituições de Direito Processual Civil (vol. III, p. 139):

“Quando vem a falecer a parte no curso de um processo versando direitos personalíssimos e portanto intransmissíveis, não há como prosseguir no processo – e então a morte é definitivamente impeditiva desse julgamento, porque nessa hipótese o processo se extingue (art. 267, inc. IX). Nos caso em que o

direito material confina certos direitos ou obrigações exclusivamente na esfera jurídica de determinada pessoa, seria substancialmente ilícito outorgar esses direitos ou impor essas obrigações ao sucessor do titular. “

Todavia, se, ao invés de conceder a medicação, o juízo tivesse acolhido o pedido alternativo formulado na inicial da demanda de reembolso do valor equivalente ao valor do custeio do medicamento, transmudaria a sua natureza jurídica em direito obrigacional, admitindo-se, assim, a sucessão do polo ativo da ação.

Mas o que se tem, no presente caso, é que o pedido de extinção do feito pelo falecimento da beneficiária do plano foi formulado pela parte autora, motivo pelo qual se infere que o medicamento foi fornecido em espécie, caracterizando-se, portanto, nítido direito personalíssimo.

Ressalte-se que, no aresto trazido como paradigma pelo recorrente (REsp n. 713.281/RS), foi reconhecida a possibilidade de sucessão processual, tendo em vista que o medicamento não foi fornecido e, por essa razão, pleiteou-se o ressarcimento dos valores despendidos para custear o tratamento do autor. Consectariamente, não há similitude entre referido julgado e a hipótese tratada nos presentes autos.

Resta-nos indagar se o fato de a sentença ter confirmado a tutela antecipadamente concedida obstaria a extinção do feito sem resolução do mérito, ainda que em face do falecimento da demandante.

A recorrente, em suas razões, sustenta que “é inadmissível, por incompatibilidade, que, por um lado, torne-se definitiva a tutela antecipada concedida initio litis, e, por outro, julgue-se extinto o feito por perda de objeto devido ao falecimento da autora”, porquanto não se trata de direito personalíssimo, mas, em verdade, de questão patrimonial porquanto o pleito inicial fundou-se em contrato privado de assistência à saúde.

Argumenta que o falecimento da autora não implica a extinção do feito por perda do objeto, pois, quando de sua morte, já teria realizado todo o tratamento com a medicação oncológica.

O recurso não comporta provimento.

Isso porque, com a morte da demandante, ainda se que tenha submetido a todo o tratamento com a medicação oncológica fornecida por força da decisão antecipatória de tutela, não mais persiste o interesse recursal do plano de saúde de ver julgado seu recurso de apelação, sobretudo porque nem sequer recorreu da parte da sentença que o condenou ao pagamento dos ônus de sucumbência, estando ausente, na hipótese, o binômio necessidade-utilidade do provimento jurisdicional.

Consoante leciona o professor Cândido Rangel Dinamarco, “para que se reconheça à parte interesse em recorrer, é bastante, desse ponto de vista, que a eventual interposição do recurso lhe abra o ensejo de alçar-se a situação mais favorável do que a que lhe adveio da decisão impugnada” (Capítulos de sentença. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 102/103).

Ainda, do mesmo doutrinador, as seguintes lições:

“Como conceito geral, interesse é utilidade. Consiste em uma relação de complementariedade entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa (Carne-lutti). Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional (supra, nn. 39-40). O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha

essa utilidade e essa aptidão.” (Op. cit., vol. II, p. 303.)

Inexistindo, portanto, interesse recursal do plano de saúde na apreciação do recurso de apelação, porquanto o seu provimento em nada lhe seria útil ou necessário, merece ser mantido o aresto recorrido, que extinguiu o feito sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, IX, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO

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

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

PENAL E PROCESSO PENAL

ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS POR AUSÊNCIA DE PROVA CONCRETA ACERCA DO COMETIMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Criminal n. 1.282.385-5

Órgão Julgador: 5a. Câmara Criminal

Fonte: DJe, 01.04.2015

Relator: Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

Ruy Alves Henriques Filho

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL ARTS. 35 E 33, “CAPUT”, DA LEI Nº 11.343/06 – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA DE 04 (QUATRO) RÉUS NO ALUSIVO AO CRIME DO ART. 33, “CAPUT”, DA LEI DE DROGAS RECURSO DO MINISTÉRIO

PÚBLICO PEDINDO A CONDENAÇÃO DE 03 (TRÊS) DOS RÉUS ACUSADOS PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRAFICÂNCIA DE ENTORPECENTES, SOB A ALEGAÇÃO DE SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA TANTO IMPOSSIBILIDADE PRECARIÉDADE PROBATÓRIA INCERTEZA PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE INADMISSIBILIDADE DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO.

“Absolvição pelo princípio “in dubio pro reo” TJRS: “Aplicação de princípio *in dubio pro reo* Autoria pelo apelante sinalizada como mera possibilidade. Tal não é bastante para condenação criminal, exigente de certeza plena. Como afirmou Carrara: “A prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática.” – Deram parcial provimento Unânime.” (RJTJERGS 177/136).

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1.282.385-5, da Comarca de Terra Rica Juízo Único, em que é Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO e Apelados Q. M. D. S. e OUTRO e R. D. S. F.

I. RELATÓRIO

A ilustre Promotoria de Justiça, com exercício na Comarca de Ponta Grossa, denunciou E. M. D. S. e R. C. V. como incurso nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão dos seguintes fatos delituosos (fls. 02/04):

“Consta dos autos de Inquérito Policial em apenso que no dia 23 de novembro de 2012, por volta das 20 horas e 30 minutos, os denunciados E. M. D. S. e R. C. V., agindo dolosamente com vínculo subjetivo e divisão funcional de tarefas, perpetraram o crime de tráfico de drogas neste município e comarca de Terra Rica, com as seguintes condutas: o denunciado R. C. V. induziu a denunciada E. M. D. S. a trazer consigo e lhe fornecer no interior da carceragem da Polícia Civil de Terra Rica 01 tablete da substância capaz de causar dependência física ou psíquica conhecida como “maconha”, pesando 490 g (qua-

trocentos e noventa gramas), conforme auto de Constatação da fl. 29 dos autos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Saliente-se que referida droga estava escondida dentro de uma caixa de sabão em pó que seria entregue ao denunciado R. C. V., droga esta encontrada ao se realizar a vistoria costumeira. Salienta-se, por fim, que o denunciado R. C. V. já está preso na carceragem da Delegacia de Polícia de Terra Rica pelo crime de tráfico de drogas”.

Posteriormente, denúncia foi aditada para o fim de incluir R. D. S. F. e Q. M. D. S. como incurso nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão do seguinte fato delituoso (fls. 86/88):

“Consta dos autos de Inquérito Policial em apenso que no dia 23 de novembro de 2012, neste município e comarca de Terra Rica-PR, as denunciadas Q. M. D. S. e R. D. S. F., agindo dolosamente, com vínculo subjetivo e divisão funcional de tarefas, adquiriram, colocaram dentro de uma caixa de sabão em pó, lacraram, forneceram para E. M. D. S. (já denunciada nos autos), e pediram que esta última entregasse ao detento R. C. V., 01 tablete da substância capaz de causar dependência física ou psíquica conhecida como “maconha”, pesando 490 g (quatrocentos e noventa gramas), conforme auto de Constatação da fl. 29 dos autos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Os réus foram notificados às fls. 117v., 118, 119 e 150, apresentando defesas às fls. 113/114, 123/125 e 139/144, tendo sido a denúncia recebida em 15 de janeiro de 2013, à fl. 89.

Durante a fase de instrução, houve a inquirição de 02 (duas) testemunhas arroladas na denúncia (fls. 165 e 166) e 05 (cinco) arroladas pela defesa (fls. 167, 168, 169, 170 e 171), ocorrendo a desistência da oitiva da testemunha faltante (fl. 176). Após, os réus foram interrogados (fls. 172, 173, 174 e 191).

Alegações Finais por memoriais pelo Ministério Público às fls. 199/209

e pelas defesas às fls. 211/212 e 214/224.

Prosseguindo os trâmites legais, sobreveio a sentença de fls. 255/258v., na qual entendeu por bem o MM. Magistrado *a quo* em julgar improcedente a denúncia para o fim de absolver E. M. D. S. com fulcro no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, e R. C. V., R. D. S. F. e Q. M. D. S. com base no inciso VII do mesmo artigo.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação e, em suas razões (fls. 263/271), afirmando a suficiência do conjunto probatório, pugnou pela procedência da denúncia, para fins de condenar R. C. V., R. D. S. F. e Q. M. D. S. como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Contrarrazões pelas defesas às fls. 276/278 e 279/284.

Encaminhados os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, esta manifestou parecer às fls. 301/309, opinando pelo conhecimento e, no mérito, pelo provimento do apelo.

É o relatório.

II. VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

O recurso preenche os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

No mérito, “data vênica” do denodo ministerial, desmerece ser albergado.

Pois bem! Em se tratando da prática de crimes tidos pela dogmática como hediondos ou a eles assemelhados, incide o desvalor jurídico-penal mais acentuado, isto é, as técnicas de repressão nos planos do direito material e processual se aplicam com mais rigor e, assim, inquestionavelmente, nestes casos, como o de em mesa, quanto à questão probatória, não deve adormecer a cautela, nem arrefecer o cuidado. Lembre-se que o trabalho do Juiz, como toda decisão humana, implica em uma escolha entre alternativa e, no presente feito, o julgador monocrático fundamentou, com o costumei-

ro equilíbrio apreciativo, a sua decisão absolutória. E analisou com esmero e paciência as ditas provas em relação à culpabilidade dos acusados pela prática do crime previsto no art. 33, “caput”, da Lei de Drogas, concluindo que:

“Assim, haveria que ter no mínimo a juntada ou degravações dos trechos principais onde estaria a combinação da entrada de drogas entre Q. e R., de nada valendo uma suposição das testemunhas, sem amparo concreto. No momento em que a mesma diz que existe a gravação onde os acusados combinaram outras entradas, imprescindível a juntada nos autos da referida degravação, demonstrando a culpa. A testemunha apenas dizer que teria ouvido mediante interceptação não torna a prova suficiente para a condenação, pois a mesma não presenciou os fatos, bem como não se tem a certeza sobre a referida conversação.

As provas colhidas em inquérito também não podem ser utilizadas para uma condenação, pois destituídas do contraditório, que é ínsito ao moderno processo penal.

E. M. D. S. apenas teria levado a sacola à delegacia, na boa fé e sem suspeitar do que a mesma continha, não havendo porque duvidar da sua boa-fé. Apenas foi prestar um favor, e viu-se envolvida sem nada saber sobre os fatos.

Se assim ocorreu com E., por uma questão de princípios, o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos demais acusados.

Q. conta que terceiros lhe procuraram e lhe entregaram uma sacola que deveria ser entregue a irmã de A., para que aquela a entregasse a B.. Não é pelo fato de Q. ser esposa de pessoa acusada de tráfico ou de se envolver outra vez com este meio, é que deve se presumir culpada.

Deve, sim, ser demonstrada a sua culpa, e sua versão de que terceiros entregaram a sacola a mesma é perfeitamente possível e por isso deve ser aceita.

R. diz que recebeu a sacola de Q. e que a referida sacola era para ser entregue a B., e que terceiros é que entregaram a sacola originariamente.

Com relação a R., em nenhum momento aparece o nome do mesmo em gravações ou assemelhados, apenas surgindo o seu nome durante a instrução, por ser esposo de Q.

O processo é deficiente, mal instruído e se é cheio de contradições e meias verdades, cabe a prova a ser produzida pela acusação resolver tais contradições e mostrar a verdade, como quem teria fornecido a droga.

Não se pode julgar por presunção ou por anterior envolvimento com drogas.

A questão sobre quem teria tentado adentrar com drogas não é suficientemente esclarecida aqui, existem dúvidas sobre a culpa e portanto o melhor caminho é julgar improcedente a denúncia para absolver E. M. D. S. com base no art. 386, IV, do CPP e aos demais acusados com base no art. 386, VII, do CPP” (fls. 257/258v.).

Como visto, não há como presumir a culpabilidade dos apelados. A condenação criminal, com todos os seus gravames e consequência, só pode apoiar-se em prova cabal e estreme de dúvidas, pois presunções e meros indícios não ostentam aquelas qualidades de segurança e certeza. A jurisprudência relembra:

“Absolvição pelo princípio “in dubio pro reo” TJRS: “Aplicação de princípio *in dubio pro reo* Autoria pelo apelante sinalizada como mera possibilidade. Tal não é bastante para condenação criminal, exigente de certeza plena. Como afirmou Carrara: “A prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática.” – Deram parcial provimento Unânime.” (RJTJERGS 177/136).

Por derradeiro, as hipotéticas provas aludidas na peça recursal, foram apreciadas no demorado teor analítico do r. “decisum” vituperado.

Pelos motivos fático-jurídicos delineados, voto pelo conhecimento do

recurso, porque próprio e tempestivo, mas, no mérito, com a “vênua” de estilo, pelo seu desprovimento.

III. DECISÃO:

Diante do exposto, acordam os Desembargadores da 5a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao Recurso. Participaram da sessão e acompanharam o voto do Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores MARCUS VINICIUS DE LACERDA COSTA e MARIA JOSÉ DE TOLEDO MARCONDES TEIXEIRA.

Curitiba, 20 de março de 2015.

Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

Relator

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

MONITORA DE CRECHE MUNICIPAL NÃO CONSEGUE ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de Revista n. 2751-65.2012.5.15.0011

Órgão Julgador: 6a. Turma

Fonte: DJe, 20.02.2015

Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda

RECURSO DE REVISTA. CATEGORIA PROFISSIONAL. ENQUADRAMENTO. PROFESSOR.

O TRT consignou que a reclamante sempre exerceu a função de monitora de alunos para a qual foi contratada, e nunca a de professora, seja da educação básica ou infantil, seja como membro de direção, administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais do Município reclamado. Concluiu, por essas razões, que as disposições da Lei nº 11.738/2008 não se aplicam à reclamante. Nesse contexto, para se chegar a conclusão diversa da decisão

recorrida, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento que é vedado nesta fase recursal, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-2751-65.2012.5.15.0011, em que é Recorrente E. D. R. D. S. e Recorrido MUNICÍPIO DE GUAÍRA.

O TRT da 15a. Região negou provimento ao recurso ordinário da reclamante.

Foram opostos embargos de declaração pela reclamante, os quais não foram acolhidos.

A reclamante interpôs recurso de revista. Alegou violação da lei, da Constituição Federal, e divergência jurisprudencial.

O recurso foi admitido.

Foram apresentadas contrarrazões.

Os autos foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, que se absteve de emitir parecer, ante a falta de interesse público.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

CATEGORIA PROFISSIONAL. ENQUADRAMENTO. PROFESSOR

O TRT negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, sob os seguintes fundamentos (fls. 280/282):

No mérito, reafirma a reclamante seu direito de ver reconhecido junto ao município réu seu vínculo de emprego como professora de creche e pré-escola, devendo ser-lhe aplicada a Lei nº 11.738/2008.

O Juízo de Origem, por sua vez, negou o pedido baseando-se no fato de que a reclamada demonstrou que a obreira ativava-se como monitora de desenvolvimento infantil, sempre laborando em creches, e, por assim

ser, atrai instituto legislativo diverso, consoante distingue os incisos I e IV do art. 208, da Constituição da República, ou seja, distinção entre “educação básica” e “educação infantil em creche e pré-escola”, o que ratifica a inaplicabilidade da Lei nº 11.738/2008.

Inicialmente, pondero que a reclamante não alega, em inicial, que esteve faticamente desvinculada de suas funções de monitora, e com isso, exercia, na verdade, funções de professora, o que justifica, ainda mais, o indeferimento do pedido de oitiva de testemunhas.

Postula a reclamante, conforme se depreende de suas afirmações tecidas em inicial, que a sua pretensão é a equiparação do cargo de monitora de educação infantil com o de professora de educação infantil, o que, contudo, não se vislumbra.

A defesa demonstra que o Município mantém quadro profissional de docentes estabelecido pela Lei Complementar nº 2.101/2004, quadro este que considera como docentes os profissionais que exerçam a função de professor de educação infantil e professor de educação básica I e II (art. 6º, inciso I, alíneas “a” a “d”, fl. 66).

Em contrapartida, o município também estabeleceu, no Edital de fls. 58-59, que estava contratando mediante processo seletivo emergencial (autorizado pela Lei Municipal nº 2.041/2003, fls. 60-61) cidadãos para preencherem diversos cargos, dentre eles o de Monitor de Desenvolvimento Infantil, para o qual fora aprovada a obreira.

Neste comentário, referido cargo não se encontra como de provimento efetivo no quadro de servidores públicos do Município, contando este com os cargos relativos ao ensino de creches e pré-escolas conforme dispõe a Lei Complementar Municipal nº 2.416/2009 (fls. 77-87).

No mais, é certo considerar que a referida Lei nº 11.738/2008, regulamentando o art. 60 do ADCT da CF,

traz que sua aplicação se restringe aos profissionais de magistério do ensino público da educação básica a que se refere o aludido art. 60 (art. 1º, Lei 11.738/2008).

Por sua vez, o art. 208 da Carta Constitucional estabelece que a “educação básica” se distingue da “educação infantil em creches e pré-escolas”, sendo esta última não obrigatória.

Assim, plenamente regular que o município réu estabeleça seu quadro de professores destinados à educação infantil e básica daqueles que ofertam apoio sem a utilização de recursos inerentes ao ensino.

E, por professores, ou profissionais do magistério público, entende-se o quanto estabelecido pelo art. 2º da Lei nº 11.738/2008:

Art. 2º.

§ 2º. Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

A reclamante se ativou, inequivocamente, conforme se verificou, em creche, como monitora de alunos, jamais como professora, seja da educação básica ou infantil ou como membro de direção, administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais do Município, de modo que, por mais este motivo, a lei em questão é diploma que não se lhe aplica.

Não há como se admitir, outrossim, a identidade entre os cargos de monitor e professor, uma vez que a reclamante tampouco baseou sua causa de pedir em tais fatos, razão pela qual não se aplica ao caso a identidade de funções

e, por conseguinte, o citado art. 461 da CLT.

Desta forma, entendo que não há como se chegar à conclusão diversa daquela exarada pelo Juízo de Origem, a qual ratifico.

No recurso de revista, às fls. 320/326, a reclamante sustenta que ficou esclarecido que desempenhou a função de educadora no âmbito da educação básica e do ensino infantil, razão pela qual diz que lhe são aplicáveis as disposições das Leis nºs 11.738/08 e 9.394/96. Alega violação dos arts. 21, 29, 30 e 61 da Lei nº 9.394/96, 2º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 11.738/08, 5º, *caput*, e 7º, XXX, da Constituição Federal. Colaciona aresto.

À análise.

O TRT consignou que a reclamante sempre exerceu a função de monitora de alunos para a qual foi contratada, e nunca a de professora, seja da educação básica ou infantil, seja como membro de direção, administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais do Município reclamado. Concluiu, por essas razões, que as disposições da Lei nº 11.738/2008 não se aplicam à reclamante. Nesse contexto, para se chegar a conclusão diversa da decisão recorrida, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento que é vedado nesta fase recursal, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte. A incidência dessa súmula impede a análise do paradigma cotejado e da alegada violação da lei e da Constituição Federal.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 11 de Fevereiro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA
Ministra Relatora

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

INCABÍVEL O MANDADO DE SEGURANÇA EM DESFAVOR DE DELIBERAÇÃO NEGATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal
Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 26738/SP
Órgão Julgador: 2a. Turma
Fonte: DJe, 13.04.2015
Relator: Ministro Teori Zavascki

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE DELIBERAÇÃO NEGATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO PLENÁRIO.

É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não cabe mandado de segurança contra ato de deliberação negativa do Conselho Nacional de Justiça, por não se tratar de ato que importe a substituição ou a revisão do ato praticado por outro órgão do Judiciário.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro TEORI ZAVASCKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de março de 2015.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de agravo regimental de decisão que negou seguimento ao pedido em razão da

incompetência do Supremo Tribunal Federal para apreciar mandado de segurança contra ato do Conselho Nacional de Justiça que não altera a relação jurídica submetida ao órgão, como é o caso de que se cuida.

Sustenta o agravante, em síntese, que a jurisprudência desta Corte deve ser alterada para fins de cabimento do mandado de segurança relativamente aos atos omissivos do Conselho Nacional de Justiça, especialmente no que se refere ao dever desse órgão de zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. A decisão agravada tem o seguinte teor:

Trata-se de mandado de segurança contra ato do Conselho Nacional de Justiça que, no Procedimento de Controle Administrativo 256, indeferiu pedido do ora impetrante, formulado no sentido de que seus subsídios somente fossem pagos proporcionalmente após o final do procedimento disciplinar, então em trâmite junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 15a. Região, que o colocou em disponibilidade e determinou a redução proporcional da parcela mensal.

O Ministro Sepúlveda Pertence, nos termos do RISTF, arts. 13, VIII, c/c 37, I, indeferiu a liminar, decisão impugnada por agravo regimental pendente de julgamento. A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É hoje jurisprudência consolidada na Corte a incompetência do Supremo Tribunal Federal para julgamento de mandado de segurança contra as decisões proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça que não alteram as relações jurídicas submetidas ao órgão, como é o caso de que ora se cuida. A tendência jurisprudencial teve início no julgamento da Questão de Ordem no Mandado de Segurança 26.710,

quando a Corte, em julgamento conjunto com o MS 26.749, acolheu a tese sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de se proceder a uma redução teleológica da alínea r do inciso I do art. 102 da Constituição da República, para que o STF não se convertesse, por meio de mandado de segurança, em instância ordinária de revisão de todas as decisões do CNJ. Embora em ambas as referidas impetrações posteriormente tenham sido homologados pedidos de desistência, a tese voltou a ser reafirmada em vários precedentes do Pleno:

“CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DECISÃO QUE DEIXA DE ACOLHER A PRETENSÃO DA PARTE-AGRAVANTE. PEDIDO PARA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REVERTA A DECISÃO DESFAVORÁVEL E ATENDA AO PEDIDO APRESENTADO AO CNJ. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCARACTERIZAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. O Supremo Tribunal Federal não se reduz à singela instância revisora das decisões proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça. 2. Em especial, descabe compelir o Conselho Nacional de Justiça a adotar a providência de fundo entendida pela parte-interessada como correta, se a decisão impugnada não tiver alterado relações jurídicas ou, de modo ativo, agravado a situação de jurisdicionado. Cabe à parte-interessada, que não teve sua pretensão atendida no campo administrativo com uma decisão positiva-ativa, buscar a tutela jurisdicional que, no caso, é alheia à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (MS 28133-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/04/2011. No mesmo sentido: MS 28549-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 08/04/2013; MS 27712-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe

de 01/09/2011; MS 28202-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 11/04/2011; MS 29118-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/04/2011).

As razões recursais não conseguem infirmar esses fundamentos, mormente o de que o STF não tem natureza de instância ordinária de revisão de todas as decisões do CNJ.

2. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. 2a. Turma, 24.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária

TRIBUTÁRIO

DEFICIENTE FÍSICO QUE TEVE CARRO ROUBADO CONSEGUE NOVA ISENÇÃO DE IPI ANTES DO PRAZO LEGAL

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1390345/RS

Órgão Julgador: 1a. Turma

Fonte: DJe, 07.04.2015

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS. LAPSO TEMPORAL DE DOIS ANOS PREVISTO NO ART. 2º DA LEI 8.989/1995 PARA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. EXCEÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA DIANTE DO CASO CONCRETO. VEÍCULO ROUBADO.

SUPERAÇÃO DO ÓBICE EM PROL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 2º da Lei 8.989/1995 restringe a isenção do IPI ao limite temporal de dois anos para a aquisição de novo veículo automotor.

2. O Tribunal local afastou a limitação temporal do art. 2º da Lei 8.989/1995, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e em razão de motivo de força maior, tendo em vista que o veículo do recorrido havia sido roubado, tratando-se, ademais, de pessoa portadora de atenções especializadas.

3. A orientação dessa Corte é que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais (REsp. 567.873/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 25.02.2004, p. 120).

4. Recurso Especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região).

Brasília/DF, 24 de março de 2015 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento na alínea a do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrê-

gio TRF da 4a. Região, assim ementado:

IPI. ISENÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. ROUBO DO VEÍCULO. LIMITAÇÃO TEMPORAL.

Em caso de roubo, é inaplicável a limitação temporal do art. 2º da Lei nº 8.989, de 1995, para aquisição de outro veículo com isenção de IPI por portador de deficiência física (fls. 121).

2. Embargos de Declaração rejeitados (fls. 136/138).

3. Nas razões de seu Recurso Especial, alega a recorrente contrariedade aos arts. 535 do CPC, 111 e 176 do CTN e 2º da Lei 8.989/1995, tendo em vista que o acórdão recorrido deferiu ao recorrido o direito à isenção do IPI para compra de veículo automotor, desconsiderando o lapso temporal de dois anos para aquisição de novo veículo. Aduz que as normas tributárias devem ser interpretadas literalmente quando se tratar de outorga de isenção.

4. Com contrarrazões (fls. 169/174), o recurso foi admitido na origem (fls. 186/187).

5. Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovisionamento do Recurso Especial (fls. 220).

6. É o relatório.

VOTO

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS. LAPSO TEMPORAL DE DOIS ANOS PREVISTO NO ART. 2º DA LEI 8.989/1995 PARA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. EXCEÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA DIANTE DO CASO CONCRETO. VEÍCULO ROUBADO. SUPERAÇÃO DO ÔBICE EM PROL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 2º da Lei 8.989/1995 restringe a isenção do IPI ao limite temporal de dois anos para a aquisição de novo veículo automotor.

2. O Tribunal local afastou a limitação temporal do art. 2º da Lei 8.989/1995, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e por se tratar de motivo de força maior, tendo em vista que o veículo do recorrido havia sido roubado.

3. A orientação dessa Corte é que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais (REsp. 567.873/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 25.02.2004, p. 120).

4. Recurso Especial desprovido.

1. Preliminarmente, afasta-se de plano qualquer violação do art. 535 do CPC, visto que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pela recorrente.

2. Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório o caráter de infringência do julgado. Nesse sentido: AgRg no AREsp. 12.346/RO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.08.2011.

3. No mérito, insurge-se a recorrente contra o acórdão recorrido, em razão deste ter violado o art. 2º da Lei 8.989/1995, que restringe a isenção do IPI ao limite temporal de dois anos para a aquisição de veículo automotor, conforme se observa:

Art. 2º A isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI de que trata o art. 1º desta Lei somente poderá ser utilizada uma vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de 2 (dois) anos.

4. No caso concreto, o Tribunal de origem afastou a restrição temporal do art. 2º da Lei 8.989/1995, assim fundamentando:

O impetrante, portador de deficiência física (evento 1 – LAUDPERÍS), pretende o reconhecimento do direito à isenção de IPI na compra de auto-

móvel. Relatou que teve seu veículo anterior roubado (evento 1 – OUT4), razão pela qual não seria necessário o decurso de 2 anos da concessão de benefício anterior.

(...).

A isenção de IPI constitui benefício que visa a criar condições adequadas para inserção do deficiente na vida social, atenuando as dificuldades inerentes à sua condição, o que está de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A restrição imposta pelo art. 2º da Lei nº 8.989, de 1995, por sua vez, tem por objetivo impedir que o deficiente se beneficie indevidamente da isenção.

In casu, há justa causa para o requerimento de concessão de benefício em período inferior a dois anos, uma vez que o autor teve seu veículo roubado, o que constitui força maior. Inaplicável, portanto, à hipótese dos autos, a limitação constante do art. 2º da Lei nº 8.989, de 1995, por referir-se à situação de pedido de novo benefício sem justa causa.

5. Observa-se que o Tribunal local afastou a limitação temporal com base em elementos específicos, quais sejam, inserção da pessoa com deficiência na vida social e adequação ao princípio da dignidade da pessoa humana; quanto à matéria de fato, que o veículo do recorrido havia sido roubado e, por essa razão, constitui força maior para o afastamento do óbice temporal do art. 2º da Lei 8.989/1995.

6. A orientação dessa Corte é que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais. Nesse sentido, observa-se que a Primeira Turma do STJ, em caso similar, analisou o alcance da norma, superando-a em prol das ações afirmativas:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA COMPRA DE AUTOMÓVEIS. DEFICIENTE FÍSICO IMPOSSIBILITADO DE DIRIGIR. AÇÃO AFIRMATIVA. LEI

8.989/95 ALTERADA PELA LEI Nº 10.754/2003. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA *LEX MITIOR*.

1. A *ratio legis* do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indica que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI. Conseqüentemente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva às suas razões finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comiseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender.

2. Conseqüentário de um país que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o de que não se pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

3. Essa investida legislativa no âmbito das desigualdades físicas corporifica uma das mais expressivas técnicas consubstanciadoras das denominadas ações afirmativas.

4. Como de sabença, as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reabre o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais

antigas declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.

5. Deveras, negar à pessoa portadora de deficiência física a política fiscal que consubstancia verdadeira *positive action* significa legitimar violenta afronta aos princípios da isonomia e da defesa da dignidade da pessoa humana.

6. O Estado soberano assegura por si ou por seus delegatários cumprir o postulado do acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

7. Incumbe à legislação ordinária propiciar meios que atenuem a natural carência de oportunidades dos deficientes físicos.

8. *In casu*, prepondera o princípio da proteção aos deficientes, ante os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas. *A fortiori*, a problemática da integração social dos deficientes deve ser examinada prioritariamente, *maxime* porque os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos s9. Imperioso destacar que a Lei no. 8.989/95, com a nova redação dada pela Lei nº 10.754/2003, é mais abrangente e beneficia aquelas pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003), vedando-se, conferir-lhes na solução de seus pleitos, interpretação deveras literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da lei mais benéfica. (Lex Mitior).

10. O CTN, por ter status de Lei Complementar, não distingue os casos de aplicabilidade da lei mais benéfica ao contribuinte, o que afasta a interpretação literal do art. 1º, § 1º, da Lei

8.989/95, incidindo a isenção de IPI com as alterações introduzidas pela novel Lei 10.754, de 31.10.2003, aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da *lex mitior* consagrado no art. 106 do CTN.

11. Deveras, o ordenamento jurídico, principalmente na era do pós-positivismo, assenta como técnica de aplicação do direito à luz do contexto social que: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Art. 5º LICC).

12. Recurso especial provido para conceder à recorrente a isenção do IPI nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei no. 8.989/95, com a novel redação dada pela Lei 10.754, de 31.10.2003, na aquisição de automóvel a ser dirigido, em seu prol, por outrem (REsp. 567.873/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 25.02.2004, p. 120).

7. Assim, o lapso temporal de dois anos, para a concessão da isenção do IPI na aquisição de veículo automotor, deve ser interpretado de maneira a satisfazer o caráter humanitário da política fiscal, primando pela inclusão das pessoas com necessidades especiais e não restringindo seu acesso.

8. Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Especial. É como voto.

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4a. Região).

CIVIL E COMERCIAL

Código de Defesa do Consumidor incide quando a pessoa jurídica apresenta-se em situação de vulnerabilidade

Agravo de Instrumento. Ação reVISIONAL. Inversão do ônus da prova. Pessoa jurídica. Adoção da teoria finalista mitigada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Vulnerabilidade e hipossuficiência demonstradas. Recurso conhecido e não provido. A jurisprudência tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa jurídica), embora não seja tecnicamente destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. Neste sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Agravo Regimental no Recurso Especial. Responsabilidade civil. Contrato de abertura de crédito e novação de dívida. Relação de consumo. Teoria finalista mitigada. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Violação do artigo 535 do CPC. Súmula 7/STJ. Dano moral. Razoabilidade. (...) 2.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. Precedentes. (...) 6.- Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp 1413889/SC, Rel.Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 02/05/2014).

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1322498-1 - Londrina - 16a. CâM. Cív. - Rel.: Juiz Substituto em 2º Grau **Luciano Campos de Albuquerque** - Fonte: DJ, 27.03.2015).

Falido pode propor ação rescisória para desconstituir decreto falimentar

Recurso Especial. Ação rescisória contra o decreto falimentar. Propositura pela sociedade empresária com falência decretada. Capacidade processual reconhecida. Afastamento da extinção do processo sem resolução de mérito. 1. A decretação da falência acarreta ao falido uma *capitis diminutio* referente aos direitos patrimoniais envolvidos na falência, mas não o torna incapaz, de sorte que mantém a legitimidade para a propositura de ações pessoais. 2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1126521/MT - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva** - Fonte: DJ, 26.03.2015).

Impossível a venda de imóvel quando ausente autorização judicial e benefício ao curatelado

Apelação Cível. Alvará judicial. Curatela. Imóvel. 1. Venda de imóvel pelo curador. Recebimento de parte do preço contratado. Não observância do disposto no artigo 1.750 do Código Civil. Expedição de alvará rejeitada. Sentença mantida. 2. Recurso de apelação conhecido e não provido. 1. O legislador estabeleceu regras específicas e rigorosas a serem observadas na administração dos bens dos tutelados/curatelados, dentre elas, as que dizem respeito à alienação de bens imóveis pertencentes aos que estão sob essa proteção, sob pena de nulidade. Ausente a necessária autorização judicial de prévia avaliação do imóvel a ser vendido e, também, da demonstração de manifesto benefício do negócio para a curatelada, deve ser mantida a sentença que rejeita o pedido de expedição de alvará judicial para a venda. 2. Recurso de apelação conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1278932-5 - Curitiba - 7a. CâM. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fábio Haick Dalla Vecchia** - Fonte: DJ, 19.03.2015).

Indenização por dano moral decorrente de alteração de voo e violação de bagagem

Apelação Cível - Responsabilidade Civil - Ação de reparação de danos materiais e morais - Transporte aéreo - Má prestação de serviço - Alteração de voo por erro de funcionário da ré - Violação de bagagem e furto de itens que estavam sob a guarda da empresa aérea - Sentença de parcial procedência - Dano moral configurado - Danos materiais não comprovados. Apelação da companhia aérea: recurso de apelação interposto pela empresa aérea ré - Falha na prestação do serviço configurada - Dever de indenizar de forma objetiva - Artigo 14 do CDC - Danos materiais não comprovados (artigo 333, i, do CPC) - Dano moral *in re ipsa*, cuja respectiva indenização deverá ser mantida no patamar fixado na sentença - Recurso conhecido e desprovido. Apelação na forma adesiva interposta pela parte autora - Pretensão de indenização por danos materiais e reforma do ônus sucumbencial - Impossibilidade - Ausência de comprovação - Recurso adesivo conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1291528-9 - Londrina - 9a. CâM. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Osório Moraes Panza** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Pagamento realizado por meio de cheque não extingue a obrigação

Apelação Cível. Embargos à Execução. Compra e venda de fundo de comércio. Pagamento efetuado com cheques de terceiro. Inadimplemento parcial da obrigação. Inexigibilidade do título não configurada. Quitação *pro solvendo*. Sentença mantida. 1. O pagamento feito por cheque tem, em

regra, efeito *pro solvendo*, ou seja, até a sua liquidação, não se extingue a obrigação a que se refere. 2. Não compensados os cheques emitidos como pagamento da dívida é admissível a propositura do processo de execução com base no próprio contrato, uma vez que ostenta este as características de liquidez, certeza e exigibilidade. Apelação Cível não provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1323483-4 - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jucimar Novochadlo** - Fonte: DJ, 19.03.2015).

Seguro de vida deve ser pago se consumo de álcool não é causa de acidente

Embargos Infringentes. Ação de indenização. Seguro de vida. Morte em decorrência de acidente de trânsito. Ingestão de bebida alcoólica pelo segurado. Exclusão automática da garantia. Não ocorrência. Nexo causal entre a embriaguez e o acidente. Não comprovação. Indenização mantida. 1 - De acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a embriaguez do condutor só exclui a responsabilidade da seguradora se for comprovadamente determinante para o sinistro. 2 - Não comprovado nos autos que o acidente ocorreu em razão da ingestão de bebida alcoólica pelo condutor, segurado, deve ser mantido o dever de indenizar. (TJ/MG - Embs. Infringentes n. 1.0145.13.022103-2/002 - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Marcos Vieira** - Fonte: DJ, 20.03.2015).

NOTA BONIJURIS: *de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a embriaguez do condutor só exclui a responsabilidade da seguradora se for comprovadamente determinante para o sinistro: "Agravamento regimental não provido. Seguro. Embriaguez do segurado. Condição determinante do acidente. Ocorrência. Reexame probatório. Súmulas nºs 5 e 7/STJ. Precedentes. 1.*

"A embriaguez do segurado, por si só, não exige o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro" (AgRg no ARE sp 57.290/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 9/12/2011). 2. Tendo as instâncias ordinárias, à luz das provas bem como de interpretação contratual, reconhecido que a causa determinante do acidente foi o estado de embriaguez do segurado, a pretensão recursal, em sentido contrário, esbarra necessariamente nos óbices das Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 3. Agravamento regimental não provido. (AgRg no AREsp 119.122/ES, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 03/09/2013, DJe 10/09/2013)"

IMOBILIÁRIO

Acessões realizadas no bem enquadram-se como benfeitorias

Apelação Cível - Processual Civil - Legitimidade passiva de parte - Ação bem proposta contra todos os proprietários do imóvel locado, já que a natureza da discussão envolve direito do proprietário ao uso, gozo e disposição do bem - Preliminar de ilegitimidade passiva de parte afastada - Ação de indenização por acessões - Locação de lote de terreno - Descabimento - Hipótese em que é indevida a indenização por benfeitorias, ou acessões, se o locatário renunciou expressamente a esse direito no contrato de locação - As acessões estão incluídas no conceito de benfeitorias, ante os termos dos contratos celebrados, e, considerando que o terreno locado estava desprovido de qualquer benfeitoria, evidente era que o locatário introduzisse modificações para atender exclusivamente suas neces-

sidades, interesses e expectativas já que a locação se destinava para fins comerciais - Prevalência das disposições contidas nos contratos de locação celebrado entre as partes regidos pela Lei 8.245/91, em relação àquelas regras gerais previstas no Código Civil - Sentença alterada para julgar improcedente a ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais, observando-se, contudo o contido no art. 12 da Lei 1.060/50, por ser o autor beneficiário da gratuidade da justiça - Recurso provido. (TJ/SP - Ap. Cível n. 0001251-37.2011.8.26.0400 - 27a. Câ. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sergio Alfieri** - Fonte: DJ, 01.04.2015).

Ausência de averbação do contrato de locação no registro imobiliário não impede a demanda por violação de direito pessoal do locatário

Apelação Cível - 1. Ação anulatória de contrato de compra e venda de imóvel urbano e adjudicação compulsória c/c perdas e danos - Direito de preferência - Impossibilidade de exercício frente a ausência de preenchimento dos requisitos legais - Pleito indenizatório - Não comprovação de danos sofridos - Ônus sucumbenciais - Manutenção - Recurso conhecido e não provido. - 2. Reconvenção - Litigância de má-fé - Não comprovação - Indenização por danos morais e materiais - Não ocorrência - Ônus sucumbenciais - Manutenção - Recurso conhecido e não provido. A averbação do contrato de locação no registro imobiliário é medida necessária apenas para assegurar ao locatário direito real de perseguir e haver o imóvel alienado a terceiro, dentro dos prazos e observados os pressupostos fixados na Lei n.8425/191. A falta dessa providência não inibe, contudo, locatário de demandar o locador alienante por violação a direito pessoal, reclamando deste as perdas

e danos que porventura vier a sofrer pela respectiva preterição.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1257291-9 - Londrina - 12a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Joeci Machado Camargo** - Fonte: DJ, 24.03.2015).

Bem de família oferecido em garantia pelo devedor pode ser objeto de penhora

Civil e Processual Civil. Lei n. 8.009/1990. Bem de família. Acordo homologado judicialmente. Descumprimento. Penhora. Possibilidade. Ausência de boa-fé. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinou-se no sentido de que o bem de família é impenhorável, mesmo quando indicado à constrição pelo devedor. 2. No entanto, verificado que as partes, mediante acordo homologado judicialmente, pactuaram o oferecimento do imóvel residencial dos executados em penhora, não se pode permitir, em razão da boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a desconstituição da penhora, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário. 3. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - Rec. Especial n. 1461301/MT - 3a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **João Otávio de Noronha** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Boa-fé é requisito para o adquirente demandar pela evicção

Direito Civil. Recurso Especial. Evicção. Descaracterização. Art. 457 do Código Civil. Ausência de boa-fé do adquirente. Indenização afastada. 1. Reconhecida a má-fé do arrematante no momento da aquisição do imóvel, não pode ele, sob o argumento de ocorrência de evicção, propor a ação de indenização com base no art. 70, I, do CPC, para reaver do alienante os valores gastos com a aquisição do bem. Para a configuração da evicção e consequente extensão de seus efeitos, exige-se a boa-fé do adqui-

rente. 2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.293.147/GO - 3a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **João Otávio de Noronha** - Fonte: DJ, 31.03.2015).

Condomínio não pode impedir uso do subsolo em profundidade que não lhe é útil

Processual Civil. Recurso Especial. Ação de reintegração de posse. Tirantes. Localização no subsolo. Impossibilidade de remoção. Inexistência de prejuízo ou demonstração de utilidade. 1. O art. 1.229 do Código Civil, ao regular o direito de propriedade, ampara-se especificamente no critério de utilidade da coisa por seu titular. 2. A titularidade do proprietário sobre o imóvel não é plena, estando satisfeita e completa apenas em relação ao espaço físico sobre o qual emprega efetivo exercício sobre a coisa. 3. Não tem o proprietário do imóvel o legítimo interesse em impedir a utilização do subsolo onde estão localizados os tirantes que se pretende remover, pois sobre referido espaço não exerce ou demonstra quaisquer utilidades. 4. Recurso especial provido para se restabelecer a sentença de primeiro grau.

(STJ - Rec. Especial n. 1.256.825/SP - 3a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **João Otávio de Noronha** - Fonte: DJ, 16.03.2015).

Condomínio pode pleitear justiça gratuita

Processo Civil - Agravo de Instrumento - Assistência judiciária - Condomínio - Comprovação de hipossuficiência - Ausência - Indeferimento - Manutenção. Os condomínios podem usufruir dos benefícios da gratuidade judiciária, desde que, a teor do disposto no inciso LXXIV do art. 5º da Carta Federal, comprovem a carência de recursos para estar em juízo.

(TJ/MG - Ag. de Instrumento n.

1.0145.14.052327-8/001 - 12a. Câm. Cív.

- Ac. unânime - Rel.: Des. **Saldanha da Fonseca** - Fonte: DJ, 30.03.2015).

NOTA BONIJURIS: *As decisões proferidas pelo e. Superior Tribunal de Justiça têm deixado clara a possibilidade de que a pessoa jurídica requeira e obtenha a assistência judiciária gratuita, “desde que demonstre, cabalmente, a impossibilidade de atender às despesas antecipadas do processo, o que vedaria o acesso à justiça” (REsp. nº 161.897-RS, rel. eminente Min. Waldemar Zveiter; DJU de 10/08/98).*

Desconstituição de multa por desrespeito aos funcionários do condomínio quando inexistente previsão na convenção condominial sobre o tema

Recurso Inominado. Condomínio. Autora que desrespeita as regras do regimento interno e da boa vizinhança, inclusive com ofensas aos funcionários do condomínio. Conduta reprovável. Danos morais não configurados ante a contribuição e responsabilidade pelos transtornos que alega sofrer. Multas aplicadas de forma diversa da prevista na convenção de condomínio e regimento interno. Afastamento. 1. Não há como fixar danos morais à autora quando resta demonstrado nos autos que ela mesma contribui para as ofensas e humilhações ocorridas dentro do condomínio, não possui atitudes de respeito e urbanidade com os vizinhos e com os funcionários do condomínio. 2. Apesar de evidente o desrespeito às normas do condomínio, não há provas de que a autora recebeu as notificações prévias, nem que houve reincidência, de modo que as multas não podem ser mantidas, pois aplicadas de forma diversa da determinada em Regimento Interno e Convenção. 3. Não há regra estipulada, pela maioria, de que no caso de desrespeito aos funcionários do condomínio ensejaria a aplicação da multa, ônus que incumbia ao con-

domínio, nos termos do art. 333, II do CPC. 4. Apesar de serem reprováveis as atitudes da autora, as multas devem ser desconstituídas, uma vez que aplicadas em desconformidade com o Regimento Interno e Convenção de Condomínio. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (TJ/RS - Rec. Inominado n. 71005207691 - 4a. T. Rec. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Gláucia Dipp Dreher** - Fonte: DJ, 02.04.2015).

PROCESSO CIVIL

Aplicação imediata da nova disciplina legal atinente aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública

Processual Civil e Administrativo. Embargos à Execução. Reajuste de 3,17%. Juros. Compensação da sucumbência entre execução e embargos. Impossibilidade. Requestionamento. A nova disciplina legal que alterou os juros de mora devidos pela Fazenda Pública tem aplicação imediata, inclusive aos processos já em curso, porém sem efeitos retroativos, nos termos do que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 1.205.946/SP (02/02/2012). A verba honorária decorrente da sucumbência havida nos embargos à execução não se confunde com os honorários advocatícios fixados no processo de execução e, portanto, não podem ser compensadas, porém sua soma total não pode ser superior a 20%. Precedentes da 2ª Sessão deste TRF e do STJ. Embora não tenha ocorrido ofensa aos dispositivos legais e constitucionais mencionados pela parte, dá-se por prequestionada a matéria para evitar embargos de declaração. (TRF - 4a. Reg. - Ap. Cível n. 5068950-81.2011.404.7100 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Sérgio Renato Tejada Garcia** - Fonte: DJ, 09.04.2015).

NOTA BONIJURIS: *Ementa do REsp nº 1.205.946/SP: processual civil e administrativo. Recurso especial. Servidor público. Verbas remuneratórias. Correção monetária e juros de mora devidos pela fazenda pública. Lei 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei 9.494/97. Natureza processual. Aplicação imediata aos processos em curso quando da sua vigência. Efeito retroativo. Impossibilidade. 1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”. 2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. 3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso. 4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização*

(correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente. 5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum. 6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. (STJ - Rel.: Benedito Gonçalves - Dje, 02.02.2012) 7 Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada. 8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.

Constitui erro grosseiro a interposição de agravo regimental contra acórdão

Processual Civil. Agravo Regimental contra Acórdão. Recurso incabível. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal. Agravo Regimental não conhecido. 1. Na forma dos artigos 545 do Código de Processo Civil e 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática, sendo manifestamente inadmissível sua interposição contra acórdão. 2. Não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida

objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado. 3. Agravo regimental não conhecido.

(STJ - Ag. Regimental no Ag. Regimental nos Embs. de Declaração nos Embs. de Divergência no Ag. Regimental no Confl. de Competência n. 134824/GO - 1a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Mauro Campbell Marques** - Fonte: DJ, 31.03.2015).

Multa por litigância de má-fé somente pode ser aplicada quando existir manifesto intuito protelatório dos embargos de declaração

Processual Civil. Embargos de Declaração. Omissão verificada. Multa. CPC, art. 538, parágrafo único. Litigância de má-fé não caracterizada. Embargos acolhidos. 1. A multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil somente se aplica quando evidente o abuso praticado pela parte, de forma a caracterizar o manifesto intuito protelatório dos embargos de declaração, o que não se verifica na espécie. 2. Embargos de declaração acolhidos para afastar a condenação do embargante na multa imposta por litigância de má-fé.

(TRF - 1a. Reg. - Embs. de Declaração em Ag. de Instrumento n. 0052581-70.2013.4.01.0000 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Mônica Sifuentes** - Fonte: DJ, 27.03.2015).

Nulidade em perícia só interessa à parte e deve ser alegada em momento próprio

Recurso Especial. Ação de Demarcação. Prova Pericial. Nomeação dos arbitradores. Não ocorrência. Alegação tardia do vício. Nulidade relativa. Preclusão. Princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais. 1. Cuida-se, na origem,

de ação de demarcação de terras. 2. No recurso especial, busca-se o reconhecimento da nulidade da prova pericial elaborada sem a nomeação dos arbitradores a que se refere o artigo 956 do Código de Processo Civil. 3. É relativa a nulidade em virtude de eventual irregularidade na nomeação dos peritos designados para elaborar a prova técnica, o que exige a manifestação da parte interessada na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão. 4. O sistema das nulidades processuais em nosso ordenamento jurídico é orientado pelo princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, segundo o qual o ato só será considerado nulo se, além da inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade. 5. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1370903/MG - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva** - Fonte: DJ, 31.03.2015).

Prova da corretagem pode se dar exclusivamente mediante depoimento de testemunhas

Apelação Cível e Agravo Retido - Contrato de corretagem sobre compra e venda - Agravo retido - Dispensa de prova documental realizada pelo juízo - Alegado cerceamento de defesa - Inocorrência - Magistrado que é o destinatário da prova - Possibilidade de dispensa das provas que entender desnecessárias - Agravo desprovido - Inexistência de contrato físico - Corretagem comprovada por prova testemunhal - Possibilidade de comprovação do trabalho realizado apenas por testemunhas - Não incidência do artigo 401 do CPC - Comprovação testemunhal do serviço realizado e dos efeitos do contrato verbal e não do contrato em si - Jurisprudência sólida no STJ - Serviço realizado pela apelada que findou em resultado útil às partes - Contratação evidenciada - Honorários advocatícios minorados

- Sentença parcialmente modificada - Apelação parcialmente provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1182416-3 - 7a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antenor Demeterco Junior** - Fonte: DJ, 06.06.2014).

Sentença é nula quando o devido processo legal é violado

Apelação Cível - Ação de cobrança - Acordo comercial de revenda de produtos de ginástica com divisão de lucros - Ausência de intimação para uma das partes se manifestar sobre documento novo juntado - Violação do contraditório - Documento que serviu como fundamento para convicção do magistrado "a quo" - Vício insanável - Cerceamento da defesa - Anulação da sentença, de ofício, para novo julgamento - Recurso de Apelação e recurso adesivo prejudicados. A violação ao princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LV, da Constituição Federal) ocasiona a nulidade da sentença, quando demonstrado o prejuízo da parte derivado da ausência da manifestação sobre os documentos juntados.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1297163-2 - 6a. Câmara. Cív. - Rel.: Ac. unânime - Rel.: Des. **Iraja Romeo Hilgenberg Prestes Mattar** - Fonte: DJ, 24.03.2015).

PENAL E PROCESSO PENAL

Afronta à coisa julgada a inclusão da reincidência como fator de cálculo da pena na execução

Penal. Execução Penal. Cálculo de Pena. Reincidência não considerada na sentença. Coisa julgada. Agravamento incabível. A sentença condenatória, na qualidade de título executivo, estabelece os limites da execução penal (artigo 1º da Lei nº 7.210/84). Portanto, a inclusão da reincidência como fator de cálculo da

pena, em sede de execução, constitui afronta à coisa julgada e aos limites de competência do juiz da execução (artigo 66 da Lei nº 7.210/84). Mesmo admitindo a ocorrência de erro material, tal circunstância não tem o condão de afetar, em desfavor do apenado, a imutabilidade conferida pelo trânsito em julgado. Nesses casos, deve a acusação lançar mão da via recursal ou dos embargos de declaração com vistas à modificação ou retificação tempestiva da sentença.

(TRF - 4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 5031123-88.2014.404.0000 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Márcio Antônio Rocha** - Fonte: DJ, 07.04.2015).

NOTA BONIJURIS: Não é outro o entendimento manifestado pelo precedente da 5a. Turma do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 26.656/GO, em julgamento de questão semelhante à dos autos, apontado na decisão recorrida e cuja ementa novamente reproduzo: “processual penal. Habeas corpus substitutivo de ordinário. Processual penal. Condenação. Pretensão de progressão de regime prisional. Agravo em execução improvido. Reconhecimento de ofício de erro material em decreto condenatório já transitado em julgado. Agravamento posterior da situação do condenado sem manifestação tempestiva e formal da acusação. Impossibilidade. Incidência do princípio da “non reformatio in pejus”. Ofensa à coisa julgada. Ordem concedida de ofício. 1. Decreto condenatório transitado em julgado não pode ser alterado pelo Juízo da Execução, à título de ocorrência de erro material, para reconhecimento de reincidência não verificada no título executivo, sob pena de ofensa à coisa julgada. 2. O princípio da “non reformatio in pejus” veda o agravamento da situação do condenado sem uma manifestação tempestiva e formal da

acusação nesse sentido. Precedentes. 3. Ordem concedida de ofício.” (HC 267.656/GO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014).

Diminuição da atividade criminosa é fundamentação idônea para a prisão preventiva

Habeas Corpus - Associação criminosa (art. 288, parágrafo único, do CP), corrupção ativa (art. 333, parágrafo único do CP), coação no curso do processo (art. 344 do CP) e favorecimento real (art. 349-a do CP) - Interceptação telefônica - Possibilidade de sucessivas prorrogações - Lei n. 9.296/96 - Prisão preventiva - Autoria e materialidade devidamente demonstradas para a manutenção do decreto prisional - Art. 312 do CP - Inexistência de constrangimento ilegal - Associação criminosa - Ingresso de aparelhos celulares, “chips” e drogas no interior da cadeia - Segurança denegada. “A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95024/SP, Primeira Turma, Rel. Ministra Carmen Lúcia, DJe de 20.02.2009). *Habeas Corpus* não conhecido. (STJ/HC 291.028/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 07.10.2014, DJE 22.10.2014).

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1316088-8 - Telêmaco Borba - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luís Carlos Xavier** - Fonte: DJ, 19.03.2015).

Erro escusável exclui a culpabilidade do réu

Direito Penal. Estelionato majorado (art. 171, § 3º, do CP). Percepção irregular do seguro-desemprego durante o período de defeso. Erro sobre a ilicitude do fato. Art. 21 do CP. Exclusão da culpabilidade do agente. 1.

O crime de estelionato majorado (art. 171, § 3º, do CP) pressupõe que o sujeito ativo tenha obtido para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo em erro entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, mediante artifício, artil, ou qualquer outro meio fraudulento. 2. É irregular a percepção de seguro-defeso por indivíduo que desempenha atividade remunerada em estabelecimento comercial, não exercendo a atividade pesqueira na forma como exige a Lei nº 10.779/2003. 3. Configurado erro escusável sobre a ilicitude do fato, nos termos do art. 21 do CP, exclui-se a culpabilidade do réu, impondo-se sua absolvição. (TRF - 4a. Reg. - Ap. Criminal n. 0000667-73.2007.404.7216 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Leandro Paulsen** - Fonte: DJ, 09.04.2015).

Inexiste delito de desobediência quando não houver expressa previsão legal a respeito da possibilidade da cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal

Penal. Processual Penal. Recurso em Sentido Estrito. Desobediência. Atipicidade. Previsão legal que possibilite a cumulação de sanção administrativa com sanção penal. Inexistência. Recurso desprovido. 1. A 4a. Seção desta Corte, em 20/01/2015, firmou posicionamento no sentido de não reconhecer a configuração do delito de desobediência quando não houver expressa previsão legal a respeito da possibilidade da cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal. 2. É indispensável para a aferição da tipicidade do referido crime, portanto, que além do descumprimento de ordem legal, não haja sanção determinada em lei específica (de natureza

cível ou administrativa) no caso de descumprimento.

(TRF - 4a. Reg. - Rec. Crim. em Sentido Estrito n. 5001126-69.2015.404.7002 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Sebastião Ogê Muniz** - Fonte: DJ, 07.04.2015).

Magistrado pode decretar prisão de ofício

Processual Penal. “Operação Lava Jato”. *Habeas Corpus*. Prisão decretada de ofício pelo magistrado. Cabimento. Requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Não preenchimento. Concessão da ordem. 1. Não há óbice à decretação da prisão de ofício pelo magistrado, a quem cumpre zelar pela legalidade da ação penal e, nessa linha, a quem incumbe decretar medidas cautelares, dentre elas a prisão, sempre que presentes os requisitos exigidos pela lei, quais sejam o risco à ordem pública, à aplicação da lei penal ou à instrução do processo. 2. Não havendo nenhum ato concreto capaz, efetivamente, de prejudicar a aplicação da lei penal, o novo decreto de prisão preventiva deve ser revogado, mantendo-se, porém, íntegro o decreto anterior. 3. Ordem de *habeas corpus* concedida. (TRF - 4a. Reg. - *Habeas Corpus* n. 5006708-07.2015.404.0000 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **João Pedro Gebran Neto** - Fonte: DJ, 09.04.2015).

Teoria da tipicidade conglobante permite excluir do âmbito do típico as condutas que apenas aparentemente estão proibidas

Apelação Criminal. Art. 213, Código Penal. Condenação. Pleito absolutório. Elementos probatórios que não indicam a tipicidade da conduta. Consentimento da vítima de 17 anos. Teoria da tipicidade conglobante. Recurso conhecido e provido. De acordo com a teoria da tipicidade conglobante, pode-se excluir do âmbito do típico

aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, devendo haver uma análise do alcance proibitivo da norma. Se uma adolescente de 17 anos, pode sofrer medidas socioeducativas, a fim de não ocorrer uma contradição jurídica, a mesma pode optar pelas próprias atitudes no âmbito da vida privada. Réu primário, sem antecedentes criminais e com boa fama na comunidade. Vítima que tinha má reputação e com vida sexual ativa. Contexto social humilde, que fortalece os indícios de ausência do tipo penal previsto no art. 213, Código Penal. (TJ/PR - Ap. Criminal n. 1277937-6 - Rebouças - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Substituto em 2º Grau **Ruy Alves Henriques Filho** - Fonte: DJ, 01.04.2015).

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

Empresa não terá de indenizar funcionário que foi assaltado enquanto ia para o trabalho

Danos morais e materiais. Assalto sofrido pelo reclamante no trajeto entre a residência e o local de trabalho. Fato de terceiro. Ausência de culpa patronal ounexo causal com o labor. Indenização indevida. Partindo-se da premissa de que o assalto noticiado nos autos ocorreu no trajeto entre a residência do Obreiro e a sede da terceira Ré, deve-se apurar os requisitos legais necessários para configurar a responsabilidade civil do empregador, porquanto o art. 21, IV, “d”, da Lei nº 8.213/91 equipara ao acidente de trabalho aquele sofrido pelo segurado “no percurso da residência para o local de trabalho” apenas para fins previdenciários. Esta E. Turma entende que a deflagração da responsabilidade civil por acidente de trabalho, mesmo típico, impescinde, a par do dano sofrido e do nexo causal entre este e o ambiente de trabalho, da com-

provação da culpa do empregador no infortúnio. Adota-se, nesta seara, a teoria da responsabilidade subjetiva. “In casu”, ainda que se propugne a existência de dano (redução da capacidade laborativa para atividades que exijam levantamento de peso e/ou necessidade de procedimento cirúrgico em decorrência do ferimento à bala), não se vislumbra culpa patronal e sequer nexo causal entre os alegados danos e a ocorrência delituosa. É certo que a empresa tem o dever de observar e fazer observar as normas de segurança e medicina do trabalho, com vistas a proteger a saúde e a integridade física do trabalhador. A própria Constituição Federal alçou a preceito fundamental o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CF). Porém, a incumbência de combater o crime e garantir a segurança pública dos cidadãos é dever do Estado (art. 144 da Carta Magna), não se inserindo no âmbito do poder diretivo das Reclamadas, sob pena de se transferir aos particulares a responsabilidade pela incúria estatal em dar concreção a suas tarefas mais comensais. Não tendo as Rés contribuído de qualquer forma para a ocorrência do assalto, não podem por este ser responsabilizadas. Recurso do Reclamante desprovido, no particular. (TRT - 9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00735-2013-095-09-00-4 - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. do Trabalho **Ubirajara Carlos Mendes** - Fonte: DJ, 10.03.2015).

EPI atestado por parecer técnico, mas não aprovado pelo Ministério do Trabalho, não afasta a incidência do adicional de insalubridade

Adicional de Insalubridade. Fornecimento de EPI. Certificado de aprovação (CA). De acordo com a Norma Regulamentadora nº 6 do Ministério do Trabalho e Emprego, para comercialização e utilização do equipamento

de proteção individual é necessário o Certificado de Aprovação (CA), cabendo ao empregador fornecer ao trabalhador somente o aprovado pelo órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho. Assim, se não comprovada a certificação, ainda que atestado por parecer técnico que os EPIs fornecidos eram adequados para a neutralização do agente insalutífero, não podem ser reconhecidos como eficazes, porquanto a demonstração da eficácia dos EPIs depende diretamente da aprovação do Ministério do Trabalho e Emprego. (TRT - 12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 1134-80.2014.5.12.0012 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. do Trabalho **Gisele Pereira Alexandrino** - Fonte: DJ, 30.03.2015).

Indevida a contribuição previdenciária sobre abono de 1/3 de férias

Recurso de Revista. Contribuição previdenciária incidente sobre as férias gozadas acrescidas do terço constitucional. Incidência apenas sobre as férias gozadas. O art. 28, § 9º, “d”, da Lei nº 8.212/91 expressamente exclui da base de cálculo da contribuição previdenciária as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e o respectivo adicional constitucional, diante da natureza indenizatória das parcelas. Sendo assim, a *contrario sensu*, pode-se facilmente concluir que há incidência de contribuição previdenciária sobre as férias gozadas, sobretudo, por se tratar de verba detentora de natureza remuneratória e salarial, que retribui uma prestação de serviços, nos termos do artigo 148 da CLT c/c os artigos 22, I, e 28, I, da Lei 8.212/91. Contudo, no que diz respeito ao terço constitucional de férias usufruídas, não se pode utilizar do mesmo raciocínio, visto que referida parcela não detém natureza salarial, mas sim natureza indenizatória, já que não se destina a retribuir serviços prestados nem configura tempo à disposição do empregador. Ressalte-

se que, conquanto o terço constitucional constitua-se verba acessória à remuneração de férias, aqui não se aplica aquela regra de que a prestação acessória segue a sorte da prestação principal. Logo, não há que se falar em incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional das férias usufruídas. Precedentes do STF, STJ e do TST. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (TST - Rec. de Revista n. 388-81.2012.5.06.0003 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Aloysio Corrêa da Veiga** - Fonte: DJ, 13.03.2015).

NOTA BONIJURIS: A

jurisprudência do e. STF se firmou no sentido de que não há incidência de contribuição previdenciária em parcela indenizatória ou que não se incorpora à remuneração do servidor, como é o caso do terço constitucional de férias. Nesse sentido: “Tributário. Contribuições previdenciárias. Incidência sobre terço constitucional de férias. Impossibilidade. Agravo improvido. I - A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. II - Agravo regimental improvido. (AI 712880 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-113 Divulg 18-06-2009 Public 19-06-2009 Republicação: DJe-171 Divulg 10-09-2009 Public 11-09-2009 ement vol-02373-04 PP-00753).”

Necessária a penhora do faturamento quando as tentativas de constrição de outros bens restaram infrutíferas

Penhora. Faturamento da empresa. Possibilidade. Diante das inúmeras tentativas e diligências frustradas, constata-se a necessidade de autorizar a penhora sobre percentual de

faturamento da empresa. A medida é razoável e está em consonância com os princípios da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional. Agravo de Petição do exequente a que dá provimento, no particular.

(TRT - 9a. Reg. - Ag. de Petição n. 03284-2013-872-09-00-9 - S. E. - Ac. unânime - Rel.: Des. do Trabalho **Cássio Colombo Filho** - Fonte: DJ, 27.03.2015).

Norma coletiva não pode reduzir o intervalo intrajornada

Intervalo intrajornada. Redução autorizada por norma coletiva. Impossibilidade. A redução do intervalo intrajornada, por constituir-se medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, estando aquele garantido por norma de ordem pública, não pode ser objeto de negociação direta entre empregadora e empregados, por escrito ou tacitamente (CLT, art. 71, par. 3º). Nos termos do citado dispositivo legal, a redução do intervalo intrajornada apenas pode ocorrer mediante autorização da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE), após verificação do atendimento das exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os empregados do estabelecimento não estiverem sob regime de trabalho prorrogado.

(TRT - 12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 1104-79.2014.5.12.0033 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz **Reinaldo Branco de Moraes** - conv. - Fonte: DJ, 30.03.2015).

NOTA BONIJURIS: *Este também é o entendimento consolidado pelo TST, na Súmula nº 437, II: “II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”*

Simples atraso salarial não é suficiente para embasar rescisão indireta do contrato de trabalho

Danos Morais. Mora Salarial. Rescisão Indireta. A mora salarial, por si só, não configura o abalo moral do trabalhador, a configurar ato do empregador capaz de justificar a rescisão indireta do contrato ou direito à indenização, mas tão-somente o direito ao pagamento dos salários em atraso, com o acréscimo das penalidades cabíveis. Ademais, a segunda reclamada, em grande parte do contrato, realizou o tempestivo pagamento das verbas salariais devidas. Recurso da segunda ré provido. Diferenças de FGTS. Ônus da prova. A comprovação dos depósitos de FGTS de toda a contratualidade cabe à reclamada, tendo em vista que o ônus da prova documental é da empresa. Isso porque é desta a obrigação de efetuar o correto recolhimento do FGTS, de forma que a ela cabe a prova dos depósitos. Não se cogita, assim, de transferir à parte autora o ônus de comprovar a ausência dos depósitos do FGTS. Recurso da segunda reclamada improvido.

(TRT - 4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0002067-76.2013.5.04.0411 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. do Trabalho **Francisco Rossal de Araújo** - Fonte: DJ, 31.03.2015).

Trabalhador acidentado durante contrato de experiência tem estabilidade reconhecida

Recurso de Revista. Estabilidade provisória - Contrato de experiência - Acidente de trabalho. O contrato por prazo determinado tem como característica ser resolvido com o término do prazo previamente fixado entre as partes, sendo incompatível com o instituto da estabilidade provisória, que somente tem sentido para impedir o despedimento naqueles contratos por prazo indeterminado.

O fato de o reclamante encontrar-se em gozo de benefício previdenciário em virtude de ter sofrido acidente de trabalho não transforma o contrato a termo em contrato por prazo indeterminado, não se havendo de falar em estabilidade provisória do empregado. Todavia, curvo-me ao recente entendimento desta Corte no sentido de haver direito à estabilidade provisória quando o acidente de trabalho ocorrer no curso do contrato de experiência (Súmula 378, item III do TST). Recurso de revista conhecido e provido. (com ressalva de entendimento).

(TST - Rec. de Revista n. 1516-04.2011.5.09.0872 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. **Renato de Lacerda Paiva** - Fonte: DJ, 20.02.2015).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Entrega de faturas de água e esgoto por agentes municipais não viola o privilégio postal dos Correios

Constitucional e Administrativo. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Exclusividade na prestação do serviço sob a forma de privilégio postal não afetado. Entrega das guias de arrecadação tributária e das faturas de água e esgoto por agentes municipais. Regularidade. I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 46, asseverou que o serviço postal é serviço público consistente no “conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado” a ser prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT em regime de exclusividade desenvolvido sob privilégio postal. Na ocasião, deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 42 da Lei 6.538/1978 para restringir a sua apli-

cação às atividades postais descritas no artigo 9º da referida norma. II - De acordo com a interpretação fixada na ADPF 46, “a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do artigo 9º da Lei 6.538/78, não abrangendo a distribuição de boletos (boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos...”, de modo que a entrega das guias de arrecadação tributária e das faturas de água e esgoto promovida pelos agentes municipais no âmbito territorial do município não viola a exclusividade exercida em situação de privilégio postal pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tampouco os arts. 21, X, da Carta Política de 1988 e 9º da Lei 6.538/1978. Precedentes do STJ pelo rito do art. 543-C do CPC e deste Tribunal. III - Apelação da ECT a que se nega provimento.

(TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n. 0006568-33.2011.4.01.3702 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Jirair Aram Meguerian** - Fonte: DJ, 30.03.2015).

Exoneração de servidor em estágio probatório deve ser antecedida de defesa prévia

Administrativo. Servidor público. Não aprovação em estágio probatório. Exoneração. Cerceamento de defesa. Violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Trata-se de remessa oficial da sentença que concedeu a segurança para anular Portaria via da qual o Reitor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP/MG) exonerou a impetrante do cargo de Magistério Superior, ao fundamento de que o processo administrativo prévio estava eivado de vício insanável consistente na infringência aos princípios do devido processo legal e da legalidade, por constatada violação ao disposto no § 1º, do art. 20, da Lei

8.112/90 c/c art. 110 do Regulamento Interno/Regimento Geral da UFOP. É cediço que o estágio probatório é o período de exercício do servidor durante o qual é observada e apurada pela administração da conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei, dentre os quais assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. Uma vez submetido à avaliação de desempenho durante o estágio probatório, e tendo sido constatado que o servidor não está apto para ser efetivado no cargo ao qual foi empossado, estará o servidor sujeito à exoneração do seu cargo, nos termos do art. 20, § 2º da Lei 8.112/90. Contudo, a mera reprovação no estágio probatório do servidor público não autoriza, por si só, a sua exoneração por insuficiência de desempenho profissional sem a observância do devido processo legal, já que deve ser oportunizada a ampla defesa quanto às avaliações negativas. Precedentes do TRF - 1ª Região, STJ e STF. Do conjunto probatório dos autos, constata-se que a reprovação da impetrante apelante no estágio probatório não se deu em razão de um fato isolado, mas por ter ela apresentado várias deficiências profissionais e funcionais ao longo dos dois anos em que trabalhou na instituição. Ocorre que o conjunto probatório demonstra que houve vício na composição da comissão avaliadora, consoante se extrai de ofício assinado pelo Diretor do Departamento de Turismo, a que pertence a impetrante, via do qual questiona junto a Reitoria o fato de a Assembléia do Departamento não ter sido ouvida quando a composição da comissão avaliadora e ainda, não ter sido considerado que a maioria do próprio Departamento opinar pela permanência e ausência de motivação suficiente para o desligamento da docente. Ante a violação ao princípio da legalidade, consubstanciado na inob-

servância do RI/UFOP no que prevê que o docente será avaliado pelo seu próprio departamento, recai manifesta a irregularidade do processamento do ato administrativo impugnado, de forma a que se evidencia ilegítima a exoneração fundada em procedimento viciado/irregular. Mantida a sentença que concluiu pela nulidade da Portaria n. 477/2006, mediante a qual a autoridade impetrada exonerou a impetrante do cargo de professor de 3º grau da UFOP, determinando a reintegração da imperante com as prerrogativas de direitos inerentes ao cargo, ressalvando que tal ordem não implica na paralisação de eventuais processos administrativos instaurados contra a impetrante. Remessa oficial desprovida.

(TRF - 1a. Reg. - Reex. Necessário n.

2006.38.00.032812-5 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Francisco de Assis Betti** - Fonte: DJ, 17.03.2015).

Impossível a incorporação das gratificações de periculosidade e insalubridade a gratificação de atividade de saúde

Apelações Cíveis - Embargos a Execução - Servidor público estadual - Ação ordinária promovida pelo SINDSAÚDE. Recurso de Apelação 02 - Fracionamento da execução coletiva ajuizada pelo SINDSAÚDE - Execução individual - Possibilidade - Servidor que é legitimado ativo para buscar direito singular - Inexistência de quebra do valor do provimento inicial - Pretensão individual não atrelada ao coletivo - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - Gratificação de atividade de saúde - Incorporação das gratificações de periculosidade e insalubridade - Exegese dos artigos 15 e 18 da Lei Estadual nº 13.666/2002 - Excesso de execução reconhecido - Recurso conhecido e parcialmente provido. Recurso de apelação 01 - Cálculo de juros e correção mo-

netária de forma prospectiva - Impossibilidade - Inclusão do próprio mês do cálculo que é indevida - Lei 12.703/2012. Aplicação imediata a partir de 05/2012 - Redistribuição dos ônus de sucumbência - Sucumbência recíproca das partes - Divisão adequada pelo magistrado de primeiro grau - Recurso parcialmente provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1321837-4 - Ac. unânime - Rel.: Juíza Substituta em 2º Grau **Denise Hammerschmidt** - Fonte: DJ, 30.03.2015).

Vencimento básico do regime de trabalho do servidor público pode ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade

Ação de cobrança - Servidores públicos estaduais - Universidade Estadual de Londrina. 1. Gratificação de insalubridade - Atividades exercidas pelos autores enquadradas como insalubres, consoante reconhecido em perícia realizada no âmbito administrativo - Restabelecimento, ademais, do pagamento dessa vantagem, após sua supressão injustificada - Vantagem devida. 2. Base de cálculo da gratificação de insalubridade - Pretensão de que tal verba incida sobre o vencimento básico do regime de trabalho dos servidores, não sobre o vencimento inicial da tabela do Quadro Geral do Estado - Possibilidade - Artigo 3º, parágrafo 4º, inciso V, da Lei Estadual n. 11.713/1997, com redação dada pela Lei n. 14.825/2005, que fixou esse parâmetro (vencimento básico do regime de trabalho) para o cálculo das gratificações percebidas pelos servidores públicos integrantes da carreira do Magistério do Ensino Superior - Inaplicabilidade, no caso, do artigo 10 da Lei Estadual n. 10.692/1993 - Lei Estadual n. 11.713/1997 que trata especificamente da estrutura remuneratória dos integrantes da carreira do Magistério do Ensino Superior, sobrepondo-

se, por conseguinte, à Lei Estadual n. 10.692/1993, que diz respeito à gratificação de insalubridade devida a todos os servidores públicos estaduais - *Lex specialis derogat lex generalis* - Diferenças devidas. 3. Reflexos da condenação sobre terço constitucional de férias e gratificação natalina - Possibilidade - Previsão legal expressa - CF, art. 34, incs. IV e X, e Lei Estadual n. 6.174/1970, arts. 157 e 169, inc. II. 4. Recurso desprovido e sentença mantida em sede de reexame necessário. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1310029-5 - 3a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Verbas recebidas em duplicidade por servidores não são compatíveis com a boa-fé

Processual Civil. Embargos de Declaração. Irregularidade formal não apontada. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão. Servidor público federal. Devolução de pagamento feito em duplicidade. Ausência de boa-fé presumida. Simples constatação da duplicidade do pagamento no contracheque do servidor. - Contradição apontada na necessidade de reconhecimento da boa-fé dos servidores que receberam em duplicidade os valores devidos pela administração. - A percepção dos valores pagos em duplicidade foge ao conceito de boa fé. Os servidores receberam verba em duplicidade, circunstância que pode ser constatada com a simples verificação dos seus contracheques. - Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas. - Não tendo sido demonstrado o vício supostamente existente no acórdão, que não apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar, revelam-se improcedentes os embargos. - Embargos de declaração a que se nega provimento.

(TRF - 3a. Reg. - Ap. Cível n. 0010233-26.2007.4.03.6100/SP - 11a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **José Lunardelli** - Fonte: DJ, 06.03.2015).

NOTA BONIJURIS: *A supressão da vantagem indevida encontra esteio ainda na Súmula 473 do STF, segundo a qual “A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.*

TRIBUTÁRIO

Incide ISS sobre os serviços denominados rendas operacionais e fornecimento de cheques

Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Repercussão geral. STF. Sobrestamento somente com relação aos recursos extraordinários. Serviços bancários. ISS. Hipóteses de incidência. Lei Complementar 116/2003. “Serviços de custódia”. Serviço expressamente previsto na lista anexa à legislação pertinente. Imposto devido. Rubrica “tarifas interbancárias”. Ausência de previsão na lista anexa. Serviço de operação de crédito e não de prestação de serviço. Não incidência do tributo. “Serviços de rendas operacionais” e “Fornecimento de cheques”. Incidência. Recurso de Apelação parcialmente provido. 1) Havendo reconhecimento de repercussão geral em torno de determinada matéria constitucional apenas os Recursos Extraordinários devem ser sobrestados. Precedentes. 2) Não há que se falar em violação ao art. 150, III, ‘a’ da Constituição Federal, ante a regularidade do lançamento, considerando que os serviços sobre os quais

pretende a incidência do ISS já constavam da lista anexa ao anterior Código Tributário Municipal, em vigor à época dos fatos geradores. 3) Pacífico o entendimento no sentido de que apesar de se tratar de rol taxativo, este admite interpretação extensiva para enquadrar serviços idênticos, ou seja, de mesma natureza, mas com nomenclaturas distintas. “Súmula 424 - É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987”. 4) Não há necessidade de descrição minuciosa de cada hipótese de incidência do ISS na certidão de dívida ativa, considerando ainda que o Município trouxe tabela anexada onde consta a especificação de todos os serviços tributados. 5) O serviço de “operações ativas” está expressamente previsto na lista anexa à LC 116/2003 e, portanto, sobre tais operações, incide o ISS. 6) O serviço de custódia não corresponde às receitas advindas do simples depósito, correspondendo, sim, ao serviço de guarda, administração e geração de informações relativas aos ativos, devendo incidir o ISS. 7) Não incide ISS não sobre as tarifas interbancárias, tendo em vista que as receitas derivam de operações de crédito entre os bancos integrantes do sistema de compensação, e não de cobranças efetuadas dos clientes. 8) Os serviços denominados “rendas operacionais” e “fornecimento de cheques” estão expressamente previstos na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003 e, portanto, sobre tais operações, incide o ISS. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1314625-3 - 3a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Inexiste solidariedade entre o anterior e o atual proprietário do imóvel no que tange ao IPTU

Apelação cível. Ação de execução fiscal. Sentença que acolheu a exceção

de pré- executividade por entender ser o anterior proprietário do imóvel parte ilegítima a figurar no polo passivo de cobrança de IPTU. Apelação 1. Município que sustenta solidariedade entre o atual e anterior proprietário do imóvel. Incongruência. Circunstâncias que afastam essa solidariedade. Lançamento dos tributos feitos em nome do novo proprietário, que significa dizer que o fisco tinha conhecimento da transferência do bem. Recurso não provido. Apelação 2. Pedido de majoração dos honorários advocatícios. Congruência. Honorários majorados para R\$3.000,00 considerando o bom trabalho, o valor da causa mas que a extinção do processo decorreu da apreciação de exceção de pré- executividade. Aplicação do art. 20, § 4º do CPC. Recurso parcialmente provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1271658-6 - 1a. Câmara. Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira Vargas** - Fonte: DJ, 18.03.2015).

Legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins

Tributário. Indébito. Restituição. ICMS. Inclusão na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS. 1. O Plenário do STF, no julgamento do RE 566.621/RS, com a relatoria da Ministra Ellen Gracie, reconheceu a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, considerando válida a aplicação do prazo de 5 (cinco) anos às ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005. 2. É legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS. (TRF - 4a. Reg. - Reex. Necessário n. 5052996-96.2014.404.7000 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Jorge Antonio Maurique** - Fonte: DJ, 09.04.2015).

Lei tributária não retroage

Apelação Cível - Execução Fiscal - IPVA - Extinção diante do va-

lor ínfimo do débito, com base nos artigos 30 e 31, da Lei Estadual n. 17.082/2012 - Inaplicabilidade - Propositura da ação anterior à vigência da Lei - Irretroatividade da lei tributária - Indisponibilidade do crédito tributário - Inteligência do enunciado n. 14 das Câmaras de Direito Tributário desta corte - Sentença anulada, com continuidade do feito executivo fiscal - Demais argumentos recursais prejudicados - Apelo provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1297411-3 - Maringá - 3a. Câmara. Ac. unânime - Rel.: Des. **Cláudio de Andrade** - Fonte: DJ, 03.03.2015).

Não incide imposto de renda sobre o intervalo inter e intrajornada indenizado

Tributário. Processual Civil. Imposto de renda. Incidência sobre juros de mora. Férias em dobro, intervalo intra-jornada. Reflexos de horas extras. 1. Em qualquer hipótese, os juros de mora não sujeitos à incidência do imposto de renda. É irrelevante para a solução da causa a discriminação de cada verba recebida na ação judicial. 2. As rubricas atinentes a férias em dobro possuem natureza indenizatória, não sofrendo incidência do imposto de renda. 3. Sobre o intervalo inter e intra-jornada indenizado não incide imposto de renda. 4. Os reflexos das horas extras sujeitam-se à incidência de tributação pelo IR. 5. Com relação ao repouso remunerado, como é quantia eminentemente salarial que constitui acréscimo patrimonial tributável, representando renda nova que não está reparando nenhum prejuízo, deve sujeitar-se à incidência de tributação pelo IR e, da mesma forma, todos os seus reflexos. É salário e, dessa forma, passível de tributação. 6. A restituição do indébito pode ocorrer através de execução de sentença, via Requisição de Pequeno Valor ou Precatório, ou na esfera administrativa, através de declaração de ajuste anual retificadora ou pro-

cedimento equivalente, observados os critérios de cálculo da declaração de ajuste anual do IRPF e a correção monetária dos valores recolhidos indevidamente desde a retenção. 7. É entendimento desta Turma que, na restituição, em havendo condenação da Fazenda Pública, o percentual de 10% sobre o valor desta é o quantum adequado para remunerar condignamente o trabalho do profissional, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, levando em conta as alíneas do § 3º do mesmo dispositivo legal. (TRF - 4a. Reg. - Reex. Necessário n. 5045648-18.2014.404.7100 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal **Jorge Antonio Maurique** - Fonte: DJ, 09.04.2015).

Servidor aposentado com cegueira monocular é isento do imposto de renda

Apelação Cível e Reexame Necessário. Servidor aposentado. Cegueira monocular. Imposto de renda. Isenção. Art. 6º, inc. XIV, da Lei 7.713/1988. Sentença de procedência. Apelação 1. Tese de ilegitimidade passiva. Rejeição. Apelação 2. Tese de que a isenção prevista na lei de regência se restringe à cegueira binocular. Rejeição. Precedentes do STJ. Tese de que os juros de mora tem por termo inicial o trânsito em julgado. Acolhimento, nos termos da súmula 188/STJ. Tese de minoração dos honorários advocatícios. Rejeição. Em sede de reexame necessário, definição do ônus da sucumbência como sendo unicamente do Estado do Paraná e modificação do indexador de correção monetária e do percentual dos juros de mora. Recurso 1 Conhecido e desprovido, recurso 2 conhecido e parcialmente provido e reexame necessário conhecido com alteração parcial da sentença. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1076687-3 - 6a. Câmara. Ac. unânime - Rel.: Juiz Substituto em 2º Grau **Joscelito Giovanni Cé** - Fonte: DJ, 01.04.2015).

É CRIME VENDER, FORNECER, SERVIR, MINISTRAR OU ENTREGAR BEBIDA ALCOÓLICA A CRIANÇA OU A ADOLESCENTE

Lei nº 13.106, de 17 de março de 2015

Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para tornar crime vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica a criança ou a adolescente; e revoga o inciso I do art. 63 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 243 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma,

a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 258-C:

“Art. 258-C. Descumprir a proibição estabelecida no inciso II do art. 81:

Pena – multa de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

Medida Administrativa – interdição do estabelecimento comercial até o recolhimento da multa aplicada.”

Art. 3º Revoga-se o inciso I do art. 63 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMAROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Miguel Rossetto

Ideli Salvatti

(Fonte: D.O.U. de 18.03.2015 – col. 2 – p. 1)

Tribunal Regional Federal da 4a. Região

Súmula 30

Regime jurídico trabalhista

A conversão do regime jurídico trabalhista para o estatutário não autoriza ao servidor o saque dos depósitos do FGTS.

Súmula 29

Curso superior

Não cabe a exigência de estágio profissionalizante para efeito de matrícula em curso superior.

Súmula 28

Programa de Integração Social

São inconstitucionais as alterações introduzidas no Programa de Integração Social (PIS) pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.

Súmula 27

Processo de execução

A prescrição não pode ser acolhida no curso do processo de execução, salvo se superveniente à sentença proferida no processo de conhecimento.

Súmula 26

Salário mínimo

O valor dos benefícios previdenciários devidos no mês de junho de 1989 tem por base o salário mínimo de NCz\$120,00 (art. 1º da Lei 7.789/89).

Súmula 25

Sentença

É cabível apelação da sentença que julga liquidação por cálculo, e agravo de instrumento da decisão que, no curso da execução, aprecia atualização da conta.

Súmula 24

Art. 201/CF, § 5º e 6º

São autoaplicáveis os parágrafos 5º e 6º do art. 201 da Constituição Federal de 1988.

Súmula 23

Empréstimo compulsório

É legítima a cobrança do empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica, instituído pela Lei 4.156/62, inclusive na vigência da Constituição Federal de 1988.

Súmula 22

Taxa ou emolumento

É inconstitucional a cobrança da taxa ou do emolumento para licenciamento de importação, de que trata o art. 10 da Lei 2.145/53, com a redação da Lei 7.690/88 e da Lei 8.387/91.

Súmula 21

Contribuição social

É constitucional a Contribuição Social criada pelo art. 1º da Lei Complementar 70, de 1991.

Súmula 20

Custas judiciais

O art. 8º, parágrafo 1º, da Lei 8.620/93 não isenta o INSS das custas judiciais, quando demandado na Justiça Estadual.

Súmula 19

Importação de bens

É legítima a restrição imposta pela Portaria DECEX n. 8, de 13 de maio de 1991, no que respeita à importação de bens usados, dentre os quais pneus e veículos.

Súmula 18

Crédito tributário

O depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença.

Súmula 17

Débito judicial

No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 70,28% relativo à correção monetária de janeiro de 1989.

Súmula 16

Apelação genérica

A apelação genérica, pela improcedência da ação, não devolve ao tribunal o exame da fixação dos honorários advocatícios, se esta deixou de ser atacada no recurso.

Súmula 15

Reajuste de benefício

O reajuste dos benefícios de natureza previdenciária, na vigência do Decreto-Lei 2.351, de 7 de agosto de

1987, vinculava-se ao salário mínimo de referência e não ao piso nacional de salários.

Súmula 14 **Lei 7.787/89, art. 3º**

É constitucional o inciso I do artigo 3º da Lei 7.787, de 1989.

Súmula 13 **Gasolina e álcool**

É inconstitucional o empréstimo compulsório incidente sobre a compra de gasolina e álcool, instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986.

Súmula 12 **Execução fiscal**

Na execução fiscal, quando a ciência da penhora for pessoal, o prazo para a oposição dos embargos de devedor inicia no dia seguinte ao da intimação deste.

Súmula 11 **Dívida agrária**

O desapropriante está desobrigado de garantir compensação pelo deságio que os títulos da dívida agrária venham a sofrer, se levados ao mercado antecipadamente.

Súmula 10 **Impenhorabilidade**

A impenhorabilidade da Lei 8.009/90 alcança o bem que, anteriormente ao seu advento, tenha sido objeto de constrição judicial.

Súmula 9 **Benefício previdenciário**

Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar.

Súmula 8 **Ajuizamento de ação**

Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal.

Súmula 7 **Lei 7.689/88, art. 8º**

É inconstitucional o art. 8º da Lei 7.689 de 15 de dezembro de 1988.

Súmula 6 **ICMS**

A autoridade administrativa não pode, com base na Instrução Normativa 54/81 – SRF, exigir a comprovação do recolhimento do ICMS por ocasião do desembarço aduaneiro.

Súmula 5 **Correção monetária**

A correção monetária incidente até a data do ajuizamento deve integrar o valor da causa na ação de repetição de indébito.

Súmula 4 **Isenção**

É constitucional a isenção prevista no art. 6º do Decreto-Lei 2.434, de 19 de maio de 1988.

Súmula 3 **Prestação previdenciária**

Os juros de mora, impostos a partir da citação, incidem também sobre a soma das prestações previdenciárias vencidas.

Súmula 2 **Aposentadoria**

Para o cálculo da aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, no regime precedente à Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, corrigem-se os salários-de-contribuição, anteriores aos doze últimos meses, pela variação nominal da ORTN/OTN.

Súmula 1 **Empréstimo compulsório**

É inconstitucional a exigência do empréstimo compulsório instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986, na aquisição de veículos de passeio e utilitários.

Fonte: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4

SUPERÁVIT, DÉFICIT E USOS DA MESÓCLISE

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

“Superavit” e “deficit”: como escrever?

O Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (VOLP) editado em 2009 naturalmente não traz os dois registros em latim: *superavit* e *deficit*; só registra **déficé**, que é a forma atualmente usada em Portugal. No caso de “superavit” também se poderia acrescentar uma vogal final, ficando *superávite* – é aguardar para ver.

Nossos dicionários trazem as formas latinas; alguns, também as aportuguesadas: **superávit** e **déficit**. Por ora, é esta grafia – uma adaptação do latim com acento gráfico – que tem sido mais utilizada no Brasil, porque facilita a leitura.

PLURAL: *superávits* e *déficits* ou *défices*.

Gostaria de saber quanto ao uso da mesóclise numa frase como esta: “A condenação dos réus a reparar, na íntegra, os prejuízos tanto materiais como extrapatrimoniais, cuja liquidação dar-se-á...” Esse “dar-se-á” está correto ou deve ser substituído por “se dará”? Sei que se usa a mesóclise no futuro do presente, mas aí o sujeito está expresso.

É preferível dizer “a liquidação se dará”. A mesóclise no futuro do presente só é obrigatória em início de frase:

Fixar-se-ão as normas do concurso em documento próprio.

Seguir-se-ão os preceitos ditados pela Constituição.

Nos demais casos de uso, isto é, havendo um sujeito explícito, recomenda-se colocar o pronome antes do verbo (próclise):

O curso me proporcionará maior conhecimento sobre a matéria.

Dizem os jornais que **as normas nos serão impostas**.

Eles se reduzirão a pó se continuarem com essas atitudes.

Convém lembrar que o sujeito também pode ser expresso por um pronome relativo,

que é uma palavra atrativa do pronome átono. Neste caso, é obrigatório usar a próclise. Constitui erro gramatical escrever assim: *Convidamos para os eventos, que *realizar-se-ão* no dia 7 de setembro, ou *a proteção que *dar-se-á* pelas normas vigentes.

Exemplos corretos:

Fixar-se-ão as normas do concurso em documento próprio, **as quais se publicarão** com três meses de antecedência.

Esse valor, **que se arbitrar**á oportunamente, deve ser razoável e proporcional.

Em razão das reformas no prédio, a ouvida das testemunhas acontecerá no salão paroquial, **onde se fará** todo o julgamento.

O futuro do pretérito

Em português temos dois tempos de futuro no modo Indicativo: o do presente, com as terminações *ei, ás, á, emos, eis, ão*, e o futuro do pretérito, com as terminações *ia, ias, ia, íamos, íeis, iam*. Vale enfatizar que é inviável ou proibida a ênclise com os verbos no futuro. Isso quer dizer que **não** se usam os pronomes átonos depois do verbo no futuro do pretérito.

Vimos acima vários exemplos com o futuro do presente. E também no futuro do pretérito são erradas estas formas verbais: **daria-se, contariam-nos, mandaria-lhe*. Elas devem ser transformadas em mesóclise em início de frase na linguagem escrita formal (**dar-se-ia, contar-nos-iam, mandar-lhe-ia**) e em próclise preferentemente quando houver sujeito expresso, e obrigatoriamente se houver uma palavra atrativa do pronome:

Dir-se-ia que não há maiores problemas a resolver no país.

Pareceu-nos que Seu José **se interessaria** pela criação de ostras.

Surgiu a proteção **que se daria** pelas normas vigentes.

Foi necessário manter a ordem preestabelecida, **sem a qual se tornaria** nula a inscrição.

Jamais lhe seria exigida indenização.