

O JUIZ CONTRA A PAREDE

Em outubro, nove pessoas obtiveram liberdade de quatro juízes de Goiás. A decisão teria sido tomada com base na lei de abuso de autoridade recém-aprovada pelo Congresso Nacional. Sobre os presos pesavam acusações de homicídio, tráfico de drogas, roubo, furto qualificado, desobediência, resistência e ameaça.

A nova lei, como é sabido, só entra em vigor em janeiro de 2020, porém temendo pelo mal, os magistrados acharam por bem soltar os acusados. Tudo para que eles, os juízes, não fossem inculcados pela letra da legislação que, aliás, foi sancionada pelo presidente da República com 19 vetos, estes estrepitosamente derubados pelo Senado à guisa de impor freios ao que chamam de transgressões flagrantes de servidores públicos alocados nos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Juízes, magistrados e ministros da corte trataram de cerrar fileiras contra a lei, acusando-a de produzir insegurança jurídica. Apontaram para os respingos na economia claudicante, as trovoadas sobre a cabeça de investidores, a chuva a cântaros no estado democrático de direito e, no que lhes diz respeito diretamente, à “independência funcional”.

É o caso do artigo da juíza paranaense Raphaella Benetti da Cunha Rios, publicado nesta edição, que analisa a lei de abuso de autoridade não apenas no que ela traz *in verbis*, mas também nas suas entrelinhas. O que ela enxerga não é auspicioso. De um lado pelo seu viés intimidante, de outro pela redundância. De fato, a lei de abuso de autoridade pretende coibir ações que já são proibidas, como invasão de domicílio sem que haja determinação judicial, ou manter presos de ambos os sexos em uma mesma cela, ou instalar interceptação telefônica sem o devido consentimento de um juiz.

Afirme-se, para que não paire dúvida, que a Lei 13.869/19 tem méritos. Um deles é conter a

chamada “arrogância do poder”. Os casos são tão frequentes que, pasme, foram assimilados pela sociedade a ponto de se tornarem monótonos.

Outra nota de elogio refere-se à desobediência orquestrada pelo Senado ao fazer valer o poder da casa e derrubar os numerosos vetos do presidente ao texto original. Foi uma resposta ímpar e, convenhamos, rara.

Talvez seja esta a grande novidade na vida política do país: a descoberta por parte de alguns que não há um cordão umbilical a ligar o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O filósofo francês Montesquieu, que formulou a célebre tripartição de poderes, disse certa vez: “Todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele. É preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” Eis um pensamento que, a partir de 2020, será devidamente colocado em prática.

A capa desta edição aborda a novela da guerra fiscal entre os estados, que parece ganhar novos capítulos com a proposta em debate no governo federal e no Congresso Nacional de unir, sob o mesmo guarda-chuva, tributos como o IPI, a COFINS, o ICMS e o ISS. Sobre a reforma da previdência, cabe aqui um autoelogio: ao destacar o tema na Revista *Bonijuris* de outubro/novembro nos cercamos de todas as garantias para que, mesmo sem o aval do Senado Federal, que ainda discutiria a reforma em segundo turno, garantíssemos o que de essencial, histórico e, tal como foi grafado, revolucionário a PEC 06/2019 continha. Ou seja, a adoção da idade mínima como requisito fundamental nas aposentadorias. Foi um risco assumido, mas a bem do leitor.

Boa leitura!

REVISTA BONIJURIS # 661

EDITORIAL

- 3 Direito**
O juiz contra a parede

TRIBUNA LIVRE

- 8 Eleitoral**
Criminalização de notícias falsas
Eduardo Luiz Santos Cabette
- 11 Nova legislação**
Reflexos da Lei do Distrato Imobiliário
Hélio Kozłowski
- 12 Previdência**
Auxílio-reclusão e a necessidade de sua defesa
Sérgio Henrique Salvador
- 13 Vazamento**
Gravações criminosas
Antenor Demeterco Júnior
- 14 Direito**
Racismo institucional nas carreiras jurídicas
Monique Rodrigues do Prado
- 16 Pesquisa**
A realidade do cárcere no Brasil em números
Rômulo de Andrade Moreira

ENTREVISTA

- 20 “Tecnologia não substitui advogados, traz eficiência”**
RAFAEL LARA MARTINS

CAPA

- 26 A liberdade da guerra fiscal**
Marcus Gomes
- 30 Inconstitucionalidade de benefícios e incentivos**
Barbara das Neves e Elisa Tomio Stein

DOCTRINA JURÍDICA

- 48 Código florestal**
O *propter rem* na reparação por danos ambientais
Wanderlei José dos Reis
- 60 Direito civil**
Sentença e execução de alimentos no novo CPC
Daniel Roberto Hertel
- 72 Corrupção**
Reflexos jurídicos da lavagem de dinheiro
Leyla Viga Yurtsever
- 80 Filosofia jurídica**
Zygmunt Bauman e o processo líquido
Guilherme Christen Möller
- 92 Direitos fundamentais**
Possibilidade de adoção de embriões excedentes
Cariane da Silva e Camila Pannain
- 108 Administração pública**
Judicializar para diminuir o fator discricionário
Camila Hacker e Ester da Cruz
- 118 Norma inovadora**
Pós-positivismo e o direito de família constitucional
Rodrigo de Queiroz Oliveira

SELEÇÃO DO EDITOR

- 128 Magistratura**
Abuso de autoridade: ameaça real ou falácia?
Raphaella Benetti da Cunha Rios
- 142 Previdência**
A diferença entre jejuar e passar fome
Diego Henrique Schuster

LEGISLAÇÃO

- 152 Degustação de novas leis**

SÚMULAS

- 156 Enunciados** do STF, STJ, TST, TRF2, TRF3, TRF4, TJMG, TJMS, TJPR, TJRJ, TJRS, TJSC, TJSP, TRT1, TRT3 e TRT9

EMENTÁRIO TITULADO

- 163 Conduta omissiva**
Município responde por violação de túmulo
- 168 Dano moral**
Banco não deve indenizar por inscrição negativa
- 171 Uso exclusivo**
Irmão deve pagar aluguel por uso de imóvel
- 174 Insurgência defensiva**
Mantido júri que condenou réu por morte de amante da esposa
- 179 Benefício contínuo**
Portador de autismo possui direito a benefício previdenciário
- 186 Execução forçada**
Reconhecida impenhorabilidade de remuneração
- 189 Comissões de venda**
Bancário não receberá comissões sobre venda de seguros
- 193 Sujeito passivo**
Não cumulação aplicável ao ICMS não se estende ao ISSQN

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

- 196 Sanção administrativa**
Punição a ex-comandante da PM que impediu diligência
Min. Benedito Gonçalves
- 199 Ação de compensação**
Dano moral por atraso de voo
Min. Nancy Andrighi
- 203 Descabimento de aquisição**
Usucapião de imóvel financiado
Min. Luis Felipe Salomão
- 205 Ilicitude da prova**
Policial que atende ligação direcionada ao suspeito
Min. Sebastião Reis Júnior
- 211 Substituição de renda**
Cálculo de aposentadoria
Min. Napoleão Nunes Maia Filho
- 214 Concurso de credores**
Preferência na penhora
Min. Antonio Carlos Ferreira

- 219 Honorários advocatícios**
Remuneração do primeiro advogado da causa
Min. Delaíde Miranda Arantes

- 224 Base de cálculo**
Contribuição sobre quebra de caixa
Min. Herman Benjamin

PRÁTICA FORENSE

- 230 Debate**
A questão disciplinar e a execução penal
Maurício Kuehne

- 236 Inimputabilidade**
A lei penal que garante direitos ao 'louco'
Diego Lopes

ALÉM DO DIREITO

- 246 (Im)pacto com a loucura**
Marion Bach

- 247 Advocacia na maternidade**
Ernani Buchmann

- 247 Encarcerada posta em liberdade porque ia ser mãe**
João Baptista Herkenhoff

- 248 O primeiro escritório virtual**
Anita Zippin

NÃO TROPECE NA LÍNGUA

- 250 Locuções adverbiais para consulta (8)**
Maria Tereza de Queiroz Piacentini

AGENDA

- 252 Programação de eventos jurídicos**

ÍNDICE REMISSIVO

- 254 Temático e onomástico**

PONTO FINAL

- 258 O "direito" dos delatados falarem por último**
Sebastião Ventura Pereira da Paixão Jr.

REVISTA BONIJURIS

ISSN 1809-3256

Vol. 31, n. 6 – Edição 661 – Dez19/Jan 2020

contato@bonijuris.com.br

facebook.com/bonijuris

EDITOR-CHEFE

Luiz Fernando de Queiroz

EDITORA ASSISTENTE

Olga Maria Krieger

COORDENADORA DE CONTEÚDO

Pollyana Elizabethe Pissaia

COORDENADOR JURÍDICO

Geison de Oliveira Rodrigues

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DISTRIBUIÇÃO

Ana Crissiane de Moraes Prates Cordeiro

Renata Kovalski

JORNALISTA

Marcus Vinicius Gomes (3552/13/96 – PR)

REVISÃO E EDIÇÃO

Denise Camargo

Dulce de Queiroz Piacentini

Murilo Coelho

Noeli do Carmo Faria

Valéria Stüber

ARTE*Ilustração:* Giovana Tows (foto entrevista)

e Simon Taylor (capa)

Projeto gráfico: Straub Design**DIAGRAMAÇÃO**

Julio Cesar Baptista

ESTAGIÁRIOS

Henrique Junior Choinski

Robert Oliveira

Wagner Fernandes Netto

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Carlos Facioli Chedid, Carlos Roberto Ribas Santiago, Célio Horst Waldraff, Clèmerson Merlin Clève, Eduardo Cambi, Guillermo Orozco Pardo, Hélio de Melo Mosimann, Hélio Gomes Coelho Jr., Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, João Casillo, João Oreste Dalazen, Joatan Marcos de Carvalho, Joel Dias Figueira Júnior, Jorge de Oliveira Vargas, José Laurindo de Souza Netto, José Lúcio Glomb, José Sebastião Fagundes Cunha, Juan Gustavo Corvalán, Luiz Fernando Coelho, Manoel Antonio Teixeira Filho, Manoel Caetano Ferreira Filho, Mário Frota, Mário Luiz Ramidoff, Nefi Cordeiro, Ricardo Sayeg, Roberto Portugal Bacellar, Roberto Victor Pereira Ribeiro, Sidnei Beneti, Teresa Arruda Alvim, Zeno Simm

COLÉGIO DE LEITORES

Adriana Pires Heller, Alceli Ribeiro Alves, André Zacarias Tallarek de Queiroz, Anita Zippin, Carlos Oswaldo M. Andrade, Danielle Cristina de Oliveira, Elisete Machado, Flávio Zanetti de Oliveira, Francisco Zardo, Joana Carvalho Brasil, Juliana Silva, Karla Pluchiennik Moreira, Luciano Augusto de Toledo Coelho, Luís Alberto Gonçalves Gomes Coelho, Luiz Carlos da Rocha, Luise Tallarek de Queiroz Maliska, Nelson Antônio Gomes Jr., Patrícia Piekarczyk, Ricardo de Queiroz Duarte, Roberto Ribas Tavarnaro, Rodrigo da Costa Clazer, Rui César Lopes Peiter, Ruy Alves Henriques Filho, Sergio Murilo Mendes, Valéria Siqueira, Victoria Tapxure Scaramuzza, Yoshihiro Miyamura, Yuri Augusto Barbosa Vargas

REDAÇÃO

redacao@bonijuris.com.br

ANÚNCIOS / ASSINATURAS

comercial@bonijuris.com.br

EXEMPLAR IMPRESSO**R\$ 130,00**

QUALIS C – CAPES

Repositório autorizado

TST 24/2001 – STF 34/2003 – STJ 56/2005

Bonijuris^{Editora}

Rua Marechal Deodoro, 344 – 3º andar

CEP 80010-010 / Curitiba-PR

Tels.: 41 3323-4020

0800-645-4020

www.livrariabonijuris.com.br

@2019 A Revista Bonijuris é publicada bimestralmente pela Editora Bonijuris Ltda. Todos os direitos reservados. Os artigos assinados não representam a opinião da revista. Pré-impressão, impressão e acabamento: Gráfica Capital. Papel couché fosco 80g/m². **Tiragem: 4.500 exemplares.** Circulação nacional.

Solicita-se permuta. / We ask for exchange. / Se pide canje. / On demande l'échange. / Wir bitten um Austausch. / Si richiede lo scambio.

NOTA: Todos os artigos publicados passam por rigoroso processo de **seleção, edição e revisão** para adequá-los ao padrão Bonijuris e ao espaço disponível. O editor.

Lançamento

TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

de Luiz Fernando Coelho



R\$ 120,00
544 páginas

Compre pelo QR Code



Repensada e atualizada, a obra mais relevante do autor, continua inovadora e contemporânea, conduzindo o leitor, com elegância e lucidez, a reflexões complexas sobre as esferas mais profundas do ser humano, da sociedade e do Estado.

Bonijuris^{Editora}

www.livrariabonijuris.com.br
0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Eduardo Luiz Santos Cabette DELEGADO APOSENTADO

CRIMINALIZAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS: MAIS UMA FAKE NEWS

A Lei 13.834/19 criou um novo tipo penal no Código Eleitoral, prevenindo a chamada “denúncia caluniosa eleitoral”, consistente, resumidamente, na conduta de imputar, com ciência absoluta da falsidade, a prática de infração penal ou ato infracional a alguém, ensejando a instauração de alguma investigação ou processo contra a vítima, tudo isso com fins eleitorais (art. 326-A da Lei 4.737/65 – Código Eleitoral)¹.

Havia, originalmente, um § 3º no artigo 326-A, que foi vetado pelo Executivo e que assim versava:

§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

As razões do veto foram explicitadas nos seguintes termos:

A propositura legislativa ao crescer o art. 326-A, caput, ao Código Eleitoral, tipifica como crime a conduta de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que o crime previsto no § 3º do referido art. 326-A da propositura, de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral, estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, em pata-

mar muito superior à pena de conduta semelhante já tipificada no §1º do art. 324 do Código Eleitoral, que é de propalar ou divulgar calúnia eleitoral, cuja pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Logo, o supracitado §3º viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada.

Esse veto, entretanto, foi derrubado pelo Congresso Nacional, de modo que a propalação ou divulgação da denúncia caluniosa eleitoral segue incriminada com as mesmas penas do crime em destaque².

Com esse acontecimento passou-se a veicular em vários canais, inclusive (passim) jurídicos, que teria havido a “criminalização das fake news”.

Derosa deixa claro que o conceito de fake news é algo muito amplo, podendo ser resumido na noção de notícias falsificadas, as quais sempre existiram, antes confinadas na chamada “grande mídia”, agora expandidas para as redes sociais³.

O que foi vetado pelo Executivo não foi a criminalização das fake news, mas sim a aplicação da mesma pena por denúncia caluniosa eleitoral. Além disso, não ao autor da denúncia, mas a todo aquele que a propale ou

divulgue, sabendo da falsidade. Com razão, o Executivo apontou para a violação da proporcionalidade, uma vez que a pena para a mesma propalação e divulgação no crime de calúnia eleitoral (art. 324, § 1º do Código Eleitoral) é muito menor. O motivo da distinção de tratamento entre os crimes de calúnia e de denúncia caluniosa é que o primeiro atinge tão somente a honra do ofendido e, no caso da eleitoral, o interesse na integridade do pleito. Na denúncia caluniosa há um bem jurídico adicional, que é o interesse da correta administração da justiça e ainda o risco corrido pelo denunciado caluniosamente de sofrer uma condenação e até prisão injusta. Não há como comparar os níveis de gravidade da denúncia caluniosa e da mera calúnia. Nenhuma conduta dessa espécie é admissível ou justificável, mas a gravidade é clara e evidentemente diversa. Com um tratamento igual, no que tange à pena cominada, há violação patente da proporcionalidade pelo fato óbvio de que o propalador ou divulgador não dá causa à instauração de processo ou investigação contra o ofendido e, portanto, não coloca em risco a liberdade deste e muito menos movimentação indevidamente a administração

da justiça. Tanto é fato que no Código Penal há a figura da propalação ou divulgação da calúnia com a mesma pena do crime contra a honra enfocado (art. 138, § 1º, CP), mas não há a correspondente previsão no crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP)⁴.

Feita essa breve digressão a respeito da proporcionalidade, pode-se retomar o tema deste trabalho, que consiste em esclarecer o fato de as chamadas fake news não terem sido “criminalizadas” com a derrubada do veto do Executivo pelo Congresso Nacional.

Para criminalizar realmente as fake news seria necessária uma norma que incriminasse a veiculação de quaisquer espécies de notícias falsas, ainda que no âmbito estritamente eleitoral. Porém, não foi isso que aconteceu. O § 3º, agora em vigor, apenas incrimina a conduta daquele que, tendo ciência de que outrem cometeu uma denúncia caluniosa, passa a propalar ou divulgar a mesma imputação de que conhece a improcedência. Ora, então não é possível ao autor dessa conduta atuar, por exemplo, autonomamente. Ele precisa, primeiro, que outro tenha perpetrado uma denúncia caluniosa. Depois, sabendo disso e da falsidade da imputação, passa a divulgá-la mesmo assim, com intuito eleitoral. Isso é, no máximo, uma espécie muito particular e vinculada de fake news. A conduta é vinculada, pois não pode existir de forma independente do ilícito principal

descrito no caput do artigo 326-A do Código Eleitoral.

Portanto, quando alguém, seja por meio da “grande mídia”, seja em redes sociais ou por qualquer outra forma, divulgar notícias simplesmente falsas ou ofensivas contra outrem, com ou sem intuito eleitoral, não incidirá jamais no artigo 326-A, § 3º, do Código Eleitoral, o qual se reduz a uma situação muito específica e, como já se disse, vinculada ou condicionada. É claro que não se pode, impunemente, ofender pessoas, e muito menos divulgar inverdades sobre elas em mídias de grande audiên-

**O conceito de fake news
pode ser resumido
na noção de notícias
falsificadas, antes
confinadas na chamada
'grande mídia'**

cia, redes sociais ou de qualquer forma imaginável, ainda que sob o suposto manto da liberdade de expressão. Para isso existem previsões para os crimes de calúnia, difamação e injúria, tanto no Código Penal quanto no Código Eleitoral. Na área cível há o direito de resposta (Lei 13.188/15 c/c art. 5º, V, CF) e a indenização por dano material ou moral (art. 186 c/c 927 do Código Civil).

É absolutamente incorreta e contraproducente a notícia, inclusive por parte de juristas, de que com a derrubada do veto ao § 3º do artigo 326-A do Código Eleitoral, criado

pela Lei 13.834/19, passou-se a “criminalizar” as fake news no Brasil, ao menos para fins eleitorais⁵. É incorreta tal afirmação, porque o dispositivo, no máximo, criminaliza uma espécie de conduta entre as inúmeras que poderiam ser classificadas pela expressão não técnica e ampla “fake news”. E se meia-verdade é uma mentira inteira, imagine-se uma parcela ínfima de verdade mergulhada em um mar de falsidade. É contraproducente, porque faz parecer que até então a divulgação de notícias falsas ou mesmo de ofensas a pessoas, com ou sem fins eleitorais, pela grande mídia ou não, eram condutas permitidas no Brasil, sem coibição criminal, talvez somente civil e constitucional. Pode fazer crer até que isso continua assim, desde que não envolva questão eleitoral, o que, novamente, não é verdadeiro, é uma notícia falsa.

Em suma, somente há responsabilização criminal na propalação ou divulgação de denúncia caluniosa com fins eleitorais, e desde que o autor esteja ciente da falsidade da imputação. Nem mesmo a propalação ou divulgação de denúncia caluniosa do Código Penal tem previsão legal. Como já se viu, o caso deverá ser solvido na área civil e com o uso dos tipos penais contra a honra, a não ser em um único caso, muito específico, agora previsto no Código Eleitoral. Além disso, no caso da propalação ou divulgação da denúncia caluniosa eleitoral haverá que ser comprovado o dolo específico do agente,

tanto no sentido de ter uma finalidade eleitoral, como naquele de ter absoluta certeza de que a imputação feita é falsa (dolo direto). Não configurarão nem esse tipo penal e nem mesmo outros que podem ser aventados, como os crimes contra a honra, se a atuação se der com *animus jocandi* (em tom humorístico ou de brincadeira visível) ou mesmo com o *animus informandi* ou *narrandi* (ou seja, de tão somente noticiar um fato ocorrido), como quando um jornal ou qualquer pessoa apenas informar que alguém está respondendo a um processo criminal, por exemplo, e essa pessoa realmente está, independentemente de ser, ao final, absolvida ou condenada, ter sido ou não vítima de uma denúncia caluniosa.

A verdade é que já há instrumentos suficientes em nos-

so ordenamento jurídico para coibir o abuso da liberdade de expressão e o uso indevido de um conceito tão amplo como “fake news”, normalmente dependente de interpretações das mais variadas. É bastante deletério à configuração de um estado democrático de direito e de um direito penal que obedeça a princípios mínimos limitadores de uma tendência autoritária. Já vivenciamos, hoje, por meio de coações indevidas das próprias redes sociais, graves danos à real liberdade de expressão, com bloqueios e censuras totalmente arbitrarias, sem sequer uma justificação ao usuário, exatamente porque esse conceito de “fake news” e outras expressões, como “discurso de ódio”, são extremamente fluidas e subjetivas, sujeitas a uma enorme confusão entre expressões de juízos de valor

e de juízos de fato, mais simplesmente, entre o que vem a ser uma opinião a respeito de algo ou uma afirmação categórica de um fato sobre a mesma questão, dentre outros tantos obstáculos. Nesse quadro, a ingerência estatal, com a criação eventual de tipos penais, é de extremo perigo para a saúde da democracia.

Ainda bem que a notícia da chamada “criminalização” das fake news é uma das maiores fake news já espalhada. ■

Eduardo Luiz Santos Cabette é delegado de Polícia aposentado. Mestre em Direito Social. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do UNISAL. Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do UNISAL.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes Contra a Honra*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Denúncia Caluniosa Eleitoral: Lei 13.834/19. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75097/denunciacao-caluniosa-eleitoral-lei-13-834-19>. Acesso em: 08 set. 2019.

CONGRESSO derruba veto sobre fake news eleitoral e mantém outros três. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/>

noticias/materias/2019/08/28/congresso-mantem-dois-vetos-presidenciais . Acesso em: 08 set. 2019.

DEROSA, Cristian. *A Transformação Social* – como a mídia de massa se tornou uma máquina de propaganda. 2. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

DEROSA, Cristian. *Fake News* – quando os jornais fingem fazer jornalismo. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Fake News agora dá cadeia no Brasil – *TV LFG*. Disponi-

vel em: <https://www.youtube.com/watch?v=0CMxF36R2Vs&t=1s>. Acesso em: 08 set. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro. Criminalização das “Fake News”: ainda não foi dessa vez – *Reflexões Extraclasse*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=76DE_OSnr2o&t=12s . Acesso em 08 set. 2019.

NOTAS

1. Para maior aprofundamento no estudo do tipo penal mencionado remetemos o leitor ao trabalho específico já publicado: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Denúncia Caluniosa Eleitoral: Lei 13.834/19. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75097/denunciacao-caluniosa-eleitoral-lei-13-834-19>. Acesso em: 08 set. 2019.

2. CONGRESSO derruba veto sobre fake news eleitoral e mantém outros três. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/28/congresso-mantem-dois-vetos-presidenciais>. Acesso em: 08 set. 2019.

3. DEROSA, Cristian. *Fake News* – quando os jornais fingem fazer jornalismo. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019, “passim”. Ver ainda: DEROSA, Cristian. *A Transformação Social* – como a mídia de massa se tornou uma máquina de propaganda. 2. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, “passim”.

4. Por todos: Cf. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes Contra a Honra*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 63-64. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 2520-2536.

5. Com essa mensagem equivocada manifes-

ta-se Luiz Flávio Gomes em vídeo: GOMES, Luiz Flávio. Fake News agora dá cadeia no Brasil – *TV LFG*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0CMxF36R2Vs&t=1s>. Acesso em: 08 set. 2019. Em polo oposto, esclarecendo com maestria a questão, recomenda-se o vídeo de Claudio Henrique Ribeiro da Silva: SILVA, Claudio Henrique Ribeiro. Criminalização das “Fake News”: ainda não foi dessa vez – *Reflexões Extraclasse*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=76DE_OSnr2o&t=12s. Acesso em: 08 set. 2019.

Hélio Kozlowski AVOGADO

REFLEXOS DA LEI DO DISTRATO IMOBILIÁRIO

Há muito tempo, em inúmeras demandas judiciais que surgem diariamente, os tribunais divergem sobre as hipóteses e consequências da extinção dos contratos de compra e venda de imóveis na planta. Foi assim que, com o intuito de pacificar alguns temas mais corriqueiros ou ao menos minimizar interpretações absolutamente discrepantes, recentemente entrou em vigor a Lei 13.786/18, popularmente chamada de Lei do Distrato.

Um dos pontos cruciais da nova legislação, sem dúvida, diz respeito ao percentual do valor que poderá ser retido pelo incorporador em caso de “distrato”, ou seja, quando o negócio é desfeito por interesse do adquirente.

A lei estabelece que a retenção será de até 25% do valor pago, podendo o valor ser majorado para até 50% nos casos em que a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, sem prejuízo ainda da retenção cumulativa da comissão de corretagem, da cobrança de taxas e impostos e da fruição do imóvel, fixada desde já em 0,5% do valor da unidade.

Nesses casos, também há previsão sobre os prazos

para devolução dos valores ao adquirente: até 30 dias após a emissão do certificado de conclusão do empreendimento (*Habite-se*), caso o imóvel esteja sujeito ao patrimônio de afetação; até 180 dias da data do distrato para os empreendimentos não afetados; ou até 30 dias da data da revenda do imóvel pelo incorporador.

Outro avanço diz respeito ao prazo de tolerância para a entrega do imóvel ao adquirente, pois agora a lei prevê que o atraso de até 180 dias corridos não dará causa à resolução do contrato e nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador, desde que essa possibilidade tenha sido expressamente pactuada contratualmente.

Em paralelo, a lei também procurou resolver outro problema corriqueiro dos consumidores que, não raras vezes, não estão atentos a todos os detalhes dos termos contratuais.

Agora a lei determina que os contratos terão obrigatoriamente um quadro-resumo que balizará o vínculo contratual celebrado pelas partes, com a finalidade precípua de oferecer maior clareza e objetividade quanto a informações essenciais, buscando evi-

tar as discussões e distorções recorrentes.

No referido quadro-resumo deverão constar as informações mais relevantes do contrato de compra e venda, como o prazo para a entrega do imóvel, os índices de correção monetária aplicáveis ao contrato, o valor referente à corretagem, a taxa de juros aplicada, entre outros. Inclusive, também deverão constar as consequências do desfazimento do contrato, notadamente as penalidades aplicáveis e os prazos para restituição de quantias pagas, tornando-se indispensável a assinatura das partes contratantes ao lado de tais disposições, como meio de ciência inequívoca sobre os reflexos da extinção do contrato.

De modo geral, o mercado imobiliário recebeu a lei com grande expectativa, pois é certo que as mudanças, em sua maioria, eram essenciais, e certamente darão conta de solucionar impasses corriqueiros na aquisição de imóveis, o que reflete positivamente na expectativa de todos os envolvidos no negócio jurídico. ■

Hélio Kozlowski é advogado em Curitiba.

A EXTINÇÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E A NECESSIDADE DE SUA DEFESA

O auxílio-reclusão não cai do céu como um prêmio pelo cometimento do ilícito ou ainda como um bônus pelo tempo que será cuidado pela sociedade na qualidade de preso.

Para gerar o direito ao recebimento do auxílio-reclusão exige-se, obrigatoriamente, a qualidade de segurado de seu instituidor, vale dizer, contribuições previdenciárias vertidas a tempo e modo, o conhecido custeio, que adjetiva e muito a previdência, requerendo, portanto, a demonstração da contributividade.

Ademais, até mesmo essa contribuição que serve de parâmetro para o salário contributivo deve estar dentro de um teto regulamentado pelo próprio ente estatal, de forma objetiva, inclusive, em muitas vezes abaixo do salário comercial, ao passo que se ultrapassar aludida barreira em centavos, por exemplo, ainda que outros requisitos sejam visualizados, o benefício não será entregue a quem quer que seja, em que pese ter sido verificado o custeio ao mesmo.

Portanto, em diversas situações esse mesmo segregado contribuiu ao sistema, mas, pela objetividade e rigidez dos critérios, como se pactos sociais fossem matemáticos, a arrecadação não provocou a proteção.

Logo, como se percebe, é um benefício previdenciário de difícil e rigoroso acesso e sempre foi assim.

No trajeto de sua busca, ainda, a relação de beneficiários deve ser observada, vale dizer, se não existir dependentes do segregado ou se não for comprovada essa necessária relação de dependência, nenhum benefício será entregue, tampouco ao preso.

O auxílio-reclusão não cai do céu como um prêmio pelo ilícito ou ainda como um bônus pelo tempo que o preso será cuidado pela sociedade

Neste aspecto, curioso observar que, para o senso geral, comum e descompromissado com o direito, existe um recado social de que ele pertence ao preso, sendo esse o beneficiário. Porém, desde a década de 1920, período em que foi criado, isso nunca foi verdade.

Por certo que aqui se verifica a sua maior crítica, de que o preso é o legitimado e o beneficiário único do auxílio-reclusão, esquecendo-se todos que, pela simples leitura do artigo 18 da Lei 8.213 de 1991, o conhecido Plano de Benefícios da Previdência Social,

fácil aferir de que se trata de prestação devida exclusivamente aos dependentes.

Infelizmente, no mundo das redes sociais, e ainda pela imprensa leiga, o que se vê é exatamente o oposto, ou seja, discursos efusivos de que o preso também o recebe e à custa da sociedade, como se fosse um prêmio para aqueles que estiverem nesta condição.

Sob outro aspecto, a dificuldade de seu acesso esbarra ainda no regime prisional, sendo bem específico às situações que envolvam somente o regime fechado. Aqui, até então, as únicas hipóteses de contemplação.

Desta forma, os presos provisórios, aqueles sob o regime aberto, semiaberto, livramento constitucional e regime domiciliar não possuem e nunca possuíram direito de busca pelo benefício, estando aqui a verdade que sempre existiu, contudo escondida e neutralizada pelo ímpeto populista a seu desfavor.

Destaca-se que a sua manutenção é de extremado rigor, devendo o dependente comprovar regularmente a permanência do segregamento, sendo o benefício suspenso e cassado em casos de fuga e nas hipóteses de progressão de regime, além de outros critérios de fiscalização e controle.

O valor auferido também é outro fator de uma necessária reflexão.

Na grande maioria dos casos o benefício tem a sua renda mensal inicial no mínimo legal, não sendo crível, razoável e correto afirmar que o seu valor supera e muito o piso nacional, tendo em vista que adota um complexo sistema de apuração de valor, passando pelo salário de contribuição, salário de benefício e na média contributiva obtida dentro do período básico de cálculo. Assim, sua leitura apressada e descompromissada tão somente ocasiona discriminação e a diminuição de seu valor social.

Como se percebe, além de diversos outros argumentos, sempre foi de extremado rigor o seu acesso e fruição, existindo, aliás, sob diversos fundamentos, dentre eles, aquele que alicerça o ideário constitucional da proteção social, de amparar os dependentes do segurado recluso e não os deixar ao relento da sociedade em pleno abandono e indiferença. Afinal existe

a filiação jurídica, o fato gerador decorrente da condição de segurado e o custeio previdenciário.

Recentemente e pela via errônea das medidas provisórias, mais uma vez, preferiu o gestor estatal criar outras regras e dificultar ainda mais o acesso ao auxílio-reclusão, em uma amostra bem clara de que seus dias estão contatos.

A Lei 13.846, de 18 de junho de 2019, deu tratamento singular ao auxílio-reclusão, inserindo no ordenamento novos requisitos, suprimindo outros e criando incompatibilidades sistêmicas. Registre-se, neste aspecto, a criação de uma carência contributiva mínima de 24 meses como requisito de contemplação. Também, inovou ao destinar o benefício somente ao segregamento do regime fechado, abolindo o regime semiaberto, bem como criou a incompatibilidade de percebimento com o salário-maternidade, pensão por morte e auxílio-doença, benefícios esses distintos e com outros fatos geradores, como se fosse pos-

sível controlar ou domesticar determinados riscos sociais.

Não bastasse o equivocados caminho eleito para discussões dessa índole por meio das medidas provisórias, tem-se em nosso meio jurídico um perigoso ímpeto de diminuição e mesmo de exclusão do auxílio-reclusão, pelos motivos ora resumidamente mencionados, além de vários outros que poderiam ser suscitados.

Evidente que se trata de um benefício polêmico e que necessita de ajustes. Contudo, provocar mudanças estruturais dessa magnitude e de maneira rápida, a ponto de inviabilizar o seu acesso, representa uma indesejada afronta às aspirações de bem-estar a que um constitucionalismo democrático procura resguardar. ■

Sérgio Henrique Salvador é mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP e em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Conselheiro da 23ª Subseção da OAB/MG. Professor Universitário.

Antenor Demeterco Júnior DESEMBARGADOR APOSENTADO DO TJPR

GRAVAÇÕES CRIMINOSAS

Não é usual que magistrados e promotores troquem ideias sobre processos em anda-

mento, mas não é extraordinário que o façam.

Quando o indivíduo processado é figura de alto cotu-

ro, são necessárias, muitas vezes, conversas esclarecedoras, para que não sejam tomadas iniciativas imprudentes

destinadas a serem modificadas em revisões de instâncias superiores.

Processados que são ex-presidentes da República, ex-presidentes do Congresso Nacional, ex-governadores, seria pura leviandade a falta de esclarecimento prévio de dúvidas.

Juízes e promotores são profissionais expostos à luminosidade da imprensa, e, conseqüentemente, ao ridículo, se agirem precipitadamente.

No atual momento político-jurídico nacional, assistimos a um crime menor (a violação intencional do sigilo telefônico de partícipes da máquina judiciária e acusatória) com o fito de anarquizar a apuração de crimes maiores (a corrupção deslavada que assola o Brasil).

Não há o que ser esclarecido com relação a gravações criminosas (a não ser descobrir seus autores) obtidas para não punir crimes contra o erário.

Há gente a serviço do macrocrime manipulando tecnologia de ponta.

É de ser lembrado que, no tempo em que a ministra Ellen Gracie era presidente do Supremo Tribunal Federal, constatou-se (pelo menos na imprensa) que este nobre tribunal nunca condenara um político até determinada data.

Hoje, quando um juiz e um promotor, com a coragem que ninguém demonstrou anteriormente no país, dão os passos iniciais para a tramitação de processos que levam à prisão de delinquentes genocidas, são caçados com o esmiuçamento de suas condutas.

O genocídio configura-se pelo desvio de verbas da saúde, com brasileiros pobres morrendo nos corredores de hospitais, alunos caminhando quilômetros para assistirem aulas deficitárias, 50 mil cidadãos assassinados por ano, mandados de prisão não cumpridos etc.

A grande vítima com a tentativa de desmoralização das ações anticorrupção é o próprio Poder Judiciário, acusa-

do de parcialidades que não costuma praticar.

Em 44 anos de magistratura, o subscritor destas linhas nunca teve notícia de condenações intencionais de inocentes.

Em cúpulas judiciárias que não prestigiam os soldados do *front*, tenho certeza de que, nas horas do cafezinho, tiram-se dúvidas nas boas prosas, para que não se cometam disparates.

As alegrias manifestadas no arraial do crime e da impunidade pela exposição pública do delito menor (as gravações), tenho certeza, se esfumarão como as névoas da manhã, anunciando um dia de sol.

A verdade está em marcha permanente, nada a deterá, mesmo o desapoio punitivo martirizando quem cumpre suas obrigações. ■

Antenor Demeterco Júnior é advogado. Consultor jurídico do setor contencioso estratégico. Coursou Administração Pública e Municipal em Madri.

Monique Rodrigues do Prado ADVOGADA

RACISMO INSTITUCIONAL NAS CARREIRAS JURÍDICAS

As relações jurídicas nascem na nossa vida cotidiana e muitas vezes estão mais próximas do que imaginamos. Elas decorrem da compra de um sa-

pato embalado na loja com a numeração errada, das tarifas abusivas cobradas na conta bancária, da colisão de um veículo ou da morte de um ente querido.

Essas relações são possíveis não propriamente por causa do direito, mas porque, no mundo real, entre nascer e morrer, as pessoas trabalham, adquirem conhecimento, pro-

duzem riqueza, constituem renda, compram bens, ficam desempregadas, contam com imprevistos das mais diversas naturezas e enfrentam outras situações comuns da vida.

Para dar conta das demandas decorrentes das diferentes situações vivenciadas, as pessoas se socorrem de todo o aparato jurídico, que muitas vezes envolve a prestação de serviço de um profissional: o advogado, quicá um defensor público. Além disso, em muitas áreas do direito, para a concretização do direito subjetivo daquele que o persegue, será necessária a utilização da máquina judiciária.

Não há dúvida de que os envolvidos nessa engrenagem têm os mais diversos credos, educação, formação de opinião, religião e visões de mundo. Mas, e quando entra em questão etnia e cor?

Os contrastes observados entre os operadores do direito e a população brasileira – considerando os 54% auto-declarados pretos e pardos¹ – demonstram que o racismo estrutural penetrou as instituições. Este fenômeno é chamado pelos estudiosos de racismo institucional.

Com efeito, nas carreiras jurídicas não é preciso muito esforço para enxergar a desigualdade racial.

Infelizmente, a OAB Federal, que abrange o território nacional, não divulga ou realiza um censo mostrando o número de advogados e estagiários negros em seu quadro ativo, deixando a cargo da iniciativa privada balizar essa desigualdade.

Em 2018, o Ceert (Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades), em parceria com a Aliança Jurídica pela Equidade Racial e a Fundação Getúlio Vargas, ouviu 3.624 pessoas dos nove maiores escritórios de São Paulo: BMA, Demarest, TozziniFreire, Trench Rossi, Lefosse, Machado Meyer, Mattos Filho, Pinheiro Neto, Watanabe, Veirano².

A pesquisa revelou que menos de 10% de estagiários nos escritórios de advocacia são negros, demonstrando ainda que nos níveis de advogados

Pesquisa revela que menos de 10% de estagiários de advocacia são negros. Nos níveis júnior, pleno, sênior e sócios não chega a 1%

júnior, pleno, sênior e sócios não chega a 1% o número de negros.

De igual modo, na magistratura os números não são nada animadores. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o último do Censo do Poder Judiciário, realizado em 2013, somente 15,6% dos magistrados brasileiros eram negros, e destes, 14,2% se declaravam pardos e 1,4% pretos³.

Nos tribunais superiores a disparidade étnica-racial é evidente, já que 91,1% dos ministros são brancos em face de 8,9% negros. Na Justiça Eleitoral é onde o número de ma-

gistrados negros aparece com maior força e, mesmo assim, o número é de 22% de negros em face de 77,5% de brancos.

Já o Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESC) do Ministério Público mostrou que 70% dos promotores e procuradores são homens, e destes, 77% são brancos, em face de 20% pardos e 2% pretos⁴.

Outro dado levado em conta pela pesquisa que chama a atenção é o nível de escolaridade dos genitores dos integrantes do Ministério Público. Segundo a pesquisa, 60% dos pais e 47% das mães dos membros do MP entrevistados tinham curso superior, contrastando com a média da população brasileira na faixa etária dos 50 anos de idade ou mais, em que essa proporção é de 9% para homens e 8,9% para mulheres.

Nota-se que pelo critério étnico-racial os agentes que operam o Poder judiciário não se assemelham aos 54% da população brasileira. Isto é, embora os negros estejam presentes nas relações sociais, econômicas, jurídicas e políticas, a condição estruturante do racismo os distancia do acesso a posições de poder. Por essa razão, as ações afirmativas, inclusive nos concursos públicos, continuam sendo a forma mais efetiva de diminuir a desigualdade racial nas instituições, especialmente no Poder Judiciário. ■

Monique Rodrigues do Prado é advogada, especialista em Direito Médico e da Saúde. Integrante do corpo jurídico da EDUCAFRO.

NOTAS

1. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-populacao-che-ga-a-205-5-milhoes-com-menos-brancos-e-mais-pardos-e-pretos>. Acesso em: 20 jul. 2019.
2. Disponível em: <https://www1.folha.uol>

com.br/cotidiano/2019/06/negros-nao-chegam-a-1-entre-advogados-de-grandes-escriptorios-diz-pesquisa.shtml. Acesso em: 20 jul. 2019.

3. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86694-pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres>. Acesso em:

18 jul. 2019.

4. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2016/12/07/77-do-mp-e-composto-por-brancos-70-por-homens-e- apenas-2-por-negros/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

Rômulo de Andrade Moreira ADOVogado

A REALIDADE DO CÁRCERE NO BRASIL EM NÚMEROS

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) apresentou, no último dia 18 de junho, o Projeto Sistema Prisional em Números, com o objetivo de conferir maior visibilidade e transparência aos dados do sistema prisional brasileiro, a partir das visitas ordinárias realizadas pelos membros do Ministério Público de todo o país¹.

Os dados mostram que a taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, considerado o total de 1.456 estabelecimentos penais. Na região Norte, por exemplo, os presídios recebem quase três vezes mais do que podem suportar. Um número que chama a atenção é o de estabelecimentos em que houve mortes, tendo como período de referência março de 2017 a fevereiro de 2018. Do total de 1.456 unidades, morreram presidiários em 474 delas. O sistema mostra, ainda, que em 81 estabelecimentos houve registro interno de maus-tratos a presos praticados

por servidores, tendo sido registradas em 436 presídios lesão corporal a presos praticada por funcionários.

O levantamento também traz informações sobre os serviços prestados aos pre-

Dados mostram que a taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, considerado o total de 1.456 estabelecimentos penais

sos. Na região Nordeste, por exemplo, mais da metade (58,75%) dos estabelecimentos não dispõe de assistência médica. Já em relação à assistência educacional, 44,64% das unidades brasileiras não a oferecem aos internos.

Outras informações que podem ser colhidas no sistema são referentes à mulher no cárcere. São 399 presas gestantes no país, o que representa 1,18% do total. Por sua vez, o percentual de mulheres

realizando trabalho interno é de 26,10%, sendo possível ver também os percentuais relativos aos trabalhos externo, voluntário e remunerado².

Tais dados corroboram os números divulgados em dezembro do ano passado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)³, segundo o qual o Brasil é o terceiro país com mais presos no mundo. De acordo com o levantamento, a população carcerária no ano de 2015 foi de 698.618, enquanto em 2016 foi de 726.712. A comparação com outras nações só foi feita em 2015. Naquele ano, o Brasil (698,6 mil) ultrapassou a Rússia (646,1 mil) e só ficou abaixo de Estados Unidos (2,14 milhões) e China (1,65 milhão). Logo após o Brasil vem a Índia, em quinto lugar, com 419,62 mil detentos. O Marrocos tem a menor população carcerária em números absolutos: 79,37 mil.

Ainda segundo o estudo, o número de internos mais que dobrou em relação a 2005, quando 316,4 mil pessoas esta-

vam presas. Em 1990, começo da série histórica, a quantidade era oito vezes menor do que a de hoje: 90 mil. O Brasil é o terceiro em taxa de ocupação das cadeias (188,2%), atrás apenas de Filipinas (316%) e Peru (230,7%), e o quarto em taxa de aprisionamento por cem mil habitantes. O índice brasileiro, ainda para 2015, é de 342, menor somente do que Estados Unidos, Rússia e Tailândia.

Os estados com maior taxa de ocupação nas prisões são Amazonas, Ceará, Pernambuco, Paraná e Alagoas. O Espírito Santo tem a menor taxa e mesmo assim enfrenta superlotação. A pesquisa também mostrou que, a despeito de a população brasileira acima de 18 anos ser composta por 53% de negros e 46% de brancos, na prisão a estatística é de 64% negros e 35% brancos⁴.

Divididos por idade os presos da maior fatia são os jovens, de 18 a 24 anos: 30%. A seguir, vêm as faixas de 25 a 29 anos, com 25%; 30 a 34 anos, com 19%; e 35 a 45 anos com os mesmos 19%. Somando-se os dois maiores percentuais, 55% dos detentos brasileiros têm idades entre 18 e 29 anos.

Outra realidade também comprovada pela pesquisa do Infopen diz respeito às doenças sexualmente transmissíveis. A incidência do vírus da aids é 138 vezes maior do que a constatada na população geral. Em 2015, a proporção nas carceragens da doença foi de 2.189,9 casos para cem mil detentos, enquanto na população geral foi de 15,8

para cem mil habitantes. Observa-se que neste aspecto somente 52% das prisões enviaram dados ao Ministério da Justiça.

Constatou-se também que os três tipos mais comuns de crimes são praticados sem violência, contra o patrimônio e os relacionados com as drogas. De 608.611 crimes tentados ou consumados no ano passado, 271.413 foram contra o patrimônio, 81.393 contra a pessoa, e 172.241 relativos às drogas.

Também ficou comprovado empiricamente que os

O número de internos mais que dobrou em relação a 2005 (314,6 mil presos). Em 1990, a quantidade era oito vezes menor: 90 mil

presos têm quatro vezes mais chances de cometer suicídio do que a população brasileira total. No ano de 2015, foram anotados 5,5 suicídios para cada cem mil habitantes, ao passo que atrás das grades a taxa foi de 22,2 para cada cem mil detentos. Oitenta e oito por cento dos presos não estão envolvidos em qualquer atividade educacional, como ensino escolar e atividades complementares. Já em relação ao trabalho, dentro e fora das cadeias, a fatia que fica alheia é de 85%.

Por outro lado, 40% dos presos não foram condenados. De 2000 para cá, o per-

centual de presos provisórios tem crescido. Os 40% atuais já foram 22% em 2003, e 35% em 2000. Os demais presos já sentenciados se dividem da seguinte maneira: 38% estão em regime fechado; 15% em semiaberto; e 6% em regime aberto. A maior fatia identificada pelo levantamento de 2016, em relação ao tempo de pena, foi o de quatro a oito anos, com 31%. Em seguida, aparece a pena de oito a 15 anos com 23%, e de dois a quatro anos com 16%⁵.

Estes números impressionam, revelando friamente uma tragédia nacional. Mostram que o cárcere ainda é concebido como *prima ratio* para as questões da violência e da segurança pública, quando deveria ser rigorosamente o contrário. É de Hulsman a seguinte afirmação:

Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente 'desviante' e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Vemo-nos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.⁶

O próprio sistema carcerário brasileiro revela o quadro social reinante neste país, pois nele estão “guardados”

os excluídos de toda ordem, basicamente aqueles indivíduos banidos pelo injusto e selvagem sistema econômico no qual vivemos, cuja faceta mais odiosa é o neoliberalismo. O nosso sistema carcerário está repleto de pobres, e isto não é, evidentemente, uma mera coincidência. Ao contrário: o sistema penal, repressivo por sua própria natureza, atinge tão somente a classe pobre da sociedade. Sua eficácia se restringe, infelizmente, a ela. As exceções que conhecemos apenas confirmam a regra.

Isso se dá porque, via de regra, a falta de condições mínimas de vida (por exemplo, a falta de comida, educação, higiene, lazer) leva o homem ao desespero e ao crime. Assim, aquele que foi privado durante toda a sua vida (principalmente no seu início) das mínimas condições de bem-estar estaria mais sujeito ao cometimento do delito pelo simples fato de não haver para ele qualquer outra opção; há exceções, é verdade, porém estas, de tão poucas, apenas confirmam a regra.

O quadro socioeconômico existente no Brasil – acrescido de uma questão seríssima, que é a nossa herança escravagista –, revelador de inúmeras injustiças sociais, leva a muitos outros questionamentos, por exemplo: para que serve o nosso sistema penal? A quem são dirigidos os sistemas repressivo e punitivo brasileiros? E o sistema penitenciário é administrado para quem? E, por fim, a segu-

rança pública é, efetivamente, apenas um caso de polícia?

Ao longo dos anos, a ineficiência da pena de prisão na tutela da segurança pública se mostrou de tal forma clara que chega a ser difícil qualquer contestação a esse respeito. Em nosso país, por exemplo, muitas leis penais puramente repressivas estão a todo o momento sendo sancionadas, como as leis de crimes hediondos, a prisão temporária, a criminalização do porte de arma e a lei de combate ao crime organizado, sempre para satisfazer a opinião pública (previamente manipulada pelos meios

[As prisões] ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos

de comunicação), sem que se atente para a boa técnica legislativa e, o que é pior, para a sua constitucionalidade. Ademais, o encarceramento serve como base para a repressão.

Querer, portanto, que a aplicação da pena de privação da liberdade resolva a questão da segurança pública é desconhecer as raízes da criminalidade, pois de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis.

As misérias econômica e cultural em que vivemos –

aliadas ao racismo entranhado em nossa sociedade – são, sem dúvida, responsáveis pelo alto índice de encarceramento existente, hoje, no Brasil. Tal fato se mostra mais evidente (e mais chocante) quando se constata o número impressionante de crianças e adolescentes infratores que já convivem, desde cedo e lado a lado, com um sistema de vida diferenciado de qualquer parâmetro de dignidade, iniciando-se logo na marginalidade, na dependência de drogas lícitas e ilícitas, no absoluto desprezo pela vida humana (inclusive pela própria), no ódio e na revolta.

A nossa realidade carcerária é preocupante. Nossos presídios e nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem-número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para acolhê-los. Há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos. Ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados. Por outro lado, a volta para a sociedade (por via da liberdade), ao invés de solução, muita vez, torna-se mais uma *via crucis*, pois são homens fisicamente libertos, porém de tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado.

Como diz Loïc Wacquant, “a gestão penal da insegurança social alimenta-se de seu próprio fracasso programado”⁷. Hoje, o homem que cumpre uma pena, ou de

qualquer outra maneira deixa o cárcere, encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas senão o acolhimento pelos seus antigos companheiros. Este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

A propósito, Mathiesen avalia que:

se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão, assim como as outras partes do sistema de controle criminal, as protegem – de fato, se elas soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas –, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já. Porque as pessoas, em contraste com as prisões,

são racionais nesse assunto. Mas a informação fria e seca não é suficiente; a falha das prisões deveria ser ‘sentida’ em direção a um nível

Querer que a aplicação da pena de privação da liberdade resolva a questão da segurança pública é desconhecer as raízes da criminalidade

emocional mais profundo e, assim fazer parte de nossa definição cultural sobre a situação.⁸

Ademais, as condições atuais do cárcere fazem com que, a partir da ociosidade em que vivem os detentos, estabeleça-se o que se convencionou chamar de “subcultura carcerária”, um sistema de regras próprias no qual não se res-

peita a vida, nem a integridade física dos companheiros, valendo intramuros a “lei do mais forte”, insusceptível, inclusive, de intervenção oficial de qualquer ordem.

Para concluir, vejamos o que escreveu Marat, no final do século 18: “*Es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz impertuna y sucumbe a la tentación.*”⁹

Rômulo de Andrade Moreira é procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

NOTAS

1. Disponível em: <http://www.cnpm.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisonal-em-numeros>. Acesso em: 18 jun. 2018.
2. Disponível em: <http://www.cnpm.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisonal-em-numeros>. Acesso em: 18 jun. 2018.
3. O Infopen é um banco de dados do Depar-

tamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

4. O Infopen considerou a categoria negra como a soma das categorias preta e parda.

5. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270>. Acesso em: 08 dez. 2017.

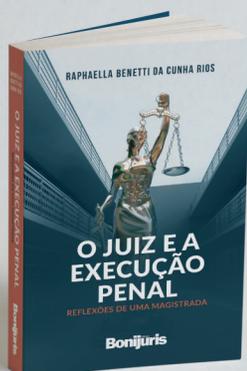
6. HULSMAN, Louk. *Penas perdidas* – o sistema

penal em questão. Niterói: Luam, 1997, p. 69.

7. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 145.

8. MATHIESEN, Thomas. *Conversações abolicionistas* – uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCrIm, 1997, p. 275.

9. MARAT, Jean Paul. *Plan de Legislación Criminal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78.



O JUIZ E A EXECUÇÃO PENAL

REFLEXÕES DE UMA MAGISTRADA

Raphaella Benetti da Cunha Rios

Vivemos um momento crucial, pois a sociedade reclama maior rigor na aplicação da pena, em contraste às condições insalubres, degradantes e desumanas encontradas nas carceragens do país. A autora, após anos de pesquisa e trabalho como juíza, traça caminhos para entender essa realidade do encarceramento no Brasil, propondo novas alternativas para a atuação do magistrado.

LANÇAMENTO



R\$ 79,90



www.livrariabonijuris.com.br

0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Bonijuris

“TECNOLOGIA NÃO SUBSTITUI ADVOGADOS MAS TRAZ EFICIÊNCIA”



Rafael Lara Martins

ADVOGADO E PROFESSOR

Recém-aprovado na seleção para o doutorado em direitos humanos da Universidade Federal de Goiás (UFG), o advogado trabalhista e professor Rafael Lara Martins é um entusiasta da tecnologia nos escritórios, mas nunca a ponto de substituir as pessoas. Daí o seu interesse em estudar o fator humano e dar a ele sua justa medida na era da inteligência artificial. “Novas tecnologias não substituem pessoas, não substituem advogados, apenas trazem eficiência”, diz.

Dono do escritório Lara Martins, localizado em um bairro nobre da cidade de Goiânia, ele tem sob seu comando 28 advogados atuando nas áreas de direito trabalhista, empresarial e familiar. Seu entusiasmo com as startups não é recente. Há 15 anos, ele é cliente de uma empresa que desenvolve aplicativos abastecidos com dados estatísticos, análise de demandas, procedências e improcedências e com técnicas de jurimetria, esta capaz de fornecer indicativos sobre as decisões do juiz de uma ação em determinada região, comarca ou vara e ainda prever os valores envolvidos em uma sentença favorável ou desfavorável ao cliente. Atuando em oito estados do país, Lara Martins utiliza a tecnologia para o acompanhamento de processos, porém não é um crente na substituição do advogado por um robô de inteligência artificial e não dispensa a presença do profissional de direito nas audiências, ao menos na área trabalhista, em que sustentações orais podem ser decisivas. “A grande verdade é que a implementação de processos eletrônicos diminuiu a presença do advogado, mas os corredores forenses permanecem cheios”. Membro do Conselho Federal da OAB e diretor-geral da Escola Superior de Advocacia, Lara Martins é um crítico dos cursos de educação à distância, principalmente quando eles rondam as faculdades de direito. No seu entender, caso a OAB perca a queda de braço com o Ministério da Educação em relação ao ensino não presencial (por enquanto, a entidade resiste), os resultados serão catastróficos. “Temos cursos demais, alunos demais, professores demais, e como consequência desse excesso um abismo entre os profissionais que estão chegando ao mercado e aqueles que já se consolidaram na carreira”. Para ele, a adoção do EAD, principalmente nos cursos de graduação, tende a criar um cenário em que os profissionais vão encarar um mercado competitivo de poucas chances de um lado, enquanto de outro a tecnologia não para de avançar em busca de excelência no atendimento ao cliente. Os efeitos, ao menos nesse caso, não serão favoráveis ao trabalho humano.

Leia a seguir os principais trechos da entrevista:

O que as startups e os aplicativos de tecnologia jurídica estão levando para os escritórios de advocacia?

Ganho de inteligência estatística e de mercado. Você utiliza o aplicativo quando vai visitar um novo cliente, se quer saber informações sobre um advogado que não conhece bem ou para analisar um processo trabalhista em suas dimensões regionais.

Concretamente, o que um software jurídico pode oferecer?

Trata-se de uma ferramenta de dados estatísticos. Imagine que é necessário, diante de um determinado número de processos vindos de uma região, fazer recortes por área, buscar procedência e improcedências, analisar a jurimetria, identificar as demandas os tipos de processos que nós estamos ganhando ou perdendo em determinado local. Nosso escritório atua em oito estados, então essa inteligência de mercado é extremamente benéfica para determinar nossas ações, para realizar o acompanhamento, para atender as demandas dos nossos clientes e conseguir representá-los da melhor maneira possível.

Isso significa também prever como o juiz irá julgar determinados processos?

Também. Permite identificar um perfil padrão. É claro que cada processo tem uma característica personalizada, não se trata de robotizar a advocacia, mas é certamente uma ferramenta. O fator humano continua sendo essencial para o direito e será assim indefinidamente, mas o aplicativo nos permite trabalhar com mais eficiência.

A ferramenta, então, pode fazer uma previsão confiável da tendência do juiz sobre determinado processo?

Permite buscar parâmetros de julgamento em cada região, às vezes em cada vara, em cada estado, em cada tribunal.

Isso se aplica tanto nas ações de massa quanto nas individuais?

Sim. Aplica-se nas ações de massa quando há um volume grande de processos e é preciso

utilizar a inteligência artificial para calcular a jurimetria. De outra forma, também é eficiente na identificação de processos sensíveis, impactantes, em que muitas vezes é preciso pesquisar a fundo determinado entendimento do magistrado ou característica da comarca onde o processo está tramitando, para corresponder às expectativas do cliente na demanda.

Não se trata de uma interferência da máquina na área do direito?

Novas tecnologias não substituem advogados, apenas trazem eficiência. Não vejo possibilidade de aplicar a ciência exata no direito. Agora, é inegável que um profissional com boas ferramentas acompanhe um número bem maior de processos do que ele acompanharia sem o uso da tecnologia. Isso incluindo todas as informações estatísticas disponíveis, inclusive sobre o perfil do julgador. Pode ser que essa prática leve a uma redução do número de pessoal no escritório, mas por outro lado abre a possibilidade de utilizar esses profissionais em serviços de inteligência, agregando valor para o cliente.

Isso significa tirar o advogado do fórum e devolvê-lo para o escritório?

Não necessariamente, porque o fórum, hoje, ao menos na área trabalhista, continua sendo obrigatório para o advogado, em função das audiências e sustentações orais. Isso o aplicativo não substitui. O advogado que precisa ir para a rua, segue indo para a rua. O aplicativo irá impactar mais no advogado que está dentro do escritório do que naquele atuante nos tribunais.

Mesmo com a digitalização e os processos eletrônicos?

A grande verdade é que os processos eletrônicos diminuíram muito essa necessidade, mas na Justiça do Trabalho os corredores continuam cheios.

Houve uma queda no percentual de demandas trabalhistas após a reforma de 2017. Qual a sua avaliação?

No Brasil, em um primeiro momento, houve uma redução de 30% a 40%. Então, sim, a

curva mostrou um declínio acentuado nos processos a partir de novembro de 2017, quando a reforma trabalhista foi aprovada. À medida que o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal pacifiquem os entendimentos sobre temas controvertidos da reforma, essa redução brusca irá diminuir. Mas, com certeza, não retornaremos ao patamar de processos que tínhamos há dois anos.

Voltando às ações de massa: elas estão nas mãos da inteligência artificial?

Quando a inteligência artificial é utilizada para peticionar ações de massa, sim. Mas é cedo para dimensionar ou mesmo avaliar o quanto a IA é efetiva. Certamente, vivemos uma virada histórica e é preciso estar muito atento. O dever de casa dos escritórios de advocacia é manterem-se bem informados sobre as novas tecnologias para não perderem o bonde da história.

Qual o papel do advogado nesse bonde? Buscar a especialização?

O caminho é o autoconhecimento agregado e a sensibilidade humana. No caso da advocacia trabalhista, há quem trabalhe para a empresa e há quem trabalhe para os reclamantes, os trabalhadores. Essa advocacia precisa de sensibilidade humana acima de tudo, enquanto aquela que trabalha em ações de massa procura a especialização, o conheci-

mento aprofundado e a utilização de ferramentas tecnológicas.

A reforma trabalhista completou dois anos. Como o senhor a avalia?

O momento é de muita insegurança jurídica, de instabilidade das relações trabalhistas. Infelizmente, a nova legislação, da forma como foi aprovada, deixou espaço para diversas interpretações e os atores do Poder Judiciário têm feito exatamente isso: interpretado de diversas formas. Isso traz grande prejuízo para a sociedade. O lado positivo da reforma é que ela inibiu demandas que eram eventualmente aventureiras. Por outro lado, restringiu o acesso do empregado à Justiça do Trabalho. Hoje, ele tem medo de postular um direito porque teme as consequências econômicas.

A startup, a inteligência artificial e o ensino a distância irão substituir as faculdades de direito presenciais?

Os softwares e a inteligência artificial continuarão sendo ferramentas. Quanto ao ensino à distância, o EAD, vejo-o com muita reserva, principalmente na graduação, na preparação do bacharel em direito. Há faculdades demais, alunos demais, professores demais e a consequência desse excesso é a baixa qualidade do ensino. O EAD tende a aumentar esse abismo entre os profissionais que saem da faculdade e aqueles que já estão atuando no mercado. ■



Desde 1957 oferecendo qualidade e bom gosto.

SEU CONDOMÍNIO 100% GARANTIDO.

Há mais de 28 anos garantindo a
receita mensal e cobrando
taxas condominiais.

Cobrança com garantia de recebimento

100% da receita depositada na conta
do condomínio todos os meses.

Central jurídica própria

especializada em cobranças
condominiais judiciais e
extrajudiciais.

Antecipação à vista para realização de obras

e benfeitorias no
condomínio.



**DUPLIQUE
EXECUTIVE**

Visite nosso site:

dupliqueexecutive.com.br

41 3233 1751 ☎ 41 99971 0110

Comendador Araújo • 143 • SL 131 • Centro
Curitiba • CEP 80420 - 000



O TRIBUTO DA DISCÓRDIA

O MINISTRO DA ECONOMIA AFIRMA QUE GUERRA
'É LIBERDADE'; OS NÚMEROS APONTAM PARA UMA
PERDA DE R\$ 100 BI EM RENÚNCIA FISCAL; A SAÍDA
PARA O EMBATE MIRA EM UM IMPOSTO ÚNICO

Em 2010, uma análise socioeconômica produzida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) concluiu que os incentivos fiscais em 12 estados geraram 220 mil novos postos de trabalho e uma arrecadação de R\$ 35,8 bilhões. É uma boa notícia. Mas ela tem dois lados. Ao mesmo tempo que beneficia as unidades da federação, as benesses tributárias geram desigualdade, atentam contra a lei e causam guerra fratricida entre os estados privilegiados com a instalação de parques industriais e multinacionais de serviços e aqueles que vivem à míngua. Além disso, há uma disparidade de nomenclatura que é preciso apontar. O estado que oferece um incentivo fiscal deve, obrigatoriamente, exigir a contrapartida da empresa que pretende criar raízes em seu território. Isso significa, por exemplo, fomentar a criação de empregos diretos e indiretos em seu entorno. O benefício fiscal (atente para o termo) nada exige daqueles que reclamam e recebem isenção fiscal. Neste caso, não há complemento de cunho social. A empresa goza das benesses sem que exija dela nada além do pagamento de impostos.

A ideia que viceja agora no Congresso Nacional é unificar os tributos sobre produtos e serviços em uma única sigla. O economista Bernard Appy é autor de um projeto que foi adotado por membros da bancada do MDB e transformado em proposta de emenda constitucional (PEC). Nele, Appy sugere que cinco tributos cobrados dos contribuintes nas três esferas federativas sejam reunidos em apenas um: o imposto sobre bens e serviços (IBS).

A proposta do governo federal segue o mesmo caminho, se bem que mais sinuoso. Um dos itens que deverão constar na reforma tributária – ainda em gestação – trata de uma alíquota adicional no imposto sobre consumo que fundiria tributos federais, estaduais e municipais sob a sigla IVA (imposto sobre valor agregado). Mas a implantação desse novo tributo ocorreria em fases (no mínimo três). Que fique claro: o IVA não é uma jabuticaba – algo genuinamente brasileiro. O Canadá também lançou mão desse recurso para fundir impostos sobre consumo. Levou 15 anos.

A LIBERDADE DA GUERRA NO EMBATE FISCAL?

Desde que a carta de 88 deu aos estados a competência para instituir e cobrar o ICMS, o conflito está instalado. A solução à vista agora é unificar impostos sobre consumo e declarar a paz

Em 1997, o governo do Paraná, comandado então por Jaime Lerner, atraiu a montadora francesa Renault com um leque de vantagens. Entre eles, o adiamento por quatro anos do pagamento do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias) mais o financiamento do recolhimento desse mesmo tributo por igual período. Isso representou, em valores da época, cerca de R\$1,9 bilhão que a montadora – a primeira do Paraná – só repassaria vencido o prazo de carência.

A contrapartida foi a geração de dois mil empregos diretos e a instalação de diversos fornecedores de bens e serviços no entorno da planta da fábrica, em São José dos

Pinhais, na região metropolitana de Curitiba, o que garantiu também a geração de postos indiretos de trabalho.

Trata-se de um “estudo de caso” que as advogadas e pesquisadoras de direito tributário Barbara das Neves e Elisa Tomio Stein (*veja artigo nas páginas seguintes*) chamam de incentivo fiscal, justamente para diferenciá-lo de outro termo menos vantajoso: o benefício fiscal. No caso deste último, pressupõe-se a redução parcial ou total de tributos por parte do estado-membro, independentemente de qualquer contrapartida ou contraprestação. Ou seja, do contribuinte beneficiado não se exigirá qualquer retorno econômico ou social a fim de

equilibrar a balança da renúncia tributária.

Em se tratando do incentivo fiscal, como bem assinalam as autoras, ambas pós-graduadas pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), ainda que represente uma desoneração unilateral, o instrumento exige a contraprestação do contribuinte agraciado, contribuição esta que cumpre uma função de combate às desigualdades sociais e regionais.

Diz a professora de direito tributário Betina Treiger Grupepenmacher, da UFPR, a esse respeito: “A observância aos direitos e garantias individuais é o primeiro passo para qualquer política de redistribuição ou, nesse caso, a renúncia com objetivos extrafiscais.”

Ainda que represente uma desoneração unilateral, [a renúncia fiscal] exige a contraprestação do contribuinte agraciado, contribuição esta que cumpre uma função de combate às desigualdades

AVAL DO CONFAZ

Ocorre que, independente do aspecto positivo que a “guerra fiscal” possa propiciar, a concessão de atrativos tributários para fisgar uma empresa por parte das unidades da federação depende de uma série de regras. No caso do ICMS, 45 disposições constitucionais, que contemplam, entre outras, o aceite de outros estados (no que se chama convênio) e o aval do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Em resumo, um longo e detalhado rol de normas adequadamente insculpidas para ser solenemente ignorado.

Em pormenores: a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, inciso II, atribuiu aos estados e ao Distrito Federal a competência para instituir e cobrar o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – o ICMS. Não bastasse o que vai escrito na constituição, estabeleceu-se a regulação das demais matérias que dizem respeito ao imposto por meio de lei complementar.

A explicação para todo esse cuidado tem relação com o pacto federativo adotado pela república brasileira, assimétrico em função de suas desigualdades regionais e co-

operativo na repartição tributária e nas relações governamentais.

A realidade, no entanto, mostrou-se bem diferente do que regem a carta magna e os preceitos federativos. O caso do ICMS é emblemático: ao arpejo da lei, estados-membros violam, sistematicamente, as regras concedendo, unilateralmente e de forma arbitrária, isenções fiscais a empresas do ramo da indústria ou de prestação de serviço que tenham interesse em fincar bases em seus territórios. Com isso descumprem regras que são, por sua vez, descumpridas pelo estado vizinho. A essa desobediência disseminada e flagrante dá-se o nome de “guerra fiscal”.

Em 2006, o Tribunal de Justiça do Paraná julgou apelação do Ministério Público estadual e da agência de fomento do Paraná contra cláusulas previstas no contrato da Renault com o governo do estado que permitiam a redução de correção monetária e a dilação do prazo para pagamento do ICMS. Em sua decisão, a corte entendeu que o tributo, apesar do prazo dado à montadora de 15 anos para saldá-lo, seria integralmente recolhido, permanecendo inalterado o fato gerador, a base de cálculo e a alíquota prevista em lei. Como não houve por parte do governo do Paraná

consulta ao CONFAZ para que o convênio fosse celebrado, alegou-se sobre esse fato. O TJ, no entanto, entendeu que tal consulta seria dispensável uma vez que o ICMS, tal como consta no contrato, seria efetivamente pago no prazo estipulado. (TJ-PR – AC: 3459224 PR 0345022-4/2006).

O entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), excetuadas as minúcias atípicas, que parecem ter levado ao negócio jurídico pactuado entre a Renault e o governo do Paraná há mais de duas décadas reforça a inconstitucionalidade dos benefícios sem a prévia autorização do CONFAZ, conforme artigo 155, § 2º, XII, alínea g, da Constituição Federal. Sem o aval dos demais estados da federação, a “sedução tributária” não poderia prevalecer.

O estado-membro que descumprir essa regra pode sofrer prejuízos de grande monta, caso do Rio de Janeiro que, em 2011, foi obrigado a refazer suas escritas fiscais e devolver regressivamente os créditos do ICMS os quais havia renunciado. O artigo de Barbara das Neves e Elisa Tomio Stein traz detalhes sobre o ocorrido.

ORIGEM

Embora a concessão unilateral de benefícios seja proibida desde 1975, a guerra fiscal

entre os estados-membros acirrou-se com a carta de 88, a constituição-cidadã, que concedeu a cada unidade da federação o poder de fixar as alíquotas do icms. O verbo “conceder”, aliás, não é gratuito. De fato, a imagem da federação brasileira, se antropomorfizada, traz a figura da União carregando sobre a cabeça o grande livro de leis que só a ela compete, deixando aos demais entes federados as migalhas das especificidades.

Mesmo no caso das obrigações do ICMS, cujas alíquotas seriam fixadas livremente pelos estados, vislumbra-se o modelo de soberania da federação vertical quando os interesses da região ou do estado vizinho não entrarem em conflito. Independente dos argumentos pró ou a favor da cobrança do ICMS no estado de destino (para onde o produto segue) ou no estado de origem (de onde o produto sai), as disparidades econômicas e sociais de um país de dimensões continentais privilegiarão sempre aquele cujo perfil geográfico, demográfico e financeiro atraia um número maior de investidores e de investimentos.

Ao longo dos anos, o governo brasileiro vem testando fórmulas para permitir aos estados e municípios atrair o interesse de empresas e indústrias sem esbarrar nos melindres da legislação: da Lei Kandir, ornamentada pelo dístico “exportar é o que importa”, que quase levou os

estados à bancarrota com a prática de compensação de apenas parte do ICMS, à lei complementar sancionada pelo presidente Michel Temer em 2017, que criou regras mais flexíveis para convalidação de benefícios fiscais inconstitucionais e permitiu a remissão de dívidas tributárias de contribuintes autuados ou não.

À época, a tributarista Deyse Batista viu com reservas a nova medida, argumentando que os efeitos da lei complementar dependiam da boa vontade dos estados de origem em editar leis que declarariam expressamente a remissão para produzir re-

**Ao longo dos anos,
o governo vem testando
fórmulas para permitir
a atração de empresas
e indústrias sem
esbarrar nos melindres
da legislação**

sultados nos estados de destino. “Na prática, essa medida beneficia essencialmente estados do Norte e Nordeste, agraciados com um largo prazo para suspender os benefícios, ainda que concedidos originalmente sem o respaldo do CONFAZ. Em contraponto, para estados como São Paulo, grande interessado no fim imediato de tais isenções, o projeto pode ser entendido como uma derrota e um forte precedente para eventuais

novos pedidos de dilação do prazo de encerramento dos benefícios fiscais.”

PRÁTICA DISSEMINADA

Nem tudo, entretanto, pode ser tratado a ferro e fogo. O artigo de Barbara das Neves e Elisa Tomio Stein aponta para uma análise da Fundação Getúlio Vargas (FGV) que, em 2010, se debruçou sobre os impactos socioeconômicos viabilizados por incentivos fiscais em 12 estados e concluiu que eles proporcionaram 220 mil novos postos de trabalho e uma arrecadação de R\$ 35,8 bilhões.

Esclareça-se: a prática de garantir benesses tributárias não está circunscrita aos estados e municípios. O governo federal abriu mão de parte da arrecadação do IPI e do COFINS, impostos abrigados em seu controle, sob o alegado pretexto de aquecer economicamente o mercado interno ou para impedir a demissão de trabalhadores no setor automotivo. Foi o que ocorreu, por exemplo, no governo Lula, com a redução do imposto da linha branca de eletrodomésticos e, em maior proporção, no ocaso da administração de Dilma Rousseff, que, mesmo afundada em uma crise econômica sem precedentes, em 2015, concedeu benefícios fiscais que somaram R\$ 309 bilhões.

O mais recente antídoto para dar fim à guerra fiscal vem do Centro de Cidadania Fiscal (CCIF), um *think tank*

independente empenhado em simplificar o sistema tributário brasileiro. Membro da CCIF, o economista Bernard Appy afirmou recentemente, em entrevista ao *Correio Brasileiro*, que o país perde cerca de R\$ 100 bilhões por ano com renúncia fiscal provocada pelos cinco principais tributos em vigor: PIS, COFINS, ICMS, IPI e ISS. Appy é autor do projeto que deu origem à proposta de emenda constitucional 45/19, apresentada pelo deputado federal Baleia Rossi (MDB-SP), que tramita na Câmara dos Deputados.

A ideia do economista é fazer com que os cinco tributos cobrados dos contribuintes nas três esferas federativas sejam reunidos em apenas um: o imposto sobre bens e serviços (IBS). Na prática, o IBS implementaria uma fórmula, ainda que mais abrangente, defendida em diversas ocasiões por especialistas da área tributária e que focaliza a cobrança da obrigação fiscal apenas no destino da mercadoria ou serviço.

“É LIBERDADE”

O projeto do atual governo federal, que ainda passa por análise interna, caminha na mesma direção. O ministro Paulo Guedes (economia) estuda apresentar uma reforma tributária que acrescente uma alíquota adicional no imposto sobre consumo, que fundiria tributos federais, estaduais e municipais

sob a sigla IVA (imposto sobre valor agregado). A fusão ocorreria por etapas. Primeiro, uniriam o PIS e o COFINS (IVA dual), depois o IPI, o ICMS e o ISS.

Para evitar conflitos com o Congresso Nacional e desgaste político com os governos locais, Guedes avalia apresentar o projeto do novo tributo em três fases: a primeira faria a simplificação e unificação dos impostos federais; a segunda enviaria ao Congresso Nacional a reforma do imposto de renda (medida acalentada pelo governo para gerar empregos mirando em menor carga de tributos para empresas); a terceira representaria a desoneração da folha, que incluiria isenções fiscais e benefícios para atrair empresas e indústrias às diversas regiões do país sem, no entanto, provocar guerra fiscais ou gerar perdas de arrecadação. Não se trata de uma missão impossível, mas que fique claro: demanda ações de médio e curto prazo. O Canadá, por exemplo, levou 15 anos para implementar o IVA, que permite que o governo adote o imposto sobre consumo nacionalmente, porém concede às províncias (estados) a autonomia para adotá-lo e gerenciá-lo. Em tempo: recentemente, o ministro Paulo Guedes foi instado a opinar sobre a guerra fiscal entre os estados. Resumiu singelamente: “é liberdade”. ■

“Esclareça-se: a prática de garantir benesses tributárias não está circunscrita aos estados e municípios. O governo federal abriu mão de parte da arrecadação do IPI e da COFINS, impostos abrigados em seu controle, sob o alegado pretexto de aquecer economicamente o mercado interno ou para impedir a demissão de trabalhadores no setor automotivo. Em 2015, foram concedidos benefícios fiscais que somaram R\$ 309 bilhões”

Barbara das Neves MESTRANDA EM DIREITO DO ESTADO DA UFPR
Elisa Tomio Stein MESTRE EM DIREITO DO ESTADO DA UFPR

A INCONSTITUCIONALIDADE DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS

A análise dos requisitos de isenções fiscais relacionadas ao ICMS gera debates acerca da legalidade das concessões na chamada 'guerra fiscal' entre estados

A Constituição Federal, imbuída na função de inaugurar a ordem jurídica, é quem distribui e organiza as competências tributárias entre os entes federados¹. Em seu artigo 155, inciso II, a carta magna atribuiu aos estados e ao Distrito Federal a competência para instituir e cobrar o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, mais conhecido como ICMS.

O ICMS é, de longe, o tributo mais regulado constitucionalmente, recebendo, ao todo, 45 disposições constitucionais, que detalham os critérios relacionados à sua regra matriz

de incidência e às limitações para sua instituição. Ademais, a competência para a regulação das demais matérias relativas ao imposto foi reservada exclusivamente à lei complementar. Esse aparente excesso de zelo do legislador constituinte em relação ao ICMS visa assegurar a higidez do pacto federativo; afinal, em que pese o ICMS ser um tributo de competência estadual, a sua incidência não se adstringe às operações internas, mas alcança também as operações interestaduais, o que lhe confere uma vocação eminentemente nacional.

Em razão do alcance dos reflexos do ICMS, nenhum estado-membro pode conceder benefícios fiscais de ICMS unilateralmente, entre

os quais estão: concessão de isenções, redução da base de cálculo, devolução do tributo ao contribuinte, concessão de créditos presumidos, diferimento total ou parcial do pagamento do imposto, além de prorrogações e extensões das isenções vigentes. O artigo 1º da Lei Complementar 24/75 exige que a concessão desses benefícios seja precedida de convênio firmado com os demais estados-membros e com o Distrito Federal.

Infelizmente, contudo, as amarras legais e constitucionais não têm sido suficientes para assegurar a observância do princípio federativo. Em uma busca desenfreada por investimentos privados, os estados-membros vêm, sistematicamente, violando essa

A competência tributária nada mais é que a habilitação conferida pela Constituição Federal às pessoas jurídicas de direito público interno para instituição de tributos por meio do exercício legislativo

regra com a concessão de benefícios de ICMS de forma unilateral e arbitrária, sem a realização dos devidos convênios. E, como nenhum estado quer se tornar um terreno de investimentos menos atraente que o outro, cada benefício concedido de forma arbitrária gera uma reação em cadeia, num ciclo vicioso de competição entre os estados chamado de guerra fiscal.

A partir da concessão desses benefícios fiscais, relações tributárias são criadas, investimentos são planejados e complexos industriais são instalados. Ocorre que, se o procedimento para a concessão do benefício não houver observado o necessário convênio, haverá grande chance de que os contribuintes que se beneficiaram da medida venham a ser surpreendidos com a ulterior declaração de inconstitucionalidade da norma que concedeu o benefício, e, conseqüentemente, com a cobrança retroativa dos tributos inicialmente exonerados.

A mácula ao princípio da segurança jurídica, como se pode imaginar, é indelével. Diante do contexto, cabem os seguintes questionamentos: pode o contribuinte ser responsabilizado pela ilegalidade cometida pelo estado-membro? E mais, teriam os contribuintes argumentos

suficientes para evitar cobranças retroativas ou futuras dos benefícios e incentivos já usufruídos?

É nesse sentido que se insere o presente estudo, por meio do qual se pretende investigar os princípios que norteiam a relação jurídica tributária, no que se refere à prática de competição entre os entes federativos, para, na sequência, analisar os reflexos dos tratamentos tributários concedidos à revelia das disposições constitucionais e da legislação complementar.

1. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E O PAPEL DA LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA DO ICMS

A competência tributária nada mais é que a habilitação conferida pela Constituição Federal às pessoas jurídicas de direito público interno (União, estados, Distrito Federal e municípios) para instituição de tributos por meio do exercício legislativo.

A distribuição das competências tributárias faz parte do núcleo rígido da nossa constituição, que não pode ser objeto de emenda constitucional, justamente porque guarda íntima relação com o princípio federativo e a autonomia dos municípios.

O instituto da competência tributária corresponde à aptidão conferida às pessoas polí-

ticas para inovar em matéria tributária, ou seja, para introduzir regras no ordenamento jurídico para a criação de tributos, que, por meio de uma atividade científica, serão identificadas como normas gerais e abstratas, descrevendo hipóteses tributárias e prescrevendo conseqüências.

Nesse sentido, ao menos em tese o detentor da capacidade tributária para instituição de determinado tributo também possui o direito de aumentá-lo ou diminuí-lo, por meio de exonerações, e determinar como os deveres instrumentais² (obrigações acessórias) serão cumpridos em conformidade com as conveniências regionais e políticas (CARVALHO, 2014, p. 288-289).

Quanto às características da competência tributária, Roque Antonio Carrazza identificou seis delas: (i) privatividade; (ii) indelegabilidade; (iii) incaducabilidade; (iv) inalterabilidade; (v) irrenunciabilidade; e (vi) facultatividade (CARRAZZA, 2017, p. 593).

Entretanto, a despeito da referida classificação, há autores que questionam as seis características. Para José Roberto Vieira, por exemplo, a inalterabilidade só seria aplicável do ponto de vista da pessoa política destinatária, e não no exercício da competência constitucional. Além

“**Por ser um imposto que afeta diretamente o consumo, repercutindo economicamente no adquirente final, e, ao mesmo tempo, que atinge a relação entre as unidades federadas em âmbito estadual, a regulamentação das diretrizes gerais do ICMS, em patamar nacional, é de notável auspício. Dada tamanha relevância, a CF reservou à lei complementar praticamente todas as matérias que envolvem o ICMS no sistema nacional, como: base de cálculo, alíquota, conceitos de contribuinte, consumidor final, substituição tributária e formas de apropriação de crédito**”

disso, o autor ressalva que só há que se falar em competência privativa no tocante à competência tributária da União, tendo em vista que todas as demais podem ser legitimamente invadidas por sua competência extraordinária prevista no artigo 154, inciso II, da CF (VIEIRA, 2005, p. 622-624).

Paulo de Barros Carvalho, por sua vez, argumenta que a facultatividade não pode ser entendida como uma característica da competência tributária, justamente em razão da instituição do ICMS, e de seu caráter nacional (CARVALHO, 2015, p. 222-226). Afinal de contas, a incidência do ICMS não se adstringe às operações mercantis realizadas no âmbito interno dos estados, mas alcança também as operações interestaduais, fazendo com que os estados-membros não sejam livres para deixar de instituí-lo sem a anuência dos demais. Nessa toada, a ausência de disposição expressa quanto à cobrança do ICMS por determinado estado poderia resultar no incentivo para que empresas pudessem se instalar em determinada região em detrimento das demais, motivo pelo qual a facultativa não seria uma característica vinculada ao ICMS.

Justamente em razão dessa peculiaridade, o ICMS é de longe o tributo mais regulado pela Constituição Federal, recebendo, ao todo, 45 dispo-

sições constitucionais, que detalham critérios relacionados à sua regra matriz de incidência e às limitações para sua instituição.

Por ser um imposto que afeta diretamente o consumo, repercutindo economicamente no adquirente final, e, ao mesmo tempo, que atinge a relação entre as unidades federadas em âmbito estadual, a regulamentação das diretrizes gerais do ICMS, em patamar nacional, é de notável auspício.

Dada tamanha relevância, a CF reservou à lei complementar praticamente todas as matérias que envolvem o ICMS no sistema nacional, como: base de cálculo, alíquota, conceitos de contribuinte, consumidor final, substituição tributária, formas de apropriação de créditos, entre outras. Nesse sentido, a Lei Complementar 87/96, mais conhecida como Lei Kandir, é o principal fundamento para qualquer regulamentação interna quanto à cobrança do imposto pelos estados e Distrito Federal.

Outro exemplo é a determinação do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g' de que lei complementar regule “a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”, demonstrando a preocupação do constituinte original em prevenir o favorecimento de

determinadas regiões com a concessão de exonerações fiscais.

Imbuída dessa competência, a Lei Complementar 24/75 dispõe, em seu artigo 2º, § 2º, que “a concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados”. São os chamados Convênios ICMS, publicados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ e celebrados entre representantes de cada um dos estados-membros e do Distrito Federal, com a participação do Ministério da Fazenda.

Obviamente, a regra de unanimidade resulta em problemas de ordem prática; afinal, basta que um representante não concorde com o benefício proposto – a partir de razões legítimas ou não – para que a norma não seja cumprida e a proposta do benefício seja rejeitada³.

Aqui, importa abrir um parêntese para esclarecer que há uma distinção entre os benefícios e incentivos fiscais, ainda que os dois termos sejam comumente utilizados com o mesmo objetivo (designar a desoneração total ou parcial do tributo), conforme explica Betina Treiger Grunpenmacher:

Os incentivos fiscais veiculam exonerações tributárias totais ou parciais, vinculadas ao atendimento de uma contrapartida, pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Quanto aos benefícios fiscais, sua concessão independe

de uma contraprestação do beneficiado. São permeados por razões de política fiscal ou mesmo com o propósito de atenção ao princípio da capacidade contributiva, sendo hipóteses de favorecimento extraordinário de alguns contribuintes, com propósitos extrafiscais preponderantemente (GRUNPENMACHER, 2012, p. 45).

Em outras palavras, os benefícios fiscais independem de qualquer espécie de contrapartida pelo contribuinte. Já os incentivos fiscais, ao contrário, demandam uma atitude ativa por parte do favorecido, seja por meio do cumprimento de determinado investimento, manutenção de postos de trabalho, reinvestimento em políticas públicas, entre outros exemplos que parecem coexistir com os objetivos constitucionais do desenvolvimento regional e redução das desigualdades sociais brasileiras (art. 3º da CF).

Temos que, tal qual esclarecido pela ilustre jurista, a diferenciação dos dois institutos auxilia o cientista e o aplicador do direito na análise dos efeitos em decorrência da concessão de desonerações vinculadas ao recolhimento do ICMS.

Para fins didáticos, neste trabalho, a expressão “benefícios fiscais” será utilizada de forma ampla para caracterizar as desonerações tributárias de maneira geral, e a expressão “incentivos fiscais” será reservada para as

“ Os benefícios fiscais demandam uma atitude ativa por parte do favorecido, seja por meio do cumprimento de determinado investimento, manutenção de postos de trabalho, reinvestimento em política públicas, entre outros exemplos que parecem coexistir com os objetivos constitucionais do desenvolvimento regional e redução das desigualdades sociais brasileiras (art. 3º da CF). A diferenciação dos dois institutos auxilia o cientista e o aplicador do direito na análise dos efeitos em decorrência da concessão de desonerações vinculadas ao recolhimento do ICMS ”

situações em que a referida desoneração importar contrapartida por parte do contribuinte.

Fechando o parêntese, destacamos que os benefícios fiscais possíveis em matéria de ICMS são todos regulados pela Lei Complementar 24/75, entre os quais estão a concessão de isenções, redução da base de cálculo, devolução do tributo ao contribuinte, concessão de créditos presumidos, postergação do pagamento do imposto, além de prorrogações e extensões das isenções vigentes.

2. A GUERRA FISCAL E SEUS EFEITOS

O ICMS é um tributo extremamente eficaz para o abastecimento dos cofres públicos estaduais. Em termos privados, interfere diretamente nos planejamentos de curto e longo prazo e nos custos operacionais relacionados aos investimentos empresariais. Por ser um tributo indireto, o seu ônus tributário afeta diretamente o preço pactuado no mercado e a competitividade entre os setores econômicos.

Desse ponto de vista, o ICMS também pode ser analisado sob a óptica extrafiscal, já que, além de seu caráter arrecadatório, também se destina ao cumprimento de objetivos específicos, relacionados a, por exemplo, aspectos econômicos e sociais, e não exclusivamente arrecadatórios (VIEIRA, 2003, p. 76).

Por ser permitida em lei, a extrafiscalidade, caso bem aplicada, possui vantagens à economia e ao desenvolvi-

mento regional de determinado estado. Nessa esteira, os benefícios e incentivos fiscais de ICMS revelam-se poderosos mecanismos de intervenção econômica nas mãos dos estados-membros, que barganham, oferecendo vantagens tributárias aos seus contribuintes com o fito de atrair investimentos e mobilizar o deslocamento de indústrias para a região.

No entanto, a extrafiscalidade pode ser igualmente prejudicial se não for bem dosada. Os benefícios também podem se tornar economicamente e financeiramente prejudiciais aos entes conceden-

O ICMS é um tributo eficaz para o abastecimento dos cofres públicos estaduais. Em termos privados, interfere nos planejamentos de curto e longo prazo

tes, na medida em que geram uma desoneração baseada na expectativa de uma receita futura, que, muitas vezes, jamais é atingida em razão de uma situação tão comum à realidade brasileira: a conveniência política.

Sob uma perspectiva econômica, explicam Robert Dandridge Cooter e Hans-Bernd Schafer que as isenções dos impostos reduzem a visibilidade das transferências para determinados grupos favorecidos, o que seria prejudicial ao mercado em geral e aos cofres públicos

(COOTER; SCHAFER, 2017, p. 59). Em outras palavras, caso seja desprovida de propósito, a desoneração acaba por resultar em uma concorrência desleal.

Da mesma forma, Paulo Caliendo indica que a concessão de benefícios fiscais apenas a determinados setores ou a determinadas etapas de um ciclo econômico tributário pode distorcer a concorrência, atentar contra a capacidade contributiva do contribuinte e afetar a neutralidade fiscal (SILVEIRA, 2009, p. 331). Desse modo, a concessão de benefícios indistintos, sem a análise quanto à promoção da exoneração ao desenvolvimento regional, torna-se prejudicial à própria concorrência e liberdade econômica, tanto sob a perspectiva dos contribuintes internos quanto dos demais estados da mesma região econômica.

Parece-nos que, além do cumprimento aos requisitos formais impostos pela legislação, o incentivo só será legítimo se possuir intrinsecamente como objetivo principal o desenvolvimento econômico ou social, bem como se atingir efetivamente os ideais propostos, a despeito de conveniências políticas e argumentos desprovidos de uma função extrafiscal condizente com a renúncia fiscal estimada⁴.

O impasse ocorre quando a disputa por investimentos e arrecadação aos cofres públicos deságua na concessão de benefícios fiscais à revelia das normas da Constituição e da LC 24/75, especialmente no que concerne à observância

do prévio consenso prévio entre os demais entes da Federação (CONFAZ), gerando a famigerada guerra fiscal. Entre os possíveis benefícios – que também podem se caracterizar como incentivos –, destacam-se o crédito presumido e a concessão de isenções, reduções da base de cálculo.

A partir desses benefícios, relações tributárias são criadas, investimentos planejados, complexos industriais instalados, tudo com base na boa-fé dos contribuintes. Ocorre que, se o procedimento para a concessão de tais benefícios não houver respeitado os requisitos legais, há grandes chances de que os contribuintes que se beneficiaram da medida venham a ser surpreendidos com a ulterior declaração de inconstitucionalidade da norma que concedeu o benefício, e, conseqüentemente, com a cobrança retroativa dos tributos inicialmente exonerados.

A guerra fiscal, portanto, envolve uma disputa entre os estados por meio da busca de melhores investimentos e, em especial, de arrecadação aos cofres públicos. Os estados com maior arrecadação dificilmente concedem tais benefícios, pois possuem outras vantagens regionais que independem da concessão de benefícios tributários, a exemplo do Estado de São Paulo, que naturalmente angaria inúmeros contribuintes por questões logísticas e estratégicas.

Nessa lógica, estados-membros considerados grandes arrecadadores reclamam das

benesses tributárias concedidas pelos estados menos desenvolvidos, que dependem da concessão de tratamentos tributários diferenciados para se tornarem atrativos aos olhos dos empresários e investidores.

Os estados que se sentem prejudicados pela concessão de benefícios fiscais de maneira unilateral podem arguir a sua inconstitucionalidade. Atualmente, inclusive, a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal (STF) é pela inconstitucionalidade dos benefícios sem a prévia convalidação pelo CONFAZ, por ofensa ao já menciona-

Os estados com maior arrecadação dificilmente concedem tais benefícios, pois possuem outras vantagens regionais que independem de benesses tributárias

do artigo 155, § 2º, XII, 'g', da Constituição Federal, ou seja, em razão da ausência de aval dos demais estados da Federação⁵.

Basicamente, os riscos vinculados à concessão unilateral de benefícios seriam: (i) extinção dos incentivos fiscais já concedidos; (ii) cobrança retroativa dos valores eventualmente já usufruídos pelos contribuintes; (iii) a glosa de créditos do ICMS pelos estados de destino das mercadorias.

Em relação aos primeiros efeitos (extinção dos bene-

fícios e cobrança retroativa) oriundos da declaração de inconstitucionalidade, o próprio estado-membro que concedeu o benefício de forma ilegal fica autorizado (ou, a depender do posicionamento, obrigado) a exigir o pagamento retroativo do ICMS dos contribuintes que ele próprio havia exonerado.

Parece logicamente improvável que o próprio ente público exija um imposto por ele desonerado; no entanto, foi o que aconteceu, por exemplo, no caso do estado do Rio de Janeiro em relação ao Decreto Estadual 45.022/14.

O estado ofereceu benefícios fiscais sem autorização prévia do CONFAZ para as indústrias de refino e sal, benesses que foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.664, relatada pelo ministro Cezar Peluso (j. 01.06.2011), proposta pelo próprio governador do estado do Paraná. Após provocado, o STF declarou a inconstitucionalidade do referido benefício, sem modular os efeitos da decisão. O resultado foi que o Rio de Janeiro editou novo decreto determinando a revogação dos benefícios declarados inconstitucionais e determinando que os contribuintes que usufruíram dos regimes previstos refizessem suas escritas fiscais, com o expurgo dos benefícios.

Por mais inacreditável, essa é supostamente uma prerrogativa dos estados, no caso de decisões que declarem a inconstitucionalidade de normas tributárias sem a

Os estados e o Distrito Federal possuem a prerrogativa de atrelar as referidas desonerações à exigência de o contribuinte financiar, ao menos em parte, as políticas afirmativas

limitação de efeitos da modulação⁶. Ao menos nessas hipóteses, o tributo cobrado não poderá ser acompanhado de eventuais penalidades, juros moratórios e demais encargos, pois o contribuinte apenas agiu em conformidade com atos expedidos por autoridades administrativas e práticas reiteradas pela administração pública, em conformidade com o artigo 100 do Código Tributário Nacional⁷.

Há ainda situações em que órgãos de controle da administração exigiram que os estados cobrassem dos contribuintes valores decorrentes de benefícios inconstitucionais. Foi exatamente o que aconteceu no Distrito Federal. O Ministério Público resolveu exigir que o imposto dispensado fosse cobrado dos contribuintes beneficiados. A questão foi levada ao STF sob a alegação de que o *parquet* não teria legitimidade em exigir esses pagamentos. No entanto, a matéria ainda continua pendente de julgamento no Recurso Extraordinário (RE) 851.421⁸, com repercussão geral.

Cabe sublinhar que há a prática reiterada, por parte dos estados-membros, em revogar a lei estadual de benefício fiscal em momento prévio ao julgamento da ADI em face da norma instituidora do benefício interno, de

modo a provocar a perda da discussão judicial e evitar o julgamento final da inconstitucionalidade dos benefícios concedidos (VARGA, 2015, p. 245-263).

Além disso, é sabido que parte dos valores arrecadados a título de ICMS destina-se ao Fundo de Participações dos Municípios (LC 91/97). Assim, caso a cobrança não fosse realizada, outras pessoas de direito público seriam afetadas negativamente, o que caracterizaria mais um atentado à supremacia do interesse público⁹ e possibilitaria novas discussões por parte das referidas pessoas políticas¹⁰.

3. CABE AO CONTRIBUINTE PAGAR PELO ERRO DO ESTADO?

Conforme visto, os benefícios fiscais unilaterais que importem redução total ou parcial dos tributos, quando desassociados de qualquer finalidade contraprestacional e reequilíbrio econômico social, tendem a prejudicar os estados concedentes e não representar qualquer estímulo legítimo extrafiscal, sujeitando-se ao crivo do Poder Judiciário. Mas não é sempre assim.

Não podemos esquecer que entre as desonerações unilaterais também estão os verdadeiros incentivos fiscais, aqueles que dependem

de contraprestações dos contribuintes agraciados e que cumprem com a própria função de justiça fiscal redistributiva do estado.

Os estados e o Distrito Federal possuem a prerrogativa de atrelar as referidas desonerações a propósitos específicos de desenvolvimento regional ou exigir que tais contribuintes contribuam, ao menos em parte, com os valores auferidos em políticas afirmativas ao próprio ente concedente. São os incentivos fiscais.

Como ressalta Betina Treiger Grupenmacher, a redução da carga tributária, se concedida em observância aos direitos e garantias individuais, é o primeiro passo para qualquer política de redistribuição ou, nesse caso, a renúncia com objetivos extrafiscais (GRUPENMACHER, 2012, p. 13).

Por essa razão, a guerra fiscal possui também aspectos positivos na medida em que pode resultar no progresso de regiões antes não consideradas atrativas, com aumento de postos de trabalhos, incrementos arrecadatários ao estado, além do melhor controle sobre os valores arrecadados¹¹.

Seguindo esse entendimento, a Fundação Getúlio Vargas (FGV), ao analisar os impactos socioeconômicos nacionais e regionais advin-

Quando há questionamento acerca da constitucionalidade dos benefícios concedidos pelos estados é possível que as normas concedentes dos estímulos deixem de pertencer à ordem jurídica vigente

dos da implantação e operação de projetos industriais viabilizados por incentivos fiscais em 12 estados no ano de 2010, chegou à conclusão de que 1,2% do produto interno bruto do país naquele ano teria sido viabilizado pelos referidos programas analisados. Além disso, 220 mil novos postos de trabalho teriam sido criados, com um impacto total de R\$ 35,8 bilhões no PIB Nacional (FGV, 2011).

A FGV concluiu que os estados analisados teriam recebido grandes vantagens com os projetos de incentivos. Cite-se, por exemplo, o estado do Paraná, com a arrecadação de R\$ 64 milhões aos cofres estaduais e a geração de 1,58% no PIB estadual. Ademais, os efeitos indiretos seriam ainda mais relevantes, com os insuamos e máquinas adquiridos nos respectivos territórios, bem como os empregos diretos e indiretos.

Em outras palavras, seja por meio do compartilhamento de determinada atividade estatal ao particular, incentivado (com a redução dos gastos públicos), seja por meio da subvenção ao custeio/investimento, as desonerações, quando atreladas a objetivos específicos, possuem finalidades outras que não apenas a renúncia da receita tributária e podem vir a resultar em benefícios para a sociedade.

Conforme indicado, não se discute aqui sobre a legitimidade ou não das limitações à concessão de incentivos e benefícios fiscais pela legislação complementar, mas não se pode negar que, caso concedidos por meio da observância aos princípios constitucionais (como o combate à desigualdade e o desenvolvimento regional), os incentivos possuem grande relevância à concretização da justiça e solidariedade (VOGAS, 2011, p. 53).

Inclusive, parece ser essa a perspectiva das novas decisões do Poder Judiciário em matéria de benefícios e incentivos fiscais. Recentes discussões do Supremo Tribunal Federal optaram pela modulação dos efeitos gerados pela declaração de inconstitucionalidade a partir da data de julgamento das referidas ações (como na ADI 4.481/PR, rel. Roberto Barroso, j. 11.03.2015, ADI 2.663/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2017 e ADI 3.796, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.03.2017). Explique-se.

Quando há questionamento acerca da constitucionalidade dos benefícios concedidos pelos estados, em especial daqueles unilateralmente outorgados pelas unidades federativas, é possível que as normas concedentes dos estímulos deixem de pertencer à ordem jurídica vigente após

a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

As decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade vinculam os demais órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (Lei 9.868/99). Como regra geral, tanto no controle difuso (via incidental) como no controle concentrado de constitucionalidade, prevalece o entendimento de que as decisões definitivas têm efeito retroativo (*ex tunc*) e produzem eficácia vinculante, bem como contra todos (*erga omnes*) no caso do controle concentrado.

Desse modo, a inconstitucionalidade deve ser, em princípio, sanada desde sua origem, desfazendo-se os efeitos diretos e derivados da norma inconstitucional. Ou seja, a norma seria nula desde a sua publicação, de modo que qualquer ato praticado e baseado em sua redação seria desprovido de legalidade. A validade da norma estaria prejudicada a partir da decisão do Poder Judiciário.

Conforme mencionado, na prática a nulidade da norma com efeito retroativo representaria a necessidade de correção dos fatos pretéritos, mediante recolhimento aos cofres públicos das quantias mensuradas pelos benefícios indevidamente usufruídos.

Além disso, a nulidade da norma traria efeito imediato aos adquirentes dos produtos, pois se trata de tributo “indireto”, com repercussão econômica ao contribuinte de fato ou consumidor final.

Contudo, essa premissa deve ser analisada com cautela, especialmente em se tratando de anulação de normas concessivas de incentivos fiscais. Nesses casos, a anulação retroativa dos estímulos causaria grande prejuízo de ordem patrimonial aos contribuintes, cujas atividades foram baseadas em norma tida como válida à época dos fatos.

Nessas situações, o efeito *ex tunc* traria considerável insegurança jurídica nas transações comerciais e na realização dos lançamentos tributários pelos contribuintes que se pautaram na validade das normas editadas para desenvolver e projetar suas atividades.

Nesse sentido, o artigo 27 da Lei 9.868/99 permite que o STF module os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, o tribunal pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou mesmo postergar a sua aplicação, conforme o interesse social ou a tutela da segurança jurídica o exigir. Para Rosírís Paula Cerizze Vogas:

Se o STF pode modular os efeitos de suas decisões em prol do fisco nos casos de declaração de inconstitucionalidade de normas relativas à imposição de tributos, limitando, assim, o direito à repeti-

ção de indébito dos contribuintes, com base no argumento de lesão ao poder público, por qual razão não poderia modular os efeitos de suas decisões em prol dos contribuintes que se beneficiaram de incentivos fiscais inválidos, já que isto, certamente, implicará lesão não só ao seu patrimônio, como, também, a terceiros que com eles mantiveram relação econômica? (VOGAS, 2011, p. 168).

Assim, a cobrança dos benefícios declarados inconstitucionais implicaria violação de diversos princípios constitucionais explícitos e implícitos do contribuinte, a saber: a segurança jurídica, a boa-fé, a

Recentes pesquisas indicam que o Brasil publica cerca de 800 normas por dia, sendo 5,4 milhões desde a promulgação da Constituição de 1988

confiança legítima, bem como a não cumulatividade do imposto.

Humberto Ávila explica que o princípio da confiança protege o contribuinte que teve sua conduta induzida por ato emitido pelo próprio poder público:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade

(ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por sua revogação ou anulação, quer ainda, por declaração de sua invalidade (ÁVILA, 2011, p. 360).

A ideia é bastante simples: não se pode exigir que o contribuinte seja penalizado por confiar na legitimidade da legislação interna do sujeito ativo ao qual está vinculado.

A presunção de legitimidade dos atos da administração pública foi justamente um dos pontos referidos pelo ministro Luís Roberto Barroso na decisão de modulação dos efeitos na ADI 4.481¹², de cujo texto se extrai que [...] houve presunção de constitucionalidade, de modo que a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes¹³. Sobretudo em se tratando do ICMS, que possui alterações constantes de legislação além de inúmeros convênios criados ou substituídos pelo CONFAZ. Se até mesmo os especialistas na área se deparam com dificuldades em compreender este emaranhado de regras, que dirá o contribuinte médio.

Recentes pesquisas indicam que o Brasil publica cerca de 800 normas por dia, sendo 5,4 milhões desde a promulgação da Constituição de 1988. Do total, foram editadas

363.779 normas tributárias, o que representa mais de 1,88 normas tributárias por hora em um dia útil (IBPT, 2017). Ainda, o Brasil seria o segundo colocado no ranking dos países com maior complexidade financeira de 2017 no mundo (TMF Group, 2017).

A boa-fé do contribuinte que se pautou na legislação em vigor e cumpriu com suas obrigações fiscais deve ser ponderada e presumida, a menos que existam provas que demonstrem cabalmente a concorrência de sua ação na edição dos atos ilegítimos, de forma consciente e plena sobre os vícios, bem como o efetivo dano ao erário.

Admitir o contrário seria beneficiar o ente político que, após o aumento de investimentos, com a aplicação dos incentivos, receberia retroativamente cobrança sobre a diferença não recolhida (com penalidades) e que teria sido oferecida como contrapartida às condutas específicas estimuladas. Justamente por este motivo, parece-nos correta a conclusão de Rosiris Paula Cerizze Vogas no sentido de que o único efeito possível seria a impossibilidade de o contribuinte poder continuar usufruindo dos benefícios e incentivos considerados inválidos, pois as relações já teriam se estabilizado (VOGAS, 2011, p. 169).

Cite-se, por exemplo, a já mencionada ADI 4.481, na qual, em razão do interesse social, da segurança jurídica, bem como da desestabilização econômica que a aplica-

ção retroativa dos benefícios fiscais poderia trazer, o STF entendeu por bem modular os efeitos. O contrário significaria aplicar tratamento mais gravoso àqueles contribuintes mais conservadores, que aguardavam a decisão final do STF sobre o tema, em benefício daqueles mais arrojados, situação que indubitavelmente não encontra respaldo nos princípios mais elementares do estado democrático de direito da Constituição Federal de 1988.

Felizmente, no entanto, a segurança jurídica e a confiabilidade na relação fisco-

A boa-fé do contribuinte que se pautou na legislação em vigor e cumpriu com suas obrigações fiscais deve ser ponderada e presumida

-contribuinte são critérios utilizados pelo STF em casos análogos envolvendo benefícios tributários inconstitucionais como efeitos da guerra fiscal, justamente como argumentos utilizados na modulação dos efeitos das decisões. Em trecho do julgamento da ADI 4.481, o relator (ministro Luís Roberto Barroso) sugeriu que em casos similares o mesmo critério para a modulação (data do julgamento) fosse utilizado.

Assim, considerando a tendência jurisprudencial atual do STF, tem-se que seria mais provável que eventual julga-

mento novamente aplicasse a modulação dos efeitos da decisão para preservar a segurança jurídica dos contribuintes.

Final de contas, a guerra fiscal não pode ser utilizada como justificativa à insegurança jurídica.

4. DA VEDAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE: AFINAL, O DIREITO É DE QUEM?

O princípio da não cumulatividade está previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição, e determina que o ICMS “será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro estado ou pelo Distrito Federal”.

Referido princípio assegura a possibilidade de determinado contribuinte apropriar créditos do ICMS incidente em aquisições de mercadorias ou determinados serviços tomados em operações anteriores para abater do imposto em suas próprias operações e prestações. Essa apuração, denominada “conta gráfica”, evita a tributação dita em cascata, de modo a onerar a venda ao consumidor final.

Para Roque Antônio Carrazza, “por meio do princípio da não-cumulatividade do ICMS, o Constituinte beneficiou o contribuinte (de direito) desse tributo e, ao mesmo tempo, o consumidor final (contri-

A norma de incidência do ICMS pressupõe a cobrança do imposto em razão da ocorrência do fato jurídico tributário previsto na norma geral e abstrata do tributo

buinte de fato), a quem convém preços mais reduzidos ou menos gravemente onerados pela carga tributária” (CARRAZZA, 2015, p. 320).

Trata-se de garantia constitucional do contribuinte, a qual, por essa razão, não pode ser suprimida ou mitigada pela legislação infraconstitucional. As únicas hipóteses em que a não cumulatividade será restringida estão descritas no próprio texto constitucional, ou seja, nos casos de isenção e não incidência (art. 155, § 2º, inc. II, alínea “b”).

No entanto, conforme mencionado, a concessão de benefícios por determinado estado sem a prévia aprovação dos demais gera efeitos para o contribuinte beneficiado (unidade de origem) e também ao destinatário (unidade de destino).

Em relação ao destinatário, o que se verifica na prática é a glosa dos créditos provenientes das aquisições de forma unilateral pelo estado de destino. A restrição ocorre mesmo nos casos em que o ICMS está efetivamente destacado em nota fiscal idônea.

A justificativa da glosa consiste na presunção de que o ICMS discriminado no documento não foi efetivamente “pago” pelo remetente e, dessa forma, não poderá ser deduzido pelo destinatário, de modo

a reduzir o imposto posteriormente pago em suas operações no estado de destino.

A despeito desse posicionamento claramente equivocado, cumpre esclarecer que a expressão “cobrado”, prevista no artigo 155, § 2º, I, da CF, deve ser compreendida como “incidido”. Ou seja, independentemente do efetivo pagamento do tributo nas operações anteriores, o contribuinte adquirente poderá creditar-se do imposto alojado no documento fiscal idôneo¹⁴, pois as normas tributárias de incidência do imposto e do crédito são distintas.

A norma de incidência do ICMS pressupõe a cobrança do imposto em razão da ocorrência do fato jurídico tributário – pela operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços de comunicação ou transporte interestadual – previsto na norma geral e abstrata do tributo. Nesse caso, o sujeito passivo (contribuinte) figura na posição de devedor e o sujeito ativo (estado) como credor no montante destacado.

No entanto, na relação jurídica estabelecida em virtude do crédito, as posições se alteram. Sendo o imposto devidamente informado no documento, nasce o direito ao adquirente de se valer da apropriação do montante indicado a título de ICMS.

Nesse caso, tem-se o contribuinte como credor do montante destacado na operação anterior e o estado como devedor.

Em suma, cita-se como exemplo um contribuinte beneficiado com um crédito presumido equivalente a 50% do valor do ICMS na operação em seu estado de origem, ocorrendo da seguinte forma: (i) o remetente das mercadorias destaca o ICMS de 12% na nota fiscal (alíquota padrão para operação interestadual aos estados do Sul e Sudeste, com produto nacional), porém de fato arca com o custo tributário efetivo de 6%; (ii) o adquirente, localizado na região Sul, credita-se do ICMS na alíquota de 12%, destacada no documento fiscal; (iii) o estado de destino exige o estorno da proporção de 6%, por entender que esse valor não foi efetivamente pago na operação anterior.

De imediato, é visível a ilegalidade da exigência presumida pelo estado de destino de que o destinatário das mercadorias deva conhecer os diversos benefícios fiscais concedidos pelos entes em que estão localizados os fornecedores dos produtos adquiridos. Como visto, o ICMS é estabelecido por competência dos diversos estados da Federação, cada qual com sua

própria legislação e deveres instrumentais. É totalmente inviável que se exija de qualquer empreendedor o conhecimento de todas as possíveis legislações estaduais aplicáveis em decorrência das relações comerciais que assume com os remetentes. Para Elizabeth Nazar Carrazza e Paulo Eduardo Ribeiro Soares:

Se os Estados membros já observam referida dificuldade, o que não dizer dos contribuintes que não possuem sequer a obrigação de conhecer as normas aplicadas em todos os outros Estados da Federação [...]. De fato, não há como exigir do contribuinte adquirente da mercadoria que a recebe com o destaque do ICMS na nota fiscal ou do tomador de serviço prestado, investigação no sentido de apurar se foi ou não concedido benefício fiscal ao contribuinte que lhe vendeu referida mercadoria, tampouco se este eventual, se concedido, restou introduzido no ordenamento jurídico com a observância do disposto no texto Constitucional e na Lei Complementar 24/75 (CARRAZZA; RIBEIRO, 2007, p. 278).

Os estados de destino, como justificativa para glosa dos créditos de ICMS, geralmente utilizam o argumento de que a Lei Complementar 24/75 impõe sanções aos contribuintes envolvidos em operações com benefícios considerados ilegítimos. O

artigo 8º da referida lei determina que é ineficaz o crédito de ICMS baseado em benefício ilegal, permitindo a exigência do imposto reduzido em decorrência da apropriação considerada indevida.

O texto constitucional, ao predispor que caberia à lei complementar a regulação da concessão dos benefícios, em nenhum momento facultou a imposição de penalidades pelo descumprimento dessa indicação. Em especial, pela restrição ao princípio da não cumulatividade¹⁵.

Ou seja, em cumprimento ao princípio federativo e à separação dos poderes, na eventualidade da concessão de benefícios em descumprimento ao que dispõe o texto constitucional, cabe ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, a análise da possível inconstitucionalidade e a expulsão da norma do ordenamento jurídico.

Não pode o estado de destino, usurpando a competência do Poder Judiciário, pretender glosar os créditos, sob a justificativa de que poderia julgar antecipadamente a atitude equivocada da unidade de origem. E mais, lesar o contribuinte localizado em seu território, que agiu com boa-fé e presumiu legítimo o destaque do imposto na ope-

ração anterior. Nesse mesmo sentido, já há decisão monocrática proferida pelo STF, por meio da AC 2.611 MC/MG¹⁶ (STF, AC 2.611 MC/MG, j. 07.05.2010).

A regra que institui o benefício da unidade de origem presume-se válida, pois pertence a um sistema até que eventual decisão do Poder Judiciário a expurgue do ordenamento jurídico. Dessa forma, o estado de destino deve respeitar essa determinação até então vigente, sob pena de contrariar o princípio federativo e a isonomia ente os entes tributantes.

O princípio da não cumulatividade é assegurado pela Constituição, não sendo possível mitigá-lo adicionalmente às hipóteses dispostas no seu próprio texto (isenção e não incidência).

Por fim, a glosa unilateral ainda acaba por: (i) resultar em enriquecimento ilícito pelo estado de destino, o qual acaba invadindo a competência territorial para a cobrança do imposto e fica com um valor maior do tributo que seria devido para outra unidade federativa e em razão de fato jurídico tributário distinto; (ii) violar o princípio da não discriminação do produto em razão da origem.

Na eventualidade de se sentir lesado, pode o estado de destino procurar o Poder Judiciário, por meio de me-

A regra que institui o benefício da unidade de origem presume-se válida, pois pertence a um sistema até que eventual decisão do Poder Judiciário a expurgue do ordenamento jurídico

dida própria, objetivando a declaração da inconstitucionalidade do benefício concedido sem as devidas restrições legais.

Final de contas, existe procedimento próprio previsto pela Constituição Federal para dirimir conflitos entre as unidades federadas. Nesse caso, sendo o estado legitimado a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, na figura do governador¹⁷, e a previsão para que o Supremo Tribunal Federal possa declarar a inconstitucionalidade dos atos concessivos de benefícios fiscais, é clara a inconstitucionalidade na glosa unilateral dos créditos de ICMS.

5. DOS EFEITOS DA LEI COMPLEMENTAR 160/17 E A 'TENTATIVA' DE CONVALIDAÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS

Como tentativa de reduzir as inúmeras discussões vinculadas à inconstitucionalidade na concessão de benefícios fiscais, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei Complementar 160/17. Essa lei regula a convalidação de benefícios fiscais concedidos pelos estados-membros e Distrito Federal à revelia das regras dispostas pela LC 24/75; a possível prorrogação desses benefícios e incentivos (não há distinções) por tempo limitado (até 15 anos dependendo do setor); bem como a permissão que outros entes outorguem os mesmos incentivos concedidos ou prorrogados na mesma região.

A LC 160/17 ainda prevê a remissão do débito, constituído ou não, que tenha sido concedido sem a observância dos requisitos constitucionais e infralegais. Ou seja, trata-se de uma alternativa identificada pelo próprio Poder Legislativo, obviamente com os interesses fazendários nos bastidores, em viabilizar uma forma alternativa de minimizar os efeitos da guerra fiscal sem a ocorrência da glosa dos incentivos concedidos para o remetente e destinatário na operação ou prestação.

Nessa linha, ressalta-se a ADI 5.244, de relatoria do mi-

A redução do número dos representantes dos estados só será aplicada para a aprovação dos benefícios já concedidos no passado

nistro Dias Toffoli (substituído pela ministra Cármen Lúcia), a qual foi suspensa sob o argumento de que a referida convalidação deveria ser analisada antes de qualquer decisão contrária ao contribuinte em questão. Ou seja, o próprio Poder Judiciário já dá sinais de que a LC 160/17 (assim como o Convênio Confaz 190/17) seria um recurso para o fim de discussões similares do passado.

No entanto, cabem aqui algumas considerações, muitas vezes despercebidas pelos contribuintes a respeito da referida novidade legislativa.

A primeira delas é de que a Lei Complementar 160/17 não acaba com possíveis benefícios considerados inconstitucionais no futuro. O objetivo primordial da legislação é equilibrar possíveis deturpações do passado.

Aliás, para que os objetivos sejam atingidos, é preciso que os respectivos estados internalizem as exigências dispostas no próprio texto da LC, como a divulgação dos incentivos e benefícios fiscais concedidos por meio de legislação interna, pois as novas disposições permitem a equiparação dos benefícios entre dois ou mais entes por região, e não em nível nacional. Por exemplo, ainda que próximos, não será possível sanar possíveis distorções entre os benefícios dos estados do Paraná e São Paulo, grandes arrecadadores de tributos e com empresas em condições similares, haja vista estarem em regiões distintas do país.

Além disso, a redução do número dos representantes dos estados (2/3 dos estados, sendo 1/3 por região) só será aplicada para a aprovação dos benefícios já concedidos no passado, e não para futuras desonerações pelos entes federados.

Em outras palavras, a despeito de solucionar temporariamente a discussão quanto à inconstitucionalidade dos benefícios fiscais e implicações aos contribuintes em relação às benesses já concedidas no passado, a nova regulamentação perdeu im-

portantíssima oportunidade de resolver o problema da deliberação unânime dos representantes do CONFAZ. Caso a referida LC 160/17 tivesse alterado o parâmetro também em relação à operações futuras, a postura individualista dos estados-membros poderia ter sido revista, estimulando uma participação maior e democrática entre os objetivos da Federação (TAVARES, 2017, p. 217-251).

Indo adiante, a LC 160/17 prescreve que a concessão de benefícios fiscais não listados pelos estados sujeitará os estados às penalidades previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), como a vedação ao recebimento de transferências voluntárias, e a restrições creditícias.

No entanto, a aplicação da penalidade ainda está vinculada à própria interpretação do tipo de benefício ou incentivo concedido pelo respectivo ente em desacordo com a LC 24/75. Concordamos, nesse sentido, com a explicação de Daniel Vieira Marins e Gustavo da Gama Vital de Oliveira, no sentido de que existem casos em que o tipo de exoneração não é dirigido à atração de novos investimentos que prejudiquem os demais estados-membros e Distrito Federal, ou seja, não decorre da guerra fiscal.

Os autores citam o exemplo do julgamento da ADI 3.421/PR, relator ministro Marco Aurélio, em 5 de maio de 2010, quando da discussão acerca de benefícios fiscais de ICMS relacionados a ser-

viços públicos voltados para igrejas e tempos religiosos. No referido caso, questionou-se a isenção na cobrança do ICMS em contas de serviços públicos de fornecimento de água, luz, telefone e gás quando consumidos por igrejas e templos. O ministro Marco Aurélio então pontuou que a discussão não se tratava de guerra fiscal, pois o objetivo original da norma não era a atração de empresas, motivo pelo qual não cabia qualquer hipótese de competição federativa para atração de entes religiosos (MARINS; OLIVEIRA, 2018, p. 158-185).

O que se observa são legislações que carecem de consenso, na qual cada ente utiliza de artifícios fiscais para atrair investimentos

Em outras palavras, a discussão quanto à competição e prejuízo da concessão de benefícios e incentivos fiscais na guerra fiscal do ICMS só cabe em debates envolvendo atividades econômicas comuns a todos os entes da Federação e que, de fato, possuam vantagens econômicas tais que justifiquem o deslocamento entre os diferentes estados e Distrito Federal.

De qualquer modo, parece-nos que a grande novidade da legislação é a de procurar oferecer segurança jurídica aos contribuintes que já se beneficiaram dos incentivos

no passado, especialmente aqueles com litígios já instaurados no Poder Judiciário.

Diante desse contexto, é possível afirmar que a guerra fiscal será finalizada? Difícilmente. Enquanto ainda houver um sistema que permita a concorrência estatal, dificilmente a prática será de todo afastada, em especial em razão das significativas crises financeiras dos entes federados. Resta-nos, apenas, observar quais serão as possíveis implicações desses novos institutos no cenário tributário brasileiro e as grandes tentativas de uma reforma tributária em um futuro não tão próximo, mas encarecidamente necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que, não obstante seja um imposto de competência estadual, o ICMS possui vocação nacional, com diretrizes gerais estabelecidas de maneira geral, a fim de evitar o conflito de competência entre as unidades federadas.

Pelo princípio federativo, cabe a cada estado membro o exercício da competência para instituição e cobrança do imposto, sem que tal faculdade possa conflitar com os interesses de ente diverso.

No entanto, o que se observa são legislações que carecem de consenso, gerando a guerra fiscal, na qual cada ente utiliza de artifícios fiscais para atrair investimentos para seu território, com objetivos que variam desde o desenvolvimento regional até

A partir do controle de constitucionalidade é possível que os benefícios fiscais sejam declarados nulos, o que traz efeitos deletérios aos contribuintes, como a cobrança retroativa de valores

o simples aumento da arrecadação estatal.

De fato, a concessão de incentivos é prerrogativa dos estados, que devem possuir como função primordial a redução das desigualdades regionais com incentivo ao crescimento econômico saudável. Porém, existem procedimentos próprios à concessão dos incentivos previstos em normas constitucionais e legislação federal que, caso não observados, resultam em prejuízos aos contribuintes que se valeram da presunção de legalidade de tais normas, pois, em razão do descumprimento de tais preceitos prévios necessários às concessões de incentivos, as demais unidades federativas, que se sentem prejudicadas em razão das estipulações dos tratamentos diferenciados, adotam políticas próprias de forma a neutralizar os valores incentivados ou conceder benefícios de igual relevância.

Em última análise, a guerra fiscal acaba por afetar os contribuintes localizados nos estados de origem e de destino, que confiaram nas relações negociais assumidas e, em especial, na legitimidade dos atos emanados pelo poder público.

Dessa forma, a partir do controle de constitucionalidade, é possível que os benefícios fiscais sejam declarados nulos, o que traz efeitos

deletérios aos contribuintes, como a revogação de benefícios existentes, cobrança retroativa de valores já auferidos e a glosa de créditos nos estados de destino.

Contudo, essa premissa deve ser analisada com cautela, especialmente em se tratando de anulação de normas concessivas de incentivos fiscais. Nesses casos, a anulação dos estímulos causaria grande prejuízo de ordem patrimonial aos contribuintes, cujas atividades foram baseadas em norma tida como válida à época dos fatos.

Sendo parte primordial da relação jurídica tributária, é evidente que o contribuinte não pode ser lesado em razão do combate direto entre os estados. A guerra fiscal não pode se tornar pretexto para a insegurança jurídica, muito menos para justificar violação às garantias fundamentais dos contribuintes.

De qualquer forma, espera-se que os tribunais reconheçam as inconstitucionalidades envolvidas nas restrições às glosas dos créditos, assim como os prejuízos acarretados aos contribuintes localizados nas unidades federativas de origem, que, via de regra, projetaram suas atividades e agiram de boa-fé, muitas vezes a partir de contraprestações exigidas pela administração fazendária.

Obviamente, o desconhecimento da real carga tributária brasileira, considerando o conjunto de tributos diretos e indiretos, em nada resulta na clareza do sistema e auxílio do contribuinte nesse sentido, especialmente em um país em que a cada R\$100,00 recebidos por determinado contribuinte, um montante equivalente a R\$33,00 é tributado pelo poder público (IBPT, 2017).

Há, ainda, a dificuldade dos altos custos de transação, de cumprimento e gestão das exigências fiscais que consomem boa parte dos recursos dos indivíduos e que não são indicados nas proporções originalmente atribuídas aos tributos imputados aos contribuintes.

A simplificação do sistema tributário, mais do que uma necessidade de caráter prioritário, tende a evitar o descumprimento das normas impostas, facilitar a fiscalização, diminuir o risco de fraudes sob a justificativa de complexidade das obrigações acessórias, além de ser menos onerosa para o próprio estado.

A falta de confiança na legitimidade da arrecadação e administração das políticas públicas dificulta ainda mais o sentimento de solidariedade que determina o recolhimento dos recursos necessários para fazer frente ao custo de manutenção do Estado. ■

NOTAS

1. Versão atualizada e editada de artigo originalmente publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 998/2018, p. 519-544, dez/2018, DTR/2018/22556.

2. Preferimos a expressão “deveres instrumentais” utilizada por Paulo de Barros Carvalho, e não “obrigação acessória”, na medida em que essas prestações não possuem cunho patrimonial. Além do que, há deveres que não circundam vínculos obrigacionais (pagar tributo), de modo que esses deveres nem sempre são acessórios.

3. Nesse sentido, há Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental 198, pendente de julgamento, e com relatoria do Ministra Cármen Lúcia, questionando a constitucionalidade da regra de unanimidade para a concessão de benefícios fiscais do ICMS.

4. Alexsander Roberto Alves Valadão e Rodrigo Diego Santa Ritta lembram que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, em seu artigo 14, que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá, além de atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias, estar acompanhada de uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro naquele exercício e nos dois subsequentes, e ainda de uma demonstração de que o incentivo não afetará o orçamento do ente renunciante ou de um plano de compensação orçamentária por meio de medidas tributárias (VALADÃO; RITTA, 2018, p. 9-38). José Roberto Afonso também explica que, a

despeito da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), não são todos os estados que divulgam a receita renunciada por meio dos referidos benefícios fiscais.

Aliás, mesmo os entes que divulgam, por vezes, acabam obtendo critérios distintos, apenas com a indicação das desonerações consideradas constitucionais, ou seja, àquelas que passaram pelo crivo de aprovação do Confaz, e não os valores renunciados de maneira unilateral (AFONSO, 2014, p. 20-24).

5. Nesse sentido, destacam-se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.481/PR, rel. Roberto Barroso, Pleno, j. 11.03.2015, ADI 2.663/RS, rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 08.03.2017 e ADI 3.796/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, 08.03.2017.

6. Nesse mesmo sentido, o Recurso Extraordinário 576.155, ainda pendente de julgamento, analisa se os estados-membros teriam (ou não) disponibilidade para cobrar benefícios fiscais já declarados inconstitucionais, mas que, posteriormente, foram objetos de remissão pelo próprio ente que originalmente os concedeu.

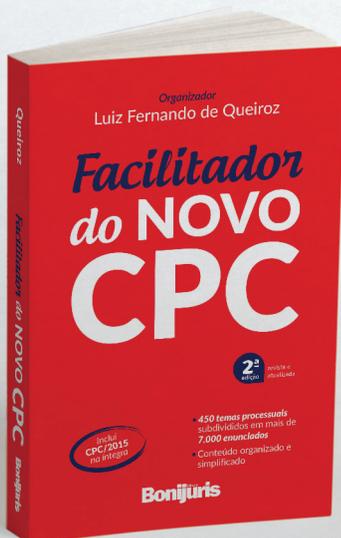
7. CTN, art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; IV – os convênios que entre

si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

8. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 851.421, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, 21.05.2015.

9. “Constitucional. ICMS. Repartição de rendas tributárias. Prodec. Programa de incentivo fiscal de santa catarina. Retenção, pelo estado, de parte da parcela pertencente aos municípios. Inconstitucionalidade. RE desprovido” (STF, Tribunal Pleno, RE 572.762, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.06.2008, DJe 05.09.2008).

10. Outro argumento utilizado é que, caso os Estados envolvidos na discussão simplesmente ignorassem as determinações do Poder Judiciário (eventualmente sem modulação dos efeitos) e não exigissem a cobrança, estariam uma vez mais agindo em desconformidade com o texto constitucional, pois, nos termos da própria LC 24/75, são consideradas isenções formas de redução do valor a ser recolhido aos cofres públicos. Inclusive, os convênios teriam a função de definir “as condições gerais em que se poderão conceder, unilateralmente, anistia, remissão, transação, moratória, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias” (art. 10 da LC 24/75). →



FACILITADOR DO NOVO CPC

ORGANIZADO POR TEMAS PROCESSUAIS PARA
UMA CONSULTA RÁPIDA E SEM REMISSÕES.

Luiz Fernando de Queiroz

Esta obra de formato único traz um rol de mais de 7.000 enunciados reunidos sob 450 tópicos, contendo tudo o que o código apresenta sobre determinado assunto, para que o leitor possa encontrar facilmente o que procura.



R\$ 119,90



www.livrariabonijuris.com.br



0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Bonijuris

11. Para Paulo de Barros Carvalho: [...] a "guerra fiscal" tem seu lado positivo, manifestado no empenho que as entidades tributantes realizam para atrair investimentos, buscando por esse meio acelerar o desenvolvimento econômico e social, com benefícios significativos para a administração e para os administrados (CARVALHO, 2014, p. 679).

12. "Tributário. Lei estadual que institui benefícios fiscais relativos ao ICMS. Ausência de convênio interestadual prévio. Ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88. II. Controle de constitucionalidade. Modulação dos efeitos temporais" (STF, ADI 4.481, rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 13.03.2015).

13. Para Aurora Tomazini há, na realidade, "uma presunção posta pelo direito, de que todo processo enunciativo introdutor de normas se deu nos moldes das normas que o regulam, até que se constitua o contrário. Isso não só acontece com o processo enunciativo (antecedente da norma do veículo introdutor), mas com qualquer fato constituído juridicamente, pois o sistema trabalha com o controle a posteriori" (CARVALHO, 2009, p. 527).

14. Nesse sentido, esclarece Roque Antonio Carrazza, no sentido de que "[...] Estamos convencidos de que, na medida em que ocorreu um episódio suscetível de ser

tributado por meio de ICMS, é inafastável o direito ao crédito, na operação ou prestação subsequente. Ademais, não raro, a efetiva cobrança do tributo escapa ao conhecimento do adquirente da mercadoria ou do tomador do serviço. Assim, até para que não se instale a insegurança jurídica, basta que tenha havido uma anterior operação ou prestação para que o princípio da não-cumulatividade no ICMS prevaleça" (CARRAZZA, 2015, p. 323).

15. Trata-se do mesmo posicionamento de Paulo de Barros Carvalho, para quem "Em total agressão ao ordenamento jurídico pátrio, estabeleceu [a LC 24/75], no art. 8º, ser ineficaz o crédito fiscal relativo às operações beneficiadas, autorizando, simultaneamente a exigência do imposto reduzido em razão do incentivo tributário. A literalidade de tal dispositivo poderia levar ao equivocado entendimento de que, independentemente de julgamento por parte do tribunal competente – o STF –, as normas relativas à concessão de benefícios teriam presunção de validade e o princípio da não-cumulatividade do ICMS não deveria ser respeitado" (CARVALHO, 2014, p. 678).

16. "Ainda que o benefício tenha sido concedido pelo estado de Goiás sem auto-

rização suficiente em convênio, mostra-se bem fundada a alegação de que a glosa realizada pelo estado de Minas Gerais não se sustenta. Isso porque a incidência da alíquota interestadual faz surgir o direito à apropriação do ICMS destacado na nota, forte na sistemática de não-cumulatividade constitucionalmente assegurada pelo art. 155, § 2º, I, da Constituição e na alíquota estabelecida em resolução do senado, cuja atribuição decorre do art. 155, § 2º, IV. Não é dado ao estado de destino, mediante glosa à apropriação de créditos nas operações interestaduais, negar efeitos aos créditos apropriados pelos contribuintes. Conforme já destacado na decisão recorrida, o estado de Minas Gerais pode arguir a inconstitucionalidade do benefício fiscal concedido pelo estado de Goiás em sede de ação direta de inconstitucionalidade, sendo certo que este Supremo Tribunal tem conhecido e julgado diversas ações envolvendo tais conflitos entre estados, do que é exemplo a ADI 2.548, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15.06.2007" (AgRg na AC 2611, r4el. Min. Rosa Weber, j. 21.10.2012).

17. Art. 103 (Brasil, Constituição Federal, 1988).

REFERÊNCIAS

- AFONSO, José Roberto (Coord.). A renúncia tributária do ICMS no Brasil. Washington: BID, IDB-DP-327, 2014. Disponível em: [www.gefin.net.br/upload/arquivos/cc16dc55ee89adcd858fff1f6b03e818.pdf]. Acesso em: 29.11.2017.
- AFONSO, José Roberto. A importância da eficiência da arrecadação das receitas próprias para os entes públicos. *I Encontro Técnico Nacional do Controle Externo da Receita do Rio de Janeiro*.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO, IDB-DP-327. Disponível em: [www.gefin.net.br/upload/arquivos/cc16dc55ee89adcd858fff1f6b03e818.pdf]. Acesso em: 26.09.2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. *Convênio 84.2011*. Suspende e concede remissão do ICMS relativos aos créditos tributários decorrentes do tratamento tributário concedido nos termos da Lei 2.483/99, que estabelece o tratamento tributário para empreendimentos econômicos produtivos no âmbito do Programa de Promoção do Desenvolvimento Econômico Integrado e Sustentável do Distrito Federal – PRÓ-DF. Publicado no DOU de 05.10.2011, pelo Despacho 179/11. Disponível em: [www.CONFAZ.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/convenio-icms/2011/cv084_11]. Acesso em: 22.09.2015.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. *ICMS*. 17. ed. Malheiros, 2015.
- CARRAZZA, Elizabeth Nazar; SOARES, Paulo Eduardo Ribeiro. *ICMS: Questões atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o construtivismo lógico semântico*. São Paulo: PUC, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *"Guerra Fiscal" e o princípio da não cumulatividade no ICMS*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014.
- _____. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COOTER, Robert Dandridge; SCHAFFER, Hans-bernd. *O nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: Crv, 2017.
- FIGUEIRÓ, Ricardo Silveira; CARVALHO, Célia Maria Silva; KLINTOWITZ, Danielle. A renúncia tributária do ICMS no Brasil. Organizado por José Roberto R. Afonso. Banco Interamericano de Desenvolvimento, Documento IDB-DP-327, 2014.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (Rio de Janeiro). Federação das Indústrias do Estado de Goiás – FIEG. Impactos Socioeconômicos da Suspensão de Incentivos Fiscais. Rio de Janeiro, 2011.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das Exonerações Tributárias. Incentivos e Benefícios fiscais. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. *Novos horizontes da tributação: um diálogo luso-brasileiro*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.
- MARINS, Daniel Vieira; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Competição Tributária ou Guerra Fiscal? Do Plano Internacional À Lei Complementar 160/2017. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, p.158-185, 2018.
- RECEITA FEDERAL. "IBPT: A cada R\$100 que o contribuinte recebe, R\$33 fica com o governo". IBPT, 10.08.2017. Disponível em: [www.ibpt.org.br/]. Acesso em: 26.09.2018.
- SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- TAVARES, Nathalia de Andrade Medeiros. As proporções do individualismo fiscal dos indivíduos nas guerras fiscais entre os entes da federação: o afastamento da solidariedade social e da justiça distributiva. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; Fábio Zambitte; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. *Estudos de federalismo e guerra fiscal*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. v. 1.
- TMF GROUP. The Financial Complexity Index 2017. *TMF Group*, junho de 2017. Disponível em: [www.tmf-group.com/en/news-insights/publications/2017/financial-complexity-index-2017].
- VALADÃO, Alexander Roberto Alves; RITTA, Rodrigo Diego Santa. *Guerra fiscal do ICMS: uma análise de viabilidade jurídica e consequências juseconômicas a partir da "Guerra dos Portos"*. RDU, Porto Alegre, v. 14, n. 80, p. 9-38, mar.-abr. 2018.
- VARGA, Caio Amuri. Guerra fiscal – ausência de coordenação na política pública tributária nacional. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 122, 2015.
- VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição Cria Tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VIEIRA, José Roberto. Tributos Federais: IPI e extrafiscalidade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Malheiros, n. 91.
- VOGAS, Rosírís Paula Cerizze. *Limites constitucionais à glosa de créditos de ICMS em um cenário de guerra fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

A SOLUÇÃO DEFINITIVA

PARA A INADIMPLÊNCIA CONDOMINIAL

A Condoaureum presta
serviços de cobrança ideais
para o seu condomínio!

Cobramos taxas condominiais
com garantia de recebimento.

Antecipamos valores para
reformas e benfeitorias.

Acesse o nosso site
e conheça todos as
modalidades.



condoaureum.com.br • 41 3040 5900

Padre Anchieta • 2050 • CJ 1311 • Bigorriho • Curitiba



CONDOAUREUM
COBRANÇAS

O *PROPTER REM* NA REPARAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS

A NATUREZA "POR CAUSA DA COISA" PASSOU A SER INSTITUÍDA NO CÓDIGO FLORESTAL COMO FORMA DE OBRIGAR O POLUIDOR E SEUS SUCESSORES A REPARAR EVENTUAL DEGRADAÇÃO

Em vista da indispensabilidade de um ambiente que proporcione qualidade de vida saudável a todos, diversas classes científicas encampam, com razão, a luta pela diminuição de agravos aos bens ambientais.

O Brasil, estado democrático de direito (art. 1º, *caput*, CF), instituiu no bojo da Constituição Federal da República, no *caput* do artigo 225, um interesse difuso, o qual se caracteriza por possuir como titular um grupo, classe ou categoria indeterminável de pessoas, que é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dispondo também no âmbito constitucional a imposição ao poder público e à coletividade do dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Com efeito, é a partir da atual *lex fundamentalis* que o meio ambiente passou a ser tido como um bem tutelado juridicamente no Brasil. Silva ressalta que a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental, trazendo mecanismos para sua proteção e controle, chegando a ser tratada por alguns como "Constituição Verde"¹.

Nesse sentido, mostra-se pertinente a advertência de Barroso de que no país da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há, por certo, espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação ambiental², e a observação de Benjamin de que a chamada função ambiental transcende a órbita do Estado e chama o cidadão, individual ou coletivamente, para exercer algumas de suas missões³.

No direito brasileiro, o direito fundamental ao meio ambiente possui natureza jurídica dupla pelo fato de ser um direito subjetivo público da personalidade – é possível a qualquer indivíduo pleitear o direito de defesa contra atos lesivos ao meio ambiente – e também por ser elemento fundamental de ordem objetiva, haja vista a disposição constitucional do artigo 225, *caput*, que obriga os poderes constituídos a realizar a proteção e a promoção do meio ambiente⁴. A Constituição brasileira consagra um capítulo apenas para o meio ambiente, garantindo o direito fundamental difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Como se vê, o estatuto fun-

Com efeito, é a partir da atual *lex fundamentalis* que o meio ambiente passou a ser tido como um bem tutelado juridicamente no Brasil

damental de 1988 não só constitucionalizou a proteção ao meio ambiente, mas também alçou este bem jurídico ao escalão de direito fundamental à dignidade da pessoa humana, a qual se constitui como pilar do estado de direito e núcleo do constitucionalismo contemporâneo.

Nessa quadra, um tema de grandes discussões é a responsabilidade civil ambiental e a sua natureza relacionada ao dever de recompor a violação perpetrada ao meio ambiente, uma vez que a reparação dos danos ambientais constitui verdadeiro pressuposto para uma adequada e eficiente proteção à seara ambiental.

Nos termos do artigo 2º, § 2º, do novo Código Florestal, Lei 12.651/12, as obrigações nele previstas têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural. Observa-se que o legislador pretendeu positivar o que já vinha sendo sedimentado na jurisprudência dos tribunais superiores, ou seja, o não cabimento de discussão de culpa ounexo causal como fatores que determinam o dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a reserva legal por parte do antecessor e atual proprietário ou possuidor mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Trata-se da hipótese de obrigação *propter rem*, própria da coisa, sendo desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer.

Contudo, é de se indagar se essa imposição legal não estaria a afrontar o direito de propriedade, a autonomia privada ou até mesmo a livre iniciativa, uma vez que o tema das reservas legais e das áreas de preservação permanente demonstra constante e relevante conflito entre o direito de propriedade (e posse) e a proteção do meio ambiente, ambos

albergados pela Constituição, perquirindo-se também a respeito da própria natureza da obrigação *propter rem*.

ANÁLISE DO TEMA

É sabido que a responsabilidade civil é dividida em responsabilidade subjetiva, ou aquiliana, e objetiva. A responsabilidade aquiliana é aquela fundada na culpa, isto é, a indenização só poderá ocorrer em decorrência de um dano injusto. Assim, para que se verifique o dever de indenizar é necessário que o ofendido demonstre que a conduta do agente foi culposa, bem como devem estar presentes o nexocausal e o dano. Nesta espécie de responsabilidade o ilícito é seu fato gerador, de modo que o imputado deverá ressarcir o prejuízo, se for provado que houve dolo ou culpa na ação.

Já a responsabilidade objetiva, surgida no final do século 19 e início do 20, conceitua-se como a modalidade de responsabilidade civil que prescinde da demonstração de culpa para que se possa exigir indenização do causador do prejuízo, ou seja, o imputado responde sem culpa; logo, a parte lesada necessita comprovar tão somente o nexocausalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso. Tal espécie de responsabilidade substitui a culpa pelo risco, não mais importando a culpabilidade do lesante, bastando a relação causal entre o desenvolvimento da atividade e o prejuízo por ela provocado. Com isso o lesado não terá que comprovar a culpa do lesante.

De acordo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil⁵, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente praticada pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

São três os elementos que compõem a responsabilidade civil objetiva: conduta, nexocausalidade e dano.

A conduta é oriunda de uma ação ou omissão, de modo que acarrete um dano. Não há se falar em responsabilidade civil sem determinado comportamento contrário à ordem jurídica. A norma jurídica será violada por meio de um *facere* (ação) ou de um *non facere* (omissão). Uma ou outra conduta situa-se no campo naturalístico do comportamento humano, isto é, no mundo exterior, por ser um trecho da realidade que o direito submete, ulteriormente, a juízo de valor, no campo normativo.

Em razão da conduta, a responsabilidade civil objetiva pode ser própria (direta ou pura) ou imprópria (indireta ou impura). A própria é aquela que se baseia em atividade de risco ou em hipótese subsumida à determinação legal de atribuição do dever de indenizar sem culpa, decorrendo de ato praticado pessoalmente por aquele que assumirá o ônus de indenizar, ou seja, quando o agente responde por um ato próprio. De outro lado, a responsabilidade objetiva imputada é aquela em que o agente fica obrigado a indenizar, seja por disposição de lei ou contrato, por atos perpetrados por terceiros, como no caso do empregador que, mesmo não tendo culpa, responde pelos atos praticados pelo empregado.

Outro elemento da responsabilidade civil objetiva é o nexos causal, que pode ser tido como o liame que une a conduta ao resultado danoso. Há diversas teorias que tentam explicar a relação de causalidade, contudo o diploma civilista adotou a teoria da causalidade imediata e direta, a qual estabelece que só interessam as causas próximas e imediatas, desde que sejam adequadas a produzir o dano. É imperioso reforçar que a parte lesada deve provar que houve nexos de causalidade entre a conduta do autor e o resultado danoso.

Por fim, o dano, como elemento da responsabilidade objetiva, é imprescindível para a configuração da responsabilidade civil e traduz-se em uma lesão a um interesse juridicamente tutelado.

A par dessas considerações preambulares, tem-se assentado que a responsabilidade civil

por dano ambiental é objetiva, sobretudo ante o teor dos enunciados normativos dos artigos 225, § 3º, da Constituição Federal e 14, § 1º, da Lei 6.938/81. Com efeito, o primeiro diploma normativo brasileiro a tratar da responsabilidade pelos danos ao meio ambiente foi a Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977, que dispunha sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares. Esta mesma lei albergou, ainda, a responsabilização objetiva do operador da instalação nuclear, independentemente da existência de culpa, pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear, bem como a responsabilização solidária no caso de, em havendo mais de um operador envolvido, se tornar impossível apurar a parte dos danos atribuível a cada um (art. 5º, *caput*). Mais adiante, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, em seu artigo 14, § 1º, consagrou a responsabilidade civil de natureza objetiva, em matéria ambiental. Por fim, a Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, sedimentou no ordenamento jurídico a responsabilização do poluidor nas esferas cível, administrativa e criminal.

De um modo geral, a responsabilidade civil objetiva ocorre em duas hipóteses: quando é prevista em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Em qualquer dessas situações verifica-se o exato enquadramento da atividade ambiental.

A propósito, a responsabilidade civil na esfera ambiental está intrinsecamente relacionada a dois princípios gerais de direito ambiental, quais sejam, o princípio da prevenção e o princípio da precaução. A prevenção é princípio fundante e está presente em todo o regramento jurídico ambiental e em todas as políticas públicas de meio ambiente, impondo a adoção de políticas públicas de proteção dos recursos ambientais como um meio de cautela quanto à degradação ambiental. Deveras, a prevenção é mandamento fundamental, visto que os danos ambientais, em sua maioria,

**Não há se falar em
responsabilidade civil
sem determinado
comportamento
contrário à ordem
jurídica**

são irreversíveis e irreparáveis. Assim, ante a ineficácia do ordenamento jurídico, incapaz de recompor um quadro fático idêntico ao anterior, “adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do Direito Ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental”⁶.

A Constituição Republicana de 1988, em seu artigo 225, *caput*, adotou expressamente o princípio da prevenção, ao dispor sobre o dever do poder público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O postulado da prevenção pode ser visualizado no âmbito do Poder Judiciário e da administração pública. De fato, o emprego da jurisdição coletiva, que abrange mecanismos de tutela mais ajustados aos direitos difusos, visa obstar a continuidade do ilícito ambiental, além da possibilidade da propositura de demandas que somente objetivem uma atuação preventiva a fim de evitar o começo de uma degradação ambiental (tutelas de urgência). Sob a perspectiva da administração pública, o princípio da prevenção se manifesta, entre outros atos do poder público, por meio das licenças, das sanções administrativas, das fiscalizações, e das autorizações.

Por sua vez, o princípio da precaução, decorrente do inciso V do § 1º e do *caput* do artigo 225 da atual carta constitucional, possui caráter universal, pois é reconhecido em todo mundo, considerando que determinados danos ambientais são irreversíveis. Originário do *Vorsorgeprinzip* do direito alemão, o princípio da precaução sugere uma ação antecipada à ocorrência do dano ambiental, no intuito de preservar os recursos ambientais e a própria integridade humana.

A interpretação do princípio da precaução confere o benefício da dúvida em favor do meio ambiente quando houver qualquer incerteza sobre as consequências de determinada atividade. Ressai, diante disso, a possibilidade de inversão do ônus da prova, com base no princípio do *in dubio pro ambiente*. Em ou-

tras palavras, em não havendo certeza científica em relação à degradação ambiental, incumbe ao empreendedor provar que sua atividade não acarretará riscos ao meio ambiente. Persistindo a dúvida, decide-se em favor deste⁷.

Isso não quer dizer que o princípio da precaução tenha por fim engessar as atividades humanas. “Não se trata da preocupação que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.”⁸

Há que se registrar que o princípio da precaução não se confunde com o da prevenção, tendo em vista que o primeiro é aplicável às hipóteses em que os efeitos ambientais são desconhecidos, enquanto que o segundo tem como desiderato impedir os impactos previamente conhecidos.

No mais, o § 1º do artigo 14 da Lei 6.938/81 estabelece que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. Assim, a responsabilidade civil objetiva independe da existência de culpa e se apoia na ideia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os prejuízos oriundos de seu empreendimento, devendo, para tanto, restar provada a ação ou omissão do poluidor, assim como o dano e onexo causal.

Ainda, há que se trazer a lume aspecto relevante acerca da responsabilidade objetiva ambiental, qual seja, a desnecessidade de se perquirir se a atividade exercida pelo agente é lícita ou não, isto é, ainda que o sujeito possua uma licença para executar a sua atividade, nascerá para ele o dever de indenizar caso venha a causar danos a outrem.

Anote-se também que, sem levar em consideração a culpa, para que fique devidamente caracterizada a responsabilidade civil objetiva é fundamental que reste provada a ocorrência do dano ambiental e da relação de causalidade. Em não havendo o nexocausal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou

O § 1º do artigo 14 da Lei 6.938/81 estabelece que o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente

A despeito dessas posições, o STJ firmou entendimento de que a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexa causal o elemento aglutinante

omissão perpetrada, não há como imputar ao agente a autoria da infração ambiental e, por consequência, responsabilizá-lo.

Ao aderir ao regime da responsabilidade civil objetiva, a Lei 6.938/81 afasta a indagação acerca da culpa, mas torna indispensável o nexa causal. Investiga-se a atividade, questionando-se se o dano foi causado em razão dela, para se chegar à conclusão de que o risco que lhe é inerente é suficiente para fazer emergir o dever de reparar o prejuízo⁹. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰, conhecido como tribunal da cidadania, firmou entendimento no sentido de que, embora independente de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita da demonstração de nexa causal entre a conduta e o dano.

Via de regra, as atividades ambientais são regidas pela teoria do risco (art. 927, parágrafo único, CC). Com isso o sujeito que exercer determinada atividade deve, ou pelo menos deveria, prever a ocorrência de um fato danoso, bem como de seus prováveis efeitos.

Sobre a teoria do risco, o STJ¹¹, guardião do direito infraconstitucional, que tem como missão assegurar a uniformidade à interpretação da legislação federal, consolidou entendimento no sentido de que, por se tratar de direito difuso, a reparação civil ambiental assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente do agente causador do prejuízo.

Com base nisso, é pertinente se indagar se seria possível o agente, no intuito de se eximir do dever de reparação do dano ambiental, invocar a ocorrência de alguma excludente de responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior. No âmbito doutrinário, há quem entenda que “quem alegar o caso fortuito ou a força maior deve produzir a prova de que era impossível evitar ou impedir os efeitos

do fato necessário – terremoto, raio, temporal, enchente”¹². Por outro lado, há quem defenda que a excludente de responsabilidade civil a ser admitida é o fato de terceiro, “acontecimento resultante de ação desempenhada por outrem, que não esteja sob a guarda, a autoridade ou a direção do inicialmente responsabilizado”¹³.

A despeito dessas posições, o STJ¹⁴ firmou entendimento de que a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexa causal o elemento aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pelo causador do dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar.

Neste sentido, embora sabido que não seja possível, *a priori* e em abstrato, estabelecer uma hierarquia entre princípios que venham a colidir, é importante assentar que a concepção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, ou seja, pertencente a uma nova ordem jurídica, prevista expressamente na lei fundamental, não pode ser limitada sequer pelo exercício do direito à propriedade, igualmente protegido pelo artigo 5º, inciso XXII, da mesma carta, nem tampouco se sujeitar ao princípio da autonomia da vontade, que fundamenta a culpa.

Deveras, o direito ambiental está assentado em princípios como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o da função ambiental da propriedade. Esses mandamentos fundam-se no próprio estabelecimento da ordem pública, uma vez que a sua inobservância constitui desrespeito a um dos princípios diretores da atividade econômica, nos termos do artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, que preconiza a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto

ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. A partir daí pode-se afirmar que a responsabilidade ambiental traduz-se na necessidade de cumprimento da obrigação de respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dentro dessa lógica, o novo Código Florestal, Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, impôs no artigo 2º, § 2º, a obrigação *propter rem* nos danos ambientais: obriga o proprietário a restaurar a área degradada independentemente de ter sido ele o responsável efetivo pelo dano.

Com efeito, derivada do latim, a expressão *rem* significa “coisa”, *propter* significa “em razão de” ou “em vista de” e a preposição *ob* significa “diante de” ou “por causa de”. Logo, a obrigação *propter rem* ou *ob rem* consiste em uma espécie de obrigação que resulta de algo, própria de algo ou por causa da coisa. Em razão disso são classificadas como obrigações reais, pois seguem a coisa. Não obstante, há alguns doutrinadores que utilizam as expressões *rei cohaerens* ou *cohaerentes*¹⁵.

Em linhas gerais, as obrigações *propter rem* seriam os liames jurídicos por meio dos quais uma pessoa, na condição de titular de um direito real, fica adstrita a outra (titular ou não, por seu turno, de um direito real) à realização de uma prestação de dar ou de fazer¹⁶. De outro ângulo, a obrigação *propter rem* pode ser compreendida como uma obrigação em que o devedor detém a titularidade de um direito real de gozo, de tal maneira que, extinto ou transferido o direito real, se extingue ou se transmite a condição de devedor¹⁷.

A respeito da natureza jurídica das obrigações *propter rem*, três são as correntes que se propõem a defini-la. De acordo com a primeira, o fato desta espécie de obrigação ter sua gênese em uma relação jurídica real não lhe afasta a natureza eminentemente pessoal. Ainda segundo esta linha, com o surgimento desta obrigação cria-se um vínculo jurídico entre

dois sujeitos, cujo objeto é uma prestação, assim como ocorre com qualquer outra obrigação¹⁸. Já a segunda corrente advoga a tese de que obrigação *propter rem* constitui a própria essência do direito real, do qual não podem ser dissociadas¹⁹. A terceira posição, por sua vez, sustenta que essas obrigações possuem natureza mista, gravitando entre os dois extremos do direito real e direito pessoal, como se fossem uma só espécie de obrigação²⁰. Da análise dessas vertentes percebe-se que há uma tendência em conceber as obrigações *propter rem* como uma espécie independente, situando-as em um conjunto intermediário.

Os elementos que compõem as obrigações *propter rem* são bens corpóreos ou materiais e incorpóreos ou imateriais passíveis de apropriação e impregnados de conteúdo econômico, relevante e substancial, ressaltando-se, dentre eles, os catalogados no artigo 1.225 do Código Civil, em seus incisos I a XII, a saber: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso²¹.

Em se tratando de bens móveis, a aquisição do direito real é precedida da tradição do bem, não sendo suficiente a mera elaboração de instrumento contratual nesse sentido. Acresça-se que o simples exercício de um direito real, sendo ele derivado ou originário, implica ao titular uma prestação compulsória, da qual não se desvencilha sem o devido cumprimento, por ser tratar de consequência da titularidade de uma coisa ou direito de uso e de gozo.

Como direitos patrimoniais, o direito real vincula-se a coisas, diz respeito ao poder que uma pessoa, física ou jurídica, exerce sobre uma determinada coisa; já o direito pessoal é aquele em que há uma relação entre pessoas em que o sujeito ativo demanda prestação do

Em linhas gerais, as obrigações *propter rem* seriam os liames jurídicos por meio dos quais uma pessoa, titular de um direito real, fica adstrita a outra à realização de uma prestação de dar ou de fazer

sujeito passivo, que se obrigou, por vontade própria, a dar, fazer ou não fazer. Ainda no campo dos direitos reais tem-se que eles só podem ser criados por lei, sendo que a propriedade (ou domínio) se revela o mais amplo, completo, complexo e importante direito real. Em vista disso, as obrigações *propter rem* equivalem a uma categoria diferenciada de obrigação real, visto que são constituídas por características tanto do direito real quanto do direito pessoal.

Com efeito, a obrigação de índole *propter rem* é uma figura jurídica assentada no direito obrigacional, a qual ostenta as seguintes características: a) refere-se ao titular de um direito real; b) o devedor se desvencilha da prestação ao abandonar o bem, abrindo mão do direito real; c) é munida de acessoriedade especial.

Neste panorama, a obrigação *propter rem* situa-se na concepção do próprio direito real que sobre o bem se exerce. “Na obrigação *propter rem* encontra-se um simples débito, enquadrado no conteúdo dum direito real, e não um verdadeiro direito subordinado.”²²

Diga-se também que a obrigação *propter rem* possui caráter misto, pelo fato de ter como *obligatio in personam* objeto constituído por uma prestação específica e como *obligatio in re* estar sempre entranhada no direito real²³.

A obrigação *propter rem* funda-se em três institutos: a responsabilidade objetiva, o princípio do poluidor-pagador e a função socioambiental da propriedade. A responsabilidade objetiva, como visto, impõe àquele que lesionar o meio ambiente o dever de indenizar, independentemente do elemento subjetivo. O princípio do poluidor-pagador (*polluter pays principle*), de caráter econômico, em perfeita sintonia com o artigo 225, § 3º, da carta constitucional, caracteriza-se em razão da responsabilidade civil objetiva e assenta-se na vocação redistributiva do direito ambiental, inspirando-se na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo

produtivo precisam ser internalizados. Busca-se, dessa forma, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. Tal mandamento não visa, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano.

Já a função socioambiental da propriedade, por seu turno, veda ao proprietário o direito de utilizar sua propriedade como lhe convenha, uma vez que este caráter, até então absoluto, encontra óbice na nova ordem constitucional. A admissão deste princípio tem como consequência básica a exigência de que o direito fundamental à propriedade seja efetivamente exercido para beneficiar a coletividade e o meio ambiente (aspecto positivo), não bastando apenas que não seja exercido em prejuízo de terceiros ou da qualidade ambiental (aspecto negativo).

Assim, a obrigação *propter rem*, no campo do direito ambiental, se traduz em mecanismo que robustece a função social da propriedade, além de fortalecer a tutela do meio ambiente, visto que institui um vínculo de solidariedade entre o titular da propriedade e o autor do dano ambiental, na medida em que tal obrigação resulta do próprio estado da coisa.

Portanto, a obrigação *propter rem* não decorre de vontade do devedor, uma vez que este fica obrigado a determinada prestação em razão de ser titular de um direito sobre uma coisa e não por conta de sua manifestação (expressa ou tácita). A obrigação não cinge o devedor pessoalmente, mas apenas em virtude de sua condição de titular do domínio e enquanto está se mantiver. Observa-se que nestes casos a obrigação acompanha a coisa, isto é, se transfere com o domínio sobre o bem real independentemente de qualquer convenção entre as partes, ou seja, a obrigação *prop-*

Os três institutos da obrigação: a responsabilidade objetiva, o princípio do poluidor-pagador e a função socioambiental da propriedade

ter rem possui natureza de direito real e não de direito pessoal.

Além disso, revela-se equivocada a assertiva de que a degradação perpetrada anteriormente desobriga o causador do dano ambiental. O detentor do domínio da coisa possui responsabilidade pelos danos ambientais advindos de sua propriedade, a qual se transfere juntamente com o ato de transmissão da coisa. Em outras palavras, a transferência operada por meio de negócio jurídico não possui o condão de desonerar o poluidor, que é o autor direto da degradação. Haverá, neste caso, responsabilidade solidária entre o atual proprietário e o poluidor que deu causa ao dano ambiental²⁴.

Há que se registrar ainda que o interesse estatal na preservação do meio ambiente se sobrepõe à preservação do patrimônio particular do proprietário do imóvel, haja vista o peso maior do interesse público em relação à vontade do particular (terceiros). Desse modo, o direito de propriedade encontra restrições na própria função social da propriedade, também prevista na carta constitucional.

Neste passo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde o ano de 2002, no julgamento do Recurso Especial 343.741/PR²⁵, é pacífica no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem* e *ex lege*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos antigos proprietários. Isso porque, segundo o STJ, a obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pela prática do dano ambiental²⁶.

Da mesma forma, o STJ decidiu que a obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente, por se tratar de direito difuso, fundamental e indisponível, está protegida sob o manto da imprescritibilidade, não se olvidando que a prescrição regula as relações de direito privado²⁷.

Consolidou-se, portanto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o adquirente é responsável pelo ônus ambiental incidente sobre o imóvel adquirido. Ademais, se assim não fosse, a degradação ambiental seria de difícil – ou quase impossível – reparação, haja vista que o poluidor, ante o cometimento da infração ambiental, poderia simplesmente se desfazer do bem lesado para que o dano, uma vez configurado, ficasse sem qualquer encargo reparatório. Em face disso, tem-se que o dever de reparar o dano ambiental é *propter rem*, ou seja, acompanha a coisa, independentemente de quem seja o atual proprietário ou detentor da posse.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *lex fundamentalis* de 1988 estatui no seu artigo 225 um interesse difuso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um direito indisponível e fundamental, basilar para a própria convivência em sociedade, sendo dever do poder público e de toda a coletividade a sua defesa e preservação e, igualmente, a obrigação de reparar os danos a ele ocasionados.

Como direito fundamental de terceira geração, o meio ambiente irá se sobrepor ao direito privado de propriedade, bem como à autonomia privada e à livre iniciativa, daí não haver se falar em afronta do primeiro em relação aos demais, isso porque o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado não se encontra isolado no corpo constitucional; pelo contrário, está sintonizado e entrelaçado com outros institutos também consagrados na Constituição Federal.

Assim, a evolução do direito ambiental e a conscientização da necessidade de proteção ao meio ambiente conduziram ao entendimento jurisprudencial e do próprio legislador no sentido de responsabilizar a pessoa detentora da titularidade do direito real de bem imóvel degradado, estabelecendo-se a obrigação *propter rem*, que acompanha a coisa, constituindo-se nitidamente em uma medida pró-ambiente.

O interesse estatal na preservação do meio ambiente se sobrepõe à preservação do patrimônio particular do proprietário do imóvel

Pelo exposto é de se concluir que a natureza *propter rem* da obrigação de reparação do dano ambiental é assaz relevante, na medida em que confere substância e densidade ao

direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, postulado basilar para se garantir a qualidade de vida não só para a geração atual, mas, sobretudo, para as futuras gerações. ■

NOTAS

1. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 46.

2. BARROSO, Luís Roberto. Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59.

3. FREITAS, Gilberto Passos de. A tutela penal do meio ambiente. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. BENJAMIN, Antonio Herman (coordenador). 1a. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199, p. 308.

4. SILVA, Anderson Furlam Freire da. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 56-57.

5. Art. 927, CC - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

6. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

7. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, Studia Juridica 23, 1997, pp. 68-69.

8. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

9. NETTO, Dilermano Antunes. *Teoria e prática: direito ambiental*. Leme/SP: Anhanguera Editora, 2009, p. 102.

10. BRASÍLIA. STJ. REsp n. 229.302/PR. Rel. Min. Garcia Vieira. Primeira Turma, julgado em 18.11.2009, publicado em 07.02.2000; REsp n. 578.797/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 05.08.2004, publicado em 20.09.2004.

11. BRASÍLIA. STJ. REsp n. 1056540/MG. Rel. Min.ª Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em 06.05.2010, publicado em 17.05.2010.

12. Neste sentido, cfr. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 332.

13. Neste sentido, cfr. SILVA, Américo Luis Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. Vol. 01. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 686.

14. BRASÍLIA. STJ. REsp n. 1374284/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 27.08.2014, publicado em 05.09.2014; REsp n. 1346430/PR. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 05.02.2013, publicado em 14.02.2013. REsp n. 1114398/

PR. Rel. Min. Sidnei Beneti. Segunda Seção, julgado em 08.02.2012, publicado em 16.02.2012.

15. Nesse sentido, cfr. MAIA, Paulo Carneiro. Obrigação *propter rem*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 359.

16. MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ônus reais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 100.

17. BALBI, Giovanni. *Le obbligazioni propter rem*. Torino: G. Giappocheili, 1959, p. 117.

18. Nesse sentido, cfr. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 25.

19. Nesse sentido, cfr. VALERA, Edgardo. Obrigações *propter rem*. *Revista Del Colegio de Abogados de La Plata*. n. 61, pp. 127-147, La Plata, 2000, p. 134.

20. Nesse sentido, cfr. DANTAS, Francisco Clementino de São Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 244.

21. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2007, p. 69.

22. ASCENÇÃO, José de Oliveira. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Livraria Moraes, 1962, p. 139.

23. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49.

24. SALLES, Carlos Alberto de. A obrigação *propter rem* do proprietário pela recuperação do solo degradado. In: CRIADO, Francisco de Asís Palacios; MELO, Marcelo Augusto Santana; JACOMINO, Sérgio. *Registro de imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 265-266.

25. BRASÍLIA. STJ. REsp n. 343.741/PR. Rel. Min. Franciulli Netto. Segunda Turma, julgado em 04.06.2002, publicado em 07.10.2002.

26. Nesse sentido, cfr.: BRASÍLIA. STJ. REsp n. 1276114/MG. Rel. Min. Og Fernandes. Segunda Turma, julgado em 04.10.2016, publicado em 11.10.2016; REsp n. 1622512/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 22.09.2016, publicado em 11.10.2016; REsp n. 1454281/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 16.08.2016, publicado em 09.09.2016; REsp n. 1381191/SP. Rel. Min.ª Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF da 3ª Região). Segunda Turma, julgado em 16.06.2016, publicado em 30.06.2016; REsp n. 1307026/BA. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 16.06.2015, publicado em 17.11.2015; AgRg no REsp n. 1254935/SC. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma, julgado em 20.03.2014, publicado em 28.03.2014; AgRg no REsp n.

1367968/SP. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma, julgado em 17.12.2013, publicado em 12.03.2014; AgRg no AREsp n. 327.687/SP. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma, julgado em 15.08.2013, publicado em 26.08.2013; REsp n. 1357263/PR. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 16.05.2013, publicado em 17.11.2016; REsp n. 1245149/MS. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 09.10.2012, publicado em 13.06.2013; REsp n. 1221867/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 15.05.2012, publicado em 24.10.2016; REsp n. 1251697/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 12.04.2012, publicado em 17.04.2012; EDcl nos EDcl no Ag n. 1323337/SP. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 22.11.2011, publicado em 01.12.2011; REsp n. 1247140/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 22.11.2011, publicado em 01.12.2011; AgRg no REsp n. 1137478/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma, julgado em 18.10.2011, publicado em 21.10.2011; REsp n. 1248214/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 18.08.2011, publicado em 13.04.2012; REsp n. 1240122/PR. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 28.06.2011, publicado em 11.09.2012; REsp n. 1237071/PR. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma, julgado em 03.05.2011, publicado em 11.05.2011; REsp n. 1227139/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 14.04.2011, publicado em 13.04.2012; REsp n. 1027051/SC. Rel. Min. Humberto Martins, Rel. p/ acórdão min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 07.04.2011, publicado em 17.05.2011; AgRg no REsp n. 1206484/SP. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma, julgado em 17.03.2011, publicado em 29.03.2011; REsp n. 1165284/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 01.03.2011, publicado em 12.04.2012; REsp n. 1164587/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 15.02.2011, publicado em 13.04.2012; AgRg nos EDcl no REsp n. 1203101/SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 08.02.2011, publicado em 18.02.2011; REsp n. 1186130/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 02.12.2010, publicado em 28.02.2012; AgRg no Ag n. 1325450/DF. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma, julgado em 16.09.2010, publicado em 27.09.2010; REsp n. 1107219/SP. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 02.09.2010, publicado em 23.09.2010; EDcl no Ag n. 1224056/SP.

Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, publicado em 06.08.2010; REsp n. 1090968/SP. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 15.06.2010, publicado em 03.08.2010; EREsp n. 218.781/PR. Rel. Min. Herman Benjamin. Primeira Seção, julgado em 09.12.2009, publicado em 23.02.2012; REsp n. 1109778/SC. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 10.11.2009, publicado em 04.05.2011; REsp n. 625.024/RO.

Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 03.09.2009, publicado em 04.05.2011; REsp n. 1058222/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 03.09.2009, publicado em 04.05.2011; REsp n. 948.921/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 23.10.2007, publicado em 11.11.2009; REsp n. 650.728/SC. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 23.10.2007, publicado em 02.12.2009; REsp n. 453.875/PR. Rel. Min.

Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 18.10.2007, publicado em 11.11.2009; REsp n. 745.363/PR. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 20.09.2007, publicado em 18.10.2007; REsp 217.858/PR. Rel. Min. Franciulli Netto. Segunda Turma, julgado em 04.11.2003, publicado em 19.12.2003.

27. BRASÍLIA. STJ. REsp n. 1120117/AC. Rel. Min.ª Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em 10.11.2009, publicado em 19.11.2009.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, Studia Jurídica 23, 1997.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Livraria Moraes, 1962.

BALBI, Giovanni. *Le obbligazioni propter rem*. Torino: G. Giappocheili, 1959.

BARROSO, Luís Roberto. Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Gilberto Passos de. A tutela penal do meio ambiente. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. BENJAMIN, Antonio Herman (coordenador). 1a. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FREITAS, Wladimir Passos. Matas ciliares. In FREITAS, Wladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Carla Amado. *Introdução ao direito do meio ambiente*. Lisboa: AAFDL, 2012.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAIA, Paulo Carneiro. Obrigação propter rem. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ônus reais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. ➔



Com a receita garantida a
convivência no condomínio é muito mais agradável.
Você nota a diferença!

www.dupliquegeneroso.com.br
41 3079 4939 • 41 3232 5746

DUPLIQUE
GENEROSO

- NETTO, Dilermano Antunes. *Teoria e prática: direito ambiental*. Leme/SP: Anhanguera Editora, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SALLES, Carlos Alberto de. A obrigação *propter rem* do proprietário pela recuperação do solo degradado. In: CRIADO, Francisco de Asís Palacios; MELO, Marcelo Augusto Santana; JACOMINO, Sérgio. *Registro de imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Américo Luis Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, Anderson Furlan Freire da. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VALERA, Edgardo. Obligaciones *propter rem*. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. n. 61, pp. 127-147, La Plata, 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2007.
- RODRIGUES, Rodrigo Bordallo. *Responsabilidade ambiental de natureza "Propter Rem"*. Disponível em: <<http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/318/responsabilidade-ambiental-de-natureza-propter-rem>>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- SILVA, Hugo de Souza. JARDIM, Dayunne Moara de Oliveira. *Das obrigações "propter rem" em face do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4798/das-obrigacoes-propter-rem-em-face-do-novo-codigo-civil-brasileiro/2#ixzz2vfAsxszs>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: Natureza *propter rem* da obrigação de reparação por danos ambientais. **Title:** The *propter rem* characteristic of the obligation to repair environmental damage. **Autor:** Wanderlei José dos Reis. Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro Vitalício da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Juiz de Direito e Eleitoral em Mato Grosso e Ex-delegado de Polícia. **Resumo:** No direito brasileiro, o direito fundamental ao meio ambiente possui natureza jurídica dupla pelo fato de ser um direito subjetivo público da personalidade – é possível a qualquer indivíduo pleitear o direito de defesa contra atos lesivos ao meio ambiente – e também por ser elemento fundamental de ordem objetiva, haja vista a disposição constitucional do artigo 225, caput, que obriga os poderes constituídos a realizar a proteção e a promoção do meio ambiente. A obrigação *propter rem*, no campo do direito ambiental, se traduz em mecanismo que robustece a função social da propriedade, além de fortalecer a tutela do meio ambiente, visto que institui um vínculo de solidariedade entre o titular da propriedade e o autor do dano ambiental, na medida em que tal obrigação resulta do próprio estado da coisa. **Palavras-chave:** MEIO AMBIENTE; DIREITO FUNDAMENTAL; DANO AMBIENTAL; POLUIDOR-PAGADOR; PRECAUÇÃO; PREVENÇÃO; RESPONSABILIDADE CIVIL; OBRIGAÇÃO PROPTER REM. **Abstract:** In Brazilian law, the fundamental right to the environment has a dual legal nature in that it is a public subjective right of personality - it is possible for any individual to claim the right of defense against acts harmful to the environment - and also because it is a fundamental element of order. objective, given the constitutional provision of article 225, caput, which obliges the constituted powers to carry out the protection and promotion of the environment. The obligation to propose, in the field of environmental law, translates into a mechanism that strengthens the social function of property, in addition to strengthening the protection of the environment, since it establishes a bond of solidarity between the property owner and the perpetrator of environmental damage. insofar as such an obligation arises from the very state of affairs. **Keywords:** ENVIRONMENT; FUNDAMENTAL RIGHT; ENVIRONMENTAL DAMAGE; POLLUTER-PAYS; PRECAUTION; PREVENTION; CIVIL RESPONSIBILITY; PROPTER REM OBLIGATION. **Data de recebimento:** 19.06.2019. **Data de aprovação:** 09.10.2019. **Fonte:** *Revista Bonijuris*, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 48-58, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).

*Facilitando a gestão
financeira de condomínios
na Grande Florianópolis,
desde 1991.*

28
ANOS

*Receita integral antecipada.
Cobrança garantida para condomínios.*

Matriz . 48 3222 5611 . 48 99632 5900

Felipe Schmidt . 249 . SL 1211 . Centro Comercial ARS . Florianópolis . SC

Agência Blumenau . 47 3209 2684 . 47 98854 9175

XV de Novembro . 550 . SL 702 . Edifício Catarinense . Blumenau . SC



ADELANTE
COBRANÇA DE CONDOMÍNIOS

www.adelantecobrancas.com.br

SENTENÇA E EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO NOVO CPC

A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PERMITE AO CREDOR UTILIZAR-SE DA COAÇÃO. A PRISÃO CIVIL, NO QUE SE REFERE AO TEMA, CONSTITUI REGIME DE EXCEÇÃO NO BRASIL

Os alimentos representam matéria de grande relevância na sociedade. Isso se dá porque os alimentos estão diretamente relacionados com o direito à vida das pessoas, com o direito à dignidade da pessoa humana¹ e, também, com o direito à solidariedade familiar. Nessa ordem de ideias, a tutela do direito aos alimentos consiste, em última análise, na tutela do direito à própria vida e à dignidade, ambos com assento no texto constitucional.

Pretende-se analisar alguns aspectos decorrentes da disciplina estabelecida no novo Código de Processo Civil para a execução dos alimentos, que, por sinal, consolidou a dicotomia “execução tradicional” e “execução imediata” para a exigibilidade das mais diversas obrigações (dar, fazer, não fazer e pagar quantia), inclusive a de pagar alimentos. Essa dualidade de técnicas importa distinções relevantes no nosso sistema processual, notadamente porque a expropriação, ou mesmo o emprego de alguma técnica coativa, será feita em processo autônomo de execução ou em processo híbrido, no módulo de cumprimento de sentença.

Ademais, em se tratando de obrigação alimentar, a proeminência da matéria desponta porque se permite ao credor utilizar-se do meio de execução do tipo coação, com a obtenção de tutela jurisdicional hábil a ensejar o cerceamento do direito de liberdade do devedor dos alimentos. Não se pode olvidar que a prisão civil do devedor, no Brasil, constitui regime de exceção, sendo inclusive limitada a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal aos casos de dívida de alimentos. Considerou-se, de fato, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, a prisão do depositário infiel como sendo incompatível com os princípios preconizados nos tratados de direitos humanos subscritos pela República Federativa do Brasil, em particular o Pacto de São José da Costa Rica².

1. DIREITO AOS ALIMENTOS

Os alimentos correspondem a uma prestação devida pelo alimentante ao alimentando, sendo indispensável para a subsistência do credor, servindo ainda para preservação da sua condição social e moral.

A expressão “alimentos” apresenta uma acepção vulgar e outra técnica. No sentido

O termo 'alimentos', além de designar a obrigação de sustento de uma pessoa, também indica o próprio conteúdo da obrigação a ser prestada. Assim, pode ser utilizado no sentido de obrigação alimentar

popular, os alimentos representam o que é necessário para a manutenção da vida de uma pessoa. Na acepção técnica, como destaca Cahali³, basta acrescentar à citada noção a ideia de obrigação que é imposta em função de uma causa jurídica prevista em lei. O termo “alimentos”, além de designar a obrigação de sustento de uma pessoa, também indica o próprio conteúdo da obrigação a ser prestada. Assim, o termo “alimentos” pode ser utilizado no sentido de obrigação alimentar, assim como no sentido do seu respectivo conteúdo.

O valor da prestação dos alimentos deverá ser fixado com base nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante, cabendo ao julgador, para equacionar tais critérios, levar em consideração o critério de proporcionalidade e de razoabilidade. A propósito, o artigo 1.694, § 1º, do Código Civil prevê que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça delineou que “a obrigação alimentar é regida pelo binômio necessidade-possibilidade, não se impondo maior valia a nenhuma dessas duas variáveis, mas não se deve desconsiderar que a variável da necessidade é elástica e quase ilimitada, enquanto a da possibilidade é rígida e limitada às posses e disponibilidade do alimentante para o trabalho e, portanto, para a ampliação de seus ganhos”⁴.

O estudo exauriente daqueles que são obrigados a pagar alimentos é tarefa para o direito de família. Em rápida síntese, contudo, pode-se dizer que são obrigados ao pagamento de alimentos os parentes, os cônjuges e os companheiros (art. 1.694 do CC), não havendo distinção se o casamento ou a união estável foi estabelecido entre pessoas de mesmo sexo ou não⁵. Entre os parentes obrigados ao paga-

mento de alimentos estão os ascendentes, os descendentes e os colaterais de segundo grau, o que incluiu apenas os irmãos. O Código Civil inovou ao prever, no artigo 1.700, que a obrigação de pagar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.

2. MODOS DE EXECUÇÃO DAS PRESTAÇÕES DE ALIMENTOS

Os alimentos vencidos, ou seja, aqueles que não foram adimplidos a despeito da sua prévia fixação em título judicial ou extrajudicial, poderão ser executados de dois modos: sob pena de penhora ou sob pena de prisão. Insta salientar que a execução sob pena de prisão tem aplicação apenas em relação aos alimentos decorrentes do direito de família e não em relação aos alimentos indenizatórios⁶.

Em relação à execução (título extrajudicial) ou ao cumprimento de sentença (título judicial), que prevê obrigação alimentar sob pena de penhora, não há limitação à cobrança das prestações pretéritas, salvo, evidentemente, em relação àquelas que já estiverem prescritas. Em conformidade com o artigo 206, § 2º, do Código Civil, o prazo de prescrição dos alimentos é de dois anos⁷.

Caso o credor pretenda executar alimentos sob pena de prisão, deverá ser levado em consideração o teor do disposto no artigo 528, § 7º, do CPC, que estabelece que “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. Por sinal, também nesse sentido é o enunciado da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça. Há, assim, limitação das prestações que poderão ser executadas sob pena de prisão⁸.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que “o não pagamento integral das parcelas alimentares devidas autoriza a prisão civil do devedor de alimentos”, restando

esclarecido ainda que “o decreto de prisão proveniente da execução de alimentos na qual se visa o recebimento integral de até as três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e das que vencerem no seu curso não é ilegal”⁹.

De outro vértice, os alimentos vincendos comportam execução por meio de desconto em folha de pagamento, havendo previsão no artigo 529 do CPC no sentido de que “quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia”. Em tal caso, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício. Essa mesma possibilidade de desconto em folha de pagamento encontra-se prevista para os alimentos contemplados em título extrajudicial, conforme dispõe o artigo 912 do CPC.

3. COMPETÊNCIA

A competência para o cumprimento de sentença que prescreve obrigação alimentar é, como regra, funcional. Cabe, pois, ao juízo prolator da decisão que fixou alimentos processar o módulo executivo, em conformidade com o que dispõe o artigo 516, inciso II, do Código de Processo Civil. Afigura-se também possível executar aquela decisão, conforme regula o parágrafo único do artigo 516 do CPC, no juízo do atual domicílio do executado ou mesmo no local onde se encontrem os bens sujeitos à execução. O artigo 528, § 9º, do CPC, ainda possibilita a instauração do módulo executivo perante o domicílio do exequente.

Uma dúvida recorrente que surge quando é empregada a regra de competência funcional para a execução dos alimentos (art. 516, inc. II, do CPC) diz respeito à base processual para instauração do módulo executivo. Nessa ordem de ideias, o que se questiona é se o cumprimento de sentença deverá ser instau-

rado nos mesmos autos da ação que deu origem ao título executivo judicial ou se em autos apartados¹⁰. No particular, o novo Código de Processo Civil bem esclareceu a questão no artigo 531, §§ 1º e 2º, que “a execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados” e que “o cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença”.

4. RITOS PARA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS

A execução dos alimentos é, na verdade, execução de pagar quantia “que em razão da especial natureza do direito tutelado é tratada como execução especial”, havendo previsão de atos materiais próprios para satisfação do crédito alimentar¹¹.

O Código de Processo Civil prevê dois sistemas para a execução dos alimentos. O primeiro é destinado à execução dos alimentos que foram fixados em título judicial (v.g.: acórdão, decisão monocrática, sentença ou decisão interlocutória), sendo realizado em módulo executivo de processo sincrético ou híbrido, na forma dos artigos 528 a 533 do CPC. O segundo é destinado à execução dos alimentos mencionados em título extrajudicial (v.g.: escritura pública de divórcio), caso em que a execução é tradicional e não imediata, sendo realizada, portanto, em processo autônomo, em conformidade com o disposto nos artigos 911-913 do CPC.

Saliente-se, contudo, que existe uma relação de subsidiariedade entre os dois sistemas de execução, ou seja, entre o realizado em processo autônomo e aquele que é efetivado em módulo executivo de processo sincrético. Isso se dá em razão das previsões contidas nos artigos 771 e 513 do Código de Processo Civil, os quais respectivamente estabelecem que “este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas

O STJ já assentou que o não pagamento integral das parcelas alimentares devidas autoriza a prisão civil do devedor de alimentos

disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva” e que “o cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código”.

Tanto o cumprimento de sentença de obrigação alimentar como a execução autônoma dos alimentos previstos em título extrajudicial poderão ser realizados sob pena de penhora ou sob pena de prisão. A propósito, assentou o Superior Tribunal de Justiça que “a eleição do rito de execução por dívida alimentar é de livre escolha do credor, tanto na hipótese de versar sobre título judicial, como extrajudicial (arts. 528, §§ 3º e 8º, e 911 do CPC/2015)”¹². No mesmo sentido, a doutrina sustenta que o credor tem a opção de realizar a cobrança dos alimentos sob pena de penhora ou sob pena de prisão¹³.

5. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS SOB PENA DE PENHORA

O cumprimento de sentença que estabelece obrigação de pagar alimentos sob pena de penhora, em razão do disposto no artigo 528, § 8º, do Código de Processo Civil, segue o procedimento delineado no artigo 523 daquele diploma. Em tal caso, o procedimento será inaugurado por meio de simples petição (e não por meio de ação de execução), sendo o devedor de alimentos intimado¹⁴ para pagar o débito no prazo de 15 dias.

No caso, não há instauração de processo autônomo de execução, mas apenas de mero módulo executivo do processo híbrido. A intimação do executado para cumprir a sentença será realizada: 1) pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos

autos; 2) por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos; e 3) por edital, quando, citado por tal modo e tiver sido revel na fase de conhecimento. Reputa-se realizada a intimação quando o devedor houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo; e se o requerimento de cumprimento de sentença for formulado após um ano do trânsito em julgado dela, a intimação será feita na pessoa do devedor, por meio de carta com aviso de recebimento encaminhada ao endereço constante dos autos.

Caso não ocorra o pagamento voluntário da dívida no prazo de 15 dias, o débito será acrescido de multa de 10% e, também, de honorários de advogado no mesmo percentual, expedindo, desde logo, mandado de penhora e avaliação, com a prática, em seguida, dos atos de expropriação. Nada impede que seja determinada a realização de penhora *online* (arts. 837 e 854 do CPC), utilizando o magistrado os sistemas de penhora eletrônica, como o Bacenjud e o Renajud.

A defesa do executado será veiculada por meio de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 524 do CPC), e o prazo para apresentação dela é de 15 dias, contados após o transcurso do prazo também de 15 dias para pagamento da dívida. A impugnação ao cumprimento de sentença não possibilita cognição plena, mas apenas parcial. Isso significa que as matérias de defesa que poderão ser alegadas pelo executado são limitadas, havendo restrições à cognição no plano horizontal.

O artigo 525, § 1º, do CPC prevê que, na impugnação, o executado poderá alegar: I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – penhora incorreta ou avaliação errônea; V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII – qualquer

Não há instauração de processo autônomo de execução, mas apenas de mero módulo executivo do processo híbrido

O prazo para pagamento deve ser contado em dias úteis, na forma do artigo 219 do CPC. Saliente-se a necessidade de intimação pessoal do executado para realizar o pagamento da dívida alimentar

causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

Recaindo a penhora em dinheiro, a eventual concessão de efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do previsto no artigo 526, § 6º, do CPC¹⁵, não observará que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

6. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS SOB PENA DE PRISÃO

Afigura-se possível ao credor de alimentos, sejam provisórios (fixados em decisão interlocutória) ou definitivos (fixados em sentença ou acórdão), requerer o cumprimento da decisão judicial com emprego de meio executivo de coação consistente na prisão. Por sinal, tal possibilidade de utilização da prisão civil para compelir o executado ao pagamento de alimentos encontra amparo na própria Constituição Federal, que prevê no artigo 5º, inciso LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Não se tem aqui execução tradicional, mas sim execução imediata, que é realizada em módulo executivo de processo híbrido. O artigo 528, *caput*, do CPC, prevê que “no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo”.

O prazo para pagamento deve ser contado em dias úteis, na forma do artigo 219 do CPC. Saliente-se a necessidade de intimação pes-

soal do executado para realizar o pagamento da dívida alimentar, não se afigurando correta a intimação dele, devedor, na forma do artigo 513, § 2º, do CPC. A possibilidade de decretação da prisão civil do devedor de alimentos demanda prévia intimação pessoal para pagamento da dívida.

A partir da intimação do executado, basicamente três situações poderão ocorrer: a) o devedor pode realizar o pagamento da dívida ou mesmo pode comprovar que já o tinha realizado; b) o executado pode deixar fluir o prazo de pagamento *in albis*, mantendo-se inerte; e c) o devedor pode apresentar justificativa.

Na primeira hipótese, quando o executado realiza o pagamento da dívida no prazo legal ou comprova que já o havia feito, o juiz proferirá sentença e extinguirá o módulo executivo, na forma dos artigos 771, 924, inciso II, e 925 do CPC. Em respeito ao princípio do contraditório substancial, realizado o pagamento ou comprovado que ele já havia sido feito, deve o juiz, antes de proferir sentença de extinção do módulo de execução, determinar a intimação do exequente para se manifestar nos autos. Tal postura demonstra prestígio ao disposto nos artigos 9º e 10 do CPC¹⁶. Pagamento parcial da prestação de alimentos não equivale a adimplemento¹⁷.

Na segunda hipótese, o executado não paga a dívida, não comprova que pagou e nem apresenta justificativa. Diante de tal cenário, o juiz mandará protestar o título executivo em cartório. O artigo 517 do CPC autoriza o protesto das decisões judiciais com trânsito em julgado, prevendo essa possibilidade “depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523”. Em tal caso, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão (art. 517, § 1º). Mas, no caso do protesto da decisão que fixou alimentos, não se exige o trânsito em julgado dela (v.g. decisão interlocutória que fixou alimentos provisórios) e tal

O STJ já esclareceu que o estabelecimento de prazo mínimo e máximo para a prisão civil do devedor de alimentos visa conferir a necessária efetividade da tutela jurisdicional

providência será determinada diretamente pelo juiz, não se afigurando necessário o credor apresentar certidão da decisão ao cartório de protestos de títulos.

O protesto do título executivo judicial não se confunde com a inscrição do nome do executado em órgãos restritivos de crédito. A propósito, o artigo 782, § 3º, do CPC prevê que, “a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes”, providência que também pode ser adotada no cumprimento de sentença que estabelece obrigação alimentar, desde que não seja do tipo provisório, uma vez que o § 4º daquele dispositivo limita a aplicação à execução definitiva de título judicial.

Além de mandar protestar o título, o juiz também determinará a prisão do executado pelo prazo de um a três meses, conforme o artigo 528, § 3º, do CPC. A decretação da prisão não deve ser iniciada *ex officio*, devendo o julgador aguardar o requerimento da parte¹⁸. Insta salientar que a Lei de Alimentos (Lei 5.478, de 25 de julho de 1968) ressalva no artigo 19 que o prazo máximo da prisão será de 60 dias¹⁹. Sobre isso, Sérgio Pereira²⁰ considera que o prazo da prisão do devedor de alimentos deve ser o fixado na Lei de Alimentos, isto é, não pode exceder os 60 dias, devendo ser prestigiado o princípio do menor sacrifício possível do devedor.

De outro lado, Nelson Nery²¹ e Humberto Theodoro Júnior²² defendem tese no sentido de que o prazo da prisão do devedor de alimentos será de até 60 dias, se se tratar de alimentos definitivos ou provisórios, ou de até três meses, se se tratar de alimentos provisionais. Essa orientação diferencia os alimentos fixados por meio de tutela provisória de urgência cautelar (alimentos provisionais) dos alimentos apurados em sede de ação de conhecimento (alimentos provisórios, se con-

cedidos liminarmente, ou definitivos, se definidos na sentença).

Há, ainda, o entendimento de Barbosa Moreira²³ no sentido de que o prazo da prisão do devedor de alimentos é de até três meses, conforme previsto no CPC. Essa orientação tem por espeque o fato de que o CPC teria derogado o artigo 19 da Lei 5.478/68, que consigna o prazo da prisão de até 60 dias. Parece-me que este entendimento é o mais consentâneo com o princípio da efetividade, encontrando eco na jurisprudência.

Decretada a prisão pelo prazo de um mês, poderá, por exemplo, ser prorrogado o prazo dela para três meses? O Superior Tribunal de Justiça já esclareceu que “o estabelecimento de prazo mínimo e máximo para a prisão civil do devedor de alimentos visa, a um só tempo, conferir a necessária efetividade da tutela jurisdicional e, ainda, descaracterizar a medida coercitiva como espécie de pena aplicada ao devedor inadimplente”, restando assentado ainda que “a efetividade da medida coercitiva depende da postura do devedor de alimentos, [e] nada impede que, decretada inicialmente no prazo mínimo legal, seja posteriormente objeto de prorrogação, observando-se o prazo máximo fixado em lei, se demonstrada a recalcitrância e a desídia do devedor de alimentos”²⁴.

Vale assinalar que a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns, e que o cumprimento da pena não exige o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas. É possível cumprimento de prisão civil pelo não pagamento de alimentos em regime domiciliar? O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a pretensão de cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, em regra, não encontra abrigo na jurisprudência desta egrégia Corte Superior, pois desvirtua a finalidade de compelir o devedor a adimplir com a obrigação alimentar e viola direito fundamen-

Apresentada a justificativa, deverá o exequente ser intimado para se manifestar sobre a defesa apresentada pelo executado. Essa providência é necessária diante do contraditório substancial

tal que tem o alimentando a uma sobrevivência digna”²⁵.

Não se pode deixar de lembrar que a prisão civil do devedor de alimentos não é uma pena, mas sim um meio de execução coercitivo para compelir o executado ao cumprimento da obrigação. Nessa ordem de ideias, realizado o pagamento da prestação alimentícia, o juiz deverá imediatamente suspender o cumprimento da ordem de prisão, independentemente de prévia oitiva do exequente ou do Ministério Público.

O cumprimento da pena de prisão pelo executado não o exime do pagamento das prestações de alimentos vencidas e vincendas, conforme está expresso no artigo 528, § 5º, do CPC. Isso se dá porque a prisão do devedor não tem natureza de pena, mas apenas de meio coercitivo, como já apontado. O cumprimento da prisão não tem o condão de “compensar” o não pagamento dos alimentos²⁶.

A terceira hipótese que poderá ocorrer é aquela em que o executado apresenta justificativa para o não cumprimento da obrigação alimentar. A justificativa é uma peça de defesa por meio da qual o executado, no exíguo prazo de três dias, após ser intimado para cumprimento da obrigação, apresenta motivos de fato e de direito que o impossibilitam de adimplir a obrigação alimentar. Destaca-se a disposição contida no § 2º do artigo 528 do CPC, no sentido de que “somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento”.

Apresentada a justificativa, deverá o exequente ser intimado, por meio do seu advogado, para, querendo, se manifestar sobre a defesa apresentada pelo executado. Essa providência é necessária diante do contraditório substancial, que norteia todo o processo civil moderno (arts. 9º e 10 do CPC). Não há possibilidade de exercício de cognição plena e exauriente na justificativa apresentada no cumprimento de sentença que fixa obrigação

alimentar porque tal defesa não dá origem a um processo cognitivo incidente.

O magistrado não pode deixar de lembrar que há um título executivo judicial que dá lastro ao pedido de cumprimento de sentença, quiçá acobertado pela autoridade da coisa julgada (art. 502 do CPC), militando em favor do exequente a presunção de veracidade em relação à ausência de motivos para o não pagamento dos alimentos pelo alimentante (devedor). Nesse passo, caberá ao executado comprovar a sua completa impossibilidade de pagamento dos alimentos. A admissão de ampla dilação probatória na justificativa pode, na verdade, convolar o módulo executivo do processo híbrido em outro módulo cognitivo, o que não é correto, notadamente se considerado o princípio da efetividade da execução²⁷.

Indaga-se sobre a possibilidade de oitiva de testemunhas diante do requerimento formulado nesse sentido na justificativa. O Superior Tribunal de Justiça asseverou que “não se verifica, *a priori*, nenhuma impossibilidade de a escusa ao pagamento ser realizada por meio de oitiva de testemunhas, prova perfeitamente aceitável... No entanto, o tríduo é peremptório, porque o risco alimentar do executado é premente, devendo a justificativa ser produzida neste intervalo e, nessa linha, o mero protesto pela produção de prova testemunhal não pode ser aceito, porquanto fatalmente se estenderá além da janela temporal de justificativa permitida na legislação”²⁸.

A justificativa não é a via processual correta para discussão do eventual excesso do valor da prestação de alimentos, diante de eventual alteração do binômio possibilidades (do alimentante) e necessidades (do alimentando). Isso deverá ser feito em sede de ação revisional de alimentos, que admite ampla dilação probatória, com cognição plena e exauriente, cabendo apontar que o artigo 1.699 do Código Civil ressalva que

A execução dos alimentos mencionados em título extrajudicial é realizada em conformidade com o disposto no artigo 911. Em tal caso, há um processo de execução autônomo

“se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

Apresentada a justificação, o magistrado deverá proferir uma decisão interlocutória. Caso venha a rejeitar aquela defesa, decretará a prisão do devedor de alimentos; por outro lado, se o juiz acolher a justificativa apresentada, ele não decretará a prisão do executado, mas isso não eximirá o devedor de realizar o pagamento das prestações, devendo o credor, em tal caso, requerer o prosseguimento do cumprimento de sentença, doravante pelo procedimento destinado à penhora de bens.

7. EXECUÇÃO AUTÔNOMA DAS PRESTAÇÕES DE ALIMENTOS SOB PENA DE PENHORA E SOB PENA DE PRISÃO

A execução dos alimentos mencionados em título extrajudicial é realizada em conformidade com o disposto no artigo 911 do Código de Processo Civil²⁹. Em tal caso, há um processo de execução autônomo inaugurado por meio de ação de execução, e não processo híbrido, devendo ser determinada a citação do executado.

É indispensável registrar que também para a execução autônoma dos alimentos o Código de Processo Civil contempla dois procedimentos: um para a execução sob pena de penhora (mediante expropriação) e outro para a execução sob pena de prisão (mediante emprego de medida de coação). A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já deixou claro que “a eleição do rito de execução por dívida alimentar é de livre escolha do credor, tanto na hipótese de versar sobre título judicial, como extrajudicial (arts. 528, §§ 3º e 8º, e 911 do CPC/2015)”³⁰.

O artigo 913 do CPC trata do primeiro, ou seja, da execução dos alimentos sob pena de penhora. O referido preceptivo prevê que se observará “o disposto no art. 824 e seguintes, com a res-

salva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação”. Assim, o executado será citado para pagar a dívida no prazo de três dias, contados da citação, podendo apresentar defesa por meio de embargos à execução, no prazo de 15 dias, na forma do disposto nos artigos 914 e 915 do CPC.

Já o artigo 911 do CPC trata do rito da execução autônoma dos alimentos sob pena de prisão. O indigitado artigo prevê que “na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo”, com aplicação subsidiária das disposições contidas nos §§ 2º a 7º do artigo 528 do CPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os alimentos constituem meio de manutenção da vida e da dignidade de certas pessoas. A sua importância justifica a utilização de medidas coercitivas para sua cobrança, em particular a decretação da prisão civil. Não há discussão em relação à constitucionalidade da prisão do devedor de alimentos.

O emprego da medida coercitiva deverá ser bem balizado pelo magistrado, uma vez que o cerceamento do direito de liberdade constitui medida de exceção e poderá até mesmo dificultar o recebimento das prestações em atraso. Nesse particular, o prazo da prisão civil não poderá ser superior ao que foi assentado no Código de Processo Civil.

Ademais, os limites impostos pela jurisprudência e no CPC, com a limitação da execução da prestação dos alimentos sob pena de prisão somente até as três últimas prestações e as que se vencerem durante a tramitação da

Não se pode perder de vista a diretriz de que a conveniência da prisão civil deve ser realizada pelo próprio credor. Nesse particular, não deve o magistrado decretar de ofício

demanda, deverão ser rigorosamente observados. Entendimento contrário implicará violação ao princípio do menor sacrifício possível do devedor.

Não se pode perder de vista, igualmente, a diretriz de que a conveniência da prisão civil deve ser realizada pelo próprio credor. Nesse

particular, não deve o magistrado decretar *ex officio* a prisão civil do devedor de alimentos nem determinar, de ofício, a conversão do rito sob pena de prisão em rito sob pena de penhora. Da mesma forma, o requerimento aviado pelo presentante do Ministério Público deverá ser visto dentro dessa perspectiva. ■

NOTAS

1. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação no processo civil, cf.: HERTEL, Daniel Roberto. O processo civil moderno e a dignidade da pessoa humana. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, n. 55, out., 2007.

2. "Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HC's nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" (RE 466343, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

3. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 16.

4. STJ, HC 472.730/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13-12-2018, DJe 19-12-2018.

5. O Supremo Tribunal Federal já assentou que "a Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a "inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico", aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequilibrar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988" (RE 646721, Relator Min.

Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017). Também o Superior Tribunal de Justiça já esclareceu que "A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual... A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença" (REsp 1302467/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03-03-2015, DJe 25-03-2015).

6. A propósito: "Somente a execução dos alimentos fundados em relações familiares admite a prisão" (DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. p. 697.).

7. O direito aos alimentos, que pode ser pleiteado em ação de alimentos, não prescreve, conforme estabelece o art. 23, da Lei n. 5.478/68. A prescrição bienal, a que faz alusão o art. 206, §2º, do Código Civil incide, na verdade, sobre as prestações alimentares fixadas judicialmente e não sobre o direito de pleitear alimentos, que é imprescritível.

8. Como esclarece a doutrina "A prisão civil é medida coercitiva grave, que se justifica diante da proteção à vida do credor. Por isso, não se justifica o emprego dessa medida coercitiva nos casos em que as prestações alimentícias vencidas passam a ter caráter preponderantemente patrimonial" (MEDIDA,

José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 834).

9. STJ, HC 403.272/RO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21-09-2017, DJe 04-10-2017.

10. Não há identidade entre ação e autos. É possível que nos mesmos autos tramitem várias ações. Isso ocorre, por exemplo, quando o réu contesta e na mesma peça de defesa apresenta reconvenção (art. 343 do CPC), caso em que tramitarão nos mesmos autos a ação e a reconvenção. De outro lado, também se afigura possível que em autos apartados seja instaurado um incidente processual, o que ocorre, por exemplo, quando o Juiz rejeita a alegação de suspeição ou impedimento, caso em que a petição específica em que se arguiu aquela causa de parcialidade do Julgador será autuada em apartado.

11. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1221.

12. REsp 1557248/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06-02-2018, DJe 15-02-2018).

13. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Gen/Atlas, 2016. p. 366.

14. Como o processo é híbrido, não se afigura correto a determinação de citação do executado na fase de cumprimento de sentença, ocorrendo mera intimação.

15. O mencionado dispositivo estabelece que "A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação".

16. Os referidos artigos estabelecem que "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" e que "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às par-

tes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

17. O Superior Tribunal de Justiça já assentou que a decretação da prisão do alimentante “revela-se cabível quando não adimplido acordo firmado entre o alimentante e o alimentado no curso da execução de alimentos, nos termos da Súmula nº 309/STJ, sendo certo que o pagamento parcial do débito não elide a prisão civil do devedor” (RHC 41.852/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05-11-2013, DJe 11-11-2013).

18. Nesse sentido: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 818

19. O referido artigo prevê que “O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”.

20. PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1983. p. 60.

21. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comen-*

tado e legislação extravagante. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 902.

22. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 418.

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 261.

24. STJ, REsp 1698719/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23-11-2017, DJe 28-11-2017.

25. STJ, RHC 98.961/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 14-08-2018, DJe 23-08-2018.

26. A propósito: “Sendo a prisão e o protesto da decisão judicial meros meios de coerção, destinados a pressionar o devedor a efetuar o pagamento, mas deste não eximindo, o fato de ter sido preso o executado não impede o prosseguimento do procedimento executivo, que se dirige à satisfação do crédito exequendo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Gen/Atlas, 2016. p. 367).

27. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “Não é possível, em regra, a discussão sobre a necessidade ou não dos alimentos

devidos no âmbito da execução, procedimento que deve ser extremamente célere e cujo escopo de sua deflagração é justamente a indispensabilidade de tais alimentos” (HC 413.344/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19-04-2018, DJe 07-06-2018).

28. STJ, REsp 1601338/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13-12-2016, DJe 24-02-2017. No mesmo sentido: HC 511.426/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25-06-2019, DJe 01-07-2019.

29. Explica a doutrina que “antes do CPC de 2015, havia quem sustentasse que o rito especial da execução de alimentos, que prevê a prisão do devedor, só seria aplicável para títulos judiciais... porque o art. 733 do CPC de 1973 faz menção à ‘sentença ou decisão’ que fixa alimentos” (ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 2026).

30. STJ, REsp 1557248/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06-02-2018, DJe 15-02-2018.

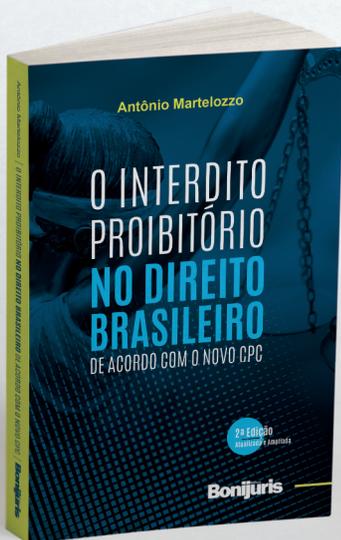
REFERÊNCIAS

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

CAHALI, Youssef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. v. 3. ➔



O INTERDITO PROIBITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO DE ACORDO COM O NOVO CPC

Antônio Martellozzo

Referência indispensável para todos que operam no direito processual civil, especialmente na defesa contra violência iminente à posse. Mais do que nunca o direito não socorre os que dormem, sendo imperioso conhecer com propriedade este remédio judicial que procura impedir a concretização de uma ameaça, evitando maiores conflitos e perdas.

 **R\$ 59,90**

 www.livrariabonijuris.com.br

 0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Bonijuris

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.
- DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Gen/Atlas, 2018.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.
- HERTEL, Daniel Roberto. O processo civil moderno e a dignidade da pessoa humana. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, n. 55, out., 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MEDIDA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1983.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2004.

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

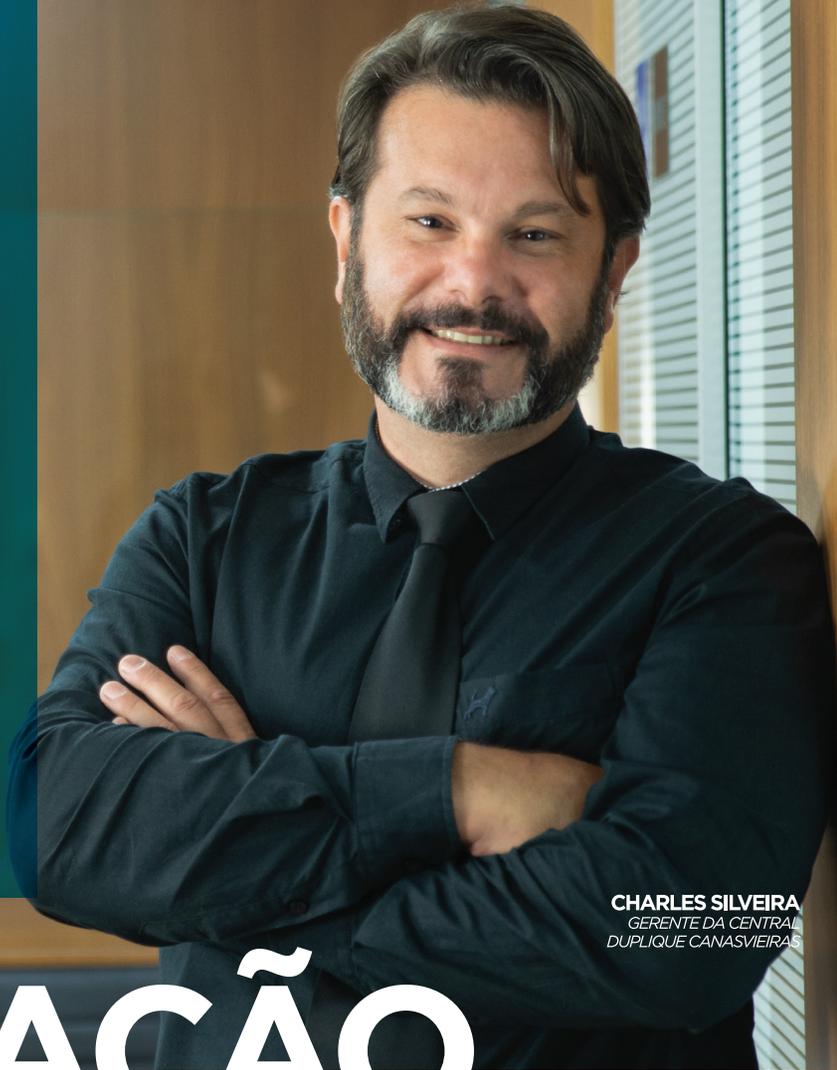
Título original: Cumprimento de sentença e execução de alimentos no novo Código de Processo Civil.

Title: *Compliance with judgment and enforcement of maintenance in the new Code of Civil Procedure.*

Autor: Daniel Roberto Hertel. Graduado em Administração e em Direito pela Universidade Vila Velha, especializado em Direito Público e em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes e Mestre em Garantias Constitucionais pelas Faculdades Integradas de Vitória – FDV. Fez curso, na condição de bolsista, de aprofundamento em Direito Processual na Universidade Pompeu Fabra, Espanha, promovido pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e pela Fundación Serra Domínguez. Professor Adjunto x de Direito Processual Civil e de Prática Jurídica Cível da Universidade Vila Velha – UVV e ex-professor de Direito Processual Civil da Fundação de Assistência e Educação (FAESA). Professor convidado de Direito Processual Civil do curso de pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST (Curitiba/PR). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Espírito Santo – ESMAGES e, atualmente, é Assessor para Assuntos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. **Resumo:** Os alimentos correspondem a uma prestação devida pelo alimentante ao alimentando, sendo indispensável para a subsistência do credor, servindo ainda para preservação da sua condição social e moral. O valor da prestação dos alimentos deverá ser fixado com base nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante, devendo o julgador, para equacionar tais critérios. Os alimentos vencidos poderão ser executados de dois modos: sob pena de penhora ou sob pena de prisão. Insta salientar que a execução sob pena de prisão tem aplicação apenas em relação aos alimentos decorrentes do direito de família e não em relação aos alimentos indenizatórios. O Código de Processo Civil prevê dois sistemas para a execução dos alimentos. O primeiro é destinado à execução dos alimentos que foram fixados em título judicial. O segundo é destinado à execução dos alimentos mencionados em título extrajudicial. **Palavras-chave:** ALIMENTOS; CUMPRIMENTO DE SENTENÇA; EXECUÇÃO; PRISÃO CIVIL; PENHORA. **Abstract:** *The food corresponds to a benefit due by the feeder to the food, being indispensable for the creditor's subsistence, also serving to preserve their social and moral condition. The value of the provision of the food should be fixed based on the needs of the food and the possibilities of the feeder, and the judge, to equate such criteria. Overdue maintenance may be executed in two ways: under penalty of attachment or under arrest. It should be stressed that enforcement under penalty of imprisonment applies only to foods derived from family law and not to indemnity foods. The Code of Civil Procedure provides for two systems for the execution of food. The first is intended for the execution of maintenance which has been fixed in court. The second is intended for the execution of the foodstuffs mentioned in extrajudicial title.* **Keywords:** MAINTENANCE; ENFORCEMENT OF JUDGMENT; EXECUTION; CIVIL ARREST; ATTACHMENT. **Data de recebimento:** 07.09.2019. **Data de aprovação:** 09.10.2019. **Fonte:** *Revista Bonijuris*, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez/19/jan20, págs 60-70, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).

25 ANOS

DUPLIQUE
QUALIDADE DE VIDA E FELICIDADE PARA TODA FAMÍLIA



CHARLES SILVEIRA
GERENTE DA CENTRAL
DUPLIQUE CANASVIEIRAS

INOVAÇÃO

"A DUPLIQUE SEMPRE ESTEVE NA VANGUARDA DO SEU SEGMENTO. DESDE O INÍCIO, DEMONSTROU TER EM SEU DNA A OBSESSÃO PELA INOVAÇÃO, SEJA PELA BUSCA CONSTANTE NA MELHORIA DOS MÉTODOS DE TRABALHO OU PELA IMPLEMENTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS, MANTENDO UM ELEVADO PADRÃO DE QUALIDADE, VISANDO A SATISFAÇÃO TOTAL DO CLIENTE, FOMENTANDO AS RELAÇÕES HUMANIZADAS E RESPEITANDO OS PRINCÍPIOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS."

• **CENTRAL FLORIANÓPOLIS**

(48) 3222-3500

• **CENTRAL CANASVIEIRAS**

(48) 3266-6624

• **CENTRAL ESTREITO**

(48) 3024-6666

• **CENTRAL SÃO JOSÉ**

(48) 3094-8500

• **CENTRAL PALHOÇA**

(48) 3083-9150

• **CENTRAL CRICIÚMA**

(48) 3045-1505

• **CENTRAL BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

(47) 3361-5099

• **CENTRAL JOINVILLE**

(47) 3031-0600



DUPLIQUE
SANTA CATARINA
GARANTIA DE RECEITA PARA CONDOMÍNIOS

Leyla Viga Yurtsever ADVOGADA

REFLEXOS JURÍDICOS DA LAVAGEM DE DINHEIRO

EM 2017, O BRASIL FIGURAVA NO 96º LUGAR NO ÍNDICE QUE MEDE A PERCEPÇÃO DE CORRUPÇÃO EM 180 PAÍSES. A DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO SEGUE INCÓLUME

O combate à lavagem de dinheiro se tornou um desafio na atualidade. A complexidade das relações sociais com mudanças rápidas e constantes exige que a legislação de combate às ações criminosas também acompanhe essa realidade.

A Lei 9.613/98, atualizada pela Lei 12.683/12, tem esse caráter de acompanhar as mudanças ocorridas na prática dos crimes de lavagem de dinheiro. Os ilícitos penais que favoreciam a lavagem de dinheiro de outrora não se assemelham aos atuais. Nem mesmo em seu aspecto de localidade. Atualmente, inexistem fronteiras na lavagem de dinheiro, bem como nos crimes que a antecedem.

O Brasil, a exemplo de outros países, tem buscado aperfeiçoar sua legislação de combate à lavagem de dinheiro, tendo como um de seus parâmetros a Convenção de Viena de 1988.

Em uma abordagem mais ampla, a lavagem de dinheiro deve ser combatida não apenas por seu aspecto lesivo aos bens jurídicos, mas também por seus danos sociais.

1. CRIMES ANTECEDENTES À LAVAGEM DE DINHEIRO

Lavagem de dinheiro é resultado, é um delito derivado de outros praticados anteriormente. Assim, o que se pune não se restringe apenas aos resultados, mas abrange infrações penais que materializam ou propiciam a lavagem de dinheiro. Há uma relação indissociável entre um ilícito penal cometido anteriormente e seus resultados.

O rol de delitos que possibilitam auferir recursos que precisam ser acobertados não é pequeno: organizações criminosas, tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de pessoas e órgãos, desvio de recursos públicos, crimes contra a administração pública e tantos outros integram as diversas possibilidades. Esses são apenas exemplificativos, pois com a nova Lei 12.683/12, que atualizou a Lei 9.613/98, os crimes que possibilitam a lavagem de dinheiro passaram não mais a ser definidos em uma lista fechada, mas foram definidos como infração penal. Este alargamento possibilitou reconhecer que qualquer infração penal é punível, já que a mesma é gênero do qual são espécies o crime e a contração penal. Esta ampliação na punibilidade é destacada por Aras (2012, p. 5), que afirma:

A Convenção de Viena de 1988, da qual o Brasil é signatário, tem grande influência na elaboração de diversas legislações nacionais que passaram a tipificar o crime de lavagem de dinheiro

Situações antes atípicas deixaram de sê-lo. Ainda será necessário observar o binômio infração antecedente/lavagem de ativos. Porém, não há mais uma lista fechada (*numerus clausus*) de delitos precedentes. Qualquer infração penal (e não mais apenas crimes) com potencial para gerar ativos de origem ilícita pode ser antecedente de lavagem de dinheiro. Dizendo de outro modo: a infração antecedente deve ser capaz de gerar ativos de origem ilícita. Infrações penais que não se encaixem neste critério (o de ser um “crime produtor”) não são delitos antecedentes.

Temos hoje uma lei de terceira geração, sem lista fechada de delitos antecedentes. O roubo, o tráfico de pessoas e a contravenção penal de exploração de jogos de azar são algumas das condutas agora incorporadas.

A opção por classificar os crimes antecedentes como infrações penais faz referência à Convenção de Viena, que prescreve uma pena máxima não inferior a quatro anos aos crimes antecedentes.

A Convenção de Viena de 1988, da qual o Brasil é signatário, tem grande influência na elaboração de diversas legislações nacionais que passaram a tipificar o crime de lavagem, atrelado principalmente ao tráfico de drogas. Contudo, essa tipificação foi ampliada com a Convenção de Palermo, que compreendeu que os crimes antecedentes à lavagem de dinheiro envolvem uma multiplicidade de delitos. Assim, estipula a Convenção de Palermo no seu artigo 6, que trata sobre a criminalização da lavagem do produto do crime:

1. Cada Estado-parte adotar, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles

relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

a) Cada Estado-parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;

b) Cada Estado-parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados-partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados (...).

A par desta convenção, países como Estados Unidos, Itália, França, México e Colômbia passaram a admitir que todo tipo penal se preste a evidenciar como crime antecedente à lavagem de dinheiro.

No entanto, a extinção da lista de crimes antecedentes na Lei 12.683/12 não é ponto pacífico na opinião de alguns doutrinadores e juristas. Algumas ponderações têm sido feitas em relação a esta nova realidade. Uma delas diz respeito à possibilidade de condenar alguém por lavagem de dinheiro sem que antes tenha sido julgado processo por crime antecedente. Tal entendimento é oriundo de uma leitura do artigo 2º, inciso II, da Lei 9.613/98, que trata dos crimes de lavagem e ocultação de bens, afirmando que “independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país”.

A necessidade de que o devido processo legal seja finalizado diz respeito principalmen-

**Ainda que a existência de indícios aponte para a lavagem de dinheiro,
é necessário que provas inequívocas demonstrem essa conexão.
Simples indícios não podem sustentar uma condenação**

te às provas geradas durante as investigações que sustentarão a acusação e, possível, condenação. Contudo, uma decisão monocrática proferida pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento contrário à necessidade de prova cabal da materialidade de crime antecedente. Em 1º de junho de 2016, no Recurso Ordinário de Habeas Corpus 130.738/DF, o ministro proferiu entendimento sobre dois aspectos em relação à lavagem de dinheiro, considerando organização criminosa nas mudanças promovidas pela Lei 12.683/12 e o princípio da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal):

O Ministro Celso de Mello reafirmou jurisprudência da Corte (HC 89.739/PB) de que a denúncia que imputa a prática do delito de lavagem de dinheiro prescinde de uma apresentação detalhada do histórico do crime antecedente, bastando a presença de indícios da sua prática, nos termos da redação do §1º do artigo 2º da Lei nº 9.613/98. Citou, para tanto, decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco que, no seu entender, decidiu corretamente que a presença de tais indícios se satisfaz tão somente com a indicação, na denúncia por lavagem, da existência de ações penais em tramitação cuja imputação é da prática dos delitos apontados como antecedentes ao crime de lavagem.

O decano enfatizou que o crime de lavagem de dinheiro não ocorre quando o delito antecedente é infração penal que, à época dos fatos, não se encontrava tipificada na legislação brasileira (no caso, participação em organização criminosa, tipificada somente a partir da Lei nº 12.850/2013). No caso, reforçou o entendimento consagrado no RHC 124.082/RJ, de que a definição jurídica de organização criminosa não poderia ser suprida pela Convenção de Palermo, mesmo depois de incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004 (postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal). Vale lembrar que, com a definição legal de organização criminosa, a tipificação das condutas de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa (artigo 2º, da Lei nº 12.850/2013) e a abertura do rol das infrações penais antecedentes à lavagem (Lei nº 12.683/2012), é possível que a participação em organização criminosa figure como crime antecedente ao de lavagem de dinheiro, desde que, de acordo com este entendimento do STF, a conduta seja posterior a vigência da Lei nº 12.850/2013. Na

mesma linha, destacou a Corte Suprema que a antiga redação da Lei nº 9.613/98 relacionava taxativamente as infrações penais hábeis a figurar como delitos antecedentes do crime de lavagem de dinheiro, não constando dentre elas o de quadrilha ou bando (hoje associação criminosa). Com as mudanças promovidas pela Lei nº 12.683/2012, qualquer infração penal pode anteceder ao crime de lavagem. No entanto, há de se atentar para os casos em que as condutas imputadas antecedem à edição das Leis nº 12.683/2012 e 12.850/2013, já que para o Ministro Celso de Mello o princípio da reserva legal veda que se tipifique como crime antecedente da lavagem tanto a participação em organização criminosa como a formação de quadrilha, quando equiparada à organização criminosa para este mesmo efeito (MPPR).

Depreende-se que o indício proposto na Lei 12.683/12 não se sustenta apenas pela simples menção, mas se constitui com uma persuasão capaz de estabelecer o nexos causal da infração penal com seus resultados. Mesmo na denúncia não se exige uma certeza absoluta, apenas indícios suficientes que corroborem a prática de crimes antecedentes.

Ainda que a existência de indícios aponte para a lavagem de dinheiro, é necessário que provas inequívocas demonstrem essa conexão. Simples indícios não podem sustentar uma condenação. O Código de Processo Penal aponta para esta direção, conforme exposto:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I – estar provada a inexistência do fato;
- II – não haver prova da existência do fato;
- III – não constituir o fato infração penal;
- [...]

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal).

Assim, ainda que crimes antecedentes possam servir como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro, faz-se necessário o uso do bom senso e da flexibilização do aludido artigo 2º, para que garantias legais do processo penal não sejam maculadas.

Aqueles que sustentam a necessidade de uma lista, ainda que não exaustiva, devem compreender que a tendência mundial é pela exclusão da lista, atendendo à Meta 20 da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (ENCLA), em consonância com o artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro. Ademais, uma lista de crimes deve sempre estar em constante atualização, seja pela incorporação de novos delitos ou exclusão de alguns que deixam de ser.

Essa lista ainda é presente em alguns países. Na Espanha, a pena depende da gravidade dos crimes antecedentes (apartado 2º do art. 301 do Código Penal). Portugal adere a uma lista de crimes antecedentes, enquanto na Alemanha existe um sistema misto que limita a pena com lista de crimes antecedentes.

No Brasil, alguns crimes padeciam ainda da tipificação específica no sistema jurídico-penal, o que certamente inviabilizava um processo nesse sentido. Outros crimes, antes não considerados como antecedentes à lavagem de dinheiro, passaram a ser alvo da Lei 12.683/12:

Os chamados “bicheiros” ganhavam muito dinheiro e, com essa quantia, compravam imóveis e carros em nome da esposa, parentes, amigos, que funcionavam como “laranjas” ou então abriam empresas de fachada apenas para “esquentar” as quantias recebidas com a contravenção penal. Tal conduta de ocultação ou dissimulação do dinheiro “sujo” passa somente agora a ser punida como lavagem, nos termos do novo art. 1º da Lei 9.603/98 (CAVALCANTE, 2013).

Conquanto a lavagem de dinheiro se configure como um delito resultante de outros, deve a legislação acompanhar essa configuração do crime, incorporando em seus objetivos não apenas combater seus efeitos, mas o tanto quanto possível suas causas.

2. REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA LAVAGEM DE DINHEIRO

O ocultamento de ganhos obtidos ilegalmente e sua posterior incorporação no sistema econômico não é recente. É fenômeno

antigo que acompanha a história da humanidade presente em diversas sociedades. A ação delituosa acompanha o próprio homem, bem como os instrumentos jurídicos de combate em um processo de constante atualização.

Quando se avalia os reflexos da lavagem de dinheiro na sociedade é preciso reconhecer dois aspectos interligados. O primeiro é que o *modus operandi* dos crimes é diverso e atualizado constantemente, conforme as sociedades também ficam mais complexas. O segundo é a participação cada vez maior de agentes públicos em crimes antecedentes que resultam na lavagem de dinheiro.

Em relação ao primeiro, verifica-se que verdadeiros mercados paralelos operam enormes volumes de recursos, operacionalizados por mecanismos e estruturas altamente sofisticados que procuram simular e dar aparência de legalidade aos ganhos ilegais. O uso da tecnologia, do sistema bancário, das transações *online*, das doações em campanhas políticas, da legislação nacional e tantos outros instrumentos, longe de se tornar um obstáculo à lavagem de dinheiro, por vezes serve como proteção àqueles que praticam a ilegalidade. A transnacionalidade dos crimes demonstra que inexistem fronteiras capazes de inibir, frear ou mesmo reduzir suas práticas.

A crescente globalização do mercado de capitais, que permite a captação e transferência de recursos *online*, torna as economias voláteis e suscetíveis ao recebimento de recursos obtidos ilegalmente. Nesse ambiente de mudanças rápidas, realidade líquida e volatilização econômica, as autoridades nacionais precisam adotar medidas que possam tipificar e coibir a lavagem de dinheiro, tendo como apoio tratados internacionais.

Um dos principais diplomas com esse objetivo foi a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, criada em Viena, em 20 de de-

O ocultamento de ganhos obtidos ilegalmente e sua posterior incorporação no sistema econômico não é recente. A ação delituosa acompanha o próprio homem, bem como os instrumentos jurídicos de combate

zembro de 1988. O Brasil tornou-se signatário dessa convenção em 26 de junho de 1991, tendo como resultado a Lei 9.613/98 e, tendo como instrumento mais eficaz no combate à lavagem de dinheiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, órgão responsável por informar movimentações financeiras atípicas no Sistema Financeiro Nacional, atualmente transformado em UIF (Unidade de Inteligência Financeira) do Banco Central do Brasil.

A migração de recursos ilícitos para atividades menos rastreáveis como imóveis, joias, entretenimento e outros, demonstra que a legislação nacional ainda precisa ser aperfeiçoada para ser mais eficiente no combate aos crimes que resultam na lavagem de dinheiro. Há um longo caminho a ser percorrido para isso e diversos obstáculos a serem vencidos. Um desses, que é o segundo aspecto em relação à lavagem de dinheiro na atualidade, diz respeito ao histórico crescente do envolvimento de agentes públicos ou pessoas exercendo funções públicas em crimes antecedentes a este tipo de crime.

Quando se menciona histórico crescente, destaca-se um aspecto já existente no Brasil de décadas, mas que agora se tornou mais conhecido da sociedade devido à publicidade alcançada pelos meios de comunicação. O reconhecimento dessa relação incestuosa entre agentes públicos e malversação de recursos públicos ou de origem ilícita se tornou em alguns momentos até folclórica no cenário brasileiro. A proposta de varrer a corrupção de Jânio Quadros e a caça aos marajás de Fernando Collor são exemplos desse infortúnio social. A quantidade de denúncias é tão expressiva que não se tem um número atualizado delas, e os fatos denunciados são superados por novos cotidianamente.

Essa chaga social está presente em diversos países, atingindo presidentes e ex-presidentes, ministros, membros da realeza, parlamentares e agentes públicos em geral. Essa realidade é atestada pelos relatórios da Transparência Internacional. Em 2017, o Brasil caiu 17 posições em relação a 2016, ficando em 96º lugar

de um total de 180 países no índice que mede a percepção da corrupção. Outros órgãos internacionais, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e agências de risco também avaliam os reflexos da lavagem de recursos obtidos pela corrupção, apontando itens como a confiança de investidores na economia nacional bem como em seus governantes.

No entanto, as estruturas de poder que possibilitam a corrupção, e posterior lavagem de dinheiro, seguem inabaladas, sustentadas por um esvaziamento dos discursos políticos e uma crescente polarização da sociedade. Esta se tornou apenas massa de manobra que atende ao único objetivo de manter intocável sua incapacidade de fazer uma melhor reflexão sobre a realidade. É um cenário de injustiça e perversão social, em que os frágeis economicamente são esquecidos, pois lhes falta amparo na saúde, na educação, no saneamento básico e na justiça, direitos básicos que lhes são negados antecipadamente pela incapacidade do Estado em corrigir tantas distorções.

Ainda que se pense, este cenário não é recente. Em 1871, Eça de Queiroz passou a escrever folhetins mensais sobre

a condição da sociedade portuguesa. Um destes textos descrevia de forma atemporal a mentalidade vigente na época:

Estamos perdidos há muito tempo...

O país perdeu a inteligência e a consciência moral.

Os costumes estão dissolvidos, as consciências em debandada.

Os caracteres corrompidos.

A prática da vida tem por única direção a conveniência.

Não há princípio que não seja desmentido.

Não há instituição que não seja escarneada.

Ninguém se respeita.

Não há nenhuma solidariedade entre os cidadãos.

Ninguém crê na honestidade dos homens públicos.

Alguns agiotas felizes exploram.

A classe média abate-se progressivamente na imbecilidade e na inércia.

O povo está na miséria.

Os serviços públicos são abandonados a uma rotina dormente.

Essa chaga social está presente em diversos países, atingindo presidentes, ministros, parlamentares e agentes públicos em geral

A cooperação internacional no combate à lavagem de dinheiro é imprescindível na atualidade, pois diversos países, se não todos, também padecem deste problema

Não se pode vislumbrar a lavagem de dinheiro apenas em seu aspecto jurídico ou mesmo econômico, em que ocorre uma perda de receitas do Estado pela ocultação de riqueza, branqueamento de recursos obtidos de forma ilícita ou mesmo pela exploração de atividades ilegais. Em todo esse cenário existe uma realidade prática que esboça uma dívida moral com a parte mais frágil de todo esse processo: o cidadão.

A proteção aos bens jurídicos deve ter como objetivo último salvaguardar o que de mais importante existe em uma sociedade, que são seus cidadãos. Afrontar as estruturas que sustentam uma sociedade com ações delituosas é afrontar também individualmente cada cidadão que sofre os reflexos dessas ações diretamente. Se assim não o fosse, a lista de outrora que acompanhava o artigo 1º da Lei 9.613/98 não elencaria diversas ações criminosas que atentam contra a sociedade.

Se os delitos são resultantes de estruturas históricas, elas podem ser refeitas na história pela intervenção do próprio homem. Que se mantenha vivo o único dom da caixa de Pandora, a esperança, para que as palavras de Eça de Queiroz jamais se tornem realidade: “Diz-se por toda parte que o país está perdido”.

CONCLUSÃO

As sociedades estão em constante mudança e, conseqüentemente, as práticas criminosas. A lavagem de dinheiro não constitui um crime da modernidade, mas os meios empregados para fazê-la sim. Se antes apenas aquelas ações destacadamente delituosas, como tráfico de drogas ou contrabando, eram repreensíveis, atualmente esses ilícitos são tão diversos que se propõe ao legislador não os tipificar em uma lista fechada.

A transnacionalidade dos crimes vinculados à lavagem de dinheiro tem exigido que a legislação nacional alcance áreas como relações de comércio, transações financeiras e mercado de capitais, que servem, por vezes,

para o acobertamento de recursos obtidos de forma ilícita.

A cooperação internacional no combate à lavagem de dinheiro é imprescindível na atualidade, pois diversos países, se não todos, também padecem deste problema. Somam-se às legislações nacionais os órgãos internacionais que apregoam a necessidade de combater a lavagem de dinheiro como forma de garantir maior segurança jurídica e econômica aos países. Nesse cenário, o campo jurídico se aproxima do campo econômico com vistas à proteção dos bens adquiridos de forma lícita.

A Lei 9.613/98 certamente é um marco na legislação nacional em relação ao combate à lavagem de dinheiro. Seu surgimento e posterior reflexo na criação do COAF (atual UIF) demonstra que ainda existe um longo caminho a ser percorrido. As normas criadas para identificar transações atípicas no sistema financeiro têm gerado um fluxo migratório dos recursos ilícitos para atividades como mercado de artes, jogos, imóveis e outras.

A lavagem de dinheiro envolve uma perversão que extrapola o campo jurídico. Sua difusão alcança setores fundamentais da sociedade, com perdas econômicas, políticas e sociais.

A perda de credibilidade do sistema político tem forte vinculação com a participação crescente de agentes públicos na malversação de recursos públicos. Sobram denúncias nesse sentido e faltam limites morais aos envolvidos. A sociedade sofre as conseqüências de todo esse processo, com poucas perspectivas de mudança e defesa. Os recursos que lhe são retirados compulsoriamente, os quais deveriam retornar em forma de serviços públicos, são desviados para finalidades pessoais.

A lavagem de dinheiro configura assim não apenas um crime, com aspectos antecedentes, mas também acarreta conseqüências imprevisíveis e injustificáveis, reprováveis jurídica e moralmente. ■

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, ago. 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto-Lei 3.689*, de 3 de outubro de 1941.
- _____. Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 mar. 2004.
- _____. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 mar. 1998.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 12.683/12, que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro. *Dizer o Direito*. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em 14 mar 2018.
- DE CARLI, Carla Verissimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- QUEIROS, Eça de; ORTIGÃO, Ramalho. *As farpas*. Principia: Cascais, 2004.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/80*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Informativo 345 – Lavagem de Dinheiro e Crimes Antecedentes (Lei 9.613/98). Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-1643.html>> Acesso em 15 mar 2018.

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: Lavagem de dinheiro: reflexos jurídicos e custos sociais. **Title:** *Money laundering: legal reflexes and social costs*. **Autora:** **Leyla Viga Yurtsever**. Advogada, articulista e professora há mais de 18 anos. Sócia e fundadora do escritório jurídico Leyla Yurtsever Advogados Associados. Graduada em Direito, fez o curso preparatório no Complexo Jurídico Damásio de Jesus (2001), LFG (2009) e Escola da Magistratura, especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Ciesa e em Direito Penal e Processo Penal pela UFAM, mestre em Gestão e Auditoria Ambiental pela Universidad de Leon/Espanha (2006). Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Santa Fé – UCSF. Foi Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Eleitoral da Universidade do Estado do Amazonas e do núcleo de prática jurídica e professora. Palestrante convidada da Escola Judiciária Eleitoral – EJE/AM, escritora colaboradora da revista Consulex, pesquisadora. Foi coordenadora e professora do escritório Jurídico da UNIP e do Núcleo de Advocacia Voluntária – NAV da Uniniltonlins. Foi professora da Universidade Federal do Amazonas e Sub-Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UFAM/Direito. Foi professora do curso de Segurança Pública da UEA e a primeira mulher a ser professora de uma disciplina militar denominada “Fundamentos Políticos Profissional” no Comando Geral da Polícia Militar do Amazonas. **Resumo:** O combate à lavagem de dinheiro se tornou um desafio na atualidade. A complexidade das relações sociais com mudanças rápidas e constantes exige que a legislação de combate às ações criminosas também acompanhe essa realidade. A Lei 9.613/98, atualizada pela Lei 12.683/12, tem esse caráter de acompanhar as mudanças ocorridas na prática dos crimes de lavagem de dinheiro. O rol de delitos que possibilitam auferir recursos que precisam ser acobertados não é pequeno: organizações criminosas, tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de pessoas e órgãos, desvio de recursos públicos, crimes contra a administração pública e tantos outros integram as diversas possibilidades. A Lei 9.613/98 certamente é um marco na legislação nacional, pois além do aspecto jurídico e econômico, ela destaca a dívida moral do criminoso com a parte mais frágil de todo esse processo: o cidadão. **Palavras-chave:** LAVAGEM DE DINHEIRO; CRIMES ANTECEDENTES; CUSTOS SOCIAIS. **Abstract:** *Combating money laundering has become a challenge today. The complexity of social relations with rapid and constant change requires that legislation to combat criminal actions also accompanies this reality. Law 9.613/98, updated by Law 12.683/12, has this character to follow the changes occurred in the practice of money laundering crimes. The list of crimes that make it possible to obtain resources that need to be covered is not small: criminal organizations, drug trafficking, terrorism, trafficking in persons and organs, embezzlement of public resources, crimes against public administration and many others integrate the various possibilities. Law 9.613 / 98 is certainly a milestone in national legislation, because in addition to the legal and economic aspect, it highlights the criminal's moral debt with the most fragile part of this whole process: the citizen.* **Keywords:** MONEY LAUNDERING; CRIMES ANTECEDENTS; SOCIAL COSTS. **Data de recebimento:** 16.09.2019. **Data de aprovação:** 09.10.2019. **Fonte:** *Revista Bonijuris*, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 72-78, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).

Leilões JUDICIAIS

Junto às varas cíveis, federais e do trabalho, construtoras,
consórcios, cooperativas de crédito,
Detran e pessoas físicas.

Acesse www.joaoluizleiloes.com.br,
conheça melhor nosso trabalho e confira
os bens disponíveis para arremate

Leilões presenciais e eletrônicos
Expedição de ofícios e intimações
Remoção e armazenagem
Avaliação de mercado
Publicação de edital
Divulgação



Leiloeiro público oficial | Mat. Jucepar nº 11/041-1

■ Carmelina Cavassin, 1655 | Abranches | Curitiba | PR
■ joaoluiz@joaoluizleiloes.com.br | 41 99985 5423 | 41 3255 5011

ZYGMUNT BAUMAN E O PROCESSO LÍQUIDO

NA CONCEPÇÃO DE VIDA DO FILÓSOFO POLONÊS, É NECESSÁRIO DESAPEGAR-SE DA NOÇÃO DE QUE OS PROBLEMAS SOCIAIS PODEM SER RESOLVIDOS SOMENTE PELA NORMA JURÍDICA

Em *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, versão editada pela editora L&PM, antes do conto de Machado de Assis¹, uma pequena biografia e a cronologia da vida do autor são apresentadas por Luís Augusto Fischer, que também redigiu um texto com o panorama contextual do Rio de Janeiro à época de vida de Machado de Assis (1839-1908). Entre as diversas características apresentadas, algumas são demasiadamente oportunas para que se possa fazer uma construção daquela época: 1) o Brasil era um país oficialmente católico (o que perdurou até a Proclamação da República, no ano de 1889), questão que influía diretamente na organização diária da sociedade – por exemplo, a organização de horários a partir das badaladas dos sinos das igrejas; 2) o sistema de iluminação a gás chegou ao Brasil somente no ano de 1854, de modo que, considerando a vasta limitação existente para realizar as tarefas no período noturno, a própria rotina das pessoas daquela época era limitada à luz solar; 3) diretamente ligada ao último, a organização das refeições diárias era completamente distinta – o almoço era servido às 8 horas e a janta às 14 horas, com a

possibilidade de comer aquilo que se chamava “merenda” (ao final da tarde ou início da noite), e, por fim, às 21 horas era servida a ceia; 4) o sistema de transportes era completamente rudimentar, contando com Paquete, Cabriolé, Landau e Vitória.

Sem sombra de dúvidas, soa muito estranho iniciar um estudo sobre direito processual com base do contexto em que vivia Machado de Assis. Todavia, a proposta não é inoportuna. Imaginemos, por exemplo, um indivíduo que, àquela época, no contexto apresentado, sustentasse para o referido escritor brasileiro a possibilidade de utilização dos tribunais de justiça do Brasil para assegurar a regulamentação de visitas de um animal doméstico. Pragmaticamente, o que se pode imaginar é que os conflitos seriam diversos. Seja pelo fato da caracterização da personalidade jurídica dos animais, seja pela inexistência de uma possibilidade de dialogar sobre regulamentação de visitas – especialmente pela inexistência de um instrumento jurídico que viabilizasse o rompimento da relação matrimonial (àquela época) –, seja, por fim, pelo caráter demasiadamente rudimentar do sistema

Seguindo-se a linha da teoria cultural do processo mostra-se crucial revelar que o recorte inicial dado para este estudo remete ao processo na perspectiva da Idade Média

jurídico brasileiro da época, certamente se trataria de algo impensável. O ponto, no entanto, é que aquilo que soava impensável, mais de um século após veio a ocorrer no Brasil com a decisão sobre a regulamentação de visitas de “Kimi”, uma cadela da raça Yorkshire, no Recurso Especial 1.713.167. Ademais, o que se quer para este estudo caminha no mesmo sentido do exposto, uma vez que propõe-se demonstrar a alteração paradigmática que vem ocorrendo no campo da ciência jurídica brasileira, mais precisamente no processo brasileiro: a transição de um processo lapidado em uma proposta sólida (rígido e simplista) – calcado na modernidade de René Descartes –, para um processo que se lapida a partir de um paradigma líquido (enaltecendo-se um olhar complexo na interpretação de sentido das coisas) – visualmente estabelecido com base na proposta baumaniana de uma nova concepção de modernidade, inclusive, vista em casos como o do RESP 1.713.167.

1. A NATUREZA SOCIAL DO PROCESSO E SUA REINTERPRETAÇÃO: INTRODUÇÃO À TEORIA CULTURAL DO PROCESSO

Ao trabalhar com a relação entre a teoria do direito e o paradigma ecológico, Vicente de Paulo Barretto² apresenta um exemplo demasiadamente peculiar da atualidade. Segundo esse professor carioca de filosofia jurídica, no ano de 1587 um pequeno povoado situado em Saint-Julien (região da atual França) estava sofrendo severos danos nos vinhedos e plantações em função do aparecimento de uma colônia de pragas, gorgulhos da classe dos insetos. Os danos ocasionados pelos insetos foram tamanhos que culminaram no ajuizamento de uma ação pelos moradores da região irritados com a situação narrada junto ao Juízo Episcopal de Saint-Jean-Maurienne, pleiteando a expulsão dos ditos insetos. Em sede petítória, eles pleiteavam que o vigário-geral do bispado

de Maurienne determinasse as medidas convenientes para aplacar a “cólera divina”, bem como a expulsão dos insetos daquela região. Por mais que não se tenha notícia acerca da decisão do referido processo, deve-se registrar que ele correu conforme a normalidade do procedimento daquela época, ou seja, além de ter-se constituído um advogado para os insetos, eles foram regularmente defendidos. Na mesma época, uma situação similar ocorreu em Coire (região da atual Suíça), com a infestação de larvas de cabeça preta (*leublauffer*), as quais adentravam o solo logo no início do inverno e, ao atacar as raízes, secavam as plantas do vilarejo, impossibilitando o seu florescimento ao final do verão. Os prejuízos que as pragas ocasionaram foram tamanhos que, de igual forma ao caso de Saint-Julien, culminou no ajuizamento de uma ação pelos habitantes da região. Além de os ditos insetos terem sido devidamente citados, houve a constituição de um advogado de defesa e a designação de um promotor para o caso, ou seja, em sede procedimental, todas as formalidades foram observadas. Apenas para a finalidade de complementação deste último exemplo, quando da decisão, o juiz considerou que as pragas eram igualmente (em relação aos humanos) filhos de Deus (possuindo, portanto, direito à vida), de modo que não poderiam ser privados de alimentos e subsistência, tendo sido determinado o confinamento deles em uma floresta isolada da região.

Em relação à atualidade, ambos os casos relatados aparentam, no mínimo, estranheza – seja, inicialmente, pela admissão da ação proposta pelos moradores de ambas as regiões, seja pelo fato de ter-se constituído um defensor aos insetos, ou, ainda, de ter-se analisado o mérito do caso (ainda mais com um embasamento escolástico), quando de uma decisão judicial, ou, por fim, pelo próprio conjunto dos processos. Inobstante o fato de que, pensando-

Assim, portanto, se àquele processo do período X não corresponde este processo do período Y, é porque o tempo operou na cultura, de modo a culminar na remodelação de seu sentido

-se na atualidade, ambos os casos seriam sumariamente rejeitados em razão de extrema pertinência para demonstrar-se a capacidade de mutação do paradigma epistemológico acerca da concepção do processo. Veja-se que apenas pela estranheza surgida ao comparar àquele paradigma de interpretação do processo em relação à atualidade pode-se observar a sua variação de sentido. Esta operação se dá por um simples motivo: ao passo que não se encontra o processo na natureza, pautando-se em Francesco Carnelutti³ e afirmando-o como um produto social, esse sentido de interpretação do processo acompanhará uma mentalidade valorativa específica. Por isso, na ocasião em que Darci Guimarães Ribeiro⁴ afirma que o processo é um “espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”, em verdade, a genealogia por trás de sua proposta está retratando justamente o ora alegado. Para além de acompanhar valores humanos específicos, de forma abrangente, o que se observa é que ele acompanha uma orientação cultural específica. Nesse sentido, retomando-se os casos dos vilarejos de Saint-Julien e de Coire, se em ambas as ocasiões se tornou possível o processamento das ditas pragas (*gorgulhos e leublauffer*), em verdade, é porque havia uma conformação cultural que assim permitiu – desde já importando destacar o caminho inverso explorado por Oscar G. Chase⁵ do próprio processo como elemento de formação da cultura. Ademais, a configuração daquele sentido de processo visto em ambos os casos relatados retratava um peculiar sentido cultural que, por sua vez, espelhava um peculiar sentido dos próprios valores humanos daquele local e tempo. Destarte, “a civilização de um povo há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes”⁶.

Seguindo-se a linha da teoria cultural do processo que vem sendo desenvolvida, mostra-se crucial revelar que o recorte inicial dado para este estudo remete ao processo na perspectiva da Idade Média, descrito por Clóvis Juarez Kemmerich⁷. Entretanto, o objeto inicial deste estudo não está amarrado tão somente ao catolicismo cultural desse período – questão observada por Berthand Russel⁸ –, haja vista que se poderia observar essa reinterpretção do sentido do processo a partir de diferentes concepções culturais emergidas ao longo da história da humanidade. Em verdade, centrando-se agora na concepção de cultura, à medida que é observada, com base em Anthony Giddens⁹, como sendo a representação de um conjunto de práticas e valores comuns a uma específica coletividade indeterminada, baseada em elementos tangíveis e intangíveis, deve-se reconhecer que a questão poderia ter recortes metodológicos infinitos. Caminhando nesse sentido, o professor israelense de história Yuval Noah Harari¹⁰, no decorrer de sua explanação acerca da evolução da humanidade, demonstra que a noção de cultura a acompanha desde a revolução cognitiva humana. A cultura, melhor dizendo, consiste em uma decorrência indireta da necessidade cooperativa da manutenção da vida do próprio ser humano, por meio da articulação linguística entre uma coletividade há cerca de 70 mil anos. Eis o ponto que permite aprofundar a explicação da comparação entre ambos os casos relatados da Idade Média em relação à atualidade, isto é, considerando-se o caráter não natural do processo, se ele espelha a própria noção de cultura e é possível observar variações específicas acerca de um processo julgado em determinado período em relação ao processo do período futuro, é porque a própria cultura humana, em seu ciclo infinito de reinterpretção de seu próprio sentido, remodelou-se.

Sob o olhar hermenêutico que embasa este estudo, a questão suscitada é melhor explicada por Hans-Georg Gadamer¹¹. Em verdade, a referida remodelação do sentido de algo – e, neste caso, o “algo” é a cultura – somente ocorre em razão da emergência de um outro elemento umbilicalmente relacionado à cultura: o tempo. Verdade seja dita, muito embora já se tenha debatido arduamente acerca da noção de tempo ao longo da história da humanidade, poucas foram as conclusões obtidas. Entretanto, o tempo na perspectiva dada por Gadamer é peculiarmente curioso, posto que esse filósofo alemão o concebe como o fator responsável por um sentido específico das próprias coisas. Assim, explicando-se o ponto de vista, se algo, seja corpóreo ou não, possui um sentido específico é porque o tempo possibilitou essa conclusão – quiçá seja o ser humano o melhor exemplo para demonstrar essa perspectiva de sentido gadameriana: ela, pessoa, é, no entanto, será, senão conforme o tempo, afinal, é ele quem permitirá afirmar se ela será criança, ou jovem, ou adulta ou, por fim, idosa. Nessa perspectiva, o tempo nada mais é do que a justificativa para a ocorrência da variação daquela concepção originária de algo a partir de um recorte específico, de modo a permitir-se concepções distintas sobre uma única coisa. Assim, portanto, se àquele processo do período X não corresponde este processo do período Y, é porque o tempo operou na cultura, de modo a culminar na remodelação de seu sentido. Aliás, a história, quando estudada, para além dos casos já relatados, permite observar essa desenvoltura de sentidos com extrema facilidade, haja vista que ele, processo, nessa perspectiva temporal, será distintamente definido conforme a variação dos sentidos dos elementos intangíveis da cultura, especialmente os valores. A cada momento em que os elementos intangíveis da cultura variarem, pode-se observar uma nova

etapa de algo que se denomina estágio socio-cultural humano. Cada estágio sociocultural contará com a sua respectiva configuração de processo.

Assim, concluindo-se este momento e permitindo-se um ligação ao próximo, se ambos os casos relatados ao início deste primeiro momento seriam, na atualidade, sumariamente rejeitados, em verdade, é porque aquela concepção de processo que acobertou o caso de Saint-Julien e de Coire retrata um estágio sociocultural que não corresponde ao atual. Eis, portanto, o ponto do momento seguinte deste trabalho: observar o desenvolvimento da concepção de processo, na perspectiva do Brasil, com base em distintos estágios socioculturais – *in casus*, especificamente, na modernidade sólida (clássica) e na modernidade líquida de Zygmunt Bauman.

2. O RESP 1.713.167, A MODERNIDADE LÍQUIDA DE ZYGMUNT BAUMAN E O SURGIMENTO DE UM PROCESSO LÍQUIDO NO BRASIL

O julgamento de processos no Brasil não é uma atividade anormal. Pelo contrário, dado o alto fluxo do ajuizamento de novas ações, é mais do que normal esperar que inúmeros tantos processos sejam julgados diariamente. Todavia, em meados de 2018, o julgamento de um caso em particular chamou a atenção de diversos veículos de notícias da área jurídica: o julgamento do REsp 1.713.167. A grande particularidade está no fato de a maior corte de justiça do Brasil ter apreciado o mérito de um recurso especial (REsp) sobre a regulamentação de visitas de “Kimi”, uma cadela da raça Yorkshire. A devida compreensão acerca da matéria apreciada no referido recurso remete-nos ao ano de 2004, com o início da relação afetiva entre o ex-casal V.M.A. e L.M.B., a qual perdeu por cerca de sete anos; ao final da relação, no ano de 2011, ambos estavam de acor-

Afastando-se qualquer hipótese de incidência de impossibilidade jurídica do pleito, o ministro Luis Felipe Salomão sustentou que não se tratava de futilidade apresentada à corte

do com a dissolução da união estável, ciente da inexistência de bens a serem partilhados, no entanto, em desacordo sobre quem ficaria com “Kimi”, a cadela adquirida durante a constância da união. Do caso, mais precisamente no resumo do referido acórdão, colaciona-se que, com o término da relação entre as partes, V.M.A. fora impossibilitado de manter contato com a “Kimi” diante das negativas por parte de L.M.B. A parte requerente (V.M.A.) alegou que, além ter sido o responsável pela totalidade do valor da compra de “Kimi”, bem como de todos os demais gastos atinentes à cadela terem ficado ao seu encargo, após os sete anos da união estável ele havia estabelecido uma intenso apego com a cadela, um verdadeiro laço afetivo para com aquele animal, de modo que a impossibilidade de tornar a vê-la estava lhe causando intensa angústia. Deixando-se as decisões de primeiro e segundo graus, no caso, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) restou dividida (três votos a dois votos), todavia, por maioria, entendeu-se pelo provimento da regulamentação de visitas à cadela “Kimi”, com o consequente direito de visitas de V.M.A.

Para além de toda a contextualização, ainda no caso da regulamentação de visitas da cadela “Kimi”, a fundamentação do voto do relator, ministro Luís Felipe Salomão, mostra-se demasiadamente curiosa. Afastando-se qualquer hipótese de incidência de impossibilidade jurídica do pleito, o ministro Luís Felipe Salomão sustentou que não se tratava de futilidade apresentada à corte. Pelo contrário, na visão de pós-modernidade do ministro, ele afirmou que a concepção de família, como à do caso, ou seja, em que se desenvolve um alto grau de afinidade para com um animal doméstico (como se fosse um “filho”), não deveria causar qualquer estranheza. Para além, sustentou que em países como Alemanha, França e Estados Unidos há previsões legislativas que versam acerca da temática apreciada – enfatizando que no Brasil há o Projeto de Lei 1.058/11, que caminha em sentido similar,

estando atualmente arquivado na Câmara dos Deputados. Mais ainda, seguindo a fundamentação do relator, foi afirmada a necessidade da preservação do animal. Embasando-se no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o ministro sustentou que, além da possibilidade de aplicação do previsto no artigo 1.199 do Código Civil (composse), por analogia, haveria a possibilidade de estender aos animais “o atributo da subjetividade ou de alguma espécie de poder familiar, ao menos até que o legislador normatize a matéria”. Ademais, defendeu a aplicação do instituto da guarda de filhos, tratado entre os artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil. Em uma análise do direito material apreciado no referido recurso, seria possível caminhar para um sentir demasiado interessante acerca das transformações daquela concepção clássica de unidade familiar para tantas outras novas (como a do caso narrado).

**O sentido das coisas,
a partir de então,
desprende-se daquela
concepção finalística
de uma entidade
divina**

Aliás, temática abordada por Leonel Severo Rocha, Júlia Francieli Scherbaum e Bianca Neves de Oliveira¹². Todavia, o que se quer com a análise do Recurso Especial 1.713.167 é apenas compreender o desenvolvimento do direito processual que conduziu e possi-

bilitou que o referido julgamento ocorresse. Como é possível não colapsar os pressupostos processuais atinentes ao Código de Processo Civil de 2015 (mais precisamente a possibilidade jurídica do pedido, consoante a hipótese atípica do art. 332 do CPC), na medida em que se objetiva compreender que as normativas destinadas à regulamentação de guarda e visita de pessoas (arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil) foram utilizadas para embasar uma pretensão devidamente deduzida em juízo que versa sobre semoventes?

A resposta à questão está na desconstrução que se deve fazer na constatação da limitação existente de que tanto o direito material quanto o direito processual brasileiro (ainda) carregam fortes traços de uma concepção de uma modernidade sólida – ou a modernidade em seu sentido clássico. Antes de avançar, cabe uma breve exploração acerca da temáti-

ca. Veja-se, compreendida como a demarcação inicial do giro ontológico linguístico, a modernidade clássica é caracterizada pela transição do paradigma cultural valorativo da fé religiosa para a razão humana. Trata-se de uma completa inversão paradigmática dos pressupostos intrínsecos na cultura da Idade Média. O sentido das coisas, a partir de então, desprende-se daquela concepção finalística de uma entidade divina como o parâmetro do ser e dever-ser das coisas em desfavor de uma centralização na racionalidade da raça humana. No recorte fenomenológico da Renascença, dois são os pilares teóricos fundamentais dessa referida transição: René Descartes – mesmo o ponto sendo questionável ao observar a carta escrita pelo próprio Descartes¹³ à Sagrada Faculdade de Teologia de Paris (quicá, motivada pelo temor com a Inquisição, a qual, aliás, já havia ceifado o seu contemporâneo Galileu Galilei) –; e Nicolau Maquiavel. Em Descartes¹⁴, deserdando-se da tradição escolástica de sua graduação na Universidade de Poitiers, houve a proposição para a matemática (geometria analítica), para a ciência e para a filosofia de uma concepção racional das coisas, um sentido binário, reducionista, para o sentido das coisas por meio de um método que comprove se elas são ou não aquilo que se pretende. Já em Nicolau Maquiavel¹⁵ há toda a reformulação da ciência política concebida na Idade Média para um sistema de centralização do poder (nas mãos do monarca), aliás, a lapidação da noção de Estado (e de sua função social) que hoje se tem parte deste ponto – eis a relevância de Maquiavel para a temática.

Deixando-se os influxos que essa ressignificação teve para o direito processual em outros sistemas jurídicos, países, ou, ainda, como um todo, para o caso do direito processual brasileiro, pode-se observar que tanto o Decreto 737, de 1850, quanto o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608/39) e, ainda, o antigo diploma processual (Lei 5.869/73), carregam fortes concepções desse sentir sólido das coisas na perspectiva da modernidade sólida. Se

em comparação ao Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105) não há qualquer possibilidade de afirmar que o Decreto 737, de 1850, foi, em sua perspectiva original, um verdadeiro código de processo civil, a regulamentação dos conflitos civis de forma *lato sensu* somente ocorre quando houver vigência avançada dessa codificação – portanto, não seria necessário um maior aprofundamento para demonstrar o alto caráter primitivo da concepção de processo brasileiro daquele período. No caso do Código de Processo Civil de 1939, ainda em comparação ao código vigente, de 2015, tem-se uma legislação cuja principal característica remete a um procedimento processual demasiadamente simplista. O código de 1939 é concebido em uma perspectiva reducionista das coisas (leia-se o próprio direito material), seja pela existência de tão somente o procedimento ordinário (muito distante em relação ao atual), seja pela inexistência de previsões envolvendo a jurisdição internacional, tutela provisória, formas diversas de resolução de conflitos, dentre tantos outros institutos processuais que hoje estão, caso ainda não estejam, em caminho de suas estabilizações. O

Código de Processo Civil de 1973, por sua vez e por fim, surpreende-se em comparação aos seus antecessores. Afinal, não se pode negar a maestria de Alfredo Buzaid¹⁶ quando de sua confecção. Mesmo que Buzaid tenha atingido, como afirma Humberto Theodoro Júnior¹⁷, um grau de perfectibilidade invejável com tal legislação, ela acabou por cair no mesmo paradigma simplista e reducionista do processo sólido – aqui está o ponto em comum de todas as referidas codificações.

Em um sentido epistemológico do processo, pode-se observar que toda a construção legislativa do direito processual civil brasileiro anterior às reformas ao Código de Processo Civil de 1973, bem como ao próprio Código de Processo Civil de 2015, partiu do pressuposto rígido das coisas. A complexidade da pluralidade de sentido das coisas, quando de uma análise pragmática, sempre foi posta ao limiar. Pegue-

A construção legislativa do direito processual civil brasileiro anterior às reformas partiu do pressuposto rígido das coisas

O tempo, em seu processo cíclico e infinito de conformação de novos sentidos às coisas, de lá para cá contou com uma natural transição progressiva. Em especial no século 20

-se, assim, por exemplo, a própria concepção de jurisdição no Brasil. A afirmação acerca dessa proposta reducionista é melhor vislumbrada na medida em que emerge a forte presença da concepção de jurisdição de Giuseppe Chiovenda em parcela considerável do lapso temporal de vigência das legislações processuais civis brasileiras, lembrada por José Rogério Cruz e Tucci¹⁸. Para Chiovenda¹⁹, a jurisdição nada mais seria do que a mera aplicação da lei ao conflito apresentado ao Poder Judiciário. Claro que não se pode obstar que se está falando de uma conceituação proveniente do início do século passado, todavia, fortemente presente em uma legislação processual que vigorou até o início de 2016. O ponto de trabalhar com Chiovenda está em, quiçá, ele ser o melhor exemplo da operação reducionistas do sentido das coisas para um binarismo sólido dos institutos processuais. Afinal, seguindo-se na linha de sua conceituação, seria possível afirmar que o processo alcançará a efetividade que dele se espera? Essa questão foi explorada por J. J. Calmon de Passos²⁰, à medida que se roga que a mera aplicação da lei ao caso concreto será suficiente para suprir todas as infinitas peculiaridades de cada um dos conflitos sociais brasileiros. Em verdade, a resposta está em Carnelutti.

Francesco Carnelutti²¹, ao fazer uma forte crítica ao estágio metodológico do proceduralismo, assinalou, a partir do seu estudo intitulado *Teoria Circular dos Planos*, a interdependência existente entre o direito material e o direito processual. Ademais, o que o processualista italiano buscou destacar foi que os pressupostos ideológicos do processo não poderiam estar distantes em relação à matéria (e vice-versa), afinal, *“tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare, il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto deve essere servito dal diritto”*. Portanto, se a concepção de jurisdição de Giuseppe

Chiovenda, retratando o espírito do processo sólido, se mostrava demasiadamente suficiente para fazer com que o processo atingisse o grau de efetividade que dele, à época, se esperava, é porque, em verdade, o próprio direito material daquela época não estava para além disso. Veja-se, voltando-se aos casos trabalhados logo ao início deste estudo (Saint-Julien e Coire), o prosseguimento do processo em ambos os casos se deu tão somente porque o próprio direito material da época não estava distante desse sentido culturalmente admitido acerca dos valores sociais de concepção das coisas. De mesma forma como à época da realidade de Machado de Assis, um processo objetivando o divórcio, cumulativamente com a disputa pela guarda dos filhos do casal, não poderia ocorrer porque o próprio direito material assim não sentia. O direito material, em verdade, passa pelo mesmo crivo dos valores socioculturais que o processo. Desse modo, após toda essa exposição teórica, a grande questão que está pendente de análise, e adentrando-se o ápice deste estudo, está em observar toda a relação em uma perspectiva atual dos valores culturalmente admitidos acerca do sentido das coisas.

Parafraseando Mario Curtis Giordani²² e Martin Gilbert²³, pode-se dizer que o mundo não parou no século 16 (referência à Renascença). O tempo, em seu processo cíclico e infinito de conformação de novos sentidos às coisas, de lá para cá contou com uma natural transição progressiva. Em especial no século 20, quando ocorreu uma chuva de fenômenos que afetaram diretamente a concepção simplista das coisas que compõem o mundo. Não é a intenção menosprezar os fenômenos ocorridos nos outros séculos que sucederam o século 16. No entanto, veja-se que em apenas cem anos a humanidade presenciou as duas maiores guerras do mundo, em que, por diversas vezes, imperou um sentimento

Bauman sustenta que, diferentemente daquela concepção sólida da modernidade, hoje não é possível contar com previsibilidade, estabilidade ou solidez nas estruturas da sociedade, em conceitos e ideias

caótico e de desesperança, além de ter testemunhado a invenção dos primeiros aviões (Irmãos Wright versus Santos Dumont), ter visto o homem chegar à Lua, ter admirado a criação dos primeiros computadores e da World Wide Web e os primeiros modelos de celulares. No campo da saúde, houve a criação da pílula anticoncepcional feminina e da penicilina, a instauração e a queda de diversas ditaduras ao redor do mundo, a queda do muro de Berlim e o início do processo de globalização do planeta, o esforço e a batalha das mulheres para adquirir direitos até então exclusivos de homens. Dentre tantos exemplos, eis o ponto central: não há como negar que todos esses fenômenos deixaram de provocar, seja minimamente, a rigidez cultural dos mais variados campos da humanidade da modernidade sólida. Edgar Morin²⁴, nesse sentido, traz uma observação pontual ao indicar que, a partir de então, não mais foi possível a operação simplista dos sentidos das coisas da humanidade, afinal, todas essas significantes modificações fizeram com que a complexidade da sociedade retomasse ao paradigma cultural da humanidade. Em verdade, é Zygmunt Bauman²⁵ que, baseado em um olhar pragmático, desvenda aquele sentido sólido das coisas diante de toda essa carga de complexidade ao descrever o que chama de modernidade líquida.

Zygmunt Bauman²⁶ sustenta que, diferentemente daquela concepção sólida da modernidade, hoje não mais é possível contar com previsibilidade, estabilidade, rigidez ou solidez nas estruturas da sociedade, em conceitos e ideias, afinal, é como se aquele sólido visível no clássico não mais fosse palpável, de modo a tornar-se líquido e permear pontos que, anteriormente, eram inacessíveis. A questão é nítida quando contemplamos campos da vida humana e da sociedade, por exemplo, o nascimento de uma nova vida humana na

atualidade. Bauman e Leoncini²⁷ ressaltam o desenvolvimento de um novo perfil humano, mas suscetível às mudanças e à inexistência de um tabu binário acerca do corpo – se comparado ao início do século 20, atualmente não causa espanto ver uma pessoa coberta por tatuagens ao longo do seu corpo (visíveis ou não), ou, no mesmo sentido, piercings e plásticas. Enfim, a mentalidade das pessoas que nascem neste tempo líquido é completamente distinta em relação aos que nasceram naquela mentalidade sólida. Em mesmo sentido líquido, pegue-se os sentimentos humanos, mais especificamente o medo e o amor: respectivamente, seguindo-se na perspectiva de Bauman²⁸, ao registrar e atestar o avançado estágio da medicina pode-se notar que o maior medo da atualidade não está em contrair uma doença, de modo que o medo humano foi desviado para temas como o terrorismo – veja-se, as pessoas sabem que uma doença pode ser, na maioria dos casos, tratada e curada (de forma muito rápida), entretanto, o terrorismo é algo que (especialmente após o atentado de 11 de setembro de 2001) é pouco dominado e controlado pelo mundo. Outro exemplo prático acerca deste ponto está na questão da intolerância religiosa observada com o surgimento de vários grupos extremistas que praticam atentados contra grupos minoritários, como o caso do recente atentado à Mesquita Linwood, em Christchurch, Nova Zelândia, deixando ao menos 49 mortos. Já no amor, Bauman²⁹ demonstra que não é mais possível ver demonstrações afetivas como antigamente. Os padrões de romantismo observados em *Romeu e Julieta*, de William Shakespeare, ou em *Os Sofrimentos do Jovem Werther*, de Johann Wolfgang von Goethe, foram sucedidos por um padrão em que se apaixonar e desapaixonar-se são atitudes de mesmo ínfimo valor – o melhor exemplo acerca dessa prostituição dos níveis de amor da

A aceleração da vida força o legislador a fornecer formas de celeridade do processo (exemplo: tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente – CPC, 2015)

humanidade está no aplicativo de relacionamentos Tinder, que com base na visualização de fotos e de uma descrição a pessoa que está “avaliando” a outra dirá se gostou dela ou não. Supondo-se que ela aperte no botão de gostar e ocorra uma combinação entre ambas (um gostar do outro e vice-versa), aparecerão outros dois botões: “mandar uma mensagem” e “continuar deslizando”. Utilizando-se do Tinder como exemplo, as relações afetivas humanas dos tempos líquidos podem ser identificadas a partir de duas características basilares: o efêmero e o narcisista. A compatibilidade de alguém no Tinder se dá mediante a auto-comparação de personalidade, e dificilmente passará de um encontro. Bem verdade é que, parafraseando Zygmunt Bauman³⁰, hoje é muito fácil conectar-se a pessoas, entretanto, é muito mais fácil desconectar-se delas. Esta é a vida líquida.

O caso utilizado como exemplo deste estudo, o RESP 1.713.167, é somente um dentre tantos outros exemplos práticos que poderiam ser trabalhados para demonstrar a ressignificação que vem ocorrendo no processo civil brasileiro, afinal, a todo o momento na segunda parte deste trabalho buscou-se enfatizar a ocorrência da flexibilidade na rigidez da possibilidade jurídica do pedido (veja-se a hipótese atípica do art. 332 do Código de Processo Civil). No entanto, o surgimento de tantos outros institutos processuais na última fase de reformas do Código de Processo Civil de 1973 (e com o próprio Código de Processo Civil de 2015) evidenciam, de igual proporção, esta mesma ressignificação do processo a partir de seu movimento de fusão – de igual forma os estágios químicos, a passagem do sólido para o líquido. Vejamos outros dois exemplos. O primeiro é o próprio tempo passou por uma aceleração, afinal, conforme a concepção de Bauman³¹ acerca desta temática, em tempos líquidos, a distância é algo de fácil supera-

ção, de modo que toda a atenção do binômio tempo-espaço se voltou ao tempo. Enquanto o espaço se tornou obsoleto, na atualidade desenvolveu-se uma noção de “sociedade da pressa”, ou seja, quer-se uma instantaneidade dos procedimentos dos institutos da vida. Nesse sentido, em sede de direito processual, entende-se o motivo do surgimento de um instituto nos moldes da tutela provisória (pela Lei 8.952/94) no Código de Processo Civil de 1973: a aceleração da vida força o legislador a fornecer formas de aceleração do processo (o melhor exemplo para esta afirmação, quicá: veja-se tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente – art. 303 do Código de Processo Civil de 2015). O segundo exemplo que poderia ser utilizado para evidenciar a epistemologia do processo líquido está nos negócios jurídicos processuais (art. 190 do Código de Processo Civil de 2015). Trata-se de um instituto processual que permite às partes negociarem o próprio procedimento de seus processos. Retomando-se a concepção da vida líquida de Bauman³², o aparecimento de um instituto nos moldes dos negócios jurídicos se dá para inexistência de uma solidez binária da sociedade. Ademais, veja-se que, dada a flexibilização da vida (leia-se: complexidade), é necessário que o processo se desapegue daquela concepção rígida de que os problemas sociais poderiam ser resolvidos somente nos moldes das disposições do Código de Processo Civil de 2015. Ao fim, segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva³³, o próprio processo, neste estágio que se mostra líquido, é uma resposta à insuficiência daquele racionalismo simplista do processo moderno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode obstar, ainda que nesta altura deste estudo, a importância do processo à sociedade; afinal, esta sem aquele seria a pró-

Uma última advertência é necessária: semelhante ao fato de ambos os casos relatados causarem estranheza, nada impede que no futuro o caso da cadela Kimi venha a ser igualmente estranho

pria definição de caos. Ademais, se se quer uma harmonia social por meio de um sistema jurídico, é o processo que evitará a barbárie e proporcionará a pacificação. Ciente do ora afirmado, quanto maior for a aderência do processo às peculiaridades da sociedade, maior será a chance de êxito em sua tarefa social. Eis, portanto, e novamente, o porquê de o processo estar umbilicalmente ligado à cultura. Nesse sentido, quando se observou neste estudo, com base em casos específicos, as distintas manifestações do processo (Saint-Julien, Coire e a cadela “Kimi”), o que se pode ver é justamente o desenho do processo a partir da forma de uma manifestação cultural específica. Aqui está o REsp 1.713.167. Veja-se que a disputa judicial pelo direito de visitas de “Kimi”, a cadela da raça Yorkshire, demonstra que a realidade cultural brasileira caminha para o sentido apontado por Zygmunt Bauman: de uma cultura líquida. Entretanto, nada possibilita interpretar essas reflexões acerca de uma realidade cultural líquida brasileira em um caminho pejorativo. Aliás, a questão é justamente oposta, afinal, o que se pode evidenciar com tudo isso é, senão, a partir da concepção de complexidade de Ernildo Stein, que, indiretamente, a complexidade retoma aos olhares das sociedades, de modo a romper-se com aquele binarismo simplista sentido em René Descartes. Assim como o caso do REsp 1.713.167, haverá tantos outros, os quais apenas confirmarão que ocorreu uma ressignificação

do processo: o processo brasileiro tornou-se líquido.

Pode-se afirmar, assim, que, dentre tantas outras, se está diante da ressignificação da fusão, afinal, de igual forma à química, o que se pode observar é a passagem de um processo sólido, altamente rígido e binário, para o líquido, o qual deve ser compreendido como um processo complexo. Tal complexidade, no entanto, não deve estar associada à dificuldade, mas sim à uma operação vasta de interpretações dos sentidos das coisas. Do contrário àquele processo sólido, baseado na modernidade clássica de René Descartes, visível no Decreto 737/1850, e nos códigos de processo civil de 1939 e 1973, a partir das reformas desta última legislação, especialmente com o Código de Processo Civil de 2015, o processo deve ser interpretado como líquido, um processo maleável, pragmaticamente rente às novas peculiaridades sociais, apto a moldar-se conforme as necessidades dos conflitos (seja a forma que estes possuírem) brasileiros. Uma última advertência é necessária: semelhante ao fato de ambos os casos relatados, em Saint-Julien e Coire, causarem, na atualidade, estranheza, nada impede que em um futuro – quiçá não tão distante – o caso da cadela Kimi venha a ser igualmente estranho. Entretanto, dado o rumo que a concepção de processo vem tomando – como observado –, acredita-se que surgirão tantos outros casos similares ao de “Kimi”. ■

NOTAS

1. ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. Porto Alegre: L&PM, 2018.
2. BARRETO, Vicente de Paulo. O paradigma ecológico e a teoria do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. n. 13. p. 227-245. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 230/231.

3. CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito*. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2007. p. 24.
4. RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 232, Ano 39, 2014, p. 13-35. p. 23.
5. CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sergio Arenhart e

Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24-25.
6. LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.
7. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 28-29.
8. RUSSEL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. Trad. Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, livro 2: a filosofia católica.

9. GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 22.
10. HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 42. ed. Trad. Janaina Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 30-33.
11. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 7. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. v. 1: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 304.
12. ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Júlia Francieli N. O.; OLIVEIRA, Bianca Neves de. *Afetividade no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 115.
13. DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016. p. 20-21.
14. DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. 2. ed. Trad. Alan Neil Ditchfield. Petrópolis: Vozes, 2011.
15. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012.
16. BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil; Processo de Conhecimento; Procedimento Comum.
18. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Giuseppe Chiovenda: vida e obra; contribuições para o estudo do processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2018.
19. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928.
20. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A função social do processo*. p. 415-432. In: _____. *Ensaios e artigos*. Salvador: Juspodvm, 2016. v. 2.
21. CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 35, n. 4, p. 539-550, 1960.
22. GIORDANI, Mario Curtis. *História do século XX*. Aparecida: Ideias & Letras, 2012.
23. GILBERT, Martin. *A história do século XX*. 2. ed. Trad. Carolina Barcellos e Ebreia de Castro Alves. São Paulo: Crítica, 2016.
24. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015. p. 11/12.
25. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
26. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
27. BAUMAN, Zygmunt; LEONCINI, Thomas. *Nascidos em tempos líquidos: transformações no terceiro milênio*. Trad. Joana Angélica D'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
28. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
29. BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
30. BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2. ed. rev. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
31. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
32. BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2. ed. rev. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
33. BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. Porto Alegre: L&PM, 2018.
- BARRETO, Vicente de Paulo. O paradigma ecológico e a teoria do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. n. 13. p. 227-245. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2. ed. rev. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt; LEONCINI, Thomas. *Nascidos em tempos líquidos: transformações no terceiro milênio*. Trad. Joana Angélica D'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A função social do processo*. p. 415-432. In: _____. *Ensaios e artigos*. Salvador: Juspodvm, 2016. v. 2.
- CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 35, n. 4, p. 539-550, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito*. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2007.
- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Giuseppe Chiovenda: vida e obra; contribuições para o estudo do processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2018.
- DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. 2. ed. Trad. Alan Neil Ditchfield. Petrópolis: Vozes, 2011.
- DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 7. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GILBERT, Martin. *A história do século XX*. 2. ed. Trad. Carolina Barcellos e Ebreia de Castro Alves. São Paulo: Crítica, 2016.
- GIORDANI, Mario Curtis. *História do século XX*. Aparecida: Ideias & Letras, 2012.
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 42. ed. Trad. Janaina Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2019.
- KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 232, ano 39, 2014, p. 13-35.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Júlia Francieli N. O.; OLIVEIRA, Bianca Neves de. *Afetividade no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2018.
- RUSSEL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. Trad. Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, livro 2: a filosofia católica.
- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. 1.713.167 SP 2017/0239804-9. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJ: 19 jun. 2018. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1713167_04519.pdf?Signature=6Vz2lJ%2FM4Bzdeh%2FxtutJ0kF53gRo%3D&Expires=1562560164&AW5AccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e772f9f8d3380e42de1850485acaa424. Acesso em: 11 jul. 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil; Processo de Conhecimento; Procedimento Comum.

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: Zygmunt Bauman e o Processo Civil brasileiro. **Title:** *Zygmunt Bauman and the Brazilian Civil Procedure*. **Autor:** **Guilherme Christen Möller**. Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Autor de livros e de mais de duas dezenas de artigos científicos relacionados ao Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Advogado (OAB/SC 51.682) e consultor jurídico. **Resumo:** O julgamento de processos no Brasil não é uma atividade anormal. Pelo contrário, dado o alto fluxo do ajuizamento de novas ações, é mais do que normal esperar que inúmeros processos sejam julgados diariamente. A modernidade clássica era caracterizada pela transição do paradigma cultural valorativo da fé religiosa para a razão humana. Tratou-se de uma completa inversão paradigmática dos pressupostos intrínsecos na cultura da Idade Média. Já o filósofo Zygmunt Bauman destaca que, diferentemente daquela concepção sólida da modernidade, hoje não é mais possível contar com previsibilidade, estabilidade, rigidez ou solidez nas estruturas da sociedade, afinal, é como se aquele sólido visível no clássico não mais fosse palpável, de modo a tornar-se líquido e permeável pontos que, anteriormente, eram inacessíveis. **Abstract:** *The prosecution of proceedings in Brazil is not an abnormal activity. On the contrary, given the high flow of new lawsuits, it is more than normal to expect numerous cases to be tried daily. Classical modernity was characterized by the transition from the valuing cultural paradigm of religious faith to human reason. It was a complete paradigmatic reversal of the intrinsic assumptions in the culture of the Middle Ages. Already the philosopher Zygmunt Bauman points out that, unlike that solid conception of modernity, today it is no longer possible to rely on predictability, stability, rigidity or solidity in the structures of society, after all, it is as if that solid visible in the classic was no longer palpable. to become liquid and permeate points that were previously inaccessible.* **Data de recebimento:** **Data de aprovação:** 09.10.2019. **Fonte:** **Revista Bonijuris**, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 80-91, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).



Especialistas em Direito Imobiliário, Notarial e Registral.

ADVOGADOS:

Paulo Habith
OAB/PR 71.546**Edna Maria Stroka**
OAB/PR 17.156**Elizabeth Amadei Araujo**
OAB/PR 85.146**Stephanie Camargo Stanchak**
OAB/PR 84.301Avenida João Gualberto, 1881 | Conj. 607/608 - CEP: 80030-001 | Curitiba - Paraná
Fone: (41) 3121-1226 Cel.: (41) 98871-9150

CNPJ: 22.003.200/0001-30 | OAB-PR 04089 | phabithadvogados@gmail.com

Cariane Roberta da Silva ACADÊMICA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO OESTE-SC
Camila Nunes Pannain PROFESSORA DA UNIVERSIDADE DO OESTE-SC

POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTES

COM BASE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, É PLAUSÍVEL A CONCLUSÃO DE QUE ESTA ALTERNATIVA ESTÁ INSERIDA NOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O avanço na biomedicina proporcionou a fertilização *in vitro* e, decorrente disso, mulheres que antes não conseguiriam alcançar a maternidade hoje são mães.

Avançando ainda mais, foram desenvolvidos métodos por meio dos quais mulheres poderão se tornar mães sem a necessidade de formar um relacionamento entre duas pessoas de gêneros diferentes, homem e mulher, ou, ainda, poderão ter filhos com parceiros biologicamente incompatíveis, visto que a possibilidade de adotar um embrião soluciona, além destes, vários problemas, criando a chance de formar uma família e proteger a vida de um embrião. Trata-se de direitos fundamentais garantindo a liberdade pela qual a Constituição Federal brasileira tanto preza. Quando se fala em direito, não é possível não pensar na proteção aos direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a família, considerada a base da sociedade. Nesse contexto, este artigo aborda, além dos itens supramencionados, os direitos inerentes ao embrião, a personalidade jurídica e a possibilidade de adoção dos embriões

excedentes, sendo estes os embriões que não foram implantados no útero materno.

O direito de constituir família é o ideal de muitos homens e mulheres. Decorrente deste, surge o sonho da maternidade. Mas há casos em que não é viável a gravidez por métodos naturais, e para que seja possível alcançar a reprodução as famílias se dispõem à realização de métodos não naturais, como a fertilização *in vitro*. Nessa temática nasce a indagação: por que optar por métodos de fertilização em vez da adoção de crianças? A resposta se encontra na carta magna brasileira, na qual é claro o direito que a mulher tem de escolher ser mãe, um direito personalíssimo resguardado pela máxima constitucional, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Em contrapartida, os embriões excedentários têm direito à vida. Com a possibilidade de adoção do embrião excedentário, os dois direitos serão concretizados: o da mulher de ser mãe e o do embrião de viver.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A primazia do direito brasileiro está firmada na Constituição da República Federativa

Kelsen descreve a constituição como a norma que regra a produção de outras normas, sendo chamada de norma superior. Logo, a norma produzida a partir daquela é denominada norma inferior

do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), a qual busca proteger e instituir princípios e valores como pilares para o restante das normas, de modo a impor uma construção da legislação de forma hierárquica e sistematizada. Kelsen (1998, p. 155), em sua *Teoria Pura do Direito*, descreve a constituição como a norma que regra a produção de outras normas, sendo chamada de norma superior. Logo, a norma produzida segundo as determinações daquela é denominada norma inferior.

O autor ainda expressa que a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, lado a lado, mas uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. Dito isso, chega-se à chamada hierarquia da norma, demonstrada na seguinte situação: quando se relaciona a ordem jurídica estadual em relação à carta magna, a constituição representará o escalão de direito positivo mais elevado. Desse modo, a constituição é entendida em um sentido material como a norma positiva ou as normas positivas, e por meio dela é regulada a produção das normas jurídicas gerais.

A teoria de Hans Kelsen demonstra a forma como é interpretada a carta magna brasileira, com a qual o restante das normas devem estar em consonância, pois ela regula a produção das demais normas. Essa relação de produção das normas é chamada pelo doutrinador como “supra-infra-ordenação”, em que a norma que regula a produção é superior e a norma produzida segundo as determinações daquela é inferior.

Reafirmando tal posicionamento, doutrinadores como Perlingieri (2008, p. 35) e Amaral (2003, p. 86) expõem que hoje as normas não possuem a mesma força, mas são dotadas de hierarquia, sendo esta visível na separação das normas em constitucionais e infraconstitucionais, visto que as constitucionais são as superiores, representando, assim, o pacto de

convivência entre indivíduos em sociedade. As normas e os valores fundamentais devem guiar a aplicação de toda e qualquer norma inferior.

As leis são desenvolvidas de acordo com imposição legal da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sobrevivendo dela o Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), segundo o qual os princípios fundamentais são as linhas mestras da norma. Conforme Perlingieri (2008, p. 35) e Amaral (2003, p. 86), a constituição incorporou os valores, princípios e instituições básicos do direito civil, como a liberdade, a segurança, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa de propriedade, o direito de herança e a proteção à família, institutos esses dotados da própria natureza constitucional, que atribui a eles a eficácia imediata e direta.

1.1. Direito à vida e a dignidade da pessoa humana

Ao analisar a evolução histórica do tratamento filosófico e jurídico da pessoa humana, vê-se que as concepções colocaram o ser humano como razão do Estado e do direito, fazendo com que cada homem seja considerado o fim em si mesmo, e não um meio. Assim, chega-se ao entendimento de que a sociedade está para o homem, e não o contrário (OTERO, 2009, p. 359). Daí surge a necessidade de proteger a vida e a dignidade da pessoa humana, para que seja possível viver em sociedade.

Em decorrência dos avanços históricos, o direito à vida foi inserido como o primeiro dos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conforme expressa Mendes (2015, p. 256) ao dissertar sobre os direitos fundamentais em espécie, a existência humana é o pressuposto fundamental de todos os demais direitos e liberdades dispostos na constituição, e o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte, pois não faria sentido proteger qualquer outro direito se, an-

O legislador instituiu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 a proteção à vida humana, descrevendo que todos os cidadãos são iguais perante a lei, sem nenhum tipo de distinção

tes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. Desse modo, é perceptível que o peso abstrato do direito à vida é superior a todos os outros interesses.

Confirmando a importância de proteger a vida, o legislador instituiu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 a proteção à vida humana, descrevendo que todos os cidadãos são iguais perante a lei, sem nenhum tipo de distinção, devendo ser garantida a todos os brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ao incluir a proteção à vida em um dispositivo legal, o legislador declara a relevância desse direito e ainda aumenta seu valor ao protegê-lo por meio da carta magna, a qual, como dito, norteia a produção das demais normas, tornando este o primeiro dos valores básicos. Ainda, declara junto à norma supracitada o dever do Estado de agir para preservar a vida humana. Tal proteção tem fundamentação em tratados internacionais dos quais o Brasil é membro, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, de 1969), que, em seu artigo 4º, impõe que toda pessoa tem o direito de que se respeite a vida e acrescenta que o direito à vida deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção, além de instituir que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Nesse prisma, há o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, que expõe em seus artigos que o direito à vida é inerente à pessoa humana e deverá ser protegido pela lei, de modo que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

O direito à vida é garantia de todos, sem distinção, e sua proteção se inicia com o início da vida, que ocorre, segundo Moraes (2008, p. 34), do ponto de vista biológico, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando em um ovo ou zigoto. Ainda, o autor adverte que

o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe.

Tão fundamental é a proteção à vida que atentados contra ela são punidos criminalmente, e ainda, se na forma dolosa, são sujeitos ao processo penal por meio do tribunal do júri. Lenza (2017, p. 1.112) escreveu que o direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto ou privado da vida – e daí surge o código penal para penalizar condutas contra a vida humana e confirmar a impossibilidade de adesão à legalização da pena de morte – quanto o direito a ter uma vida digna. Dessa forma, a lei pune rigorosamente atentados contra vida, pois ninguém deverá ser privado do direito de viver, e o Estado busca cumprir o seu dever de proteção a esse bem jurídico tutelado na norma constitucional e penal brasileira.

Diante da proteção ao direito à vida está o direito a uma vida digna, e dignidade significa, conforme Delpérée (1999, p. 159), o respeito que merece o homem, possuindo mérito primordial, não sendo esta reclamada nem sendo sujeita à negociação, mas devendo ser imposta de forma absoluta para poder efetivar uma vida digna. Assim, surge o direito à dignidade da pessoa humana, direito esse positivado pelo artigo 1º da CF/88, que descreve que a República Federativa do Brasil possui como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, entre outros. Demonstrando a importância de proteção à dignidade da pessoa humana, da mesma forma que ao direito à vida, este é regido igualmente pela CF e por convenções internacionais, direito esse que também é inerente a todas as pessoas, sem distinções, e é descrito como um valor moral que se manifesta na forma de princípio jurídico constitucional.

Barroso (2013, p. 286) escreveu que o princípio da dignidade da pessoa humana informa o sentido e o alcance dos direitos constitucionais, além de ser uma boa bússola para alcançar a melhor solução quando há lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas. Ainda, são apresentadas pelo doutrinador características para que a dignidade da pessoa humana seja interpretada da forma mais próxima do seu objetivo, sendo estas: a laicidade – não se pode utilizar uma visão religiosa de dignidade; a neutralidade política – que a dignidade possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas; e, por fim, a universalidade – que a dignidade possa ser compartilhada por toda a família humana.

Ademais, Barroso (2013) aponta que se deve ter a noção de dignidade humana aberta, plástica e plural, e a fim de entender efetivamente o propósito do princípio é necessário compreender três elementos básicos: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário. Essa é uma concepção minimalista, em que a dignidade humana identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, bem como a autonomia de cada indivíduo, limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

Como já explanado, a proteção à vida é a base do ordenamento jurídico, de modo que, seguindo este, se estará respeitando a dignidade da pessoa humana. Nesse prisma, o artigo 5º, inciso III, da CF determina que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, demonstrando, assim, a garantia do princípio em forma de dispositivo legal. Holthe (2009, p. 82) aduz que o artigo em comento proíbe o tratamento do ser humano como “coisa” ou “objeto”, negando-lhe

seu valor intrínseco e sua condição humana. De tal modo, verifica-se que os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana são valores supremos do estado democrático de direito, além de possuírem legitimação do exercício do poder estatal, exigindo a atuação dos poderes públicos e de toda a sociedade, pois é considerado dever de todos respeitar a vida e promover a dignidade humana.

Ao se positivar os direitos fundamentais, ocorreu a incorporação destes na ordem jurídica dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo, visto que não basta somente a positivação, mas se faz necessário demonstrar a dimensão de ser um direito fundamental, colocando-os, assim, como fontes do direito. Deve-se interpretar a dignidade da pessoa humana como base da república, e o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais como base do Estado (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Conforme supracitado, a dignidade da pessoa humana não é apenas mais uma norma, mas, ainda, está enquadrada como princípio e regra fundamental. Assim, atua não somente como norma definidora de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais, possuindo, portanto, dupla função ou multiplicidade de normas em um mesmo dispositivo, de tal modo que além de ser princípio fundamental são impostas condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade (SARLET, 2012, p. 80).

Mediante toda a normatização referente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana estar inserido em um contexto de indivíduo em sociedade, é necessário que em cada caso concreto sejam discutidos vários pontos em relação à individualização do direito e ao âmbito social que irá atingir. É necessário viabilizar a aplicação do direito nas relações privadas, surgindo, então, a análise de julgados nos casos concretos, para comprovar a adequação

O ministro Luís Roberto Barroso, do STF, escreveu que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma boa bússola para alcançar a melhor solução quando há lacunas no ordenamento jurídico

entre a lei e a necessidade do ser humano, já que o homem é o fundamento de princípios e normas, e não o contrário.

1.2. A dignidade da pessoa humana nas relações privadas

O direito positivo brasileiro incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, BRASIL, 1942) a possibilidade de adaptação da lei ao caso concreto conforme o entendimento do julgador, e prevê seu artigo 5º que na aplicação das normas o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Isso posto, verifica-se que, como já explanado, os fins sociais e as exigências do bem comum estão previstos na Constituição Federal e seus princípios, de tal modo que o julgador não poderá agir de acordo com seu livre arbítrio, mas sempre à luz dos direitos e princípios constitucionais.

O direito à dignidade da pessoa humana tem sido a discussão principal em vários julgados de diversos assuntos em relações privadas, sendo citadas as seguintes como exemplos: Ação de Inconstitucionalidade 4.277/DF¹, que se refere à união homoafetiva, na qual a decisão foi unânime ao admitir a união como entidade familiar, e o relator, ministro Ayres de Brito, acentuou que a preferência sexual se liga diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a pessoa somente pode se realizar e ser feliz vivendo a preferência sexual que deseja. Nesse caso, o homossexual vivendo nessa opção, tanto como o heterossexual só viverá feliz nessa condição (BRASIL, 2011a).

Outro julgado pelo STF que discutiu amplamente o princípio da dignidade da pessoa humana foi em relação à pesquisa científica com células-tronco, a qual foi admitida, com base no entendimento de que a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), conforme relatou o então ministro Ayres de Brito, objetiva contribuir para a busca de cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida do indivíduo e sua família.

Há, ainda, várias outras relações privadas nas quais as decisões se baseiam na dignidade da pessoa humana como, por exemplo, a autorização da prisão do depositário infiel e a relação obrigacional discutida no Recurso Extraordinário 349.703-1/RS (BRASIL, 2009); a questão familiar sobre a situação de filiação socioafetiva, que foi discutida no Recurso Especial 833.712-RS (BRASIL, 2007); e a análise do referido princípio na responsabilidade civil, referente a danos morais e violação do direito de personalidade, no Recurso Especial 1.259.460/SP (BRASIL, 2012).

Portanto, nota-se que o princípio da dignidade está amplamente imbricado nas relações privadas e, conforme o desenvolvimento social, tem servido para adaptação de novas normas com o intuito de proteger o direito do ser humano, de tal modo que os julgadores se têm valido dele para garantir o cumprimento dos preceitos fundamentais baseando-se na autorização da LINDB, como citado anteriormente.

A família é uma instituição fundamental para o pleno desenvolvimento do indivíduo, por isso recebeu da CF proteção especial

1.3. Direito de constituir família

A família é uma instituição fundamental para o pleno desenvolvimento do indivíduo, e em razão de sua importância,

recebeu da constituição uma proteção especial, tendo sido reconhecida como base da sociedade civil (art. 226 da CF/1988).

Tepedino (2008, p. 20) assevera que não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. Assim, o direito de família é determinado como um direito personalíssimo, aderindo indelevelmente à personalidade de seus membros em virtude da posição que ocupam na família durante toda a vida.

Dias (2015, p. 62) descreve o direito de família como o mais humano de todos os direitos, pois a família acolhe o ser humano desde antes de seu nascimento, zelando por ele durante a vida e cuidando de suas coisas até após a sua morte. A autora expõe que a família procura dar ao ser humano segurança, além

de assumir o compromisso de garantir a dignidade do indivíduo, regulando, ainda, seus laços amorosos para além da relação familiar. Decorrente disso, o Estado possui o compromisso de proteger a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações.

A CF não limitou sua formação a casais heteroafetivos, mas há a necessidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias diferentes do casamento civil, citado no artigo 226 da CF. Dessa forma, o STF (ADI 4.277 e ADPF 132)² reconheceu a qualquer pessoa o direito fundamental à orientação sexual, determinando, assim, a plena legitimidade jurídica da união homoafetiva como entidade familiar. Assim, as uniões homoafetivas serão regidas pelo mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto.

Masson (2015, p. 1275) aduz que o termo “família” designa uma instituição privada, voluntariamente construída por pessoas adultas, pouco importando se a constituição da relação foi formal ou informal, ou se envolveu casais heteroafetivos ou homoafetivos. A autora expõe que a família pode ser de três

espécies: a família formal ou matrimonial (demonstrada no art. 226, §§ 1º e 2º, da CF), na qual ocorre a união entre o homem e a mulher e é firmada em casamento civil ou religioso, com efeito civil; a família informal (presente no art. 226, § 3º, da CF), decorrente da união estável entre um homem e uma mulher ou entre pessoas do mesmo sexo; e, por fim, a família monoparental (expressa no art. 226, § 4º), cuja formação ocorre entre um dos pais e seus descendentes.

O conceito atual de família, segundo Dias (2015, p. 68-9 e 132), é família-instrumento, que existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes quanto para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, o dever do Estado de proteger tal instituição. Esse dever do Estado engloba o interesse público a nominar determinadas ações, com o intuito de preservar, alterar ou reconhecer o estado familiar a alguém.

Conclui-se que a carta magna, ao instituir os princípios fundamentais, declara que toda pessoa tem o direito inafastável de constituir uma família, não sendo relevante sua orientação sexual ou identidade de gênero. Ao demonstrar as espécies de famílias, percebe-se que as necessidades das pessoas é que embasam a norma jurídica, a vida em sociedade é o que produz o ordenamento jurídico. Assim, surge a possibilidade de reconhecer o embrião como pessoa de direitos, instituindo a este personalidade jurídica, podendo ser doado para a formação de família, honrando os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana.

1.4. Personalidade jurídica: direitos do embrião e do nascituro

O Código Civil de 2002, em seu artigo 11, determina que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, pois adota a teoria dos direitos da personalidade, os quais, segundo Assis Neto (2015, p. 149), derivam da relação da pessoa consigo mesmo, ou seja, daqueles bens que o cidadão guarda dentro do seu corpo e intelecto (direitos

à integridade física e psíquica) e que formam a sua personalidade e, portanto, são relacionados aos bens que existem apenas no interior da pessoa, como a honra, a intimidade e a dignidade. Muitos desses bens, no entanto, embora de origem interna, têm reflexos externos, como o nome, a imagem, o crédito. Assim, os direitos de personalidade formam uma categoria de direito individual, indisponível e inalienável, essencial ao desenvolvimento da pessoa humana, da qual não se transfere.

Diniz (2008, p. 117) reconhece nos direitos de personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, que consiste em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas

Nos direitos da personalidade, a pessoa é, a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo

graves que possam advir com o progresso tecnológico, conciliando a liberdade individual e a social.

Nos direitos da personalidade, a pessoa é, a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo. Daí dizer que esses direitos são oponíveis *erga omnes* (e, portanto, devem ser respeitados por todos os integrantes da coletividade). Trata-se de relação de exclusão, que impõe a todos a observância e o respeito a cada pessoa, em seus componentes citados, sob pena de sancionamento pelo ordenamento jurídico (BITTAR, 2001, p. 10).

Bittar (2001, p. 30) explica ainda que nos direitos da pessoa formam-se, por outro lado, diversas e distintas relações jurídicas, conforme o prisma de análise, como relações com o estado, com a família e com a sociedade.

Conforme Assis (2015, p. 150), o Código Civil aborda questões como as características dos direitos da personalidade, sua proteção preventiva e repressiva e determinações especiais sobre os direitos à integridade física, ao nome, à imagem, a escritos, palavras e vida privada. Cupis (1961, p. 18) escreveu que os direitos da personalidade constituem a medula da personalidade, sem os quais os direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale dizer que se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.

Decorrente dos direitos constitucionais e dos direitos da personalidade está presente novamente o direito à vida, que de modo científico começa muito antes do nascimento ou da expulsão do ventre materno. Segundo Assis (2015, p. 107), do ponto de vista biológico, qualquer célula é uma porção de matéria viva; assim, considera-se a vida a partir da junção dos gametas, da qual resulta a formação do embrião humano.

Tartuce (2013, p. 118-9) explica que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos

a condição, termo ou encargo, porque isso seria dizer que são direitos eventuais, sob condição suspensiva, ou seja, mera expectativa de direitos, sendo adepto, portanto, à teoria da personalidade condicional. Com base na teoria da personalidade condicional deu-se ao nascituro a condição de pessoa humana, mas, contrariando o doutrinador, este possui direitos condicionados ao nascimento com vida, tornando, segundo o autor, a teoria da personalidade condicional essencialmente natalista. Em crítica a tal concepção da personalidade jurídica, Tartuce (2014) esclarece que, do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os direitos fundamentais relacionados à sua personalidade, como no caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, tal teoria esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Ainda, afirma o autor que essa negativa de direito é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Ao refletir acerca dos direitos do embrião, é necessário relacioná-lo ao nascituro, sendo que ao nascituro é concedido, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos à personalidade, e ao embrião, ainda não. O nascituro é considerado ser concebido e nidado, sendo sinônimo de feto, já o embrião é visto como ser concebido e vivo, ambos possuindo carga genética própria, diferindo somente um do outro pelo fato de o embrião ainda não ser nidado. O fato de entender que a proteção ao nascituro alcança o embrião quer dizer que ambos possuem capacidade de direito, ambos possuem personalidade (MIRANDA, 2015, p. 115).

Para que seja possível relacionar o nascituro (feto) e o embrião, é preciso conceituar o embrião, visto que não há tal conceito no ordenamento jurídico. Assim, para conceituá-

Do ponto de vista jurídico, o embrião não é considerado ser humano e, por isso, não possui direito à proteção da vida. Assim, inicia-se a discussão sobre se o embrião é *res* (coisa) ou não

-lo parte-se da biologia. Garcia (2006, p. 118), doutor em biologia, explana que um embrião é um ser humano, um ser que se desenvolverá por toda a vida, se provido de nutrientes e ambientes adequados. Barchifontaine (2010, p. 14) discorreu acerca do início da vida humana, determinando que, na visão genética, a vida humana começa na fertilização, quando o espermatozoide e o óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim, cria-se um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro, sendo esta a opinião também da Igreja Católica.

A fecundação produzida com material genético pode ou não gerar embriões excedentários, sendo estes os embriões não implantados que serão congelados ou deixados para pesquisas de células-tronco. Após cinco anos congelados, os embriões são descartados, tornando-se lixo biológico. Esse último destino dado ao embrião demonstra claramente que o ordenamento jurídico atual caracteriza o embrião como coisa, e não pessoa, contrariando o direito à preservação da vida humana. Portanto, admite-se a terminologia embrião para se referir àqueles seres advindos da fecundação entre óvulo e espermatozoide, também considerados os embriões excedentários, resultantes da fertilização *in vitro* (ATLAN, 2006, p. 54).

A diferença entre fertilização *in vitro* e inseminação artificial está no método aplicado para a fecundação: a primeira se refere ao método de retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com o sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra mulher; já no segundo se processa a fecundação *in vivo*, ou seja, há inoculação do sêmen na mulher sem que haja qualquer manipulação externa do óvulo ou embrião (DINIZ, 2007, p. 569).

Anteriormente foi conceituado embrião com base na visão da biologia, verificando-se

que o embrião possui personalidade jurídica, pois está demonstrado que possui vida humana. Mas, ao contrário do que foi elencado anteriormente, do ponto de vista jurídico, o embrião não é considerado ser humano e, por isso, não possui direito à proteção da vida. Assim, inicia-se a discussão sobre se o embrião é *res* (coisa) ou não. Quando se discute acerca da natureza jurídica do embrião, surgem vários pontos a analisar. Assim, dentre vários julgados cita-se a ADI 3.510-DF, na qual o ministro Ayres Brito se posicionou abrindo efetivamente a discussão sobre o embrião não ser considerado coisa:

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

O embrião, portanto, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não é coisa, mas uma expectativa de pessoa que pode se revelar viável ou não. Assim, as considerações jurídicas acerca do embrião vêm se avolumando, mais e mais, em razão da adoção cada vez mais frequente das técnicas médicas de reprodução assistida, dado que, em virtude das circunstâncias da vida moderna, várias pessoas têm manifestado dificuldades de concepção natural (ASSIS, 2015, p. 108).

Abre-se a explanação acerca dos direitos do embrião com a primazia do direito constitucional brasileiro, o direito à vida, garantido por seu próprio fundamento, o qual se estende ao nascituro

Amaral (2003, p. 262-3) pondera que a vida é um processo contínuo de desenvolvimento protegido pelo direito constitucional, iniciando-se com a fecundação do óvulo, e que o embrião humano é o início desse processo, deve-se considerá-lo ser humano em potência e, como tal, revestido da dignidade própria da pessoa humana. Não é um simples conjunto de células; é o começo de uma vida, início de uma pessoa humana. Portanto, o embrião possui, do ponto de vista doutrinário, os direitos inerentes a qualquer ser humano, devendo, assim, ter seus direitos tutelados pelo Estado, como já ocorre com o nascituro. Conforme mencionado no julgado do STF acima, a visão acerca dos direitos que cabem ao embrião vem sofrendo avanços, pois este, segundo a corte suprema, já não é mais considerado coisa.

1.4.1. Direitos do embrião

Abre-se a explanação acerca dos direitos do embrião com a primazia do direito constitucional brasileiro, o direito à vida, garantido por seu próprio fundamento, o qual se estende ao nascituro, como já observado, e também ao embrião. O direito à vida é um direito da personalidade, não sendo necessário nascer para adquiri-lo, não sendo o nascimento uma condição para que a personalidade se inicie, mas para que se consolide (AMARAL, 2003, p. 262-3). Diniz (2008, p. 198) acrescenta que na vida intrauterina tem o nascituro e na extrauterina (porque ainda não fixado na parede do útero) tem o embrião direito à vida, possuindo ambos personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto que ambos possuem carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*.

Além do direito à vida, o embrião possui direito à filiação, que consiste na relação de parentesco consanguíneo ou civil existente entre pais e filhos. O artigo 1.593 do Código Civil dispõe que a relação de parentesco é natural

ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem. Segundo Miranda (2015, p. 129), a outra origem permite que se interprete a filiação por meio de técnicas de reprodução assistida. Tal tema já foi amplamente discutido pelo direito civil brasileiro, de tal forma que na I Jornada de Direito Civil de 2002, no Enunciado 103, foi determinando que da expressão “outra origem” surge o entendimento de que o parentesco civil vai além daquele decorrente da adoção, acolhendo também o parentesco civil proveniente das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai ou à mãe que não contribuiu com seu material genético.

Desse modo, fica caracterizado o fato de que a proteção do nascituro deve também alcançar o embrião, pois ambos possuem direito à vida e direito ao respeito à dignidade e à filiação, que conseqüentemente garantem o direito ao não abandono, ainda que ambos se encontrem em situações diferentes (MIRANDA, 2015, p. 133).

2. DOAÇÃO OU ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro não concede personalidade jurídica ao embrião. Dessa forma, os embriões excedentários, quando autorizado pelo casal, podem ser doados. Para regulamentar a doação de embriões, desenvolveu-se a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (1992), que impõe as seguintes regras para a doação:

1. A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial;
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa;
3. Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por moti-

vação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador;

4. As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores;
5. Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes;
6. A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora;
7. Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

Com a normatização do procedimento de doação de embriões, fica claro o entendimento de que o embrião ainda é considerado coisa, e a resolução supracitada busca preservar, em suma, os doadores, e não a vida do embrião.

Ao buscar a normatização da adoção de embriões, além dos direitos inerentes ao embrião realizar a garantia do direito de gestação de uma mulher, para quem, segundo Flávia Piovesan (2018), há tratados internacionais, como a Conferência de Cairo (1994), que trazem o entendimento de que as mulheres possuem o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e res-

ponsabilidades reprodutivas. Concordando com esse pensamento, Barboza (2009, p. 269) reconhece o direito humano à escolha reprodutiva, sendo esta uma opção pessoal e absolutamente fundamental inerente à pessoa. A autora insere ainda nesse direito a escolha de como reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial.

Ramírez-Gálvez (2011, p. 577), ao explanar acerca da maternidade e da adoção de embriões, defende que os desenvolvimentos tecnológicos na reprodução humana permitem a possibilidade de adoção em estágios primários de reprodução, sendo possível a mulher vivenciar o estado de gestante, visto que na adoção de crianças e adolescentes não é possível viver tal experiência, posto ainda que somente as mulheres possuem todas as condições para gerar a vida humana por meio da gestação.

Para que seja possível evidenciar a possibilidade legal de adoção de embriões, é necessário demonstrar a importância do reconhecimento do embrião como pessoa, conforme citado anteriormente. Com base nesse entendimento, de que o embrião é uma pessoa, torna-se viável o estudo acerca da regulamentação da adoção de embriões em substituição à doação, na qual irá se embasar a próxima seção.

2.1. Possibilidade de adoção de embrião e suas consequências: aplicação da norma vigente

Atualmente a legislação brasileira não faz menção alguma à possibilidade de adoção de embriões, bem como não cita nada em relação ao nascituro. Da mesma forma que não há regulamentação legal, não há proibição para que seja realizado o procedimento de adoção de nascituros e embriões. Vários doutrinadores defendem a possibilidade de adoção do nascituro, como, por exemplo, Lôbo (2011, p. 274), que julga não haver impedimento legal para a adoção de nascituro, pois todos os di-

Com a normatização do procedimento de doação de embriões, fica claro o entendimento de que o embrião ainda é considerado coisa e a resolução busca preservar os doadores e não a vida do embrião

reitos da futura pessoa estão reservados, caso o feto nasça com vida, inclusive o de ser adotado. Dessa forma, o autor diz que a adoção pode ser deferida pelo juiz, ficando suspensa até que se confirme o nascimento com vida, quando produzirá todos os seus efeitos. Para o autor, essa solução contemplaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, assegurando uma família para a futura criança quando a gestante não deseje assumir a maternidade.

Como amplamente analisado neste artigo, a adoção do nascituro e do embrião busca que os direitos inerentes à pessoa humana sejam estendidos ao ser humano ainda não nascido, pois, para o presente estudo, ambos são considerados pessoa, e, por isso, as normas devem alcançá-los. Para tanto, é necessário adaptar o caso concreto dos direitos do nascituro e do embrião à norma já vigente. Assim, inicia-se analisando a normatização do direito da criança e do adolescente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Para garantir os direitos das crianças e adolescentes, o ECA, em seu artigo 4º, prevê como prioridade absoluta a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária, entre outros. O estatuto busca de forma tão efetiva esses direitos que inclui punição na forma da lei a qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais elencados. Para Miranda (2015, p. 147-8), não há dúvidas de que os comandos apontados têm aplicação irrestrita para os nascituros e embriões, comprovando tal pensamento o fato de que as gestantes são vinculadas ao tratamento pré-natal e perinatal, e ainda, o dever do Estado em garantir alimentos e acompanhamento médico à gestante, previsto no § 3º do artigo 8º do ECA.

O procedimento de adoção do embrião, de forma análoga, deve ser abrangido pelas normas inerentes à adoção de crianças e adolescentes, que, conforme expresso no artigo 1.618 do Código Civil, será efetivada nos termos do

ECA, no qual estão previstas a partir do artigo 39 as regras acerca da adoção e seus efeitos, tanto para a criança quanto para os pais. Dentro dessas regras estão inseridos direitos sucessórios, responsabilidade dos pais pela criança, devendo a esta zelo, segurança, carinho, alimentação, entre todos os direitos já citados neste artigo. Há algumas ressalvas acerca da diferença no procedimento, visto que na adoção de embrião não haveria o prazo de adaptação, pois este estará sendo gestado pela adotante, e, ainda, haveria sigilo total acerca dos doadores do embrião, não tendo estes dever nenhum em relação ao embrião adotado.

É necessário expor acerca da viabilidade de escolha do pré-embrião. Tal ação tem como objetivo principal favorecer maior semelhança do adotado com a família adotante, garantindo entre as partes a maior semelhança fenotípica e imunológica, e a máxima possibilidade de compatibilidade entre o embrião e a receptora. Conforme Diniz (2007, p. 595), será lícita a análise molecular do genoma humano para sequenciação total ou mapeamento genético com a finalidade de identificar a função dos genes presentes no

cromossomo humano, atendendo, assim, a um programa específico em saúde e diagnósticos genéticos que asseguram o direito à identidade, evitando conflitos relativos à filiação e desenvolvendo, desse modo, laços parentais com bases técnicas de identificação pessoal por meio de DNA. Assim, entende-se ser ilícita a aplicação de mapeamento genético a fim de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Portanto, é viável a escolha de características em relação à raça e outras que possam influenciar na semelhança entre adotante e adotado. Contudo, tais características não deverão causar a manipulação genética do embrião, pois a finalidade da escolha do pré-embrião é garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, evitando a potencialidade de atentados a esses direitos.

O procedimento de adoção do embrião deve ser abrangido pelas normas inerentes à adoção de crianças e adolescentes

A doutrina pugna acerca dos possíveis efeitos que poderão surgir da adoção de embriões excedentes, como a possibilidade de o embrião conhecer os pais biológicos, de pleitear alimentos ou até mesmo em relação a direitos patrimoniais relativos à sucessão. Desse modo, inicia-se a análise do que se torna mais viável em relação às possíveis consequências da adoção do embrião.

Sobre a possibilidade de o adotado conhecer os pais biológicos, têm-se que é, em princípio inviável, pois é garantido o sigilo entre doadores e receptores; o artigo 21 da V Jornada de Direito Civil expõe que as informações genéticas pertencem à vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram o armazenamento, registro e uso do embrião, salvo se houver expressa autorização do titular das informações (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). Tal afirmação confirma o pensamento de que o titular do material genético tem o direito de manter resguardada sua identidade, respeitando sua intimidade. Ainda, o fato de que conforme o artigo 1.626 do Enunciado 111 do Conselho de Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil, não há vínculo algum de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante, por isso não se encontra razão para que seja possível o adotado conhecer os doadores do material genético.

Em relação à filiação, acerca de ter o doador do material genético relação de parentesco de pais e filhos para com o embrião, tem-se o mesmo posicionamento da questão anterior, pois se afirma que não há parentalidade entre as partes, não havendo, portanto, a obrigação alimentar do doador com o embrião. São reconhecidos civilmente como pais somente os adotantes. Partindo do pensamento de que não há parentesco, não há que se falar em obrigação entre doadores e o embrião, incluindo, dessa forma, os direitos sucessórios.

Tartuce (2015, p. 379) confirma tal pensamento expondo que, conforme artigo 41 do ECA, a adoção atribui a condição de filho ao

adotado, com os mesmo direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes. Portanto, não há vínculo civil entre doadores e o embrião, sendo os adotantes plenamente responsáveis pelo filho adotado, sendo concedido ao filho todos os direitos civis inerentes à sucessão, alimentos, entre tantos outros direitos inerentes à relação parental de pais e filhos.

2.2. Adoção de embriões: casos reais

O casal Célio e Janaína buscou por cerca de dez anos ter um filho, passando por diversas clínicas de medicina reprodutiva, tentando vários tratamentos, sem sucesso. Prestes a desistir, encontraram uma alternativa: adotar um embrião. “Queríamos ter uma família”, conta Janaína. E conseguiram. Ela deu à luz uma menina, hoje com seis anos. Satisfeito, o casal não hesitou: adotou outro embrião e teve mais uma garotinha, de cinco anos. O casal receptor arcou com os custos da implantação do embrião (cerca de R\$ 5 mil). Para que a doação fosse efetuada, foram aplicados outros procedimentos. “Investigamos se há defeito genético na família do doador e, portanto, risco de

comprometer o bebê”, garante o especialista Eduardo Motta, de São Paulo. Se houver problema, o processo é interrompido (ADOTEI..., 2016).

Outro caso ocorreu no Tennessee (EUA). Emma nasceu no dia 25 de novembro de 2017, e seu caso ficou conhecido mundialmente porque o feto que deu origem a ela ficou armazenado desde outubro de 1992, ou seja, ficou 24 anos no “freezer”. À CNN, Tina declarou que só queria ter um filho e o marido, Benjamin, tem fibrose cística, uma doença que tem como seqüela comum a infertilidade. Casados havia sete anos, os dois estavam decididos a adotar, até que o pai de Tina contou a ela sobre uma reportagem que havia visto na televisão sobre adoção de embriões. A partir de então, começaram o tratamento. A mãe passou por uma série de exames para garantir que o útero teria condições de receber a implantação. O embrião que deu origem a Emma foi recebido por Tina

Partindo do pensamento de que não há parentesco, não há que se falar em obrigação entre doadores e o embrião

junto a outros quatro, todos do mesmo casal doador anônimo. Eles ficaram armazenados em uma reserva destinada justamente a casais com problemas para conceber (VAIANO, 2018).

CONCLUSÃO

Ao passo que a sociedade muda, é preciso que o direito seja adaptado para suprir a necessidade dos indivíduos, inclusive os direitos fundamentais, como ocorreu com a evolução de direitos inerentes ao nascituro. A busca por adaptações aos casais homossexuais, às famílias monoparentais, multiparentais, entre outras, demonstra que as necessidades dos cidadãos é que embasam a norma jurídica. Assim, aceitar que o embrião é uma pessoa, instituindo a ele personalidade jurídica e direitos, como o direito à filiação, está de acordo com todos os direitos fundamentais presentes na CF/88, além de proteger a vida de um ser humano, o embrião, que atualmente é considerado lixo biológico quando excedente, sendo descartado.

A formação de família, a reprodução e a liberdade de poder escolher ser mãe nascem com a possibilidade de adotar um embrião, podendo o Estado garantir aos seus cidadãos de forma efetiva os direitos pelos quais preza a carta magna. O ordenamento jurídico concede determinados direitos e obrigações relativas ao nascituro, mesmo ainda não tendo preenchido o primeiro requisito necessário à existência do homem, o nascimento, mas que desde a concepção já é protegido.

Conforme amplamente citado no transcórter deste artigo, estão protegidos os direitos da personalidade do nascituro e do embrião fertilizado *in vitro*, além de outras leis que aderiram a tal teoria, como a Lei 11.804/08, que se refere aos alimentos gravídicos, e ainda em decisões do Supremo Tribunal Federal que adotaram tal teoria ao conceder ao nascituro indenização por danos morais pela morte do pai, anterior ao nascimento, segundo Recurso Especial 399.028/SP (BRASIL, 2002). Dar ao embrião reconhecimento semelhante ao nascituro é aceitar o entendimento demonstrado pela teoria concepcionista, caracterizando o embrião como ser já concebido e vivo, possuindo, como o nascituro, carga genética própria, ten-

do a proteção dos direitos da personalidade em razão de ser pessoa humana.

Assim, entende-se que a analogia entre a adoção de crianças e adolescentes do ECA e a adoção do embrião é, atualmente, a melhor opção para embasar os procedimentos que deverão ser tomados, visto que a diferença primordial entre adotar crianças e embriões é o fato de que deverá o doador do material genético autorizar a adoção do embrião excedentário. Ademais, deve-se adaptar os adotantes a uma fila de espera, ter análise de condições financeiras e psicológicas, podendo, ao realizar o cadastro para adoção, o adotante optar por cargas genéticas idênticas às suas para amenizar as características biológicas que possam gerar diferenças físicas notórias entre pais e filhos.

Ademais, se a interpretação do direito de família deve ser realizada de acordo com a condição humana de cada ser, deverá ser protegida a vida do embrião, mas também o direito da mulher de ver resguardado o princípio da dignidade da pessoa humana, pela possibilidade de ser mãe. A mulher tem autonomia para decidir sobre a maternidade, sendo os direitos reprodutivos direitos fundamentais, tornando o embrião sujeito passivo do processo de adoção e podendo a mulher optar por adotá-lo.

Portanto, como verificou-se no presente estudo, a legislação brasileira não proíbe que a adoção seja realizada, apesar de não possuir norma em que haja a previsão legal para a realização do procedimento da adoção, sendo possível, então, a realização da adoção de embriões excedentários na mesma forma com que ocorre a adoção de crianças e adolescentes, mas com suas especificidades, observando-se regras que ainda devem ser elaboradas, de *lege ferenda*. Desse modo, a adoção de embriões excedentários parte de direito garantido pela norma maior do direito brasileiro, não havendo norma prevista que vete tal procedimento, restando, assim, somente a necessidade de elaboração de lei específica para a realização de adoção de embrião, que possibilitará de forma específica a adoção, garantindo os direitos elencados na norma maior deste país. ■

NOTAS

1. Ementa: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da

Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. [...] Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (Técnica da "Interpretação Conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. (BRASIL, 2011).

2. Ementa: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discrimi-

nação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétreia. [...] Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família" (BRASIL, 2011b).

REFERÊNCIAS

- ADOTEI um embrião. *Revista ISTOÉ*, 21 jan. 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/43372_ADOTEI+UM+EMBRIAO/>. Acesso em: 21 set. 2018. AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas*. 1966.
- ASSIS NETO, Sebastião de. *Manual de direito civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida*. São Paulo: LTr, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.
- BRASIL. Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 set. 1942.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade: ADI 4277 DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário de Justiça eletrônico*, 14 out. 2011a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 05 maio 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*: RE 399.028 – SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 26 fev. 2002. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*: RE 349703 RS. Relator: Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça eletrônico*, 05 jun. 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extra-ordinario-re-349703-rs/inteiro-teor-103105496?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*: REsp 833712 RS 2006/0070609-4. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Órgão Julgador: Terceira Turma. *Diário de Justiça*, 04 jun. 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4/inteiro-teor-14096683>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*: REsp 1259460 SP 2011/0063323-0. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Julgamento em 19 jun. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22287690/recurso-especial-resp-1259460-sp-2011-0063323-0-stj/inteiro-teor-22287691>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF 132 RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça eletrônico*, 14 out. 2011b. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade: ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça eletrônico*, 28 maio 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 1.358/1992*. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. São Paulo, 11 nov. 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Jornadas de Direito Civil*. 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjfj/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José*

- da Costa Rica. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 maio 2018.
- DELPÉRE, Francis. *O direito a dignidade humana*. Tradução Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. São Paulo: Dialética, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 25. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- GARCIA, Eloi S. *Genes: fatos e fantasias*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.
- HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, v. 8, n. 27, p. 47-56, 2004.
- MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. *Adoção de embriões excedentários à luz do direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2015.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- OTERO, Paulo. *A pessoa humana e a Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos reprodutivos como direitos humanos*. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/p1KdxlSyl758jG-2x2X0xQ/oQBSFV2tiXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc>. Acesso em: 22 ago. 2018.
- RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Razões técnicas e efeitos simbólicos da incorporação do "progresso tecnocientífico": reprodução assistida e adoção de crianças. *Revista Sociedade e Estado*, v. 26, n. 3, set-dez. 2011, p. 577. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000300008>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. 2014. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfarm.doc>. Acesso em: 18/07/2018.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de prática civil*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.
- TEPENDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VAIANO, Bruno. Nasce bebê que passou 24 anos como embrião congelado. *Super Interessante*, 21 dez. 2017. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/nasce-bebe-que-passou-24-anos-como-embriao-congelado/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: Possibilidade de “adoção” de embriões excedentes viáveis. **Title:** Possibility of “adopting” viable surplus embryos. **Autoras:** **Cariane Roberta da Silva**. Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; carianedasilva@gmail.com. **Camila Nunes Pannain**. Mestre em Direito; Professora na Pós-graduação e na Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; camila.pannain@unoesc.edu.br. **Resumo:** O avanço na biomedicina proporcionou a fertilização in vitro e, decorrente disso, mulheres que antes não conseguiriam alcançar a maternidade hoje são mães. Contudo, levando-se em conta que para uma única gestação os laboratórios geram vários embriões, faz-se necessária a análise da possibilidade de adoção dos embriões excedentários, que representam seres individualizados, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe. Ao refletir acerca dos direitos do embrião, é necessário relacioná-lo ao nascituro, sendo que ao nascituro é concedido, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos à personalidade, e ao embrião, nada. Dar ao embrião reconhecimento semelhante ao nascituro é aceitar o entendimento demonstrado pela teoria concepcionista, caracterizando o embrião como ser já concebido e vivo. **Palavras-chave:** DIREITOS FUNDAMENTAIS; PERSONALIDADE JURÍDICA; EMBRIÃO; ADOÇÃO. **Abstract:** Advances in biomedicine have led to in vitro fertilization, and as a result women who previously could not reach maternity today are mothers. However, considering that for a single pregnancy the laboratories generate several embryos, it is necessary to analyze the possibility of adopting surplus embryos, which represent individualized beings with their own genetic load, which is not even confused with that of the embryo, father, nor with the mother's. When reflecting on the rights of the embryo, it is necessary to relate it to the unborn child, and the unborn child is granted, in the Brazilian legal system, rights to personality, and the embryo, nothing. To give the embryo similar recognition to the unborn is to accept the understanding demonstrated by the conception theory, characterizing the embryo as being already conceived and alive. **Keywords:** FUNDAMENTAL RIGHTS; LEGAL PERSONALITY; EMBRYO; ADOPTION. **Data de recebimento:** 09.09.2019. **Data de aprovação:** 09.10.2019. **Fonte:** *Revista Bonijuris*, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 92-106, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).



ADVANCE

A solução imediata para a
inadimplência condominial

CENTRAL DE
ATENDIMENTO
0800 500 7700
advancecobrancas.com.br



Camila Hacker ADVOGADA

Ester Mariane da Cruz ACADÊMICA DE DIREITO

JUDICIALIZAR PARA DIMINUIR O FATOR DISCRICIONÁRIO

A LEI NÃO TEM COMO PREVER TODAS AS POSSIBILIDADES EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODERÁ ATUAR, PORÉM HÁ CASOS DE EXORBITÂNCIA DE PRERROGATIVAS E DE OMISSÃO

A discricionariedade está atrelada aos atos em que o administrador público tem margem de liberdade para decidir no caso concreto. A lei não tem como prever todas as possibilidades em que a administração pública poderá atuar. Neste caso, a pessoa investida de cargo público poderá valorar a melhor solução para o fato.

Pode acontecer, entretanto, que a administração pública exorbite de sua prerrogativa discricionária ou se mantenha omissa em situações que exigiriam sua atenção, o que causaria uma verdadeira violação aos direitos dos cidadãos. Diante deste contexto, os prejudicados, as instituições e as pessoas jurídicas poderiam buscar tutela jurídica perante o Poder Judiciário.

Contudo, o Poder Judiciário pode demonstrar-se ativo e protagonista em muitas de suas decisões, na medida em que ele invada esferas de competência de outros poderes, como a discricionariedade administrativa, podendo acarretar ou não o fenômeno da judicialização.

A judicialização foi identificada após a Constituição Federal de 1988, na qual muitos direitos sociais foram assegurados, e, na me-

didada em que esses direitos foram encartados na Constituição, mais acentuada foi a procura para a concretização deles, seja em áreas de saúde, educação, direitos fundamentais, como a vida e a dignidade da pessoa humana.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO ESTADO DE DIREITO

1.1. Histórico da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes tem raízes históricas. Foi esboçado pela primeira vez por Aristóteles, em sua obra *Política*, publicada no século 13 a.C. Muitos séculos mais tarde, a proposta foi detalhada por John Locke em seu *Segundo Tratado do Governo Civil*, publicado em 1689. Nele, foram reconhecidas três funções distintas, entre elas a executiva, que consistia em aplicar a força pública no âmbito interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, incumbida de manter relações com outros Estados, especificamente por meio de alianças (Moraes, 2014).

Desta maneira, o princípio da separação dos poderes já se encontrava proposto em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também con-

ceberam uma doutrina de separação dos poderes, que, afinal de contas, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu (Silva, 2002). Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, publicada em 1748, detalhou a clássica tripartição de poderes. Para ele, existe no “Estado três tipos de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Segundo o pensador francês, para cada um desses três poderes, há funções distintas. Por meio do Poder Legislativo, elaboram-se leis para sempre ou para determinada época, igualmente se aperfeiçoam ou derrogam as que já se acham feitas. No Poder Executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado da paz e da guerra, do envio e do recebimento de embaixadores, da designação da segurança e da prevenção de invasões. O terceiro poder, o Judiciário, concede ao príncipe ou magistrado a possibilidade de punir os crimes ou julgar as dissensões de ordem civil (BONAVIDES, 2000).

O sistema de separação de poderes (previsto no art. 2º da Constituição Federal de 1988) cumpre melhor sua função na medida em que não exista um poder absolutamente preponderante sobre os demais. A base do princípio está na separação harmônica e na conciliação de poderes. De outro norte, a independência absoluta de cada poder geraria efeitos negativos; por esta razão, dificultaria o controle. Além do mais, não há meio hábil de impor que cada poder (união de órgãos) desempenhe um único tipo de função. Assim, cada um dos poderes desempenha preeminente, mas não exclusivamente, um tipo de função (JUSTEN FILHO, 2006).

O sistema de freios e contrapesos é a realização de certas atividades, por um poder, de modo a fiscalizar os outros poderes. São exemplos do referido sistema que os americanos intitulam de *checks and balances*: a) o poder de veto do Executivo; b) o poder dos

tribunais, nos casos que envolvam lesão de direito individual, de analisar a legalidade dos atos da Administração Pública; c) o poder dos órgãos legislativos em julgar os agentes públicos dos Poderes Executivo e Judiciário nos crimes efetuados no desempenho da função pública (art. 52, I e II); d) a necessidade de aprovação, pelo Senado, da escolha de magistrados e determinados agentes públicos do Governo entre outros (SLAIBI FILHO 2009).

2. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E DOS ATOS POLÍTICOS

2.1. Ato administrativo

Ato administrativo é toda prescrição unilateral, juízo ou entendimento, preestabelecida a produção de efeitos jurídicos, que é expedida pelo Estado por quem lhe representa, às vezes, no desempenho de suas prerrogativas e como parte interessada em uma relação, colocada em harmonia ou compatível com a lei, sob o alicerce de cumprir finalidades presentes no sistema normativo, sindicáveis pelo Poder Judiciário (GASPARINI, 2012).

São denominados de atos vinculados ou regradados aqueles em que a lei determina os requisitos e as condições para sua realização. Já os atos discricionários são aqueles que a administração pode praticar com livre escolha tanto de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, ou da maneira de sua realização (MEIRELLES, 2011).

Nota-se que, pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), os elementos dos atos administrativos são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (PEGORARO, 2010). Já os atributos dos atos administrativos, segundo Meirelles (2011), são: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade. Di Pietro (2016) considera a tipicidade também como um quarto atributo dos atos administrativos.

Por meio do Poder Legislativo, elaboram-se leis para sempre ou para determinada época, igualmente se aperfeiçoam ou derrogam as que já se acham feitas

Ao mesmo tempo em que há uma clara ampliação do prestígio da atividade exercida pela administração pública na concretização das normas constitucionais, a juridicidade cria limites mais sensíveis

A extinção do ato administrativo poder ser realizada pela revogação e pela anulação. A anulação (também denominada invalidação) consiste no desfazimento de um ato ilegal ou ilegítimo, podendo ser exercido pela administração pública ou pelo Poder Judiciário, quando provocado (BACELLAR FILHO, 2007). A revogação consiste no desfazimento do ato por questões que tratam a conveniência administrativa (SANTOS, 2012).

2.1.2. O controle judicial dos atos administrativos discricionários

O controle judicial dos atos discricionários é admitido, segundo Di Pietro (2016). No entanto, terá de respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à administração pública nos termos da lei. Neste viés, pode-se pleitear tutela jurídica reparatória perante o Poder Judiciário, caso haja um direito violado pela administração pública, com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso xxxv, da Constituição Federal, que declara que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A administração deve pautar suas manifestações com legitimidade, ou melhor, com normas pertinentes para cada ato e conforme a finalidade e o interesse público na sua concretização. Inclusive, nos atos discricionários, a ação de quem os desempenha há de ser legítima. Ao infringir as leis, rejeitar os princípios da administração, desviar a finalidade ou extrapolar a competência, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e evidencia a anulação pela administração ou pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 2011).

Consoante, esclarece Oliveira (2018), é possível o controle judicial dos atos discricionários em razão de diferentes teorias que procuram legitimar o controle judicial, em especial para três delas: a) teoria do desvio de poder ou des-

vio de finalidade; b) teoria dos motivos determinantes; e c) teoria dos princípios jurídicos (juridicidade).

Pela teoria do desvio do poder, permite-se que o Poder Judiciário invalide ato administrativo em desacordo com a finalidade legal, como a remoção *ex officio*² de um servidor por motivo de perseguição pessoal do seu chefe – entende-se que a remoção não pode ter caráter punitivo. Outro exemplo é a cessão de imóvel desapropriado para empresa privada executora de atividade econômica lucrativa – a desapropriação, neste caso, só pode ter por finalidade a utilidade pública, ou seja, a necessidade pública ou também o interesse social (OLIVEIRA, 2018).

No que tange à teoria dos motivos determinantes, destaca Mello (2012, p. 401) que “em todo e qualquer caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado”. Desta forma, para elucidar, se o agente alegar que remove o funcionário X por falta de trabalho suficiente no local em que presta serviço, o ato poderá ser invalidado se o funcionário comprovar o contrário, ou seja, que havia acúmulo de serviço no lugar em que trabalhava (MELLO, 2012).

Pela teoria dos princípios jurídicos, o administrador público deve ter como norte os princípios da administração pública. Entretanto, percebe-se que, ao mesmo tempo em que há uma clara ampliação do prestígio da atividade exercida pela administração pública na concretização das normas constitucionais, a juridicidade cria necessariamente limites mais sensíveis à atuação do administrador e causa o controle judicial amplo dos atos administrativos, pois a atuação administrativa, para ser válida, deve coincidir com os princípios presentes na Constituição da República, entre eles moralidade, eficiência, razoabilidade, entre outros (OLIVEIRA, 2018).

Os atos políticos diferenciam-se dos atos administrativos porque se referem ao desempenho de função política. São emitidos pelos poderes Executivo e Legislativo e integram o direito constitucional

2.2. Atos políticos e o controle judicial

Estes atos provêm da autoridade ou do órgão mais alto do Poder Executivo, como presidente da república, governador, prefeito, bem como se refere, especialmente, ao trato com outros poderes (Legislativo e Judiciário), com outros países ou com organismos internacionais. Ainda, corresponde a decisões de grande importância para o país, o estado-membro ou o município (MEDAUAR, 2018).

Os atos políticos, também denominados de atos de governo, são aqueles praticados com margem de discricção e diretamente em cumprimento à Constituição. Trata-se de desempenho de função essencialmente política. Como exemplos, estão os indultos, a iniciativa de lei pelo Executivo, bem como sua sanção ou seu veto (MELLO, 2012).

Mais exemplos de atos de governo no direito brasileiro são: a convocação de sessão extraordinária do Legislativo, a decretação de intervenção federal, a apresentação ou retirada de projeto de lei pelo chefe do Executivo, promulgação e publicação de leis, a declaração de guerra, decretação total ou parcial de mobilização nacional e celebração da paz (MEDAUAR, 2018).

O ato político não fica de fora do controle do Poder Judiciário apenas por ser ato político. Isto porque, como foi mencionado, o artigo 5º, inciso xxxv, da Constituição Federal de 1988 ampliou, de maneira ampla e irrestrita, a inafastabilidade de jurisdição. Somente a Constituição poderia dispor sobre restrições, o que não determina. Entretanto, não é permitido ao Poder Judiciário, depois de verificar a natureza e os fundamentos do ato político, aprofundar no seu conteúdo e valorar seus motivos (PEGORARO, 2010).

Os atos políticos diferenciam-se dos atos administrativos porque se referem ao desempenho de função política. São emitidos pelos poderes Executivo e Legislativo e integram o

direito constitucional. Já os atos administrativos dizem respeito ao exercício da função administrativa. São emitidos pelo Poder Executivo na sua função típica, pelos poderes Legislativo e Judiciário nas suas funções atípicas e circunscrevem-se no direito administrativo – por exemplo, a demissão de servidor público (OLIVEIRA, 2018).

Apesar de existir diferenciação de atos administrativos dos atos políticos, tal questão não é unânime entre os autores brasileiros. Enquanto Mello (2012) e Oliveira (2018) diferenciam os institutos, Medauar (2018) considera que o ato de governo está inserido no gênero ato administrativo, provido principalmente de aspecto político.

3. A JUDICIALIZAÇÃO COMO FATOR DE DIMINUIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DOS ATOS POLÍTICOS

3.1. A redução da discricionariade administrativa

Os meios e as condições de controle da administração e das outras tarefas do Estado foram aumentados, de maneira a reduzir a discricionariade administrativa e ampliar a vinculação com foco na moralidade administrativa. A esfera discricionária do administrador público brasileiro foi diminuída ao mínimo indispensável à efetivação do direito, diante da ausência de predeterminação legal da conduta a ser adotada no caso concreto (FARIA, 2011).

Existe a chamada discricionariade administrativa quando, por disposição legal, faz permanecer em benefício e a cargo do administrador certo campo de liberdade. Diante disso, competir-lhe-á preencher a seu critério subjetivo, pessoal, a área de indeterminação normativa, com a finalidade de corresponder no caso concreto o objetivo da lei (MELLO, 2012).

Por isso, verificada a existência de esfera para o administrador em optar por um comportamento correto à solução do problema apresentado, melhor ainda, para fazer uma avaliação subjetiva do caso concreto, baseado por parâmetros de conveniência e oportunidade, há a presença da discricionariedade (da Rocha França, 2000). A discricionariedade, conferida ao agente público pela norma, trata-se na faculdade que lhe é atribuída e não para fazer a escolha conforme seu livre arbítrio (FARIA, 2011).

A atividade discricionária é justificada uma vez que é impossível o legislador elencar na lei todos os atos que a prática administrativa requer. Melhor seria se a lei descrevesse minuciosamente a ação administrativa. Entretanto, isto não é possível, visto o excesso e a variedade dos fatos que solicitam uma solução ao poder público, a lei regula apenas alguns atos administrativos de maior importância, reservando os demais ao administrador praticar (MEIRELLES, 2011).

Um dos exemplos de atos que envolvem a discricionariedade é a autorização para o porte de arma, visto que a administração pode deferir ou não, a lei não obriga à prática do ato, faculta ao poder público analisar no caso em concreto. Outro caso é quando a lei dispõe sobre a possibilidade de a administração aplicar multas ao infrator de normas administrativas, conforme a gravidade da conduta, admitindo mínimo e máximo preestabelecido. Haverá margem de análise subjetiva em relação ao teor de gravidade dela, conforme os limites de razoabilidade (MELLO, 2012).

Em decorrência do artigo 5º, inciso xxxv, da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário soluciona conflitos que envolvem a administração, seus atos e examina se a autoridade competente optou pela escolha correta naquela situação submetida ao seu julgamento. O juiz examina o ato administrativo decorrente do poder discricionário com o objetivo de verificar se o agente público agiu nos limites da lei e não praticou injustiça ou

privilégio. As escolhas discricionárias devem ser pautadas nos princípios jurídicos contidos ou não na Constituição (FARIA, 2011).

Com a Constituição de 1988, possibilitou-se maior intervenção do Poder Judiciário na administração pública, como na ação civil pública. Por via de consequência, “o Estado passa a manter um serviço público não apenas voltado para fiscalizar o respeito à lei, mas para controlar a atuação da administração pública no campo das opções discricionárias” (Ferreira Filho, 1994, p. 13).

3.2. Judicialização

A judicialização implica que algumas questões de grande repercussão política ou social sejam julgadas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais políticas. Compreende uma transferência de poder para juízes e tribunais, com transformações significativas na linguagem, na argumentação e na maneira de participação da sociedade (BARROSO, 2009). Um exemplo de judicialização é a ADI 3.510 (células-tronco), pois foi importante para a sociedade, uma vez que passou à esfera de atuação do Poder Judiciário (FONSECA; COUTO, 2018).

A judicialização implica a redução da discricionariedade, e já há autores que confirmam esta questão. Ribas e Castro (2015), por exemplo, entendem que, em decorrência de todo processo de constitucionalização do direito administrativo e de judicialização, o Poder Judiciário ampliou seu papel para preencher as omissões dos demais poderes e efetivar as garantias contempladas na Constituição. Como resultado, a discricionariedade conferida à administração restou reduzida, visto que o administrador, ao praticar um ato administrativo, deve seguir não apenas a lei em sentido estrito, como também a Constituição na sua integralidade.

Depois da segunda guerra mundial, os direitos humanos passaram por uma absoluta renovação ética, com a finalidade de evitar a volta do arbítrio no exercício do poder. O re-

A discricionariedade é justificada uma vez que é impossível elencar na lei todos os atos que a prática administrativa requer

ferido novo sistema ético implicou a proteção ilimitada dos direitos fundamentais (CANELA JUNIOR, 2011).

Com maior destaque, no Brasil, a constitucionalização dos direitos sociais constitui um marco fático e teórico desse movimento designado judicialização das relações sociais. Percebe-se, com a revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, e de maneira ainda mais nítida com a Constituição de 1934, o país direcionando-se para a questão social e econômica (WACHEKESKI, 2015). Acabado o regime autoritário (1964-1985), foi promulgada a Constituição Federal em 1988, em vigor, que regulou o Poder Judiciário com muito maior amplitude do que todas as antecedentes (COMPARATO, 2015).

As causas que levaram à judicialização foram três: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A redemocratização desenvolveu e expandiu o Poder Judiciário. Pela constitucionalização, os assuntos que eram atribuídos ao processo político majoritário e para legislação ordinária foram dispostos na Constituição. Com relação ao controle de constitucionalidade, é pela característica de que o Brasil adota o sistema híbrido, ou seja, sistema americano (controle difuso) e o sistema europeu (ação direta) (BARROSO, 2009).

Cada vez mais os magistrados passaram a ser chamados a se posicionar e solucionar conflitos no âmbito da vida social. Este é o contexto do juiz em questões políticas, e onde também se apresenta o ativismo judicial e a judicialização da política, que requer do Poder Judiciário uma maior atuação na resolução das lides que surgem a partir de questões de direito que no passado não eram demandadas (ELOI; TEIXEIRA, 2014).

No Brasil, a judicialização da política foi resultado de um curso histórico, no qual o Estado passou do paradigma liberal para o estado social. A Constituição de 1988 acrescentou mais uma transição: o estado social passa a ser o estado democrático de direito. Inicia-se

uma nova função para o Estado, no qual ele se torna um agente modificador da realidade social, uma vez que estabelece programas, metas e planos no âmbito das políticas públicas que cumprem os direitos sociais (COUTO, 2018).

Segundo Tonelli (2016, p. 7), “a judicialização da política é um fenômeno político, não jurídico. São as condições políticas que promovem sua presença nas democracias constitucionais”. Trata-se de um problema que diz respeito à tensão entre democracia e estado de direito, ou seja, entre o poder político (democracia) e o direito (constituição, direitos fundamentais). Judicializar uma questão política significa tratar um problema político pela via judicial, quando as decisões políticas passam a ser tomadas nos tribunais (TONELLI, 2016).

No âmbito do controle das políticas públicas, a rigor, não pode o Judiciário interferir naquilo que envolver aspectos de discricionariedade administrativa legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais requer planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são limitados. Entretanto, o que se verifica é que, por diferentes maneiras,

o Judiciário vem interferindo, direta ou indiretamente, na elaboração de políticas públicas. É a denominada judicialização das políticas públicas (DI PIETRO, 2016).

Pode-se verificar que, para o cumprimento das políticas públicas, deve haver recursos financeiros para a concretização. Já há decisões no sentido de que o Judiciário não pode interferir na discricionariedade do Poder Executivo. Em Santa Catarina, foi julgado um caso que deixa clara essa questão. O MPSC ajuizou uma ação civil pública contra o Município de Cocal do Sul, uma vez que este não construiu rede de esgoto. Entretanto, o município recorreu contra a decisão que concedeu a liminar ao *parquet*³, que foi cassada com fundamento no princípio da separação dos poderes, uma vez que a obra envolveria até a lei orçamentária:

Agravo de instrumento. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catari-

A judicialização da política foi resultado de um curso histórico, no qual o Estado passou do paradigma liberal para o social

O fenômeno da judicialização da política surge no contexto de maior incorporação quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política

na contra o Município de Cocal do Sul. Inexistência de rede de esgotamento sanitário na cidade. Decisão agravada que determinou ao município que cumprisse cronograma de ações proposto pelo *parquet*. *Atuação do Poder Judiciário que não pode representar interferência indevida no âmbito da discricionariedade do Poder Executivo, ao qual incumbe a implementação de políticas públicas para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais encartadas na Constituição Federal [...] Afronta ao princípio da separação dos poderes. Liminar cassada. Recurso provido (grifo nosso).*

Questiona-se, assim, a legitimidade e a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, uma vez que os juízes não são eleitos pelo voto popular. Não sendo escolhidos pelo povo, tal interferência não é democrática. Por outro lado, a legitimidade democrática dos juízes advém da própria constituição, que trouxe a função política para os juízes (COUTO, 2018).

O fenômeno da judicialização da política surge no contexto de maior incorporação quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política. Ela está aliada a uma participação mais acentuada do Judiciário na realização dos valores constitucionais, com maior intervenção no campo dos poderes políticos do Estado (VERBICARO, 2017).

Nas democracias atuais, o Poder Judiciário vem se tornando o último refúgio político-moral para se resolver os litígios. O cidadão tem colocado no Judiciário sua esperança para solucionar conflitos, ao contrário de buscar por seus representantes tradicionais (Legislativo e Executivo). O Poder Judiciário passa a cumprir um papel de protagonista, e é conduzido para o palco das questões políticas. Isto é consequência da degradação dos espaços republicanos tradicionais de deliberação (ELOI; TEIXEIRA, 2014).

Outro caso que ilustra a diminuição da discricionariedade administrativa foi o que aconteceu no município de Tijucas, também em Santa Catarina, no qual havia um presídio em condições precárias. O MPSC promoveu

uma ação civil pública para a reforma do presídio. Entretanto, o ente federativo recorreu, afirmando a violação do princípio da separação dos poderes e que a responsabilidade de implementar as políticas públicas não compete ao Poder Judiciário, visto que constitui uma discricionariedade da administração. Essa tese foi rechaçada, pois foi reconhecida a omissão do poder público e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana:

Agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina. Ação civil pública. Obrigação de fazer reforma em presídio. Pedido liminar deferido parcialmente. Impossibilidade jurídica do pedido aventada. Afronta ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. *Omissão do Poder Público na implementação de políticas públicas destinadas à satisfação do direito à saúde, segurança e ao primado da dignidade da pessoa humana. condições precárias em presídio. Direitos fundamentais que não se submetem à discricionariedade da administração pública preliminar afastada [...].* Decisão interlocutória parcialmente mantida. Recurso conhecido e, em parte, provido (grifo nosso).

O recurso anterior foi em parte provido, isso porque o tribunal entendeu que a multa cominatória (*astreinte*) não deveria ser aplicada ao agente público, que não teve participação no processo, o que gerava a violação do princípio do contraditório e da ampla defesa. Por esse motivo, a ação civil pública foi promovida em face do Estado de Santa Catarina, e apenas contra este é cabível a fixação da *astreinte*, caso haja desobediência da decisão judicial. Neste caso, foi possível visualizar que a discricionariedade não pode ser alegada quando a omissão do poder público afronta os princípios da CRFB/88 (Santa Catarina, 2016).

3.1.2. Ativismo judicial

A Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos, especialmente sociais. Articulando-se com o controle de constitucionalidade apresentada por Ruy Barbosa em 1989, época de fundação da República, instituída pela

Emenda Constitucional 16/95, houve previsão expressa de revisão judicial dos atos dos outros poderes, tendo como função do STF zelar pela observância da Constituição. A partir daí, iniciam discussões acerca do ativismo judicial (TASSINARI, 2012).

A noção de ativismo judicial está relacionada a uma participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior ingerência no campo de atuação dos outros dois poderes (Executivo e Legislativo). O ativismo judicial baseia-se em uma atitude, que envolve a escolha de um meio específico e proativo de interpretação da Constituição, ampliando o seu sentido e dimensão (BARROSO, 2009).

Esse aspecto refere-se à prática atual de cortes e juízes avançarem em tarefas de controle das políticas públicas dos poderes Legislativo e Executivo, indo mais longe do que só anularem as leis, para, por si, definirem as políticas públicas no lugar dos outros poderes. Os tribunais ativistas têm decidido e elaborado políticas públicas nas esferas de saúde, educação, sistema penal, entre outros (CAMPOS, 2014).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 pode ser considerada como caso de ativismo judicial, uma vez que foi resultado de uma postura interpretativa do tribunal que, na sua atitude proativa, estabeleceu uma vedação com o propósito de agilizar mudança. Entretanto, não houve um debate constitucionalmente formado. O revés aqui é de interpretação e o que se questiona são os limites constitucionais da decisão, pois não existia regra constitucional ou infraconstitucional expressa que vedasse o nepotismo no âmbito dos três poderes, do Judiciário, Legislativo e Executivo (FONSECA; COUTO, 2018).

Pode-se, então, vincular as políticas públicas aos programas de ações governamentais que visam à realização de finalidades coletivas como um todo, notadamente no âmbito social (pleno emprego, saúde pública, moradia, entre outros.) (DE QUEIROZ BARBOZA; KOZICKI, 2012). A política pública baseia-se ordinariamente em

normas de conteúdo programático, isto é, execução adiada no tempo (CANELA JUNIOR, 2011).

Quando a Constituição indica que as políticas públicas são os meios adequados para a realização dos direitos fundamentais, trata de matéria constitucional submetida ao controle do Judiciário. Ao contrário seria a regressão que de que a Constituição é somente um documento político destituído de normatividade, algo incabível num Estado que se declara constitucional e democrático de direito (DE QUEIROZ BARBOZA; KOZICKI, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verificou-se que o princípio da separação dos poderes é limitador e basilar nas decisões judiciais para que o Poder Judiciário não venha interferir nas esferas de outros poderes. Entretanto, essa reparição de funções entre os poderes não é rígida, de modo que foi permitido que eles desempenhassem funções consideradas atípicas dentro de suas atribuições.

Sob a influência norte-americana, o Brasil também acaba adotando o sistema de *check and balances*, em que vigora uma fiscalização

recíproca entre os poderes. As constituições brasileiras foram abrindo espaço para maior inclusão de direitos, especialmente depois da ditadura militar ocorrida no país entre os anos de 1964 e 1985.

O Poder Judiciário não pode imiscuir-se/invadir de maneira ilimitada a esfera da administração pública no âmbito da discricionariedade administrativa. A discricionariedade administrativa está ligada aos atos administrativos discricionários. Nestes atos o administrador tem liberdade de escolher a melhor opção para o caso concreto visando atingir o interesse público, como, por exemplo, a nomeação para um cargo de direção ou aplicação de multas administrativas considerando o grau da sanção e conforme a conduta.

Dessa forma, o juiz em regra não pode nomear um funcionário público ou revisar uma multa administrativa, pois estaria substituindo

Pode-se vincular as políticas públicas aos programas de ações governamentais que visam à realização de finalidades coletivas

do o administrador público na sua função típica, além de violar o princípio da separação dos poderes expresso no artigo 2º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, o entendimento de que a discricionariedade administrativa é insindicável pelo Poder Judiciário já caiu por terra.

No atual cenário de um estado democrático de direito não existe ato que não seja apreciado pelo Poder Judiciário. Todos podem ser analisados, inclusive os atos discricionários, entretanto, no tocante à sua legalidade. O que foi identificado é que se trata de uma legalidade em sentido amplo, ou seja, abrangendo não somente a lei, mas todos os princípios contemplados ou não na Constituição Federal de 1988. Surgiram teorias que limitaram a incidência da discricionariedade administrativa, é o caso do desvio de finalidade, dos motivos determinantes e da juridicidade.

Com inúmeros direitos sociais contemplados na Constituição Federal de 1988 que outrora não eram acolhidos nas constituições anteriores, o direito administrativo foi constitucionalizado, abrangendo a administração

pública na sua atuação. Por isso, quando os direitos sociais não são cumpridos pelo Poder Público, recorre-se ao Poder Judiciário para determinar sua efetivação seja em casos que envolvem o ato administrativo e ato político.

Em relação aos impactos sociais, foi constatado que a judicialização traz impactos negativos para a administração, pois medidas liminares podem determinar o cumprimento de imediato do poder público que se omitiu em realizar determinada obra ou política pública, interferindo assim nos recursos do Estado. Ressalta-se que não compete ao Judiciário a iniciativa de estabelecer o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

Observou-se também que a judicialização traz impactos positivos para a sociedade, uma vez que o Poder Judiciário determina o cumprimento de políticas públicas que os outros poderes (Legislativo e Executivo) não implementaram, seja por negligência ou omissão, o que viabiliza a efetivação dos direitos contemplados na Constituição Federal de 1988, porque a Constituição não pode passar apenas de um documento político sem normatividade. ■

NOTAS

1. *Checks and balance*: Freios e contrapesos, pesos e contrapesos. Mecanismos que pretendem estabelecer o equilíbrio entre os poderes do Estado (CUNHA, 2011, p. 61).
2. "De ofício. Em razão do ofício. Por si mesmo, independentemente de provocação" (CUNHA, 2011, p.140).
3. "O ministério público" (CUNHA, 2011, p. 212).

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuário iberoamericano de justiça constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: < https://scholar.google.com.br/scholar?q=related:yH3NEgKTRkE:scholar.google.com/&scioq=ARTIGO+barroso+judicializa%C3%A7%C3%A3o&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em: 9 set. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>>. Acesso em: 7 set. 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Instituto Humanitas Unisinos – IHU*, São Leopoldo, v. 13, n. 222, p.03-23, 2015. Quinzenal. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/553100-o-poder-judiciario-no-brasil-artigo-de-fabio-comparato>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>>. Acesso em: 7 set. 2018.
- COUTO, Pablo Florentino Fróes. A judicialização das políticas públicas no Brasil sob a perspectiva da separação de poderes, reserva do possível e do mínimo existencial. *Revista Destaques Acadêmicos*, [s.l.], v. 10, n. 2, p.89-103, 13 ago. 2018. Editora Univates. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/1815>>. Acesso em: 3 fev. 2019.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502120570/cfi/611/4/4@0.00:52.2>>. Acesso em: 19 out. 2018.
- DA ROCHA FRANÇA, Vladimir. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 222, p. 97-116, 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/48940/47550>>. Acesso em: 11 fev. 2019.
- DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ELÓI, André Luís Vieira; DE OLIVEIRA TEIXEIRA, Paulo Enderson. Ju-

- dicialização da Política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, n. 10, p. 54-77, 2014. Disponível em: < <http://200.229.32.55/index.php/DireitoSerro/article/view/8549/7334>> Acesso em 16 fev. 2019.
- FARIA, Edmur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajai, v. 13, n. 2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em: 8 fev. 2019.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502149243/cfi/1651/4/4@0.00:47.1>>. Acesso em: 19 out. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e o controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servalha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. São Paulo: Servanda Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- RIBAS, Caroline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50736/49534>>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4303-5/cfi/2601/4/4@0.00:51.2>>. Acesso em: 20 out. 2018.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SILVA FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>>. Acesso em: 6 out. 2018.
- TONELLI, Maria Luiza Quaresma. *Judicialização da política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.
- _____. Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento* 2012.000213-2. Município de Cocal do Sul. Ministério Público. Relator: Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, SC, 02 de outubro de 2012. *Diário Oficial Eletrônico*. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>>. Acesso em: 6 out. 2018.
- _____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento* 2015.056466-5. Ministério Público. Relator: Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, SC, 29 de março de 2016. *Diário Oficial*. Santa Catarina, 29 mar. 2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de (Mestrado). Universidade do Vale Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012. Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.
- VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- WACHELESKI, Marcelo Paulo. *Judicialização das relações sociais e políticas: constitucionalização, esfera pública e a desestruturação da política a partir da obra de Hannah Arendt*. Curitiba: Juruá, 2015.

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: A judicialização como fator de diminuição da discricionariedade dos atos administrativos discricionários e dos atos políticos. **Title:** *Judicialisation as a factor of diminishing the discretion of discretionary administrative acts and political acts*. **Autoras:** Camila Hacker. Advogada. Ester Mariane da Cruz. Acadêmica de Direito. **Resumo:** A judicialização, além de diminuir a incidência da discricionariedade administrativa, pode trazer impactos sociais positivos e negativos, uma vez que o Poder Judiciário desempenha um papel importante na efetivação de direitos fundamentais, principalmente se houver omissão dos outros poderes. O controle judicial dos atos discricionários é admitido, sendo pertinente quando houver um direito violado pela administração pública; com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso xxxv, da Constituição Federal, que declara que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Verifica-se no princípio da separação dos poderes um fator limitador e basililar, para que o Poder Judiciário não interfira nas esferas de outros poderes. Entretanto, essa repartição de funções entre os poderes não é rígida. **Palavras-chave:** JUDICIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Abstract:** *Judicialization, in addition to reducing the incidence of administrative discretion, can have positive and negative social impacts, since the judiciary plays an important role in the realization of fundamental rights, especially if other powers are omitted. Judicial control of discretionary acts is admitted and is pertinent when there is a right violated by the public administration; based on the principle that the jurisdiction is not inapproachable, as provided for in article 5, item xxxv, of the Federal Constitution, which states that injury or threat to the law shall not be excluded from the appreciation of the judiciary. In the principle of separation of powers there is a limiting and fundamental factor, so that the judiciary does not interfere with the spheres of other powers. However, this division of functions between powers is not rigid.* **Keywords:** JUDICIARY; DISCRETION; PUBLIC ADMINISTRATION. **Data de recebimento:** 19.04.2019. **Data de aprovação:** 09.10.2019. **Fonte:** *Revista Bonijuris*, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 108-117, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).

PÓS-POSITIVISMO E O DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONAL

O LEGISLADOR ELENCOU AS NORMAS DE CASAIS, CRIANÇAS, ADOLESCENTES E IDOSOS NA CF 88. EM APENAS QUATRO ARTIGOS, ROMPEU-SE A ESTRUTURA DO PATRIARCADO

O ordenamento jurídico brasileiro sofreu grandes transformações após a elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, que constituiu um viés normativo voltado para a garantia dos direitos fundamentais e a proteção social, abandonando, dessa forma, a característica de outrora, de normas constitucionais relacionadas principalmente à organização do Estado.

Ademais, além das mudanças quanto à matéria das normas constitucionais, houve a criação de uma nova tendência de interpretação e aplicação das normas jurídicas, deixando para trás a rigidez normativa exacerbada do positivismo e abrindo espaço para uma interpretação sistêmica do ordenamento, pautados pela filosofia pós-positivista, com prevalência dos princípios gerais do direito, sobretudo aqueles previstos no texto constitucional.

A previsão constitucional dos princípios gerais do direito e a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil evidenciam a mudança de paradigma quanto à rigidez legislativa, aplicando conjuntamente

ao caso concreto a lei e os princípios norteadores de todo sistema jurídico.

Por conseguinte, a aplicação do direito de família constitucional, com a filosofia pós-positivista e a constitucionalização do direito civil, permitem a valorização e proteção da família, constituída como base da sociedade e principal geradora dos valores sociais.

1. PÓS-POSITIVISMO

1.1. Aspecto histórico

Antes de adentrar no estudo específico da filosofia pós-positivista, insta esclarecer os principais aspectos do modelo anterior, o positivismo, caracterizado pela rigidez da norma e prevalência da lei sobre todas as outras fontes do direito. Há de se considerar, também, a historicidade desse sistema que carrega consigo o espírito da revolução francesa ocorrida em 1789, que culminou na codificação dos direitos, excluindo a discricionariedade dos modelos políticos autoritários.

Partindo da premissa da inexistência de segurança jurídica na época supracitada, marcada pelo autoritarismo das monarquias abso-

Da implantação da filosofia positivista até seu auge, no início do século 20, ocorreram grandes transformações sociais de proporções globais

lutistas e a supressão dos direitos individuais, o positivismo surge como garantia de direitos por meio das codificações, conforme explica BOBBIO (2006, p. 119-20)¹:

Se buscarmos as ideias-matrizes (os princípios ideológicos), que subjazem ao movimento pela codificação da legislação, tal como se verificou durante a formação do Estado moderno, podemos destacar duas, uma e outra de marca nitidamente racionalista:

a) O dar prevalência à lei como fonte do direito exprime uma concepção específica deste último, que é compreendido como ordenamento racional da sociedade; tal ordenamento não pode nascer de comandos individuais e ocasionais (porque então o direito seria capricho e arbítrio), mas somente de normas gerais e coerentes postas pelo poder soberano da sociedade, assim como a ordem do universo repousa em leis naturais, universais e imutáveis.

b) O dar a prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito do homem de modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; é mister, portanto, que seja posto através da lei.

[...] O impulso para a legislação não é um fato limitado e contingente, mas um movimento histórico e irreversível, indissolavelmente ligado à formação do Estado moderno. Nem todos os países formularam a codificação (resultado último e conclusivo da legislação), mas em todos os países ocorreu a supremacia da lei sobre as demais fontes de direito.

Portanto, considerando o contexto histórico em que surgiu o antigo sistema filosófico-jurídico, positivismo, entende-se o sentido político e social baseados na revolução francesa e pautados pela necessidade de segurança e reconhecimento dos direitos individuais, que eram inexistentes dentro do absolutismo monárquico.

Entretanto, da implantação da filosofia positivista até seu auge, no início do século 20, ocorreram grandes transformações sociais de

proporções globais, com duas grandes guerras mundiais, com regimes políticos desumanos que, a exemplo da Alemanha nazista, eram pautados pela legalidade do positivismo.

O contexto histórico do pós-segunda guerra mundial, com genocídios de enormes proporções e muitas atrocidades ocorridas, trouxe a necessidade de reanalisar o sistema jurídico do positivismo, de características normativas rígidas com total prevalência da lei perante todas as fontes do direito, para reestabelecer os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, tendo este como foco principal do ordenamento.

Os comentários de NADER (2017, p. 383)² relatam a insuficiência do positivismo perante o avanço social e a necessidade de prevalência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas:

O positivismo jurídico, que atingiu o seu apogeu no início do século XX, é hoje uma teoria em franca decadência. Surgiu em um período crítico da história do Direito Natural, durou enquanto foi novidade e entrou em declínio quando ficou conhecido em toda a sua extensão e consequências. Com a ótica das ciências da natureza, ao limitar o seu campo de observação e análise aos fatos concretos, o positivismo reduziu o significado humano. O ente complexo, que é o homem, foi abordado como prodígio da Física, sujeito ao princípio da causalidade. Sua atenção se converge apenas para o *ser* do Direito, para a lei, independentemente de seu conteúdo. Identificando o Direito com a lei, o positivismo é uma porta aberta aos regimes totalitários, seja na fórmula comunista, fascista ou nazista.

Diante da insuficiência da filosofia positivista, que atribui o significado e alcance do direito apenas à literalidade fria da lei, surge, então, a necessidade de interpretar e aplicar o direito de maneira que o ser humano seja o objeto central e fundamental do sistema jurídico. Nesta perspectiva de que a realidade humana necessita de um olhar multidisciplinar, tendo em vista sua natureza evolutiva que modifica o meio social diariamente, surge a filosofia denominada pós-positivista, que por

O movimento pós-positivista questiona o modelo anterior contestando a rigidez normativa, através do fortalecimento dos princípios gerais do direito

sua vez é pautada pelo jusnaturalismo e o conceito de justiça, ambos atrelados à legalidade.

1.2. Características do pós-positivismo

A filosofia pós-positivista marcou o neoconstitucionalismo no Brasil, influenciando a elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, que ficou marcada pela proteção e garantia dos direitos fundamentais, bem como pela previsão de princípios gerais do direito, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido como norma fundamental da República Federativa do Brasil.

O movimento pós-positivista questiona o modelo anterior contestando a rigidez normativa, através do fortalecimento dos princípios gerais do direito e a análise da nova interpretação, necessária para a profunda compreensão do ordenamento e sua função social.

Há de se compreender, portanto, o papel e função do operador do direito no novo modelo pós-positivista, para quem, nas palavras de MAIA (2009, p. 123)³, não basta ter uma posição contra a rigidez legislativa, devendo se relacionar com o direito da seguinte maneira:

Só pode ser considerado pós-positivista quem ataca alguma das teses fundamentais do positivismo jurídico, em primeiro lugar, a defesa da teoria das fontes sociais do Direito e em segundo lugar, a tese de separação entre o direito, a moral e a política. Quanto à primeira tese, o positivismo jurídico não reconhece entre os materiais normativos capazes de determinar os comportamentos sociais, elementos que não tenham origem nos próprios fatos sociais. O que é e o que não é Direito é uma questão de fatos sociais. Sendo assim, princípios, em boa parte oriundos de noções de natureza moral, não se encontram contemplados na grade teórica proposta pelo positivismo jurídico. Quando à segunda tese, da separação entre direito, moral e política, não só o reconhecimento da centralidade dos princípios jurídicos altera a forma como é pensada a relação entre essas três esferas da vida social, não mais de separação absoluta, mas de articulação complementar.

A influência pós-positivista apresenta um novo olhar para o direito, enaltecendo os fatos sociais como formadores e modificadores da

norma, a prevalência dos princípios gerais do direito sobre a letra fria da lei, protegendo de maneira ampla os direitos sociais e individuais inerentes à figura humana, a quem se voltou o foco após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como esclarece BARROSO (2018, p. 173)⁴:

Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do Direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir consequências jurídicas diversas.

Ao confrontar o direito e a norma, a corrente pós-positivista fez ressurgir a questão axiológica do direito, evidenciando a relação da moral com a justiça, analisando novamente o direito sob um viés filosófico-social. Desse modo, a necessidade de se implantar esse novo olhar sobre o direito, com a moral e a justiça complementado a norma positivada, foi o impulso para a concretização do pós-positivismo. De certa forma, a filosofia pós-positivista assume o papel de corrigir as falhas do sistema jurídico, impondo limites valorativos ao aplicador do direito, que flexibilizará a aplicação literal da norma em prevalência da constitucionalização das normas, que por sua vez, valoriza a aplicação dos preceitos fundamentais previstos na constituição.

Não obstante, cabe ressaltar, também, a diferenciação dos termos neoconstitucionalismo e pós-positivismo. O primeiro é uma tendência do constitucionalismo surgido após a segunda guerra mundial, e o segundo é considerado a filosofia basilar do direito utilizada na aplicação do referido neoconstitucionalis-

mo. Desse modo, observa-se o pós-positivismo como a matriz filosófica de aplicação do constitucionalismo moderno, bem como de todo o ordenamento, adotando novos posicionamentos referente às questões edificadas no sistema, como a teoria das fontes do direito, teoria da interpretação, dentre outras.

A essência complexa da sociedade, que acaba por excluir a ideia de que o sistema normativo positivo é completo para abranger todas as condutas e situações sociais, e a dificuldade de mitigar o conflito de normas positivadas quando não há soluções aos casos inusitados foram os principais motivos para a queda da filosofia positivista, abrindo as portas para a nova filosofia pós-positivista.

Dentre os principais defensores da referida corrente filosófica destacam-se Humberto Ávila, Robert Alexy, André Rufino do Vale Ronald Dworkin, Luís Roberto Barroso, Gustavo Zagrebelsky, Paulo Bonavides e García Figue-roa. Apesar de alguns possuírem posicionamentos diversos em certos tópicos, as principais características do pós-positivismo são defendidas de maneira completa por todos os doutrinadores citados.

Nas palavras de SARMENTO (2010, p. 233)⁵, essa nova tendência jurídica irradia os efeitos dos direitos fundamentais para todo ordenamento, havendo

reconhecimento da força normativa dos princípios e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, etc.; constitucionalização do Direito, coma irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; reaproximação entre Direito e Moral; judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder da esfera do Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário.

Destarte, a abertura axiológica do sistema jurídico, principalmente no texto constitucio-

nal, a positivação dos princípios como norma jurídica, a constituição abrangendo os princípios gerais do direito e o crescente foco do Judiciário em implantar e aplicar o direito por meio desta nova tendência de interpretação são as principais características da filosofia pós-positivista.

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONAL

Inicialmente, cumpre referir que o direito de família sofreu diversas modificações no decorrer da história, acompanhando toda a evolução social da família, sendo pautado por normas tanto de direito privado quanto de direito público. Do mesmo modo, essa característica com normas híbridas ressalta a complexidade do tema e a necessidade de proteção à família, com previsão de normas não só no Código Civil, mas também na Constituição Federal.

Dentre as principais modificações ocorridas ao direito de família sobressai-se a alteração da *ratio legis* de suas normas, que outrora pautava-se na proteção patrimonial e matrimonial, resumidamente, os bens e o casamento, e agora, com a filosofia pós-positivista influenciando a elaboração e promulgação da atual Constituição Federal, que irradia efeitos em todo ordenamento jurídico, transforma a *ratio legis* das normas de direito de família para um viés protetivo não só do patrimônio e do casamento tradicional, mas de todas as novas tendências e arranjos familiares baseados no afeto.

Os novos arranjos e tendências familiares necessitam destaque dentro de um ordenamento pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo primeiro da Constituição Federal. PEREIRA (1988, p. 86)⁶ pontua algumas dessas tendências:

São diferentes áreas nas quais estas se revelam e se mostram. Podem ser assim apresentados: a) o amor como valor capaz de dar origem, sentido e sustentação ao casamento; b) a completa parida-

O direito de família sofreu diversas modificações no decorrer da história, acompanhando toda a evolução social, sendo pautado por normas tanto de direito privado quanto de direito público

de entre os cônjuges; c) igualdade dos filhos de qualquer natureza, incluídos os adotivos; d) reconhecimento e proteção do concubinato; e) novo conteúdo do pátrio poder; f) menor dificuldade na obtenção do divórcio; g) adequação do regime de bens aos verdadeiros significados do casamento; h) atuação mais intensa do Estado sobre a família; i) influência dos avanços científicos e tecnológicos.

Por conseguinte, novos contextos sociais, novas modalidades de família, a relação jurídica do afeto e outras diversas questões relativas ao direito de família foram reanalisadas para que fossem devidamente protegidas pelo ordenamento jurídico. FACHIN (1999, p. 315)⁷ comenta a nova relação da família diante da inovação normativa no texto constitucional:

Começam a sobrepujar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais assento, a concepção 'eudemonista' da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, no entanto a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º da Constituição Federal, juntamente com assuntos relacionados à família previstos na carta magna, demonstram nitidamente a intenção do legislador em ampliar a proteção e efetivação dos direitos individuais e sociais, tendo como objeto principal de seu texto a figura do ser humano, em todas as suas dimensões.

2.1. Princípios constitucionais do direito de família

Os princípios estão presentes em todo o sistema, independente da matéria tratada, e atuam como parâmetros de interpretação, orientação e racionalidade. Em se tratando das normas constitucionais, que em grande parte são normas abertas que necessitam de regulamentação, os princípios possuem um importante papel no tocante à interpretação das normas jurídicas.

Como já dito, a filosofia pós-positivista influenciou a elaboração da Constituição Federal de 1988 com a efetiva normatização dos princípios, trazendo uma nova sistemática de

interpretação jurídica, garantindo maior proteção e aplicação dos direitos, principalmente no tocante ao direito de família, conforme ilustra Serejo (1999, p. 21)⁸:

A Constituição de 1988 afastou a incidência dos princípios conservadores do nosso Código Civil, instalando um sistema de novos princípios e novos critérios interpretativos para avaliar as relações familiares. Pode-se, portanto, dizer que é na Constituição Federal que se encontra, hoje, apoiado o nosso sistema de Direito de Família.

A relevância dos princípios dentro do sistema jurídico é indiscutível. Em se tratando do direito de família, eles estruturam toda a normativa, garantindo maior aplicabilidade e efetividade às prerrogativas da família.

No mesmo sentido, o legislador constitucional concentrou os princípios e normas relativas ao direito de família em seu capítulo VII, dos artigos 226 ao 230, possuindo princípios explícitos e implícitos em seu texto. Inicialmente, o *caput* do artigo

226 prevê expressamente o princípio da especial proteção do estado, elencando a família como base da sociedade e, deste modo, como principal geradora de valores sociais.

Dentre os princípios específicos do direito de família, realça-se o princípio da afetividade,

previsto no § 8º do artigo 226 e *caput* do artigo 227, o princípio da função social da família, inserido nos artigos 227 e 229, o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, ambos previstos no § 7º do artigo 226, e o princípio da solidariedade, esculpido no artigo 229.

Outrossim, além dos princípios específicos, destaca-se, ainda, a aplicação de princípios gerais, como o da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º, que fora aplicado no § 6º do artigo 227, no tocante à igualdade entre os filhos havidos dentro ou fora de uma relação matrimonializada e na igualdade entre homem e mulher na relação conjugal.

Há, portanto, um nítido fortalecimento do sistema jurídico do direito de família com a normatização dos princípios, o que, reitera-se, confere maior efetividade às normas familia-

Os princípios estão presentes em todo o sistema e atuam como parâmetros de interpretação, orientação e racionalidade

ristas, ampliando a óptica do operador do direito com uma interpretação sofisticada que alia princípio e norma. FACHIN (1999, p. 297)⁹ evidencia esta tendência:

Ancorados nos princípios constitucionais, o Direito de Família “constitucionalizado” não deve ter como horizonte final o texto constitucional expresso. Os princípios desbordam das regras e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.

A evolução do direito de família, diante das mudanças sociais, com novas perspectivas e tendências familiares, em conjunto com a filosofia pós-positivista, se refletiu na elaboração do texto constitucional, com um capítulo curto em artigos, porém com enorme previsão de direitos e reflexos no ordenamento.

2.2. Das normas de direito de família constitucional

O legislador constitucional elencou as normas de direito de família, criança, adolescente e idoso no capítulo VII do título VII, artigos 226 ao 230. Em apenas quatro artigos, houve o rompimento de toda a estrutura do patriarcado que era predominante no sistema jurídico anterior.

O *caput* do artigo 226 prevê a família como base da sociedade; seus parágrafos introduzem modificações significativas no direito de família previsto anteriormente. Os dois primeiros parágrafos determinam a regulação do casamento pelo Estado, podendo o casamento religioso ter efeitos civis, desde que atenda os critérios da lei.

O reconhecimento das novas tendências familiares e a ampliação do conceito de família é verificado nos parágrafos 3º e 4º, que atribuem proteção jurídica à união estável e abrangendo as famílias que não possuem a configuração tradicional de cônjuges e filhos. No mesmo sentido, DIAS (2007, p. 64)¹⁰ identifica o novo modelo de família:

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família [...] A

família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

O reconhecimento das novas tendências familiares pelo legislador constituinte propiciou uma completa alteração do sistema jurídico quanto ao direito de família, implantando a igualdade entre os cônjuges no parágrafo 5º do artigo 226, a dissolubilidade do vínculo conjugal no parágrafo 6º, prevendo o planejamento familiar e a assistência e proteção contra a violência doméstica nos parágrafos 7º e 8º, respectivamente.

A filosofia pós-positivista, a normatização dos princípios e as modificações no direito de família, principalmente com as previsões constitucionais supracitadas, trouxeram um

novos olhares ao direito de família, baseado no afeto e na solidariedade familiar, conforme preleciona TARTUCE (2019, p. 27)¹¹:

Buscar-se-á analisar o Direito de Família do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sal dignidade,

do solidarismo social e da isonomia constitucional. Isso porque, no seu atual estágio, o Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade.

Observa-se, portanto, a modificação estrutural na dinâmica do direito de família, que outrora era pautado pelo patriarcado e voltado ao patrimônio, e agora se fundamenta na dimensão humana, no afeto e nos valores sociais gerados pela família. Desse modo, fica evidente a evolução social da família e a contribuição da filosofia pós-positivista na nova tendência de interpretação jurídica.

3. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SOB A FILOSOFIA PÓS-POSITIVISTA

A mudança na filosofia do direito, isto é, o fracasso do positivismo puro e rígido e da ascensão do pós-positivismo com uma integração dos princípios gerais do direito e a norma

A filosofia pós-positivista trouxe um novo olhar ao direito de família, baseado no afeto e na solidariedade familiar

Observa-se uma nova realidade dentro da interpretação, que amplia os horizontes do operador do direito e garante maior efetividade aos direitos fundamentais

propriamente dita, ocasionou uma drástica mudança na interpretação jurídica como um todo, deixando de lado a conferência literal das normas para adotar uma interpretação sistêmica do ordenamento, propiciando maior efetivação dos direitos, conforme ilustra BARROSO (2018, p. 304)¹²:

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram um grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional. Além disso, a complexidade da vida contemporânea, tanto no espaço público como no espaço privado; o pluralismo de visões, valores e interesses que marcam a sociedade atual; as demandas por justiça e pela preservação e promoção dos direitos fundamentais; as insuficiências e deficiências do processo público majoritário – que é feito de eleições e debate público; enfim, o conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciaram decisivamente o modo como o direito constitucional é pensado e praticado.

Observa-se, portanto, uma nova realidade dentro da interpretação, a qual amplia os horizontes do operador do direito e garante maior efetividade aos direitos fundamentais que, anteriormente ao atual sistema jurídico-constitucional, só eram efetivados caso estivesse estritamente positivado.

Ademais, as mudanças no ordenamento jurídico brasileiro com a influência da filosofia pós-positivista na elaboração e promulgação da carta magna vigente afetou mais que o método de interpretação; conferiu novo sentido à norma, seus limites e alcances, alterando profundamente o papel do operador do direito, sua atuação e adequação.

O ordenamento jurídico necessita de uma interpretação sistêmica para a correta aplicação do direito ao caso concreto. Ao Poder Judiciário é conferida a competência para referida aplicação. Assim, este novo método de interpretação sistêmica pode ser evidenciado na atuação do juiz, conforme assevera JUNIOR (2001, p. 305)¹³:

A norma jurídica é produzida para ser aplicada para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas. Todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair a norma de decisão do caso, é aquele que Kelsen chama de *intérprete autêntico*, o juiz.

Ademais, independente da interpretação jurídica resultar na sentença judicial, a interpretação sistêmica do ordenamento, sob a perspectiva pós-positivista, cabe a todos os operadores do direito, haja vista a necessidade de formulação e elaboração de teses tanto pelos advogados quanto pelos membros do Ministério Público, o que culmina na apreciação por parte do Judiciário.

O operador do direito de modo geral, após a nova ordem constitucional vigente, no que tange ao direito de família, deve compreender todos os aspectos relativos ao caso concreto, aliando o direito material e os princípios gerais, protegendo, assim, todas as novas tendências familiares e seus respectivos direitos.

A dinâmica social, dotada de transformações e evoluções constantes, ultrapassa a realidade positivada pelo legislador, que sem a correta adequação entre fato, norma e prestação jurisdicional pode ocasionar lesão e ameaça aos direitos individuais.

Portanto, superada a técnica fria de pura e simples subsunção do fato concreto à norma positivada, a interpretação jurídica evoluiu com a filosofia pós-positivista, com a normatização dos princípios e a constitucionalização do direito, propiciando garantia e efetividade aos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alteração na filosofia jurídica, com o fracasso do positivismo e o surgimento da filosofia pós-positivista, modificou profundamente o ordenamento brasileiro, influenciando diretamente na elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, com previsão de princípios gerais do direito de maneira expressa e implícita, garantindo maior efetividade aos direitos fundamentais.

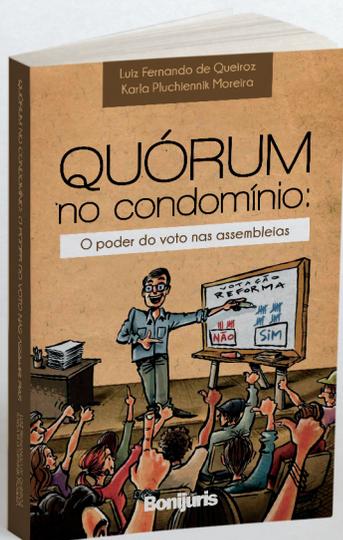
O legislador constituinte reestruturou e inovou completamente o direito de família, excluindo aberrações jurídicas como a classificação dos filhos entre legítimos e ilegítimos, conferindo isonomia na relação conjugal entre homem e mulher, ampliando o conceito de família, rompendo, dessa maneira, com toda a estrutura do patriarcado, que era pautado pela defesa exclusiva do matrimônio e do patrimônio.

Todo o viés pós-positivista implementado no ordenamento brasileiro possibilitou a correta identificação da família dentro de seu

contexto histórico-jurídico-social, buscando afastar toda forma de ameaça e lesão aos direitos fundamentais da família, garantindo a proteção compatível com o tamanho desta instituição e sua matriz de valores sociais.

De maneira geral, toda ordem constitucional implantada pela filosofia pós-positivista propiciou uma ampliação de direitos, afastando a rigidez normativa e a superioridade da lei sobre as demais fontes do direito, fornecendo métodos de interpretação integrativa do sistema, o que reforça o alcance do estado democrático de direito aos integrantes do contrato social.

Portanto, a tendência de interpretação sistêmica do ordenamento jurídico sob a filosofia pós-positivista, aliando aplicação conjunta dos princípios gerais do direito e toda ordem constitucional do direito de família, evidencia as características necessárias para a atuação do operador do direito moderno, prezando pela dignidade da pessoa humana como foco central para persecução da justiça. ■



QUÓRUM NO CONDOMÍNIO O PODER DO VOTO NAS ASSEMBLEIAS

Luiz Fernando de Queiroz e Karla Pluchiennik Moreira

Esta obra reúne de maneira didática a mais completa lista exemplificativa de quóruns relacionados à vida em condomínio. Desde aqueles necessários à aprovação de obras, alteração da convenção e regimento interno até os relativos ao condomínio tradicional e ao condomínio na multipropriedade.

NOTAS

- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. 2006, p.119-120.
- NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. 2017, p. 383.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.123.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. 2018, p. 173.
- SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira. Teoria da Constituição e de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.233.
- PEREIRA, Sérgio Gisckow. Tendências modernas do direito de família. *Ajurism* n. 42/52-86, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. 1999, p. 285.
- SEREJO, Lourival. Direito constitucional da família. 1999, p. 21.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. 1999, p. 297.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 64.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil. Direito de família. 14. ed. 2019, p. 27.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. 2018, p. 304.
- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Introdução ao estudo do direito. 2001, p. 305.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed., 2018.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, 1999.
- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito*, 2001.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 40. ed., 2017.
- PEREIRA, Sérgio Gisckow. Tendências modernas do direito de família. *Ajurism* n. 42/52-86, março, 1988.
- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira*. Teoria da Constituição e de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*, 1999.

II Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: Pós-positivismo e a relação com o direito de família constitucional sob a nova tendência de interpretação jurídica. **Title:** *Post-positivism and the relationship with constitutional family law under the new trend of legal interpretation*. **Autor:** **Rodrigo de Queiroz Oliveira**. Pós-graduando em direito civil com ênfase em Direito de Família e Sucessões pela Universidade Católica Dom Bosco. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. **Resumo:** Diante da insuficiência da filosofia positivista, que atribui o significado e alcance do direito apenas à literalidade fria da lei, surge, então, a necessidade de interpretar e aplicar o direito de maneira que o ser humano seja o objeto central e fundamental do sistema jurídico. Nesta perspectiva de que a realidade humana necessita de um olhar multidisciplinar, tendo em vista sua natureza evolutiva que modifica o meio social diariamente, surge a filosofia denominada pós-positivista. A evolução do direito de família, diante das mudanças sociais, com novas perspectivas e tendências familiares, em conjunto com a filosofia pós-positivista, se refletiu na elaboração do texto constitucional. O operador do direito contemporâneo deve afastar a rigidez normativa e ampliar a dignidade da pessoa humana. **Palavras-chave:** PÓS-POSITIVISMO; DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONAL; CONSTITUCIONALIZAÇÃO; INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. **Abstract:** *Given the insufficiency of positivist philosophy, which attributes the meaning and scope of law to the cold literalness of law, then arises the need to interpret and apply law in such a way that the human being is the central and fundamental object of the legal system. From this perspective that human reality needs a multidisciplinary look, in view of its evolutionary nature that changes the social environment daily, arises the so-called post-positivist philosophy. The evolution of family law, in the face of social changes, with new perspectives and family trends, together with post-positivist philosophy, was reflected in the drafting of the constitutional text. The operator of contemporary law must remove normative rigidity and extend the dignity of the human person.* **Keywords:** POST-POSITIVISM; CONSTITUTIONAL FAMILY LAW; CONSTITUTIONALISATION; LEGAL INTERPRETATION. **Data de recebimento:** 03.09.2019. **Data de aprovação:** 09.10.2019. **Fonte:** *Revista Bonijuris*, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 118-126, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).

NOSSA GARANTIDORA

proporciona tranquilidade para a
gestão dos condomínios,
segurança e bem-estar
aos condôminos.



A parceira ideal de síndicos e
administradoras na cobrança de
taxas de condomínio com garantia
há mais de 28 anos.

41 3027 0919

dupliquedesembargador.com.br
Des. Westphalen • 295 • SL 95
Centro • Curitiba • PR

DQ DUPLIQUE
DESEMBARGADOR

Raphaella Benetti da Cunha Rios JUÍZA DE DIREITO NO PARANÁ

LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: AMEAÇA REAL OU FALÁCIA?

Há quem sustente que a nova legislação pode inibir as atividades jurisdicionais de magistrados e promotores; e há quem afirme que faltava, de fato, um freio ao servidor público

Recentemente, assistimos ao advento meteórico da Lei 13.869/19, que versa sobre o abuso de autoridade. Referida norma vem gerando manifestações entusiasmadas, tanto de amor como de ódio. Amor daqueles que defendem que faltava um freio ao servidor público da mesma maneira que existe para o particular. Ódio por parte especialmente de juízes e promotores, que vêm entendendo que os tipos abertos contidos na lei podem dar ensejo à inibição da atividade jurisdicional livre, minando a independência funcional dos magistrados e membros do Ministério Público.

A mídia em geral, inclusive através da internet e das redes sociais, apela para a sensibilidade do cidadão. Afinal, a lei em comento vem sendo vendida como uma verdadeira arma para o particular que se sinta prejudicado por abusos cometidos por servidores públicos. Quem nunca passou por uma situação de estresse em alguma repartição pública? Isso infelizmente é comum e já deve ter acontecido com todo mundo. Porém, é preciso analisar o momento em que a Lei 13.869/19 entrou em vigor, bem como

o porquê de ter sido desencadeada, ou seja, as razões por trás da sua rápida tramitação.

Conforme tentarei demonstrar, é preciso coibir condutas abusivas de autoridades, mas não é possível atentar contra a independência funcional de juízes, sob pena de se colocar em risco o regime democrático. E a Lei 13.869/19 acaba por possibilitar a punição de atos corriqueiros, necessários ao bom exercício da jurisdição, especialmente no combate à corrupção.

Nesse sentido, este artigo pretende analisar a Lei 13.869/19 sob o prisma técnico, bem como suas repercussões na mitigação da independência funcional do juiz, verdadeiro direito humano fundamental que é, já que consagrado, inclusive, em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

1. INDEPENDÊNCIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE TODO E QUALQUER MAGISTRADO

Em tese de doutorado apresentada em 2019 perante à *Universitat de Barcelona* – e que deu origem a um livro nela inspirado –, trabalhei o

conceito de *emancipação* com base na obra de Boaventura de Sousa Santos¹. *Emancipar*, na acepção defendida na tese implica mudança de formas de pensar, sentir e agir partindo-se da experiência vivida no dia a dia dos magistrados. Trata-se de “pensar fora da caixa” que nos é imposta pelos esquemas positivistas que permeiam (e dominam) a atividade jurisdicional, a fim de buscar a melhor solução para o caso concreto.

E o reflexo direto da emancipação na atividade jurisdicional está justamente no enaltecimento da “independência funcional” como direito humano fundamental de todo e qualquer magistrado para que possa desempenhar de forma melhor e mais efetiva a sua função.

No momento em que é encarada como direito humano fundamental do magistrado no exercício de suas funções, a independência se reveste de características que a colocam em especial posição justamente para evitar a sua vulneração, como forma de obstruir a atividade jurisdicional livre. Aqui não se está a dizer que a independência tem caráter absoluto, até porque nenhum direito fundamental possui essa característica, salvo, a nosso juízo, o da dignidade da pessoa humana.

E por que dizemos que a independência é um direito ao mesmo tempo humano e fundamental do magistrado no exercício de suas funções? A independência está consagrada não somente no âmbito da CF/88 (art. 93, IX – livre convencimento motivado e art. 95) – o que lhe faz assumir a característica de direito fundamental e cláusula pétrea, já que inerente ao princípio da separação dos poderes –, mas também em diversos tratados internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 10), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XVIII), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica – art. 8º), entre outros instrumen-

tos, o que confirma essa natureza de verdadeiro direito humano fundamental inerente à magistratura.

A independência, além de direito fundamental presente na Constituição Federal, também se encaixa perfeitamente como direito humano de primeira dimensão, categoria que engloba o direito a um justo juízo², que, por sua vez, sintetiza todas as garantias judiciais para a efetivação dos chamados “direitos de liberdade” e também dos direitos das demais dimensões – econômicos, sociais, culturais, de solidariedade, do meio ambiente. Logo, a independência judicial (nas vertentes funcional e institucional) se situa no vértice do sistema de direitos humanos, já que os direitos não só da primeira como das demais dimensões demandam, para seu *enforcement*, a efetivação de garantias judiciais como a independência, de sorte a assegurar ao cidadão o devido processo legal, em todas as suas nuances – julgamento por juiz ou tribunal independente e imparcial, presunção de inocência/não culpa, entre outras, muitas das quais detalhadas no artigo 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica. Em outras palavras, mais do que ser uma garantia inerente ao Poder Judiciário, a independência é uma garantia da própria sociedade. Esta jamais poderá ser reputada democrática se não tiver um Poder Judiciário independente, cujos membros atuem de forma livre e sem qualquer tipo de hierarquia, salvo os sistemas recursais, que igualmente são corolários de uma sociedade democrática.

Não se pode olvidar, também, que os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais, são universais, inalienáveis, interdependentes, indivisíveis, imprescritíveis, e, portanto, impedem investidas legais tendentes a restringir o seu alcance. Logo, eventual restrição ao direito humano fundamental de independência do magistrado terá reflexos negativos na implementação dos direitos não

A independência se reveste de características que a colocam em especial posição justamente para evitar a sua vulneração como forma de obstruir a atividade jurisdicional livre

Souto Maior e Neves Fava fazem um apanhado de onde é possível verificar a consagração da independência do juiz em diversos dispositivos internacionais ligados aos direitos humanos

somente da primeira, como das demais dimensões.

O reconhecimento da independência como direito humano fundamental do juiz ocorre de forma ampla e irrestrita na legislação internacional sobre o tema, bem como no direito comparado, provando que não se pode conceber uma sociedade democrática sem que a respectiva magistratura seja independente, sendo ela – independência – um dos corolários da democracia. Jorge Luiz Souto Maior e Marcos Neves Fava nos fazem o seguinte apanhado, de onde é possível verificar a consagração da independência do juiz em diversos dispositivos internacionais ligados aos direitos humanos³:

– Declaração Universal Dos Direitos do Homem, 1948, artigo 10: “todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

– Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948, artigo XVIII – “Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.

– Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica, 1969, artigo 8º – “Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. E: “Artigo 1º – Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

– Recomendação (94) 12, do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, de 13 de outubro de 1994, que trata da independência dos juízes.

– Constituição da Alemanha: “Os juízes são independentes e somente se submetem à lei” (art. 97).

– Constituição da Áustria: “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciárias” (art. 87).

– Constituição da Dinamarca: “No exercício de suas funções os magistrados devem se conformar à lei” (art. 64).

– Constituição da Espanha: “A justiça emana do povo e ela é administrada em nome do rei por juízes e magistrados que constituem o poder judiciário e são independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos exclusivamente ao império da lei” (art. 117). E: “Toda pessoa tem o direito de obter a proteção efetiva dos juízes e tribunais para exercer seus direitos e seus interesses legítimos, sem que em nenhum caso esta proteção possa lhe ser recusada” (art. 24).

– Constituição da França: “O presidente da República é garante da independência da autoridade judiciária. Ele é assistido pelo Conselho superior da magistratura” (art. 64).

– Constituição da Grécia: “A justiça é composta por tribunais constituídos de magistrados de carreira que possuem independência funcional e pessoal” (art. 87-1). E: “No exercício de suas funções, os magistrados são submetidos somente à Constituição e às leis; eles não são, em nenhum caso, obrigados a se submeter a disposições contrárias à Constituição” (art. 87-2).

– Constituição da Irlanda: “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciárias e submetidos somente à presente Constituição e à lei” (art. 35-2).

– Constituição da Itália: “A justiça é exercida em nome do povo. Os juízes se submetem apenas à lei” (art. 101).

– Constituição de Portugal: “Os juízes são inamovíveis. Eles não poderão ser multados, suspensos, postos em disponibilidade ou exonerados de suas funções fora dos casos previstos pela lei” (art. 218-1). E: “Os juízes não podem ser tidos por responsáveis de suas decisões, salvo exceções consignadas na lei” (art. 218-2).

Agrego, ainda, o disposto nos seguintes documentos internacionais:

– Princípios da Conduta Judicial de Bangalore: oficialmente aprovados em novembro de 2002 em Haia, sob os auspícios das Nações Unidas, sendo um projeto de código judicial em âmbito global⁴. Um dos “considerandos” do documento se refere à importância de um Judiciário “competente, independente e imparcial para a proteção dos direitos humanos”. E

o valor 1 é, justamente, o da independência, segundo o qual ela seria um “um pré-requisito do estado de direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, consequentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional”. E a independência traz a noção de prerrogativa a ser exercida com *responsabilidade* e não de privilégio⁵.

– Princípios Básicos das Nações Unidas para a Independência do Judiciário: adotados pelo 7º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Réus em setembro de 1985, em Milão, e aprovados pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em sua Resolução 40/32, de 29 de novembro de 1985. Seu artigo 1º estabelece que a independência do Poder Judiciário deverá ser garantida pelo Estado e incorporada à constituição e às leis do país. É dever de todos os governos e de outras instituições respeitar e observar a independência do Judiciário.

Muito embora não seja exatamente fã da classificação dos direitos humanos em dimensões, reafirmo que se fôssemos enquadrar a independência do Poder Judiciário em alguma categoria, ela pode ser considerada verdadeiro direito humano e fundamental de primeira dimensão. Isso porque, além de constar na CF/88 e nos diversos tratados internacionais antes referenciados, o Poder Judiciário, enquanto agente político, é instrumento necessário para garantir cidadania e direitos civis básicos aos jurisdicionados em um estado democrático de direito, o que se materializa, entre outros instrumentos, por meio da efetividade da prestação jurisdicional.

Segundo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Néri da Silveira, o exercício da plenitude da cidadania – e consequentemente dos direitos civis e políticos que a materializam – não é possível se não houver mecanismos e

prerrogativas eficientes aptos a assegurar esses direitos, especialmente em uma sociedade cada dia mais complexa, diversa e desigual⁶. E a independência vai ao encontro desse ideal de exercício pleno da cidadania. Um magistrado independente decide conforme a lei, aos fatos, aos princípios e à sua consciência, não cedendo aos interesses “de ocasião”.

A maior demonstração de que a independência funcional é de fato direito humano fundamental do magistrado está nas próprias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vem admitindo sua competência para analisar demandas que visam o fortalecimento de instituições e a própria consolidação da independência do Poder Judiciário. Cito aqui como exemplo o célebre caso “Aguirre Roca e outros vs. Peru”, julgado pela CIDH em 31 de janeiro de 2001⁷.

Em tal ocasião, a CIDH declarou que o Estado do Peru violou em detrimento dos petionários (integrantes do Poder Judiciário) o já citado artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe sobre as garantias judiciais tanto dos juízes como dos jurisdicionados. A corte entendeu indevida a destituição de magistrados pelo simples fato de se posicionarem pela inconstitucionalidade de uma lei, que permitia ao presidente daquele país um terceiro mandato consecutivo, sendo necessário garantir a independência de qualquer juiz em um estado de direito, especialmente em cortes constitucionais. Isso demandaria: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas, especialmente de cunho político⁸.

O simples fato de a CIDH ter afirmado a sua competência quer significar que o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos veicula a independência como verdadeiro direito humano do magistrado no exercício de suas funções. Tal premissa é importante para a análise que vem a seguir.

Se é o caso de enquadrar a independência do Poder Judiciário em alguma categoria, ela pode ser considerada verdadeiro direito humano e fundamental de primeira dimensão

2. LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E CRIME DE HERMENÊUTICA

Também como forma de ilustrar a relevância de se encarar a independência funcional como direito humano fundamental do magistrado enquanto *presentante*⁹ do Poder Judiciário, cabe um exemplo de medida que vem, a meu ver indevidamente, tentar minar essa garantia do exercício livre da jurisdição. Até porque a independência, enquanto direito fundamental do julgador, é inalienável, inegociável, irrenunciável, imprescritível, verdadeira cláusula pétrea presente na CF/88 e que não pode ser vulnerada por lei, sequer por emenda à Constituição.

Recentemente esteve em discussão no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei do Senado (PLS) 280/16 e o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 7.596/17, ambos com o objetivo de redesenhar as hipóteses de crimes de abuso de autoridade. Esses projetos deram origem à Lei 13.869/19, de 5 de setembro de 2019 (publicada na mesma data). Até aí não há qualquer perplexidade, porque a punição de qualquer tipo de abuso é necessária para evitar o arbítrio.

No entanto, tais projetos renderam muita discussão envolvendo justamente o tema da independência do Poder Judiciário, tanto que a lei foi sancionada com nada menos que 19 dispositivos vetados pelo então presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, vetos estes que foram derrubados em grande parte pelo Congresso Nacional.

A maior celeuma gerada pelos projetos (e agora pela lei) está no fato de que muitos de seus dispositivos são vagos a tal ponto de ressuscitar a vetusta e anacrônica figura do “crime de hermenêutica”, condenada desde há muito pelo célebre Rui Barbosa, que a ela se referia como verdadeira “hipérbole do absurdo”¹⁰.

Aqui cabe uma referência histórica ao instituto do crime de hermenêutica, até porque ele foi de certa forma consolidado em alguns pontos da Lei 13.869/19.

Há mais de 100 anos, em 1896, o magistrado Alcides de Mendonça Lima negou aplicação ao artigo 65 da Lei Estadual 10 (que impedia que um jurado recusasse seu mister, além de ter acabado com o voto secreto nos júris), por entender tal norma inconstitucional. Por essa conduta, o magistrado em questão foi denunciado penalmente pela prática de prevaricação. O juiz foi condenado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul e o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (Revisão Criminal 2.015). A defesa do magistrado coube a ninguém menos que Rui Barbosa, que, de maneira brilhante, sustentou como correta a conduta do magistrado em negar aplicação a uma lei que desfalcava o Tribunal do Júri em sua essência (na medida em que ele perderia a sua independência com o escrutínio a descoberto e a abolição da recusa peremptória).

Até aí não há qualquer perplexidade, porque a punição de qualquer tipo de abuso é necessária para evitar o arbítrio

Na fundamentação de sua defesa, Rui Barbosa trouxe à baila a figura dos “crimes de hermenêutica”, os quais, segundo ele, equivaleriam à responsabilização penal do juiz pelas “rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos”, algo que, segundo o eterno “Águia de Haia”, equivaleria

a uma “hipérbole do absurdo” que, se passasse, faria “da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das lei, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã”. E arremata: “... se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo”. A brilhante defesa acarretou no provimento do recurso do magistrado pelo STF, que considerou que os juízes, tanto federais como estaduais, teriam a

prerrogativa de, no exercício de suas funções, deixarem de aplicar leis inconstitucionais.

A lição de Rui Barbosa se reveste de uma atualidade assombrosa, já que, voltando à Lei 13.869/19, há nela dispositivos que consolidam a figura do “crime de hermenêutica”, gerando retrocesso inaceitável e sendo, na minha opinião, passíveis de controles de constitucionalidade e convencionalidade, justamente com base nos dispositivos citados no início deste capítulo, que consolidam a independência judicial como direito humano e fundamental do magistrado no exercício de suas funções.

Estou me referindo, entre outros:

– ao artigo 9º, que dispõe que o magistrado pode ser preso de 1 a 4 anos quando “decretar medida de privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”, incorrendo na mesma pena quem deixar de relaxar prisão manifestamente ilegal, substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando “manifestamente cabível” e deferir liminar ou ordem de *habeas corpus* também quando “manifestamente cabível”.

– ao artigo 10, que tipifica como crime “decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”.

– ao artigo 30, que cogita punição para quem der início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa, conceito este também aberto e que abre espaço para a criminalização da atividade hermenêutica.

– ao artigo 33, que criminaliza a conduta de “exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou não fazer, sem expresse amparo legal”.

– ao artigo 36, que estabelece ser crime “decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos em quantia financeira que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la”.

– ao artigo 38, que proíbe qualquer manifestação pública de autoridade, inclusive o ato de prestar contas à sociedade e ao jurisdicionado.

– ao artigo 43, que criminaliza a violação de prerrogativa apenas de advogados, com o esquecimento de outras profissões.

Repito que os dispositivos antes citados possuem o mesmo perfil: tipificação muitíssimo vaga e que pode gerar inibição (inconstitucional e anticonvencional a meu entender) ao exercício pleno da independência judicial.

Para o leitor desavisado parece que o artigo em questão diz o óbvio; afinal, não é dado ao magistrado manter quem quer que seja em cárcere se estiverem presentes os requisitos para a concessão de liberdade provisória.

Sucede que a vaga redação poderá ensejar que qualquer avaliação do juiz sobre a presença dos requisitos do artigo 312 do CPP – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal – possa ser considerada, a depender dos interesses envolvidos, penalmente típica. Aí está presente o chamado “crime de hermenêutica”, em sua versão contemporânea, que pode gerar a perseguição criminal de magistrado, inibindo o seu atuar livre e independente. Inclusive vale destacar as razões do veto a esse dispositivo em questão (veto este derrubado pelo Congresso Nacional), que enaltecem a necessidade de proteção à independência funcional do juiz: “a propositura legislativa, ao dispor que se constitui crime ‘decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais’, gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comporta interpretação, o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização da sua conduta”¹¹.

O direito não é uma ciência matemática e o conceito de “manifestamente cabível”, por exemplo, pode variar, afinal juízes são seres humanos. Inclusive o sistema recursal, também corolário de uma sociedade democrática,

O direito não é uma ciência matemática e o conceito de ‘manifestamente cabível’ pode variar, afinal juízes são seres humanos

Trazer esse assunto do abuso de autoridade em época na qual o Poder Judiciário está assumindo protagonismo no combate à corrupção é sintomático de uma tentativa de minar a independência do juiz

existe para corrigir eventuais excessos de interpretação da lei e das provas. Por essa razão, a independência é tão fundamental, para que o juiz se sinta apto a proferir uma decisão sem ceder aos “interesses de ocasião”. Caso a decisão contenha excessos, obviamente devem eles ser objeto dos competentes recursos e não gerar a penalização do magistrado prolator.

3. LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: REAL AMEAÇA OU COMPLETA FALÁCIA?

Agora vamos ao cerne da questão e ao título deste artigo, levantando os contrapontos do raciocínio até então desenvolvido, a fim de alcançar uma síntese sobre os perigos – ou não – da Lei 13.869/19.

Há aqueles que advogam que todo debate em torno da promulgação da Lei 13.869/19 é desnecessário, uma vez que ela não representaria qualquer ameaça à atividade jurisdicional livre. E essa corrente enumera dois fundamentos primordiais: (i) a lei anterior que tratava do tema (4.898/65) contemplaria tipos penais muito mais abertos e; (ii) nesse sentido, a nova legislação logo em seu artigo 1º exige a necessidade de *dolo específico* para a configuração de qualquer tipo penal nela contido, além de textualmente afastar a configuração de abuso na divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, algo que não estava presente na Lei 4.898/65²². Há, também, quem diga que a Lei 13.869/19 não apresenta qualquer vício de inconstitucionalidade, representando, ao revés, uma autêntica “blindagem aos operadores do direito” justamente por contemplar tipos mais taxativos e com penas brandas (que apontariam para a viabilidade da suspensão condicional do processo), além da mencionada necessidade do *dolo específico*²³.

Mas, afinal, deve o magistrado que atua corretamente temer a Lei 13.869/19? Em outras palavras, o estado de pânico generalizado criado com o advento da lei em comento

(e a derrubada da maior parte de seus vetos) é infundado? Não seria suficiente apenas ter em mente as premissas dispostas no artigo 1º, segundo a qual “as condutas descritas nesta lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal” (§ 1º) e “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade” (§ 2º)?

Entendo que o simples fato de ser trazido esse assunto do abuso de autoridade em época na qual o Poder Judiciário está assumindo protagonismo no combate à corrupção é sintomático de uma tentativa oportunista de minar a independência do juiz. É a tal da lei da “ação e reação”. Fenômeno parecido ocorreu na sequência da operação Mãos Limpas na Itália: uma cruzada anticorrupção seguida de uma forte reação do corpo político, visando mitigar a independência funcional do magistrado. No caso da Lei 13.869/19, sua tramitação foi “meteórica” (considerando a normal lentidão do processo legislativo, cheio de minúcias e etapas que devem ser seguidas), o que indica que a ela não tem como objetivo apenas “reparar” e atualizar a legislação anterior.

E nem se diga que o fato de a Lei 13.869/19 conter premissas que evitam que a imputação criminal recaia sobre a atividade interpretativa do juiz (gerando o citado “crime de hermenêutica”) deve ser encarado com tranquilidade. Prova disso são as frequentes notícias de advogados estarem inserindo referências à Lei 13.869/19 antes mesmo de sua entrada em vigor, para, no mínimo, intimidarem o magistrado e o Ministério Público, conduta que pode até em certos casos configurar crime de ameaça. Também cito decisões de magistrados concedendo liberdades e impedindo penhoras *online* na mesma situação, justamente por es-

Pessoas ingressam com ações por conta dos abusos de instituições financeiras. Como estas são em sua maioria detentoras de amplo poder econômico, cogita-se que façam alguma pressão com base na Lei 13.869/19

tarem se alinhando ao espírito da nova legislação. Ao menos, fortes efeitos psicológicos a Lei 13.869/19 possui, não há como negar.

Além disso, também não há como negar que a lei anterior (4.898/65), ainda que contivesse tipificação mais aberta¹⁴, era de escassa – ou nula – aplicação na atualidade. É a tal “lei que não pegou”, inclusive por conta de sua origem histórica, já que foi concebida no período do regime militar. Destaco, ainda, as penas muito mais brandas constantes na Lei 4.898/65, que variam de multa, detenção de 10 dias a 6 meses e perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública outra por até três anos (art. 6º, parágrafo 3º). Já a Lei 13.869/19 comina penas que podem alcançar os quatro anos de detenção, além dos efeitos previstos no artigo 4º, dentre eles a perda do cargo.

Também vale citar um detalhe constante da Lei 4.898/65: a ação penal pública era *sempre* condicionada à representação da vítima do abuso de autoridade (art. 12). E o Ministério Público tinha apenas 48 horas para denunciar o réu, prazo este extremamente exíguo. Já no artigo 3º da Lei 13.869/19 (cujo veto foi derrubado pelo Congresso Nacional) a ação penal é pública e incondicionada, podendo ser admitida a ação privada se a pública não for intentada no prazo legal. Ou seja, há mais tempo e espaço para a propositura de ações com base na nova legislação, podendo, inclusive, ela ser desencadeada por ação exclusivamente privada.

Mas há quem diga: a ação penal é proposta normalmente pelo Ministério Público, devendo ser julgada por um juiz. Ora, não soaria incoerente o magistrado não confiar nos próprios pares? Quem faz essa crítica tem que entender que, para um magistrado que atua corretamente, a punição não é o maior dos problemas, mas sim o trâmite do processo, ainda que alcance a absolvição. Ninguém em sã consciência quer trabalhar sob o risco iminente e permanente de se ver processado

(já que o direito, repita-se, não é uma ciência exata), ainda mais quando toma decisões que podem incomodar interesses de ocasião. As repercussões da lei certamente podem afetar a saúde mental do juiz, causando um desgaste que, por sua vez, pode gerar uma piora de seu desempenho e produtividade.

Outras críticas, a meu ver extremamente rasas, comparam o juiz ao “trabalhador comum”, que vive sob a ameaça de se ver processado, razão pela qual deve o magistrado se submeter a idêntico risco. Deixo claro que o magistrado não é mais nem menos que ninguém. Mas sua função é diferenciada, já que atrelada à característica democrática de uma determinada sociedade. Não há como negar que o juiz seja um agente político, cuja decisão interfere diretamente na vida de pessoas.

Para ilustrar o quanto a crítica é descabida, aqui cito uma situação hipotética: muitas pessoas ingressam com ações por conta dos abusos de instituições financeiras. Como estas são em sua maioria detentoras de amplo poder econômico (e assistida por bons profissionais advogados), é possível cogitar que façam alguma pressão com base na Lei 13.869/19 (que, como visto, abre campo para esse tipo de conduta), a depender de um magistrado estar provendo ações em que consumidores foram lesados. Como fica a independência do juiz neste caso? E pior, como ficam os consumidores lesados caso o juiz se veja pressionado, processado e acuado?

Por fim, menciono o aspecto econômico: a corrupção gera o atraso no desenvolvimento de uma nação. Segundo estudos realizados pela Transparência Internacional, o Brasil desde 2012 vem caindo no índice de percepção da corrupção (IPC), registrando em 2018 o resultado 35 em uma escala que vai do 0 ao 100 e ocupando a 105ª posição entre 180 países avaliados¹⁵. Idêntica conclusão consta do The Global Competitiveness Report 2019, veiculado pelo World Economic Forum¹⁶. Por conta disso, e em especial

O que existe são referências nas codificações gerais quando preveem os crimes praticados no âmbito da administração pública, em que eventual conduta criminosa pressupõe o desejo de prejudicar alguma parte

considerando a aprovação da Lei 13.869/19, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) decidiu enviar ao Brasil uma missão para acompanhar os recentes retrocessos no combate à corrupção¹⁷. Não há dúvidas, portanto, da magnitude do tema, bem como do fato de que a lei não é tão indolor à democracia, como querem fazer parecer.

Ora, se mesmo antes do advento da Lei 13.869/19, a posição do Brasil no IPC estava ruim, com a entrada em vigor da referida lei – e o conseqüente aumento das pressões sobre os juízes que decidam casos envolvendo corrupção sistêmica –, essa colocação tende a piorar cada vez mais.

4. O ABUSO DE AUTORIDADE NO DIREITO COMPARADO – ALGUNS EXEMPLOS

Neste ponto tomarei como exemplo países de experiência jurídica parecida com a brasileira, tais como Portugal, Espanha, França e Itália, que ostentam colocação relativamente boa no IPC – índice de percepção da corrupção, veiculado pela Transparência Internacional¹⁸. Em nenhum deles há legislação específica punindo o abuso de autoridade. O que existe são referências nas codificações gerais (em especial nos códigos penais respectivos), quando preveem os crimes praticados no âmbito da administração pública, em que eventual conduta criminosa pressupõe o atingimento de uma vantagem ou o desejo de prejudicar alguma parte, para fins de satisfação pessoal.

Passo a listar as experiências no direito comparado:

– Portugal: o tema está tratado a partir do artigo 378º, do Código Penal Português (secção III – Do abuso de autoridade). Os tipos penais pressupõem que a autoridade ou servidor: (i) pratique crimes tipificados no próprio código (art. 378º); (ii) receba vantagem patrimonial mediante ou não a prática de violência ou grave ameaça (concussão – art. 379º); (iii) delibe-

radamente impeça a execução de lei ou ordem legítima (art. 380º); (iv) se recuse a colaborar com a administração da justiça e; (v) atuem com abuso de poder ou em violação aos deveres inerentes às suas respectivas funções¹⁹.

– Espanha: o tema do abuso de autoridade igualmente está tratado no Código Penal, na parte dos “delitos contra la Administración de Justicia – de la prevaricación” (arts. 446 a 449). Os dispositivos fixam penas altas e utilizam a vaga expressão “sentencia o resolución injusta”²⁰.

– França: também possui no Code Pénal normas rigorosas para punir autoridades que cometem abuso, a exemplo dos artigos 432-4 a 432-9. Os dispositivos tratam da ordem de ato arbitrariamente prejudicial à liberdade de pessoa (art. 432-4 – “*d’ordonner ou d’accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle*”)²¹. Assim como a legislação espanhola, traz penas duras e expressões vagas.

– Itália: o assunto é tratado no artigo 323, do Codice Penale Italiano. Na mesma linha do português, o dispositivo em questão alude expressamente à necessidade de configuração de vantagem injusta para o servidor ou terceiros (*in presenza di un interesse proprio o di un prossimo*)²².

Ainda que na Espanha e na França haja previsão de punição para magistrados com base em expressões genéricas (o que poderia suscitar a incidência do chamado “crime de hermenêutica”), a Lei 13.869/19 (desencadeada, entre outros fatores, por represália política à atuação jurisdicional, especialmente no combate à corrupção) não possui qualquer paralelo com a legislação estrangeira ora analisada, especialmente porque a norma brasileira é enfática ao tolher a independência funcional do magistrado em diversos âmbitos de atuação, inclusive quando da decretação de prisões preventivas ou bloqueio de bens e ativos.

Além disso, a legislação de tais países não pode ser analisada de forma isolada. Segundo

Disse a ministra Carmen Lúcia, do STF: 'juiz sem independência não é juiz, é carimbador de despacho, segundo interesses particulares e não garante direitos fundamentais, segundo a legislação vigente'

Elisângela Furian Fratton, os baixos níveis de percepção da corrupção em muitos países europeus se devem especialmente ao fato de que a Comunidade Europeia aprovou diretriz para tratamento dos casos de corrupção, criando medidas como a preferência de julgamento nos casos de corrupção no setor público, assim como foros jurisdicionais específicos, gerando um incremento no controle dos atos corruptivos. Isso reduziu, via de consequência, a corrupção estrutural, aumentando a punição dos agentes políticos envolvidos²³, o que evidentemente enaltece a independência do Poder Judiciário como protagonista no combate à corrupção²⁴.

Enfim, muitos podem falar que existe paralelo de punição de juízes na legislação comparada. Mas, diferentemente do Brasil, na União Europeia o combate à corrupção é verdadeira *diretriz*. E, considerando que essa cultura é nova entre nós e as instituições estão funcionando a contento na persecução da criminalidade de Estado e de poder, não faz sentido que, agora, neste exato momento histórico, se permita que uma lei gestada por interesses de ocasião venha romper com essa dinâmica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora contemple dispositivos interessantes, no sentido de proteger o cidadão daqueles abusos de autoridade corriqueiramente verificados nas repartições públicas do país (e cito aqui o art. 32), não há dúvidas que a Lei 13.869/19 ressuscita a figura do "crime de hermenêutica", razão pela qual muitos de seus artigos nasceram inconstitucionais e contrários aos tratados internacionais de direitos humanos, pois vulneram a independência funcional do juiz enquanto direito humano fundamental seu no exercício de suas funções jurisdicionais.

E, como já exaustivamente afirmado, a garantia da independência não é concedida a pessoa do magistrado, mas é inerente ao cargo

que ele ocupa. Afinal, e como bem pontuou a ministra Carmen Lúcia, do STF, em discurso realizado no dia 29 de novembro de 2016, "juiz sem independência não é juiz, é carimbador de despacho, segundo interesses particulares e não garante direitos fundamentais, segundo a legislação vigente"²⁵.

Obviamente entendo correto punir juiz que aja em desconformidade com a lei, a fim de satisfazer interesse particular ou prejudicar outrem. No entanto, os dispositivos controversos da Lei 13.869/19 certamente atingirão aqueles magistrados que atuam corretamente, mas ocasionalmente podem estar incomodando determinados grupos, inclusive políticos. Além disso, o direito é um campo aberto para interpretações, sendo possível defender que uma prisão, ainda que escoreita, esteja em desconformidade com as hipóteses legais justamente por este ser um conceito demasiado amplo, sem qualquer espécie de concretude (como no caso, por exemplo, do "matar alguém" do art. 121, do CP, dentre outros).

Citando o caso concreto da execução penal/sistema carcerário e fazendo a conexão com a Lei 13.869/19 (especialmente seu art. 9º, talvez um dos mais problemáticos), é lógico que defendo que o juiz deve ser mais criterioso ao encarcerar e ao punir, justamente para evitar o fenômeno que ocorre hoje, de superação do número de presos provisórios sobre os condenados. É essa a tônica do raciocínio aqui desenvolvido: a utilização da independência funcional como forma de *emancipação* do magistrado, para que ele se torne mais global e atento aos tratados internacionais e às decisões emanadas das cortes internacionais de direitos humanos. Mas daí a sequestrar a independência funcional do juiz, com base em uma lei que estipula que praticamente qualquer contrariedade a uma decisão jurisdicional faz com que o magistrado seja suscetível de punição penal, vai um longo caminho.

O freio de uma conduta jurisdicional indevida se dará, principalmente, via *emancipação* do julgador, com a mudança da cultura jurídica e da própria formação do operador do direito

Aliás, a prática jurisdicional mostra que a probabilidade de os mecanismos presentes na Lei 13.869/19 serem utilizados por aquele acusado mais vulnerável é ínfima, porque demanda uma defesa combativa, que suscite processualmente as irregularidades, que devem ser objeto de investigação e denúncia pelo Ministério Público, podendo, inclusive, ensejar a ação privada caso a ação penal pública não seja ajuizada no prazo legal (art. 3º, parágrafo 1º). Logo, a lei em questão tem tudo para ser largamente invocada no âmbito da chamada “criminalidade do poder”, perpetrada por aqueles que confundem a esfera pública com a privada, criminalidade esta certamente mais bem aparelhada e com melhores recursos para a defesa. Além disso, a lei dá abertura a um processo de verdadeira escolha de jurisdição, afrontando o princípio do juiz natural, na medida em que basta que a parte ingresse com representação criminal para afastar de seus processos julgadores que não decidam de acordo com seus interesses.

Após lerem essa minha proposta de alçar a independência a verdadeiro direito humano fundamental do magistrado, muitos leitores poderão se questionar se isso já não está de certa forma previsto na própria CF/88 e nos

diversos tratados e convenções internacionais citados, o que me faria soar até redundante. No entanto, o verdadeiro reconhecimento desse especial *status* da independência funcional não é algo tão tranquilo e pacífico e a prova maior disso é a antes mencionada Lei 13.869/19, bem como todo o debate que girou em torno da sua edição, que mostra que ainda há muita controvérsia e confusão sobre o assunto.

Digo e repito tantas vezes quantas forem necessárias: continuarei atuando exatamente da mesma forma e com o mesmo comprometimento, com ou sem lei de abuso de autoridade. Até porque entendo que o freio de uma conduta jurisdicional indevida se dará, principalmente, via *emancipação* do julgador, com a mudança da cultura jurídica e da própria formação do operador do direito. Uma norma jamais terá o condão de modificar a sociedade. Logo, iniciativas como a da Lei 13.869/19, a meu ver, representam apenas o exercício de uma espécie de poder/violência simbólica²⁶, no sentido de punir a divergência e robotizar a atividade jurisdicional, para que ela se alinhe aos interesses de ocasião. E com isso jamais vou compactuar, até em homenagem àqueles para quem presto meu serviço: os jurisdicionados. ■

NOTAS

1. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4ª edição, São Paulo: Cortez Editora, 2002, vol. 1. (A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência). Em sua paradigmática obra *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* SOUSA SANTOS já adverte que o paradigma por si defendido é o do “conhecimento prudente para uma vida decente”, conhecimento este que conduzirá a um processo de “emancipação social”. Significa dizer que este processo de emancipação deve pressupor a superação do paradigma do chamado “conhecimento-regulatório” (manifestado pela dinâmica positivista) para ir em busca do “conhecimento-emancipação”, partindo do pressuposto de que conhecer não significa apenas *dominar* a natureza, mas *interagir* com ela, através da troca de experiências e do relacionamento do homem com sua realidade. Em outras palavras, sustenta o autor dentro da tensão entre *igualdade* e *diferença* que necessitamos construir a emancipação a partir de uma nova relação entre o respeito da igualdade e o princípio do reconhecimento da diferença.
2. Sobre o direito a um “juízo justo” como direito humano de primeira geração ou dimensão cf. CARRANZA, Elías. *Derechos humanos, criminalidad y justicia penal en América Latina en el siglo XXI*. In AMARAL MACHADO, Bruno (coord.). *Justiça Criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013, p. 393-413.
3. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. NEVES FAVA, Marcos. *A defesa de sua independência: um dever do magistrado*. Disponível em: http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=29 (acesso em 19.01.2018). As traduções dos diversos dispositivos ora citados foram realizadas pelos autores.
4. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf (acesso em 15.10.2019).
5. Segundo o comentário 22 da norma em comento, “A independência judicial não é um privilégio ou prerrogativa individual do juiz. Ela é a responsabilidade imposta

- sobre cada juiz para habilitá-lo a julgar honesta e imparcialmente uma disputa com base na lei e na evidência, sem pressões externas ou influência e sem medo de interferência de quem quer que seja. O cerne do princípio da independência judicial é a completa liberdade do juiz para ouvir e decidir as ações impetradas na corte. Nenhum estranho, seja governo, grupo de pressão, indivíduo ou mesmo um outro juiz deve interferir, ou tentar interferir, na maneira como um juiz conduz um litígio e sentença” Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf (acesso em 15.10.2019).
6. Cf. NÉRI DA SILVEIRA, José. Dimensões da Independência do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: 2000, v. 17, p. 177-180. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1898.pdf?view=1> (acesso em 23.05.2018).
 8. Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 19 – jan./jun. 2012, p. 77.
 9. Digo *presentante* porque o juiz no exercício jurisdicional não *representa* o Poder Judiciário, mas é sua própria personificação.
 10. Sobre o caso cf. ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A lição de Rui: crime de hermenêutica, a hipérbole do absurdo. *Revista de Direito Renovar*, v. 16, p. 31-36, jan./abr. 2000. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8429/A_Li%C3%A7%C3%A3o_de_Rui_Crime.pdf (acesso em 26.11.2016). A tese de RUI BARBOSA foi aplicada em 2007 pelo ministro Luiz Fux, a época integrante do STJ, no âmbito da Representação n. 357/SP, formulada contra magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
 11. Razões de veto disponíveis em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm (acesso em 07.09.2019).
 12. Ponto de vista externado em artigo publicado em 29.09.2019 no “Blog do Fred” do jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2019/09/29/bazuca-de-marshmallow-contra-a-justica/> (acesso em 15.10.2019).
 13. Posicionamento do Prof. GUILHERME NUCCI externado em seu site. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade> (acesso em 15.10.2019).
 14. A Lei 4.898/1965 por exemplo tipifica como abuso de autoridade por exemplo qualquer atentado à liberdade de locomoção ou à inviolabilidade do domicílio (art. 3º, a e b). Também cito o art. 4º, a, segundo o qual também constituiria abuso de autoridade “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/> (acesso em 16.10.2019).
 16. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/how-to-end-a-decade-of-lost-productivity-growth> (acesso em 16.10.2019).
 17. Cf. https://epoca.globo.com/guilherme-amado/comissao-da-ocde-decide-enviar-missao-ao-brasil-para-acompanhar-recuos-no-combate-corruptao-1-24009010?utm_source=WhatsApp&utm_medium=social&utm_campaign=compartilhar (acesso em 16.10.2019). Ver também texto publicado no site da OCDE, cujo título é *Abuse of authority provisions adopted by the Senate raise concerns over Brazil’s capacity to ensure Independence of prosecutors and judges in fighting corruption* (disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/abuse-of-authority-provisions-adopted-by-the-senate-raise-concerns-over-brazil-s-capacity-to-ensure-independence-of-prosecutors-and-judges-in-fighting-corruption.htm> acesso em 16.10.2019).
 18. Ranking 2018 disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/> (acesso em 16.10.2019).
 19. Legislação disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/I_20080626_10.pdf (acesso em 16.10.2019).
 20. Legislação disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (acesso em 16.10.2019).
 21. Legislação disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=D984FA80EE2B4582A353FD3178002AB7.tplgfr23s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006181758&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20191016 (acesso em 16.10.2019).
 22. Legislação disponível em: <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/fratton/31/cp.pdf> (acesso em 16.10.2019).
 23. FRATTON, Elisângela Furian. A dignidade da pessoa humana e o fenômeno da corrupção no Brasil. In GESTA LEAL, Rogério. SIMONELLI DA SILVA, Ianaíê (org.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014, p. 129. Disponível em: http://unisc.br/editora/as_multiplas_faces_red.pdf (acesso em 16.10.2019).
 24. Op. cit., p. 134.
 25. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/11/juiz-sem-independencia-nao-e-juiz-e-carimbador-de-despacho-diz-carmen-lucia-8543298.html> (acesso em 29.11.2016).
 26. Sobre o conceito de “poder simbólico” cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico* (título original: Sur le pouvoir symbolique, trad. Fernando Tomaz). Lisboa: DIFEL e São Paulo: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A lição de Rui: crime de hermenêutica, a hipérbole do absurdo. *Revista de Direito Renovar*, v. 16, p. 31-36, jan./abr. 2000. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8429/A_Li%C3%A7%C3%A3o_de_Rui_Crime.PDF (acesso em 26.11.2016).
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico* (título original: Sur le pouvoir symbolique, trad. Fernando Tomaz). Lisboa: DIFEL e São Paulo: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989.
- CALMON, Eliana. *A magistratura pede socorro*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27456/Magistratura_Pede_Socorro.doc.pdf (acesso em 19.07.2016).
- CARRANZA, Elías. Derechos humanos, criminalidad y justicia penal en América Latina en el siglo XXI. In AMARAL MACHADO, Bruno (co-ord.). *Justiça Criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013, p. 393-413.
- FRATTON, Elisângela Furian. A dignidade da pessoa humana e o fenômeno da corrupção no Brasil. In GESTA LEAL, Rogério. SIMONELLI DA SILVA, Ianaíê (org.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014. Disponível em: http://unisc.br/editora/as_multiplas_faces_red.pdf (acesso em 16.10.2019).
- LEITE DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1985.
- NÉRI DA SILVEIRA, José. Dimensões da Independência do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: 2000, v. 17, p. 167-187.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantias da magistratura e independência do Judiciário. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 29, 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/245>. (Acesso em 06.04.2018).
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 19 – jan./jun. 2012, p. 67-93.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; NEVES FAVA, Marcos. *A defesa de sua independência: um dever do magistrado*. Disponível em: http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=29 (acesso em 19.01.2018). As traduções dos diversos dispositivos ora citados foram realizadas pelos autores.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2002, vol. 1. (A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência).

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: Lei de abuso de autoridade e independência funcional: real ameaça ou completa falácia? **Title:** Abuse of Authority and Functional Independence Act: Real Threat or Complete Fallacy?

Autor: **Raphaella Benetti da Cunha Rios.** Juíza de Direito no Estado do Paraná. Doutora em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universitat de Barcelona (2019). Mestre em Criminologia, Política Criminal e Sociologia Jurídico-penal pela Universitat de Barcelona (2015). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba UNICURITIBA (2008). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999). É autora de artigos de doutrina em periódicos especializados e do livro O juiz e a execução penal: reflexões de uma magistrada (Ed. Bonijuris: 2019).

Resumo: O advento meteórico da Lei 13.869/2019, que versa sobre o abuso de autoridade, vem gerando manifestações entusiasmadas, tanto de amor como de ódio. É preciso coibir condutas abusivas de autoridades, mas não é possível atentar contra a independência funcional de juízes, sob pena de se colocar em risco o regime democrático. E a Lei 13.869/19 acaba por possibilitar a punição de atos corriqueiros, necessários ao bom exercício da jurisdição, especialmente no combate à corrupção. A lei dá abertura a um processo de verdadeira escolha de jurisdição, afrontando o princípio do juiz natural, na medida em que basta que a parte ingresse com representação criminal para afastar de seus processos, julgadores que não decidam de acordo com seus interesses. Muitos de seus artigos nasceram inconstitucionais e contrários aos tratados internacionais de direitos humanos, pois vulneram a independência funcional do juiz. **Abstract:** *The meteoric advent of Law 13,869/19, which deals with the abuse of authority, has generated enthusiastic manifestations of both love and hate. Abusive conduct by authorities must be curbed, but it is not possible to undermine the functional independence of judges, otherwise the democratic regime will be jeopardized. And Law 13,869/19 ends up enabling the punishment of ordinary acts necessary for the proper exercise of jurisdiction, especially in the fight against corruption. The law opens a process of true choice of jurisdiction, violating the principle of natural judge, insofar as it is sufficient for the party to enter criminal representation to remove from its proceedings, judges who do not decide according to their interests. Many of his articles were born unconstitutional and contrary to international human rights treaties as they undermine the judge's functional independence.* **Data de recebimento:** 18.10.2019. **Data de aprovação:** 21.10.2019. **Fonte:** Revista Bonijuris, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 128-140, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).



HABITH-SE

Consultoria, regularização
e projetos documentais

Recuperação e regularização
de imóveis abandonados
ou irregulares.

Regularização física
e jurídico-administrativa.

Avenida João Gualberto, 1881
Conj. 606 - CEP: 80030-001
Curitiba - Paraná
Fone: (41) 3121-1226

CONDOMÍNIO SEM INADIMPLÊNCIA. MAIS TEMPO PARA O QUE REALMENTE IMPORTA!

Na Finocrédito tudo é pensado para tornar a convivência e o dia a dia em condomínio mais agradável.



FINOCRÉDITO

RESULTADO EM COBRANÇA CONDOMINIAL

MATRIZ 41 3232 7137 | FILIAL 41 3225 1460

WWW.FINOCREDITO.COM.BR

PREVIDÊNCIA: A DIFERENÇA ENTRE JEJUAR E PASSAR FOME

A PEC 06/19, aprovada pelo Congresso Nacional, serve apenas para satisfazer utilitariamente as necessidades de alguns, deixando de lado parcela do direito previsto na Constituição

Não é difícil tecer críticas à “nova previdência”, recentemente aprovada em segundo turno pelo Senado Federal; o problema é mostrar suas desvantagens a partir de uma abordagem, igualmente, utilitarista, na qual “o bem deve estar ligado ao útil e o interesse particular ao coletivo”¹. No entanto, sabemos que o cálculo utilitarista utilizado pelo governo não leva em conta as desigualdades sociais, os direitos sociais e o projeto de vida das pessoas.

O que se desejou com a reforma – e isso não é segredo – foi: diminuir as chances de o brasileiro se aposentar, ou seja, o tempo de serviço/contribuição não importa, tampouco o trabalho humano e sua relevância para a sociedade; diminuir o valor dos benefícios previdenciários, mesmo que por velhice²; enfim, evitar “custos”, ou melhor, “economizar 1 trilhão”. Trata-se daquilo que aparece no discurso apofântico. É verdade que o dito carrega consigo o não dito, logo, estes podem ser-

vir como um disfarce para motivos obscuros, como interesses de instituições financeiras. A nossa preocupação, contudo, é com aquilo que foi compreendido num nível de profundidade, que é hermenêutico, mas diz respeito à função da previdência social e do seu compromisso com os objetivos de um estado democrático de direito.

O presente artigo traz três inquietações a fim de analisar, na melhor relação de custo-benefício, os possíveis ônus para o próprio Estado³. Esta análise é influenciada pelas ideias de Amartya Sen.

1. REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E IDADE MÍNIMA: SINCERO COMO (NÃO) SE PODE SER?

Precisamos ser honestos: não há como fugir de uma idade mínima. É essencial uma idade mínima num regime de economia coletiva, mormente para efeitos de previsão estimada de gastos e, conseqüentemente, da necessidade de o sistema ser sustentável. Essa é uma

Precisamos ser honestos: não há como fugir de uma idade mínima. É essencial uma idade mínima num regime de economia coletiva, mormente para efeitos de previsão estimada de gastos

tendência mundial e realidade nos países da América Latina. Tomamos como exemplo¹:

Argentina

Expectativa de vida: 76,2 anos.

Idade mínima: 65 anos para eles e 60 para elas.

Chile

Expectativa de vida: 79,8 anos.

Idade mínima: 65 anos para eles e de 60 para elas.

Peru

Expectativa de vida: 74,5 anos.

Idade mínima: 55 para eles e 50 para elas, com 30 anos e 25 anos de contribuição, respectivamente.

Venezuela

Expectativa de vida: 74,4 anos.

Idade mínima: 60 anos para eles e 55 para elas.

Uruguai

Expectativa de vida: 76,9 anos.

Idade mínima: 60 anos para ambos, com 30 de contribuição. As mulheres ganham um ano de benefício a cada filho nascido ou adotado, sendo no máximo cinco descendentes.

Colômbia

Expectativa de vida: 73,8 anos.

Idade mínima: Subiu recentemente de 60 para 62 anos para homens e de 55 anos para 57 anos para mulheres. O tempo de contribuição é de 25 semanas por ano.

Bolívia

Expectativa de vida: 66,9 anos.

Idade mínima: Baixou, em 2010, 65 anos para 58 no caso de homens e de 60 para 55 anos para mulheres.

Equador

Expectativa de vida: 76,2 anos.

Idade mínima: É possível aposentar-se aos 60 anos com 30 de contribuição, aos 65 anos com 15 de contribuição e aos 70 anos com 10 de contribuição. Não faz diferenciação entre gêneros.

No entanto, é preciso reconhecer que o Brasil é um país continental⁴, razão pela qual uma idade mínima de 62 (mulheres) e 65 (homens) atingirá, de forma desproporcional, regiões, estados e pessoas. Fazendo uma média dos 14 estados brasileiros com menor esperança de vida ao nascer, chegamos a 72,5 anos – acima apenas da Bolívia. Nesses, a expectativa média dos homens é de 69 anos de idade. A esperança de vida ao nascer de um homem é de 76,1 anos no estado de Santa Catarina, o que é superior à dos piauienses (67,1 anos). Por outro lado, uma recém-nascida em Santa Catarina espera viver 82,7; já no estado de Roraima, 74,6⁵.

Não há, contudo, como estabelecer uma idade mínima para cada região, estado ou pessoa (personalizada). O *discrímen* para desigualar precisa ser outro. Como a nossa preocupação é – e sempre foi – com quem começa a trabalhar cedo e em condições insalubres, penosas ou perigosas.

Neste nível é salutar a discriminação jurídica positiva que se dá em razão da exposição a agentes efetivamente nocivos, como os riscos a que estão submetidos os trabalhadores da construção civil e os riscos dos altos empregados (diretores) que exercem sua função num escritório, por exemplo. Nesse sentido, é necessária a manutenção da aposentadoria especial, com a possibilidade de conversão do tempo de

1 Disponível em: <https://www.huffpost-brasil.com/2017/04/09/maioria-da-america-latina-diferencia-aposentadoria-entre-homens_a_22026084/>. Acesso em: 25 out. 2019.

É preciso entender que o Brasil é um país continental, razão pela qual uma idade mínima de 62 (mulheres) e 65 (homens) atingirá, de forma desproporcional, regiões, estados e pessoas

serviço especial em comum. A aposentadoria especial, na tradição brasileira, surgiu como uma alternativa diante da opção do legislador de compensar o desgaste dos trabalhadores com adicionais de insalubridade ou periculosidade, colocando, assim, a redução dos riscos no meio ambiente do trabalho em segundo plano, bem como o fato de alguns serviços, a despeito de sua insalubridade, continuarem a existir ou a tecnologia não evoluir o suficiente para torná-los virtuais⁶.

O que se pretende demonstrar (sempre correndo o risco de simplificar demais) é que a idade mínima prevista na PEC 06/19 constitui uma mudança por demais dramática, e que, somado ao fim da aposentadoria especial e da conversão do tempo de serviço especial em comum, além da redução do valor dos benefícios previdenciários, precisa vir acompanhada (ou antecedida) de outras tantas como, por exemplo, o aperfeiçoamento dos serviços de saúde, educação escolar (incluindo a financeira e previdenciária), emprego com remuneração adequada, redução dos riscos no meio ambiente do trabalho, políticas de inclusão da pessoa idosa, enfim, tudo aquilo que está fora do radar neste momento. É preciso enfrentar as causas dos contrastes supramencionados, sendo que há poucos indícios de que a reforma da previdência auxilie nesse aspecto.

Portanto, não há como trabalhar com fragmentos de um mesmo problema, como se fosse possível começar de trás para frente, considerando que, em última análise, os benefícios previdenciários compensam (em parte) a perda de renda dos desempregados e fornecem condições para o sujeito cuidar de si e de sua família. A importância dos benefícios é instrumental e depende das circunstâncias.

De qualquer maneira, os mesmos idosos (com idade igual ou superior a 60 anos) que têm garantido, por lei, benefícios e preferências como, por exemplo, gratuidade no trans-

porte público, meia-entrada em cinemas e teatros, atendimento prioritário, vagas exclusivas e medicamentos de graça, com vistas à preservação da saúde física e mental, além de reforçar a busca por uma sociedade inclusiva, agora terão que trabalhar até os 65 anos, muitos deles, não por opção, mas para sobreviver até a aposentadoria ou mais – já que a “nova previdência” não apenas acaba com a aposentadoria por tempo de contribuição, mas reduz o valor dos benefícios.

2. IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NAS PESSOAS DE CARNE, OSSO E HISTÓRIA

O que importa, ao fim e ao cabo, são os “custos” evitados com a concessão e manutenção de benefícios previdenciários, numa soma total. Neste nível, não se atribui valor nem mesmo a reivindicações de direitos adquiridos ou expectados, o que desafia o pressuposto liberal da confiança⁷.

Aos desvalidos (com baixa escolaridade e emprego inseguro) restará apenas a conformação com a necessidade de sobrevivência até os 65 anos de idade (homem) para se aposentarem. É dizer: os que não tiveram tempo nem condições para pautar sua conduta de acordo com as novas regras do jogo terão de ajustar seus desejos e expectativas àquilo que sem nenhuma ambição consideram exequíveis. Não podemos concordar com as regras de transição previstas na PEC 06/19, isto é, independentemente das consequências, não importando o quanto elas possam ser injustas e aflitivas para a vida das pessoas envolvidas.

Mesmo assim, no polo oposto, alguns apoiam uma idade mínima para todos, sem distinção. No entanto, uma abordagem utilitarista sugere a necessidade de se examinar as consequências de uma idade mínima, também, em termos de resultados de custos, na economia. Há muitas evidências de que a

falta do benefício previdenciário e a redução do seu valor poderá dificultar a existência de sustento social para os que não têm opção ou ficam para trás. E isso poderá contribuir para o aumento da violência, da injustiça, da exploração, da fome, da precarização do trabalho, das doenças e da ignorância. Precisamos considerar essas conexões causais. Não podemos perder a batalha por falta de um prego, como ensina o antigo poema “Jacula Prudentum”, do poeta inglês George Herbert (1593-1632): “Por falta de um prego, perde-se a ferradura; por falta de uma ferradura, perde-se o cavalo; e por falta de um cavalo, perde-se o cavaleiro”. (N.T.)

A despeito de uma igualdade formal, no sentido de todos se aposentarem somente com 65 anos de idade para homens e 62 anos para mulheres (“seja rico ou seja pobre, o velhinho sempre vem”), as diferenças de idade, condições sociais (incluindo o acesso aos serviços de educação, saúde etc.), renda familiar, enfim, podem fazer com que pessoas tenham oportunidades individuais de bem-estar e qualidade de vida divergentes.

Com efeito, o fim da aposentadoria por tempo de contribuição (independentemente de idade) tornará ainda mais difícil a vida de quem começou a trabalhar desde muito cedo e pesado, sem falar na redução do valor dos benefícios. O que um trabalhador, com mais de 56 anos de idade e baixa escolaridade, ganhará com a reforma da previdência? Se a “nova previdência” gerar novos empregos (como prometido) e o mercado lhe oferecer uma oportunidade, a resposta é fácil, qual seja, mais trabalho. E, ainda sim, essa será uma consequência da reforma, e não a sua finalidade. Caso negativo, ele será obrigado a trabalhar para sobreviver até os 65 anos de idade.

Tirar do trabalhador a opção de se aposentar antes dos 65 anos, com quase 35 anos de trabalho, faz com que a “nova previdência” seja o que é: escolher privilegiar instituições

financeiras e forçar aquele que não tem escolha a trabalhar mais. Reformar às custas de quem ganha de um a dois salários mínimo (de quem mais precisa do benefício previdenciário) é tudo menos combater privilégios.

De qualquer maneira, é possível que todos apoiem a reforma, desejando o crescimento econômico. Acontece que esse comportamento de escolha coincidente não representa o que cada pessoa obterá de utilidade (bem-estar ou qualidade de vida). Amartya Sen lembra que, numa visão utilitarista, pode-se definir injustiça como uma “perda agregada de utilidade em comparação com o que poderia ter sido obtido”.⁸ Nessa perspectiva, como demonstrar que um pobre empregado que hoje espera se aposentar dentro de três anos obterá o mesmo benefício de quem faz da aposentadoria uma opção (um extra), tendo que esperar mais 10 anos? Por exemplo,

uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um ‘conjunto capacitário’ diferente do da segunda (a primeira pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda).⁹

Desejar o crescimento econômico é, portanto, muito diferente de explicar os impactos sociais da reforma. Não se pode querer fundamentar a reforma comparando o desejo das pessoas em relação ao país, pois “tudo é igual quando se pensa em como tudo poderia ser” (HG). Além do mais, o crescimento econômico não é tudo, digo, o país não precisa esperar até a economia melhorar ou ser muito rico para investir em educação básica e serviços de saúde, por exemplo:

O processo conduzido pelo custeio público é uma receita para a rápida realização de uma qualidade de vida melhor, e isso tem grande importância para as políticas, mas permanece um excelente argumento para passar-se daí a realizações mais amplas que incluem o crescimento econômico e a elevação das características clássicas da qualidade de vida.¹⁰

Paradoxalmente, no Brasil, estamos cortando recursos, justamente, para a educação bási-

O fim da aposentadoria por tempo de contribuição tornará ainda mais difícil a vida de quem começou a trabalhar desde muito cedo e pesado, sem falar na redução do valor dos benefícios

ca e para os serviços de saúde, que, afinal, não são prioridade. A história contada nos livros depõe contra o Brasil, conforme análise feita por Amartya Sen, em 2010:

A expansão de oportunidades sociais serviu para facilitar o desenvolvimento econômico com alto nível de emprego, criando também circunstâncias favoráveis para a redução das taxas de mortalidade e para o aumento da expectativa de vida. O contraste é nítido com outros países de crescimento elevado – como o Brasil – que apresentaram um crescimento do PNB per capita quase comparável, mas também têm uma longa história de grava desigualdade social, desemprego e descaso com o serviço público de saúde.¹¹

Esse atraso social deixou o país despreparado para uma expansão da econômica. É por isso que insisto: não estamos no caminho e nem no que se dirige a ele. A falta de recursos é apresentada como argumento não para postergar investimentos socialmente desejáveis, mas para cortar ou reduzir investimentos em serviços básicos. A pergunta que devemos fazer é a seguinte: o que lhe faz acreditar que o governo está comprometido com o social? Educação e serviços de saúde são um luxo de países ricos? Não deveríamos considerar as oportunidades sociais reais que as pessoas têm antes de instituir uma idade mínima tão elevada? Essas são boas perguntas e podem tangenciar o problema.

Deve ter ficado claro: não se pode cair na ilusão de pensar que a “nova previdência” gerará empregos e, com muito mais razão, para pessoas com idade acima de 60 anos – também o cenário está difícil para os jovens. Se o leitor não tiver muito interesse pelos números não haverá problema em passar diretamente ao último parágrafo.

3. VAMOS SER UTILITARISTAS – DO COMEÇO AO FIM?

No Brasil, que tem o quarto pior cenário de acidentes de trabalho do mundo (perdemos apenas para China, Índia e Indonésia), o segurado será obrigado a trabalhar até 60 anos de idade (art. 19, § 1º Regras de transição e transitórias), mesmo depois de já ter trabalhado por mais de 25 anos exposto a agentes nocivos (e.g.: substâncias reconhecidamente cancerígenas), para, ainda assim, não receber 100% da média dos salários de contribuição. Por outro

lado, quem trabalhar sob risco iminente de acidente (fatal ou irreversível) será comparado com empregados (diretores) que exercem sua função num escritório, ou seja, sem qualquer tratamento diferenciado.

Antes de qualquer outra análise, cumpre observar que a previdência social – não apenas no Brasil, mas países do mundo inteiro como, por exemplo, Alemanha, Argentina, Áustria, Austrália, e Bélgica – criou expectativas normativas em torno da redução do risco no meio ambiente de trabalho, o que “obriga” uma reflexão sobre os problemas e desafios relacionados com o benefício da aposentadoria especial, já que sua finalidade é, exatamente, reduzir a probabilidade de ocorrência e diminuir as dimensões do dano no meio ambiente de trabalho (acidentes e doenças ocupacionais), mediante a antecipação da aposentadoria. Nesse sentido:

A redução do tempo de trabalho pode evitar a efetiva incapacidade do trabalhador, seja em razão daquelas doenças com longos períodos de latência, que têm como causa a contínua absorção (inalação pelas vias respiratórias) ou contato com agentes químicos, tornando grande o intervalo de tempo entre a causa e manifestação de qualquer efeito prejudicial, seja em razão dos acidentes de trabalho, que acontecem em tempo real, no espaço de um instante (explosão em uma caldeira, queda de um andaime, eletrocução em sistema de alta voltagem etc.). E isso porque prolongar o tempo de trabalho pode causar danos e, com muito mais razão, agravá-los, bem assim aumentar a probabilidade de o trabalhador sofrer acidentes.¹²

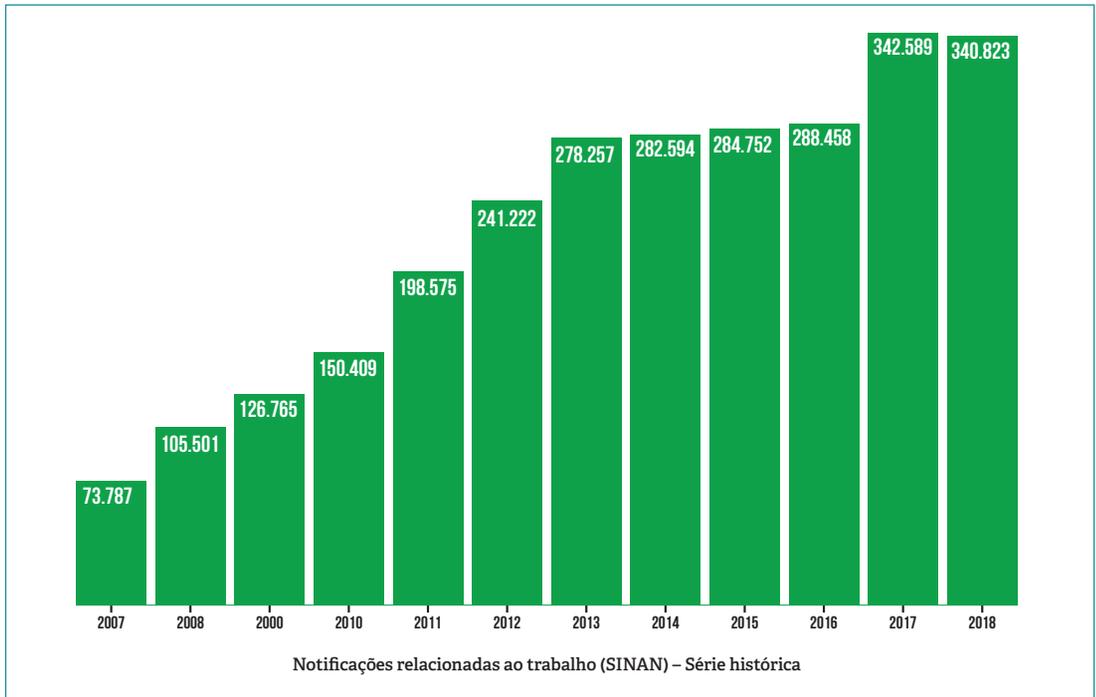
Embora sem trazer elementos estatísticos a confirmar os acidentes evitados após a concessão da aposentadoria, existem boas razões para se apostar que, com o aumento da idade mínima e do tempo de permanência no trabalho perigoso, os riscos atingirão seu mais elevado nível, uma vez que as pessoas serão obrigadas a trabalhar para além de suas forças, sem opção, sem dignidade. Após um estudo de sinistralidade, em que analisados 3.526.911 acidentes de trabalho, divididos em dois grupos, *abaixo de 55 anos* e *acima de 55 anos* de idade, concluiu-se que os acidentes mais graves ou mortais ocorreram com os trabalhadores acima de 55 anos e que a idade era um fator determinante para o desenlace fatal ou grave nas metalúrgicas, extração de minérios e indústria de madeira¹³.

Conforme o Anuário Estatístico da Previdência Social, lançado em janeiro de 2015 e referente a 2013, foram registrados, naquele ano, 717.911 acidentes de trabalho no Brasil. As ocorrências resultaram em 2.792 mortes. Ou seja, a cada dia, mais de sete trabalhadores brasileiros perdem a vida executando sua atividade profissional¹⁴. De 2007 a 2018, foram notificados 2.713.732 casos. Nesta versão, somente foram consideradas as doenças e agravos monitorados com ênfase pela Vigilância em Saúde do Trabalhador do Ministério da Saúde. O total inclui os seguintes casos: acidente de trabalho grave, câncer relacionado ao trabalho, dermatoses ocupacionais, acidente de trabalho com exposição a material biológico, intoxicação exógena relacionada ao trabalho, LER/DOR, perda auditiva induzida por ruído (PAIR) relacionada ao trabalho, pneumoconioses relacionadas ao trabalho, transtornos mentais relacionados ao trabalho e acidente de trabalho grave envolvendo crianças e adolescentes (0 a 17 anos). No gráfico a seguir, demonstra-se a evolução da série histórica¹⁵:

Tais números revelam uma distância muito grande entre a realidade e os preceitos normativos.

Ao mapear o perfil do trabalho decente no Brasil, a Organização Internacional do Trabalho – OIT trouxe dados dignos de alerta e preocupação, inclusive quanto aos custos que os acidentes de trabalho geram à economia do país. O custo é de 20,4 bilhões, com auxílio-doença; R\$ 61,5 bilhões, com aposentadoria por invalidez. Anualmente, segundo a OIT, a economia perde 4% do PIB, com pagamentos de benefícios por incapacidade laboral, além de perdas humanas e de produtividade em razão de trabalho insalubre e inseguro¹⁶. Com efeito, ao Estado é muito mais valioso propiciar a proteção dos trabalhadores/segurados do que negligenciá-la, pois poderá gerar tantos ou mais custos com doenças e acidentes laborais.

É estranha, inclusive do ponto de vista moral, essa condenação do benefício de aposentadoria especial na PEC 06/19, por confirmar a impressão de que o ganho com a frustração da convicção de dano tem maior peso do que eventual perda de uma vida ou danos à saúde, ou seja, não é considerado o valor das vidas salvas ou danos evitados (com a redução do tempo de trabalho), mas tão somente o custo do



benefício ou a praticidade de se conceder uma aposentadoria por invalidez ao trabalhador já incapacitado para o trabalho ou, na sua ausência, a pensão por morte aos seus dependentes.

O verdadeiro custo deve estar numa atuação preventiva por parte da previdência social (seja numa dimensão preventiva ou precaucional) e não na compensação do dano. Está-se diante de uma situação paradoxal: como não se respeita o princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho, no sentido de ele influenciar uma movimentação pautada na antecipação de riscos, a solução agora é tentar acabar com a aposentadoria pela via da periculosidade. Nesta perspectiva, a ideia de risco fica então aceitável uma vez mais.

Por outro lado, há um aspecto que tem um interesse muito imediato para a economia e para a compreensão dos efeitos da reforma sobre esta, qual seja, os benefícios previdenciários injetam milhões na economia dos municípios, fazendo o dinheiro circular no comércio, por exemplo. Dos 5.568 municípios, em 3.875 deles (70%) o valor dos repasses aos aposentados e demais beneficiários da previdência supera o repasse do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Em 4.589 municípios (82%) os pagamentos aos beneficiários do INSS superam a arrecadação municipal¹⁷.

Voltando para a necessidade de uma idade mínima (não 65 anos), é inegável, a expectativa de vida aumentou. Uma explicação bem plausível para essa rápida elevação reside, exatamente, no aumento de serviços (programas) sociais, incluindo aqui a seguridade social e as oportunidades sociais geradas pelos benefícios previdenciários. Assim como a qualidade de vida pode ser muito melhorada mediante a expansão da educação básica e dos serviços de saúde, oportunidades sociais contribuem para o crescimento econômico. Em poucas palavras, embora sem ter como traduzir em números, acreditamos na interferência dos benefícios previdenciários no aumento da expectativa de vida e, com muito mais razão, no bem-estar do povo brasileiro:

A segurança protetora é necessária para proporcionar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta

e, em alguns casos, até mesmo à fome e à morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como mediadas *ad hoc*, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados.¹⁸

Portanto, a previdência social tem de ser julgada não apenas como um custo, mas como algo que, na perspectiva dos serviços sociais, possa contribuir para o crescimento econômico. É claro que é mais fácil sustentar o contrário, ou seja, que o crescimento econômico pode ajudar o Estado a financiar, entre outras coisas, a seguridade social.

A questão crucial é: qual o plano para a política econômica e social do país? O que vem depois? Na hipótese de o governo não ter uma estratégia, devemos considerar as consequências de uma reforma precipitada e, do ponto de vista técnico, muito malfeita, vale dizer: injusta. Isso porque a previdência social, ainda que encarada como parte do problema, faz uma grande diferença no que diz respeito à distribuição de renda, fornecendo condições materiais para uma vida digna e inclusiva ao trabalhador e sua família.

Quais as prioridades aceitas? Seja qual for a abordagem, ela não pode assumir a forma de “tudo ou nada”, tampouco ignorar os direitos sociais ou condições de vida reais. O que parece, até agora, é que a abordagem é influenciada pela insensibilidade. Os números do governo não refletem aspectos importantes como a qualidade de vida, a violação ou fruição de direitos etc. O governo deve prestar atenção no bem-estar das pessoas e como isso repercute no seu psicológico e, conseqüentemente, na economia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a análise da PEC 06/19 pudesse limitar-se ao terreno dos números – dos “custos” gerados com pagamentos de benefícios –, teríamos todos os motivos para comemorar e apoiar a reforma aprovada pelo governo, mas estamos falando pessoas de carne, osso e história.

Não há como se desconsiderar as oportunidades reais que as pessoas têm. Queremos todos viver bastante e levar uma via boa en-

quanto ela durar. Ações que confirmem essa intenção precisam ser implementadas, seja a médio ou longo prazo – elas não dependem do dinheiro “poupado” com benefícios previdenciários. Acabar com direitos sociais – que influenciam na construção de um espaço de bem-estar digno no mundo inteiro – não se encaixa nessa descrição. Diante desse quadro, não posso colocar a reforma da previdência social, que será às custas de quem mais precisa, sobre as circunstâncias pessoais e sociais, ou seja, como condição para melhorar, exatamente, a vida dos mais desfavorecidos.

É claro que devemos aceitar algumas mudanças e distinções arbitrárias sobre determi-

nadas questões, a partir de elementos objetivos, mas isso (o que vem sendo feito) é tratar os trabalhadores como um tipo de mercadoria a ser distribuída.

John Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, defende o “princípio da diferença”, segundo o qual as desigualdades sociais só se justificam se tiverem um resultado: que os membros em pior situação fiquem em melhor condição do que estariam antes. A PEC 06/19 deixará os desfavorecidos em uma situação ainda pior. Uma reforma da previdência social é necessária, mas não a qualquer custo. Podemos concordar com alguns motivos, mas nenhum é suficiente para justificar o fim da previdência social. ■

NOTAS

- Segundo o dicionário Aulete, utilitarismo se relaciona à “doutrina ética segundo a qual o bem deve estar ligado ao útil e o interesse particular ao coletivo, sem supressão dos interesses egoísticos de cada um, de modo que a satisfação pessoal vincula-se ao prazer obtido por agir em benefício da coletividade. [O conjunto das teorias de que decorrem essas ideias foi produto da filosofia liberal inglesa, esp. de seus dois maiores representantes: Jeremy Bentham (1748-1832) e Stuart Mill 1806-1873.]” Disponível em <http://aulete.com.br/utilitarismo>. Acesso 24.10.2019.
- Um exemplo para ilustrar: José completou 65 anos de idade e 15 de contribuição. Pelas regras atuais, o coeficiente de cálculo será de 70% do salário-de-benefício, mais 1% para cada grupo de 12 contribuições, limitado a 100%. Ou seja, com 15 anos de contribuição, o coeficiente de cálculo será de 85%. Aplicado sobre um salário-de-benefício de R\$2.000,00, por exemplo, extrai-se uma Renda Mensal Inicial de R\$1.700,00. Se aprovada a PEC 06/2019, José terá que contribuir por 20 anos para ter acesso ao benefício de aposentadoria por idade, sendo que o coeficiente de cálculo será de 60% da média + 2% a cada ano que ultrapassar de 20 anos de contribuição. Exemplificando: mesmo trabalhando 20 anos de contribuição (mais do que antes), o seu coeficiente será de exatos 60%, o que aplicado sobre um salário-de-benefício de R\$2.000,00 resultará numa Renda Mensal Inicial de R\$1.200,00. Para atingir o valor de R\$1.700,00, na “nova previdência”, somente com 30 anos de contribuição (o dobro do tempo!) ...e 40 para 100%! Observação: Entre as alterações promovidas durante a votação em 1º turno está a redução de 20 para 15 anos de tempo de contribuição mínimo para homens poderem se aposentar. Mas atenção: isso só valerá para o trabalhador que já está no mercado e contribui com o INSS antes de a reforma entrar em vigor.
- Vale um raciocínio semelhante e aplicável à reforma da previdência: a informalidade afeta a Previdência Social, diminuindo as fontes (base) de custeio e prejudicando a universalidade da cobertura do sistema. Ao mesmo tempo, as pessoas que ficam de fora da proteção previdenciária, após perderem sua capacidade laboral, acabam demandando benefícios assistenciais e/ou dependendo de suas famílias.
- Os números impressionam: “O Brasil é o maior país sul-americano e o quinto maior do planeta, com extensão territorial de 8.514.876 quilômetros quadrados, o que corresponde a 48% da área total da América do Sul.” Na comparação com os nossos vizinhos: “Vários países da América do Sul são menores e menos populosos que alguns estados brasileiros. O estado do Amazonas, por exemplo, só é menor que a Argentina; e a população do estado de São Paulo (41,2 milhões de habitantes) só é menor que a da Colômbia (46,3 milhões).” BRASIL e América Latina. *Escola kids*. Disponível em: <<https://escolakids.uol.com.br/geografia/brasil-e-america-do-sul.htm>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- Conforme Gráficos 4, 5 e 6 da Tábua do IBGE/2017 (FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Normas de apresentação tabular*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 14 out. 2019).
- Sobre o tema: ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito ambiental do trabalho*: mu-
- danças de paradigmas na tutela jurídica à saúde do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. p. 101.
- Mesmo admitindo-se a necessidade de mudanças no sistema da Seguridade Social (RGPS), até mesmo na parte da idade mínima, um dos maiores problemas da PEC 06/2019 é, exatamente, a falta de regras de transição. Isso porque as regras chamadas de transição são, literalmente, inalcançáveis, até mesmo para quem está na eminência de completar o tempo de contribuição.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 85.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 105.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 71-72.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 67.
- SCHUSTER, Diego Henrique. *Aposentadoria especial*: entre o princípio da precaução e a proteção social. São Paulo: LTr, 2016. p. 16.
- Conforme material elaborado e apresentado por Adriane Bramante de Castro Ladenthun, no XV Congresso de Direito Previdenciário, em Fortaleza-CE, nos dias 3 a 5 de outubro de 2019.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social. Instituto Nacional do Seguro Social. Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social. Anuário estatístico da previdência social AEPS 2013. Brasília, DF: MPS/DATAPREV, v. 22, p. 575, 2013. Disponível: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/AEPS-2013-v-26.02.pdf>>. Acesso: 07 set. 2019.
- OBSERVATÓRIO de Segurança e Saúde

- no Trabalho. Disponível em: <<https://smartlabbr.org/sst>>. Acesso em 14 out. 2019.
16. OBSERVATÓRIO de Segurança e Saúde no Trabalho. Disponível em: <<https://smartlabbr.org/sst>>. Acesso em 14 out. 2019.
17. Impacto da Reforma na economia dos municípios (dez/2014). Dados retirados do material utilizado pelo advogado Anderson de Tomasi Ribeiro, na sua luta em defesa dos direitos sociais.
18. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 60.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério da Previdência Social. Instituto Nacional do Seguro Social. Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social. Anuário estatístico da previdência social AEPS 2013. Brasília, DF: MPS/DATAPREV, v. 22, p. 575, 2013. Disponível: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/AEPS-2013-v-26.02.pdf>>. Acesso: 07 set. 2019.
- BRASIL e América Latina. *Escola kids*. Disponível em: <<https://escolakids.uol.com.br/geografia/brasil-e-america-do-sul.htm>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Normas de apresentação tabular*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- OBSERVATÓRIO de Segurança e Saúde no Trabalho. Disponível em: <<https://smartlabbr.org/sst>>. Acesso em 14 out. 2019.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigmas na tutela jurídica à saúde do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SCHUSTER, Diego Henrique. *Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social*. São Paulo: LTr, 2016.

// Revista Bonijuris FICHA TÉCNICA

Título original: A reforma da previdência social é o que é: a diferença entre jejuar e passar fome.

Title: *Social security reform is what it is: the difference between fasting and starving.* **Autor:** **Diego**

Henrique Schuster. Mestre em Direito Público e Especialista em Direito Ambiental pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Diretor-Adjunto da Diretoria Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP; Vencedor do I Concurso Nacional de Teses Previdenciárias – CNTP; Advogado e pesquisador da Lourenço e Souza Advogados Associados; Palestrante e autor de vários artigos jurídicos. Autor de inúmeros artigos e do livro “Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social”, publicado pela editora Juruá. E-mail: vidareal33@bol.com.br.

Resumo: Na reforma da previdência, a idade mínima prevista na PEC 06/2019 constitui uma mudança por demais dramática, que, somada ao fim da aposentadoria especial e da conversão do tempo de serviço especial em comum, além da redução do valor dos benefícios previdenciários, precisa vir acompanhada de outras tantas como, por exemplo, o aperfeiçoamento dos serviços de saúde, educação escolar (incluindo a financeira e previdenciária), emprego com remuneração adequada, redução dos riscos no meio ambiente do trabalho, políticas de inclusão da pessoa idosa, enfim, tudo aquilo que está fora do radar neste momento. Devemos aceitar algumas mudanças e distinções arbitrárias sobre determinadas questões, a partir de elementos objetivos, mas o que vem sendo feito é tratar os trabalhadores como um tipo de mercadoria a ser distribuída. A reforma será apenas custeada por quem mais precisa. **Palavras-chave:** REFORMA DA PREVIDÊNCIA; PEC 06/19; IMPACTOS. **Abstract:** In the pension reform, the minimum age provided for in PEC 06/2019 is a very dramatic change that, in addition to the end of special retirement and the conversion of common special service time, in addition to the reduction in the value of social security benefits, must come accompanied by as many as, for example, the improvement of health services, school education (including financial and social security), employment with adequate remuneration, reduction of risks in the work environment, inclusion policies of the elderly, in short, everything what is off the radar right now. We must accept some arbitrary changes and distinctions on certain issues from objective elements, but what is being done is treating workers as a kind of commodity to be distributed. The reform will only be funded by those who need it most. **Keywords:** PENSION REFORM; PEC 06/19; IMPACTS. **Data de recebimento:** 15.10.2019. **Data de aprovação:** 21.10.2019. **Fonte:** Revista Bonijuris, vol. 31, n. 6 – # 661 – dez19/jan20, págs 142-150, Editor: Luiz Fernando de Queiroz, Ed. Bonijuris, Curitiba, PR, Brasil, ISSN 1809-3256 (redacao@bonijuris.com.br).

A COBRADORA IDEAL
**QUE FAZ A
DIFERENÇA**
NOS CONDOMÍNIOS.

*Cobrança de taxas condominiais
e antecipação de receita, que
elimina a inadimplência e
equilibra as finanças.*



CONDOPLUS
SOLUÇÕES EM COBRANÇA

condoplus.com.br  [condoplus.cobrancas](https://www.facebook.com/condoplus.cobrancas) | 41 3013 5900 | 41 99777 0030

Mal. Deodoro, 630 | SL 1402 | Shopping Itália | Curitiba

LEIS ORDINÁRIAS

Lei 13.887, de 17 de outubro de 2019

MEIO AMBIENTE

Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências.

[§ 4º Os proprietários e possuidores dos imóveis rurais que os inscreverem no CAR até o dia 31 de dezembro de 2020 terão direito à adesão ao Programa de Regularização Ambiental (PRA), de que trata o art. 59 desta Lei.] (NR)]

Lei 13.886, de 17 de outubro de 2019

TRÁFICO

Altera Leis para acelerar a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas.

[Art. 1º Esta Lei altera as Leis nos 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 10.826, de 22 de dezembro de 2003, 11.343, de 23 de agosto de 2006, 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 13.756, de 12 de dezembro de 2018, para acelerar a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas.]

Lei 13.882, de 8 de outubro de 2019

LEI MARIA DA PENHA

Tem o intuito de garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio.

[Art. 1º Esta Lei altera a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio.]

Lei 13.880, de 8 de outubro de 2019

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Altera a Lei 11.340 para prever a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, na forma em que especifica.

[“Art. 12. VI-A – verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo e, na hipótese de existência, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento);]

Lei 13.878, de 3 de outubro de 2019

GASTOS DE CAMPANHA

Estabelecer os limites de gastos de campanha para as eleições municipais.

[“Art. 18-C. O limite de gastos nas campanhas dos candidatos às eleições para prefeito e vereador, na respectiva circunscrição, será equivalente ao limite para os respectivos cargos nas eleições de 2016, atualizado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), aferido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou por índice que o substituir.”]

Lei 13.876, de 20 de setembro de 2019

HONORÁRIOS

Dispõe sobre honorários periciais em ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) figure como parte e altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

[Art. 1º O pagamento dos honorários periciais referentes às perícias já realizadas e às que venham a ser realizadas em até 2 (dois) anos após a data de publicação desta Lei, nas ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) figure como parte e que sejam de competência da Justiça Federal, e que ainda não tenham sido pagos, será garantido pelo Poder Executivo federal ao respectivo tribunal.]

Lei 13.875, de 20 de setembro de 2019

ELEIÇÕES DA OAB

Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para tratar dos prazos de exercício da profissão para participação nas eleições dos membros dos órgãos da OAB.

[§ 2º O candidato deve comprovar situação regular perante a OAB, não ocupar cargo exonerável ad nutum, não ter sido condenado por infração disciplinar, salvo reabilitação, e exercer efetivamente a profissão há mais de 3 (três) anos, nas eleições para os cargos de Conselheiro Seccional e das Subseções, quando houver, e há mais de 5 (cinco) anos, nas eleições para os demais cargos.” (NR)]



NOVA FERRAMENTA DE TRABALHO PARA SÍNDICOS, CONDÔMINOS E PROFISSIONAIS DA ÁREA

Olga Maria Krieger e Luiz Fernando de Queiroz

Esta coletânea transcreve com coerência e praticidade a legislação da propriedade em condomínio no país. A seleção das leis foi atualizada e ampliada, com a introdução de novas normas legais, como aquelas relativas à isenção de imposto de renda para receitas extras do condomínio e obrigação de individualizar o consumo de água.

 R\$ 44,90



www.livrariabonijuris.com.br
0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Bonijuris

Lei 13.873, de 17 de setembro de 2019

PATRIMÔNIO CULTURAL

Inclui o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional.

[Art. 1º A ementa da Lei 13.364, de 29 de novembro de 2016, passa a vigorar com a seguinte redação: “Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal.”]

Lei 13.872, de 17 de setembro de 2019

DIREITO A AMAMENTAÇÃO

Estabelece o direito de as mães amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União.

[Art. 1º Esta Lei estabelece o direito de as mães amamentarem seus filhos de até 6 (seis) meses de idade durante a realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União.]

Lei 13.871, de 17 de setembro de 2019

RESSARCIMENTO

Dispõe sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar.

[Art. 9º § 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.]

Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019

ABUSO DE AUTORIDADE

Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

[Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.]

MARCELO SOARES DE OLIVEIRA

Leiloeiro público oficial com registro na Junta Comercial - PR 08/011-L e dedicação exclusiva no âmbito judicial, mediante autorização de nomeação para os atos expropriatórios.

- LEILÕES JUDICIAIS
- REMOÇÃO E GUARDA DE BENS
- EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS E INTIMAÇÕES
- AMPLA DIVULGAÇÃO E PUBLICIDADE



ACESSE O
CATÁLOGO ELETRÔNICO

www.oleiloes.com.br

RECEBA AVISOS DE
LEILÕES PELO WHATSAPP
41 **99870 7000**



STF

SÚMULA VINCULANTE 56**Regime prisional**

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

SÚMULA VINCULANTE 55**Inativo**

O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

SÚMULA VINCULANTE 54**Reedição de medida provisória**

A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição.

STJ

SÚMULA 636**Maus antecedentes**

A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.

SÚMULA 635**Prazo prescricional**

Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção.

SÚMULA 634**Improbidade administrativa**

Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público.

TST

SÚMULA 463**Hipossuficiência econômica**

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);
II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

SÚMULA 462**Verbas rescisórias**

A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.

SÚMULA 461**FGTS**

É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

TRF2/RJ E ES

SÚMULA 61**Remessa necessária**

Há remessa necessária nos casos de sentenças ilíquidas e condenatórias, de obrigação de fazer ou de não fazer, nos termos do artigo 496, inciso I e parágrafo 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

SÚMULA 60**Pensão de filha maior**

A pensão de ex-combatente, por morte ocorrida na vigência das Leis 3.765/60 e 4.242/63, será devida às filhas, ainda que maiores, desde que

não possam prover os meios de sua subsistência, inclusive por reversão, em valor correspondente ao soldo de 2º Sargento, vedada a percepção cumulativa com qualquer outra importância dos cofres públicos.

SÚMULA 59

Prazo

É inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, considerando-se válida a aplicação do prazo de 5 anos apenas às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

TRF3/SP E MS

SÚMULA 37

Benefício previdenciário

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

SÚMULA 36

Juizados federais

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

SÚMULA 35

Parcelamento excepcional

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional – PAEX.

TRF4/PR, RS E SC

SÚMULA 134

Cumprimento de sentença

A ausência de impugnação pela Fazenda Pública ao cumprimento de sentença não enseja a redução pela metade dos honorários advocatícios por ela devidos, não sendo aplicável à hipótese a regra do artigo 90, § 4º, combinado com o artigo 827, § 1º, ambos do CPC 2015.

SÚMULA 133

Ação coletiva

Na execução ou cumprimento individual de sentença proferida em ação coletiva, mesmo na vigência do CPC-2015, são cabíveis honorários advocatícios, ainda que não-embargadas, mantendo-se válido o entendimento expresso da Súmula 345 do Superior Tribunal de Justiça.

SÚMULA 132

Condenação

Na hipótese em que a condenação puder ser substituída por somente uma pena restritiva de direitos, a escolha entre as espécies previstas em lei deve recair, preferencialmente, sobre a de prestação de serviços à comunidade, porque melhor cumpre a finalidade de reeducação e ressocialização do agente.

TJMG

SÚMULA 68

Agravo interno

No âmbito dos Juizados Especiais, é cabível, no prazo de quinze dias, a interposição de agravo interno, a ser julgado pela Turma Recursal, contra a decisão monocrática que nega seguimento a recurso extraordinário, bem como a que determina o sobrestamento de recurso que versa sobre matéria submetida à sistemática da repercussão geral.

SÚMULA 67

Inconstitucional

É inconstitucional a lei municipal que obriga os estabelecimentos comerciais a destacarem a data de validade dos produtos em promoção expostos à venda, sob pena de aplicação de penalidades, pois tal matéria já se encontra disciplinada em lei estadual e federal, não restando margem para o exercício de competência legislativa suplementar pelo município.

SÚMULA 66

Indeferimento de diligências

Em correições parciais, não configura erro de procedimento a decisão de indeferimento de diligência que pode ser requisitada

diretamente pelo Ministério Público de Minas Gerais.

TJMS

SÚMULA 4

DPVAT

Não há necessidade de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de demanda relativa à cobrança de seguro vinculado ao DPVAT.

SÚMULA 3

Energia elétrica

Nas revisões tarifárias de energia elétrica, o período de cobrança em excesso corresponde àquele compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007.

SÚMULA 2

Honorários

Quando a verba honorária for fixada em percentual sobre o valor dado à causa no início da ação, este já sofreu o efeito corrosivo da inflação, de maneira que aquela verba deve ser aplicada sobre o valor da ação, devidamente corrigido a partir do seu ajuizamento, sob pena de aviltamento dos honorários e distanciamiento do real valor do litígio.

TJPR

SÚMULA 84

Competência

A competência para o processamento e julgamento das ações de cobrança das contribuições instituídas pelo Decreto-Lei 4.048/1942 – promovidas pelo SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial é da Justiça Estadual.

SÚMULA 83

Precedente

Julgada procedente a Reclamação, ajuizada com fundamento no Código de Processo Civil, o Tribunal cassará a decisão exorbitante proferida

e determinará que o órgão originário profira nova decisão em observância ao precedente indicado pelo acórdão, não sendo cabível o julgamento da causa em seu mérito pelo Tribunal.

SÚMULA 82

Intimação da sentença

Observadas as regras do artigo 392 do CPP, a intimação da sentença se fará, alternativamente, ao réu ou ao seu defensor constituído quando se livrar solto ou sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança, ressalvada a necessidade de dupla intimação para os casos em que lhe for nomeado defensor dativo ou defensor público.

TJRJ

SÚMULA 385

Direito a nomeação

Por força dos princípios da boa-fé administrativa, da confiança legítima e da razoabilidade, candidato aprovado em concurso público para a UERJ, já nomeado antes da edição do Decreto Estadual n. 45.682, de 08 de junho de 2016, por ter direito subjetivo líquido e certo à posse, não pode ser afetado pela aplicação retroativa daquele ato normativo.

SÚMULA 384

Varanda

A instalação de cortina de vidro, ou sistema retrátil de fechamento sem perfis de alumínio, ou semelhante, em material incolor e transparente, executada por profissional devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia – CREA, ou no Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio de Janeiro – CAU/RJ, não configura obra a depender de licenciamento urbanístico, desde que não implique em transformação da varanda em um novo cômodo habitável da unidade.

SÚMULA 383

Produto impróprio

A aquisição de gênero alimentício impróprio para consumo não importa, por si só, dano moral.

TJRS

SÚMULA 52**Coisa julgada**

Nas ações ajuizadas sob a vigência da Lei nº 8.121/85, concernentes ao direito à saúde, em que o ente municipal e o Estado são demandados em litisconsórcio passivo facultativo, restando sucumbentes, o Estado é o único ente responsável pelo pagamento das despesas processuais relativas à emissão de precatórias para sua citação e intimações. Todavia, transitada em julgado a sentença que decide de forma diversa, inviável a rediscussão da questão na fase de cumprimento, diante dos efeitos da coisa julgada.

SÚMULA 51**Medicamento**

Nos casos em que se pretenda o fornecimento de medicamento de uso contínuo ou por tempo indeterminado, a competência é do Juizado Especial da Fazenda Pública, se o custo anual do fármaco for inferior ao valor de 60 (sessenta) salários-mínimos. Excedendo esse valor, a competência será das Varas da Fazenda Pública.

SÚMULA 50**Advogado particular**

A contratação de advogado particular para a atuação judicial na defesa de interesses da parte não constitui dano material passível de indenização, de acordo com a interpretação sistemática conferida aos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil, art. 22 da Lei nº 8.906, de 1994 e art. 35, § 1º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, porquanto inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.

TJSC

SÚMULA 57**Antecipação de provas**

Disponível em sítio eletrônico o documento pretendido, carece de interesse processual a

produção antecipada de provas ou a pretensão de sua exibição.

SÚMULA 56**Embargos de declaração**

A contradição que enseja a oposição de embargos de declaração deve estar presente internamente na decisão atacada, ou seja, quando os fundamentos são incompatíveis com a sua conclusão.

SÚMULA 55**Indícios de direito**

A inversão do ônus da prova não exime o consumidor de trazer aos autos indícios mínimos do direito alegado na inicial quando a prova lhe diga respeito.

TJSP

SÚMULA 164**Entrega de imóvel**

É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.

SÚMULA 163**Encargos contratuais**

O descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra não cessa a incidência de correção monetária, mas tão somente dos encargos contratuais sobre o saldo devedor.

SÚMULA 162**Descumprimento de prazo**

Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.

TRT1/RJ

SÚMULA 68**Pensão**

Responsabilidade civil do empregador. Pensão devida ao trabalhador acidentado. Cumulação

da pensão com benefício previdenciário. Possibilidade. Natureza jurídica distinta das prestações. A pensão prevista no artigo 950 do Código Civil e o benefício previdenciário pago pelo INSS ao segurado, em razão da sua incapacidade laborativa por acidente de trabalho, não se confundem, tampouco se excluem, ante a natureza jurídica distinta das prestações, sendo possível sua cumulação.

SÚMULA 67

Impugnação

Impugnação à liquidação. Inércia. Preclusão. Artigo 879, § 2º, da CLT. Incabível a oposição de embargos à execução com o objetivo de discutir as contas de liquidação não impugnadas pela parte no prazo do artigo 879, § 2º, da CLT.

SÚMULA 66

Recolhimento de crédito

Contribuição previdenciária sobre o crédito judicial trabalhista. Fato gerador. Acréscimos legais moratórios. Nova redação do art. 43 da Lei 8.212/91. Vigência. Regime híbrido de apuração. I – Para prestação de serviços ocorrida até 04/03/2009, inclusive, o fato gerador da contribuição previdenciária vinculada ao processo trabalhista é a constituição do crédito. Seu recolhimento dar-se-á até o dia 2 do mês subsequente à liquidação do julgado, de acordo com o art. 276 do Decreto 3.048/1999. Extrapolado este prazo, a contribuição previdenciária será corrigida monetariamente e acrescida de juros e multa moratórios. II – Para prestação de serviços ocorrida a partir de 05/03/2009, inclusive, o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviços, nos termos do art. 43 da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei 11.941/2009, com juros e correção monetária computados a partir dos meses de competência e recolhimento na mesma data prevista para o pagamento do crédito judicial trabalhista.

TRT3/MG

SÚMULA 73

Expressões inconstitucionais

I – São inconstitucionais a expressão “equivalentes à TRD”, contida no caput do

art. 39 da Lei nº 8.177/1991 e a integralidade do disposto no § 7º do art. 879 da CLT, inserido pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017, por violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CR), ao direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da CR), à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR), ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º) e ao postulado da proporcionalidade (decorrente do devido processo legal substantivo, art. 5º, LIV, da CR). II - Nos termos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357 e 4.425 e na Reclamação nº 22.012 e pelo Tribunal Superior do Trabalho na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000479-60.2011.5.04.0231, aplica-se o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) para atualização monetária dos débitos trabalhistas até 24/03/2015, e a partir de 25/03/2015, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). (RA 67/2019, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 23, 24 e 25/04/2019).

SÚMULA 72

Inconstitucionalidade na CLT

São inconstitucionais a expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, constante do § 2º, e a íntegra do § 3º, ambos dispositivos do art. 844 da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017, por violação direta e frontal aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput, da CR), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR) e da concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem (art. 5º, LXXIV, da CR). (RA 145/2018, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 19, 20 e 21/09/2018).

SÚMULA 71

Empregado público

Não é devida a concessão automática de progressão horizontal por merecimento nem o pagamento de diferenças salariais pretendidas por empregado público quando o ente público se omitir em realizar a avaliação de desempenho exigida legalmente, exceto quando a própria legislação estabelecer que a consequência da omissão é a progressão automática. (RA 144/2018, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 19, 20 e 21/09/2018).

TRT9/PR

SÚMULA 101**Indevido acréscimo**

Não é devido acréscimo salarial ao motorista ou ao auxiliar de motorista pela tarefa de receber valores decorrentes da entrega das mercadorias, e transportá-los até o empregador.

SÚMULA 100**Contagem de prazo**

Publicada a sentença na data em que as partes estavam cientes, nos termos da Súmula nº 197 do TST, aí inicia-se a contagem do prazo

recursal. Posterior intimação, mediante publicação em órgão oficial, não altera o marco inicial da contagem daquele prazo, que é fatal e peremptório, não suscetível de dilação por vontade das partes ou do juízo, fora dos permissivos legais.

SÚMULA 99**Multa**

É devida a multa convencional pelo descumprimento de cláusula normativa que prevê o pagamento de adicionais mais benéficos de horas extras, ainda que essas horas reconhecidas em juízo não sejam decorrentes de aplicação de adicional inferior ao convencional. ■



Tratamento da coluna vertebral



Terapia percutânea da dor



Cirurgia minimamente invasiva

QUER SABER MAIS, ACESSE



www.coluna.net



facebook.com/drantoniokrieger



Instagram: [drantoniokrieger](https://www.instagram.com/drantoniokrieger)

CRM-PR 22712 / RQE 15991



Dr. Antônio Krieger
Cirurgia da Coluna



ADMINISTRATIVO

FALTA DE REPASSE

661.001 **Gestor do cemitério municipal é condenado por improbidade administrativa**

Apelação – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Município de Capivari – Venda de terrenos do cemitério municipal, sem o devido repasse aos cofres públicos – Sentença de procedência – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Inocorrência de cerceamento do direito de defesa – Inépcia da inicial não verificada – Conduta descrita que se enquadra como ato de improbidade administrativa – Apuração realizada em sede de processo administrativo disciplinar, a concluir pela demissão do requerido, que foi confirmada pelos elementos de prova colhidos durante a instrução processual – Dolo caracterizado – Aplicação das penas de acordo com a gravidade da conduta – Precedentes – Rejeição de matéria preliminar – Não provimento do recurso.

(*TJSP – Ap. Cível n. 0001808-34.2015.8.26.0125 – 6a. Câm. Dir. Públ. – Ac. unânime – Rel.: Des. Maria Olívia Alves – Fonte: DJ, 06.08.2019.*)

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

661.002 **Mantida a responsabilização de ex-presidente e ex-diretor-geral de câmara de vereadores por emissão de cheques com valores acima do necessário**

Ação de responsabilização por improbidade administrativa e de ressarcimento de danos. Suspeição do juiz de primeiro grau: Desfiada apenas ex hypothese a suspeição do Magistrado prolator da sentença, essa suspeição, sequer declinada em forma (arg. art. 146 do Cód.pr.civ.), foi recusada fundamentadamente na origem e não merece acolhimento à mímica de confirmar-se. Suspensão do processo: A mera pendência de julgamento, no STF, de recurso extraordinário com reconhecimento de repercussão geral (RE 976.566) não importa em efeito automático suspensivo dos feitos que tramitem nas instâncias anteriores. Solução assentada no próprio STF (QO no RE 966.177). Incidência da Lei n. 8.429/1992 em relação aos agentes políticos: Os agentes políticos são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. Entendimento cônsono do STF (HC 70.671 e Ap 372). Doutrina conforme de Rui Stoco. Cerceio defensivo: Não há cerceamento de defesa quando se tenha por desnecessária a produção de prova ou mesmo se entendam suficientes as já efetivadas, por então presentes nos autos elementos idôneos à formação do convencimento quanto ao mérito da demanda. Prescrição: 1- Não se reconhece a prescrição do pleito ressarcitório, quanto ao requerido Toshitomo Egashira, porque, tratando-se, em seu caso, de condutas admitidamente dolosas, cabe aplicar-se o critério firmado pelo STF (RE 852.475), no sentido de que são imprescritíveis “as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Postergação do entendimento do relator. 2- No que concerne ao demandado Herval Rosa Seabra, calha haver pontual indiferença, quanto à prescrição, discutir a especificidade do

elemento subjetivo de sua conduta ?dolo ou culpa stricto sensu?, uma vez que, segundo o refere sem impugnação a sentença de origem, esse requerido exercitou o mandato de vereador, na Câmara municipal de Marília, de 2001 a 2012, de maneira que, à luz do disposto no inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, não se fulminou de prescrição quinquenal a demanda objeto por ajuizada em janeiro de 2013. Doutrina cônica de Sérgio Monteiro Medeiros, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. Procedência da demanda: 1- Nenhuma a prova de coação que evadisse a culpabilidade da versada conduta de Toshitomo Egashira, e, quanto ao correquerido Herval Rosa Seabra, cumpre, à partida, afastar a pretendida automática aplicação do julgado criminal que entendeu caracterizada sua culpa stricto sensu no contínuo comportamento que resultou na aqui discutido desvio de verbas da Câmara. 2- A prova dos autos ostenta dúvida grave quanto ao específico tipo subjetivo das condutas de Herval Rosa Seabra. Não parece que se deva estimar irrazoável o entendimento do Juízo de origem, no sentido de que as debatidas ações desse correquerido tenham sido dolosas; bastaria a tanto pensar no fato da emissão nominal de cheques em favor da própria Câmara. Mas a prova não espanca de todo a incerteza quanto ao intencional envolvimento desse demandado nas reiteradas condutas de desvio monetário, mormente quando se pensa nas múltiplas tarefas que se cometem aos superiores hierárquicos, frequentemente, ao menos de fato, levados a confiar nas tarefas que se delegam nas pessoas de seus subordinados. 3- Redução das sanções infligidas a Herval Rosa Seabra. Não provimento da apelação de Toshitomo Egashira. Acolhimento,

em parte, do recurso de Herval Rosa Seabra.

(*TJSP – Ap. Cível n. 0002687-34.2013.8.26.0344 – 11a. Câm. Dir. Públ. – Ac. unânime – Rel.: Des. Ricardo Dip – Fonte: DJ, 21.08.2019*).

REPARAÇÃO DE DANOS

661.003 Estudante que sofreu bullying de colegas será indenizada

Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais – Alegação de agressões verbais, ameaças e xingamentos proferidos pelas filhas das rés por meio de aparelho celular e das redes sociais, além da prática de “bullying” dentro e fora da escola – Sentença de parcial procedência – Inconformismo das rés – Descabimento – Preliminar de cerceamento de defesa afastada – Conjunto probatório que comprova a conduta das rés e que trouxe malefícios à autora – Dever de indenizar caracterizado – Aplicação do artigo 252, RITJSP – Recursos desprovidos.

(*TJSP – Ap. Cível n. 1004604-37.2014.8.26.0344 – 4a. Câm. Dir. Priv. – Ac. unânime – Rel.: Des. Fábio Quadros – Fonte: DJ, 02.08.2019*).

DISCREPÂNCIA DE CONSUMO

661.004 Concessionária de energia elétrica reembolsará idoso por cobrança excessiva

Apelação. Prestação de serviços. Discrepância no consumo de energia. Troca de medidor. Retorno ao consumo médio. Aplicação do artigo 373, inciso II, do Novo Código de Processo Civil. Ausência de prova de exigibilidade das contas. Débito referente às contas de fevereiro de 2018 e no período de junho a agosto de 2018 inexigíveis. Inscrição indevida no cadastro de inadimplentes. Dano moral in re ipsa. Quantum

arbitrado. Verba indenizatória elevada. Recurso da concessionária ré não provido. Recurso adesivo do autor provido.

(*TJSP – Ap. Cível n. 1001127-68.2019.8.26.0590 – 21a. Câm. Dir. Priv. – Ac. unânime – Rel.: Des. Décio Rodrigues – Fonte: DJ, 13.08.2019*).

CONDUTA OMISSIVA

661.005 Município responde por violação de túmulo

Apelação cível – Município de ouro preto – Responsabilidade civil objetiva – Violação ao dever de informar – Novo sepultamento em mesmo túmulo – Retirada de ornamentação e identificação do sepulcro – Dever de informar – Razoabilidade – Boa-fé objetiva – Danos morais – Configurados. 1 – É possível que em caso de conduta omissiva do ente estatal, reste configurada a responsabilidade objetiva, nos moldes do entendimento exarado pelo C. STF ao julgar o RE 841526 (STF. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016). 2 – Enseja dano moral o fato de um terceiro acomodar pessoa diversa em túmulo, localizado em cemitério municipal, promovendo nova identificação e ornamentação desse túmulo, sem que o Município sequer dê ciência à família da primeira falecida da localização de seus restos mortais, bem como lhes dê a opção de transferi-los de jazigo. 3 – A responsabilidade do Município dá-se em função de conduta omissiva desse na administração de cemitério municipal, bem como no que tange ao controle do sepultamento posterior, conforme prevê a Lei Municipal 178/1980, art. 73, V.

(*TJMG – Ap. Cível n. 1.0461.10.007747-2/001 – 3a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. Jair Varão – Fonte: DJ, 09.07.2019*).

ERRO JUDICIÁRIO

661.006 Fazenda do estado possui responsabilidade por prisão indevida de advogada

Responsabilidade Civil do Estado – Operação policial realizada em conjunto com o Ministério Público e que, mediante decisão judicial, efetivou prisão temporária, revista íntima e apreensão de bens contra pessoa errada – Erro judiciário que enseja reparação dos danos morais – Responsabilidade civil do Estado por falha do serviço público – Sentença mantida – Recurso desprovido.

(*TJSP – Ap. Cível n. 1000067-97.2018.8.26.0104 – 7a. Câm. Dir. Públ. – Ac. unânime – Rel.: Des. Magalhães Coelho – Fonte: DJ, 04.09.2019*).

NOTA BONIJURIS:

Dispõe o relator quanto ao desenvolvimento da operação: “Dessa maneira, está nos autos que as autoridades responsáveis pela operação, inclusive a judicial, atuaram de maneira pouco diligente e apressada, gerando graves constrangimentos à autora. Destaque-se, ainda, que em decorrência da magnitude da operação, a autora foi exposta na mídia local, tendo seu nome exposto injustamente e erroneamente. Tanto a exposição foi ampla e injusta que a Ordem dos Advogados de São Paulo realizaram sessão de desagravo em favor da autora.”

FALHA NO SERVIÇO

661.007 Sofre danos morais a idosa que foi esquecida dentro de posto de saúde

Responsabilidade civil – Indenização por danos morais

decorrentes da autora ter sido medicada e esquecida dentro de posto de saúde municipal após seu fechamento – Danos morais devidos – Demonstração dos fatos – Sentença de parcial procedência mantida – Consectários legais deverão observar a decisão proferida pelo STF no tema 810, inclusive na hipótese de eventual modulação – Recursos desprovidos.

(*TJSP – Ap. Cível n. 1004195-53.2018.8.26.0269 – 13a. Câmb. Dir. Públ. – Ac. unânime – Rel.: Des. Ferraz de Arruda – Fonte: DJ, 26.08.2019.*)

NOTA BONIJURIS: Neste diapasão, entende o relator que: “O ilícito que causa a dor moral redundante em pena civil que é revertida ao particular. Assim é que conceito em pequeno opúsculo de minha lavra que “todo fato resultante de um ato contrário ao Direito, que afete de alguma forma a integridade psíquica do indivíduo, provocando-lhe a infelicidade, transitória ou não no tempo, no plano jurídico, é um dano moral puro. É certo que os exemplos mais comuns de dano moral puro são identificados pela dor ou sofrimento experimentado pelo indivíduo. Assim, são os decorrentes da perda de um ente querido, da mutilação, da lesão física, da desonra, da humilhação, da depressão, da angústia” (Dano Moral Puro ou Psíquico, 1999, p.29)”

INFRAÇÃO DISCIPLINAR

661.008 **Prescrição da lei penal se aplica a infrações administrativas mesmo sem apuração criminal contra servidor**

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Pad. Fato apurado: valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, por improbidade administrativa, e por lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional (arts. 359-b; 359-d; 163; 299; 312, § 1º. E 317 do código penal). Pena aplicada: exoneração do cargo em comissão. Infração disciplinar também prevista como crime, mas sem notícia de instauração da ação penal correspondente. Prescrição afastada pela egrégia primeira seção. Cerceamento de defesa. Inexistência. Prejuízos não demonstrados pela impetrante. Ordem denegada. 1. Em primeiro lugar, quanto à preliminar da prescrição, me manifestei pela sua consumação. Entretanto, a egrégia Primeira Seção, na assentada de 22.5.2019, superando seu posicionamento anterior sobre o tema, firmou orientação de que, diante da rigorosa independência das esferas administrativa e criminal, não se pode entender que a existência de apuração criminal é pré-requisito para a utilização do prazo prescricional penal. 2. Quanto ao mais, a impetrante alega a ocorrência de cerceamento de defesa, ao argumento de que, nem ela, nem os Advogados constituídos foram intimados da conclusão do PAD, com a publicação direta da Portaria de exoneração sem viabilizar a interposição de recurso (fls. 8). Acrescenta que só teve ciência do ato de exoneração através do ofício enviado para sua superior imediata. 3. Do que se extrai dos autos, a publicidade da pena de destituição do cargo em comissão se operou por meio da Portaria 5. de janeiro/2014, publicada no DOU de 2.3.2014. 4. Extrai-se, ainda, das informações trazidas às fls. 4.384, que, nos termos do documento

de fls. 4435 dos autos do Processo MS/SIPAR 25000.494844/2009-87 (doc. 01. em anexo), a impetrante foi, sim, intimada acerca do Julgamento proferido pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Saúde. O referido documento data de 04 de fevereiro de 2014, e, até o presente momento, não se tem notícias da interposição de recurso administrativo por parte da servidora. 5. Assim, não há como se reconhecer a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, que pressupõe a efetiva e suficiente comprovação do prejuízo ao direito da defesa, por força do princípio *pas de nullité sans grief*. 6. Ordem denegada, com ressalva das vias ordinárias.

(*STJ – Mand. de Segurança n. 20857/DF – 1a. S. – Ac. unânime – Rel.: Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Fonte: DJ, 06.09.2019.*)

DELITO DE RESPONSABILIDADE

661.009 **Ausência de prejuízo justificativa absolvição de ex-prefeito acusado de dispensa indevida de licitação**

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Crimes de responsabilidade (art. 1º, I, do decreto-lei n. 201/67). Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Transcurso de prazo superior a 4 anos entre a data dos fatos (2002) e a do recebimento da denúncia (17/10/2007). Crimes de dispensa de licitação. Ausência de demonstração de prejuízo ao erário. Absolvição. Possibilidade. Precedentes. Pedido de suspensão da execução provisória da pena prejudicado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus

substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. Os crimes de responsabilidade (art. 1º, I, do Decreto n. 201/67) praticados pelo paciente encontram-se prescritos, tendo em vista o transcurso de prazo superior a 4 anos (art. 109, V, do Código Penal – CP) entre a data dos fatos (2002) e a do recebimento da denúncia (17/10/2007). 3. O acórdão impugnado está contrário ao entendimento desta Corte de que, para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93, é indispensável a comprovação de prejuízo à Administração Pública, não evidenciado no caso concreto. Nesse sentido: RHC 90.930/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 26/6/2018, DJe 1/8/2018. 4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para declarar a prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos de responsabilidade (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67); e absolver o paciente quanto aos delitos dos arts. 89 da Lei n. 8.666/93, ficando prejudicada, conseqüentemente, a análise do pedido de suspensão da execução provisória da pena.

(*STJ – Habeas Corpus n. 490.195 – PB – 5a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik – Fonte: DJ, 10.09.2019.*)

TÍTULOS NULOS

661.010 Estado não pode alienar terra devoluta pertencente à União

Administrativo. Ação declaratória de nulidade de título domínial. Oeste de Santa Catarina. Tracutinga. Faixa de fronteira. Bem pertencente à União. Venda a non domino. Indenização. Descabimento. 1.

São nulos os títulos de domínio que decorrem de alienações a non domino promovidas pelo Estado de Santa Catarina de terras devolutas localizadas em faixa de fronteira. 2. Tendo em vista que a área em questão (transcrição nº 1.065 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Mondaí/SC, situada no imóvel rural denominado “Tracutinga”) sempre foi de domínio da União, indevida qualquer indenização pelo imóvel questionado.

(*TRF – 4a. Reg. – Ap. Cível n. 5007288-62.2015.4.04.7202 – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. Vânia Hack de Almeida – Fonte: DJ, 30.07.2019.*)



CIVIL

AÇÃO DE FALÊNCIA

661.011 Certificados de depósito bancário (CDBs) se submetem aos efeitos da falência da instituição financeira

Recurso especial. Ação de falência. Instituição financeira. Certificados de depósito bancário. Pedido de restituição. Impossibilidade. Contrato que se caracteriza pela transferência de propriedade do bem à instituição bancária. Depositante que ostenta a condição de credor. Solicitação de resgate não atendida. Extinção da avença. Inocorrência. Mera caracterização da mora do devedor. Observância do par conditio creditorum.

1. Impugnação de crédito apresentada em 12/2/2015. Recurso especial interposto em 22/11/2017. Autos conclusos ao Gabinete em

29/11/2018. 2. O propósito recursal é definir se os créditos titulados pela recorrente – representativos de valores investidos em CDBs – se submetem ou não aos efeitos da falência da instituição financeira recorrida. 3. O depósito bancário não se equipara às hipóteses em que o devedor ostenta a condição de mero detentor ou custodiante do bem, hipóteses fáticas que atraem a incidência do art. 85 da LFRE. 4. Nos contratos de depósito bancário, ocorre a transferência da propriedade do bem para a instituição financeira, ocupando o depositante a posição de credor dos valores correspondentes. Doutrina e precedentes. 5. A natureza creditícia da relação existente entre a recorrente e a instituição financeira exige que o montante impugnado se sujeite aos efeitos da execução concursal, em respeito ao par conditio creditorum. 6. A solicitação de resgate dos certificados de depósito objeto da presente irresignação não tem como efeito a alteração da natureza jurídica da relação existente entre as partes. Se a instituição bancária não procedeu à disponibilização do montante no prazo que assinalara, a consequência jurídica decorrente é a caracterização da mora, e não a extinção automática dos contratos. Recurso especial não provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1801031/SP – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Nancy Andrighi – Fonte: DJ, 07.06.2019.*)

ESTABELECIMENTO COMERCIAL

661.012 Loja que aceita cartão com senha sem exigir identificação não pode ser responsabilizada por uso indevido

Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Negativa de prestação

jurisdicional. Não ocorrência. Estabelecimento comercial. Compra. Realização por terceiro. Pagamento. Apresentação do cartão. Uso mediante senha pessoal do correntista. Titular do cartão. Dever de guarda. Furto. Fortuito externo. Documento de identificação. Exigência. Obrigação legal. Inexistência. Ato ilícito do estabelecimento. Não configuração. Dever de indenizar. Afastamento. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o estabelecimento comercial que aceita a utilização de cartão bancário com senha como forma de pagamento, sem exigir documento de identificação do portador, é responsável pelo dano moral sofrido pelo titular do cartão. 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 4. Danos decorrentes de pagamento mediante a apresentação de cartão bancário de uso mediante senha, por terceiro, amoldam-se à hipótese estabelecida no art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, não podendo ser imputado ao estabelecimento comercial. 5. Não comete ato ilícito o estabelecimento comercial que deixa de exigir documento de identidade no momento do pagamento mediante cartão com uso de senha, porquanto inexistente lei federal que estabeleça obrigação nesse sentido. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(STJ – Rec. Especial n. 1.676.090/RS – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – Fonte: DJ, 03.09.2019).

CONTRATO DE ADESÃO

661.013 **Cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento da obrigação, e, em regra, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes**

Recurso especial representativo de controvérsia. Compra e venda de imóvel na planta. Atraso na entrega. Novel lei n. 13.786/2018. Contrato firmado entre as partes anteriormente à sua vigência. Não incidência. Contrato de adesão. Cláusula penal moratória. Natureza meramente indenizatória, prefixando o valor das perdas e danos. Prefixação razoável, tomando-se em conta o período de inadimplência. Cumulação com lucros cessantes. Inviabilidade. 1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes. 2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(STJ – Rec. Especial n. 1498484/DF – 2a. S. – Ac. unânime – Rel.: Min. Luis Felipe Salomão – Fonte: DJ, 25.06.2019).

CLÁUSULAS CONTRATUAIS

661.014 **É possível a convenção de prazo decadencial para a utilização de diárias adquiridas em clube de turismo**

Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais. Clube BANCORBRÁS de turismo. 1. Definição unilateral da prestação. Interpretação de cláusula

contratual e circunstâncias fático-probatórias. Súmulas 5 e 7/STJ. 2. Diárias de hotéis. Utilização. Prazo decadencial. Não abusividade. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. 1. Discute-se, neste recurso especial, a validade das cláusulas que estabelecem o prazo decadencial convencional anual para utilização de diárias, bem como a abusividade na fixação unilateral do preço contratado. 2. O “Clube de Turismo Bancorbrás”, objeto do presente recurso, funciona mediante a oferta de títulos aos consumidores, que, após o pagamento de taxas de adesão e de manutenção mensal, bem como a observância de prazo de carência, adquirem o direito não cumulativo de utilizar 7 (sete) diárias, no período de um ano, em qualquer dos hotéis previamente selecionados (rede conveniada), de modo que a não utilização das diárias disponibilizadas resulta na extinção do direito. 3. No que tange à alegação de abusividade da cláusula relativa à fixação de preço, o Tribunal de origem decidiu a questão à luz dos fatos e provas associados à interpretação das cláusulas contratuais, o que inviabiliza o conhecimento do recurso (enunciados n. 5 e 7, ambos do STJ). 4. Embora o Código de Defesa do Consumidor regule as relações jurídicas entre as partes, uma vez que não se trata de fato ou defeito do serviço, não há regramento especial que discipline os prazos decadenciais relativos às prestações voluntariamente contratadas, devendo-se observar as regras gerais do Código Civil para o deslinde da controvérsia. 5. Mesmo em contratos de consumo, é possível a convenção de prazos decadenciais, desde que respeitados os deveres anexos à contratação: informação clara e redação expressa, ostensiva e legível, requisitos estes atendidos no caso concreto. 6. O Código

de Defesa do Consumidor não revoga a liberdade contratual, mas limita-a para que se restaure o equilíbrio das partes, numa relação naturalmente desequilibrada, de forma que a contratação de cláusulas que limitem as prestações e contraprestações das partes devem guardar razoabilidade e proporcionalidade. 7. Além disso, à época, da presente demanda, a recorrida tinha natureza jurídica de associação, o que afastaria até mesmo a aplicação da legislação consumerista, uma vez que se discute as regras de utilização do clube em relação à própria associação, conforme regras definidas pelo estatuto social, como era a hipótese dos autos. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1778574/DF – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze – Fonte: DJ, 28.06.2019*).

PLANO DE RECUPERAÇÃO

661.015 **É válida a cláusula no plano de recuperação judicial que determina a TR como índice de correção monetária e a fixação da taxa de juros em 1% ao ano**

Recurso especial. Direito de empresa. Plano de recuperação judicial homologado. Suspensão dos protestos tirados em face da recuperanda. Cabimento. Consequência direta da novação sob condição resolutiva. Cancelamento dos protestos em face dos coobrigados. Descabimento. Razões de decidir do tema 885/STJ. Parcelamento dos créditos em 14 anos. Correção monetária pela TR mais juros de 1% ao ano. Conteúdo econômico do plano de recuperação. Revisão judicial. Descabimento. Inaplicabilidade da súmula 8/

STJ à recuperação judicial. 1. Controvérsia acerca da validade de um plano de recuperação judicial, na parte em que prevista a suspensão dos protestos e a atualização dos créditos por meio de TR + 1% ao ano, com prazo de pagamento de 14 anos. 2. Nos termos da tese firmada no julgamento do Tema 885/STJ: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”. 3. Descabimento da suspensão dos protestos tirados em face dos coobrigados pelos créditos da empresa recuperanda. Aplicação das razões de decidir do precedente qualificado que deu origem ao supramencionado Tema 885/STJ. 4. “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores” (Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do CJF). Julgados desta Corte Superior nesse sentido. 5. Descabimento da revisão judicial da taxa de juros e do índice de correção monetária aprovados pelos credores, em respeito à soberania da assembleia geral. 6. Inaplicabilidade ao caso do entendimento desta Corte Superior acerca do descabimento da utilização da TR como índice de correção monetária de benefícios de previdência privada, tendo em vista a diferença entre a natureza jurídica de o contrato de previdência privada e a de um plano de recuperação judicial. 7.

Inaplicabilidade do entendimento consolidado na Súmula 8/STJ (“aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva...”) à recuperação judicial, em face da natureza jurídica absolutamente distinta da concordata (favor legal) em relação ao plano de recuperação judicial (negócio jurídico plurilateral). Doutrina sobre o tema. 8. Recurso especial parcialmente provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1630932/SP – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino – Fonte: DJ, 01.07.2019*).

PERSONALIDADE JURÍDICA

661.016 **Decretação da falência com base no Decreto-Lei 7.661/45 não importa, por si, a extinção da personalidade jurídica da sociedade**

Civil, processual civil e falimentar. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Falência. Decretação. Falida. Personalidade jurídica. Extinção imediata. Não ocorrência. Capacidade processual. Manutenção. Recurso provido. 1. Segundo o procedimento regrado pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945, a decretação da falência não implica a imediata e incondicional extinção da pessoa jurídica, mas tão só impõe ao falido a perda do direito de administrar seus bens e deles dispor (LF, art. 40), conferindo ao síndico a representação judicial da massa (CPC/1973, art. 12, III). 2. A mera existência da massa falida não é motivo para concluir pela automática, muito menos necessária, extinção da pessoa jurídica. De fato, a sociedade falida não se extingue ou perde a capacidade processual (CPC/1973, art. 7º; CPC/2015, art. 70), tanto que autorizada a figurar como

assistente nas ações em que a massa seja parte ou interessada, inclusive interpondo recursos e, durante o trâmite do processo de falência, pode até mesmo requerer providências conservatórias dos bens arrecadados. 3. Ao término do processo falimentar, concluídas as fases de arrecadação, verificação e classificação dos créditos, realização do ativo e pagamento do passivo, se eventualmente sobejar patrimônio da massa – ou até mesmo antes desse momento, se porventura ocorrer quaisquer das hipóteses previstas no art. 135 da LF –, a lei faculta ao falido requerer a declaração de extinção de todas as suas obrigações (art. 136), pedido cujo acolhimento autoriza-o voltar ao exercício do comércio, “salvo se tiver sido condenado ou estiver respondendo a processo por crime falimentar” (art. 138). 4. Portanto, a decretação da falência, que enseja a dissolução, é o primeiro ato do procedimento e não importa, por si, na extinção da personalidade jurídica da sociedade. A extinção, precedida das fases de liquidação do patrimônio social e da partilha do saldo, dá-se somente ao fim do processo de liquidação, que todavia pode ser antes interrompido, se acaso revertidas as razões que ensejaram a dissolução, como na hipótese em que requerida e declarada a extinção das obrigações na forma do art. 136 da lei de regência. 5. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial.

(*STJ – Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1265548/SC – 4a.T. Ac. unânime – Rel.: Min. Maria Isabel Gallotti – Fonte: DJ, 02.08.2019.*)

CLÍNICA MÉDICA

661.017 **Plano de saúde deve comunicar descredenciamento de clínicas, mesmo que rescisão não parta da operadora**

Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Descredenciamento de clínica médica. Comunicação prévia ao consumidor. Ausência. Violação do dever de informação. Responsabilidade solidária. Prejuízo ao usuário. Suspensão de tratamento quimioterápico. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a saber se a obrigação das operadoras de plano de saúde de comunicar aos seus beneficiários o descredenciamento de entidades hospitalares também envolve as clínicas médicas, ainda que a iniciativa pela rescisão do contrato tenha partido da própria clínica. 3. Os planos e seguros privados de assistência à saúde são regidos pela Lei nº 9.656/1998. Não obstante isso, incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor (Súmula nº 608), pois as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo. 4. Os instrumentos normativos (CDC e Lei nº 9.656/1998) incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. São essenciais, assim, tanto na formação quanto na execução da avença, a boa-fé entre as partes e o cumprimento dos deveres de informação, de cooperação e de lealdade (arts. 6º, III, e 46 do CDC). 5. O legislador, atento às inter-relações que existem entre as fontes do direito, incluiu, dentre os dispositivos da Lei de Planos de Saúde, norma específica acerca do dever da operadora de informar o consumidor quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares (art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998). 6. O termo *entidade hospitalar* inscrito no art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998, à luz dos princípios consumeristas, deve

ser entendido como gênero, a englobar também clínicas médicas, laboratórios, médicos e demais serviços conveniados. O usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca da modificação da rede conveniada (rol de credenciados), pois somente com a transparência poderá buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas. Precedente. 7. É facultada à operadora de plano de saúde substituir qualquer entidade hospitalar cujos serviços e produtos foram contratados, referenciados ou credenciados desde que o faça por outro equivalente e comunique, com 30 (trinta) dias de antecedência, aos consumidores e à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ainda que o descredenciamento tenha partido da clínica médica (art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998). 8. Recurso especial não provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1561445/SP – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – Fonte: DJ, 16.08.19.*)

DANO MORAL

661.018 **Banco não deve indenizar por inscrição negativa de dívida cuja mora foi afastada pela justiça**

Recurso especial. Inscrição indevida em serviço de proteção ao crédito. Dano moral in re ipsa. Intimação pessoal. Súmula 410 STJ. Inscrição devidamente feita. Súmula 385/STJ. Dano moral. Ausência. 1. Recurso especial interposto em 29/06/2015 e atribuído a esta Relatora em 25/08/2016. 2. O propósito recursal consiste em determinar a configuração, de dano moral, por inscrição de dívida, feita pela instituição financeira recorrida, cuja mora foi afastada

pelo Poder Judiciário. 3. Segundo a jurisprudência desta Corte, pode-se definir dano moral como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que inscrições indevidas são causa de dano moral in re ipsa, salvo algumas exceções bem delimitadas, como a existência de prévia anotação de débito nos serviços de proteção de crédito. 5. Na hipótese, é possível a aplicação da Súmula 385/STJ, considerando que, ao momento de sua realização, a inscrição da recorrente em serviço de proteção de crédito, ocorreu de maneira legítima. 6. A alegação contida no recurso especial sobre a ocorrência de danos por descumprimento de decisão judicial deveria ser analisada nos autos do primeiro processo judicial, que culminou com a ordem de retirada do nome da recorrente do serviço de proteção ao crédito, e não em processo autônomo. 7. Recurso especial desprovido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1.562.194/RS – 3a. T. – Ac. unânime – Rel. Min. Nancy Andrichi – Fonte: DJ, 12.08.2019*).

USO DE IMAGEM

661.019 **Emissora deve reparar danos a homem que teve imagem veiculada em programa humorístico**

Indenizatória – Uso indevido de imagem – Veiculação de imagem em programa humorístico – Publicação sem prévia e expressa autorização do autor – Requerente que passou a ser alvo de chacotas em seu círculo social – Constrangimentos que, no caso, ultrapassaram o

conceito de mero dissabor – Danos Morais “In re ipsa” Caracterizados – Indenização devida – Ação improcedente – Decisão reformada – Recurso parcialmente Provido.

(*TJSP – Ap. Cível n. 1041656-18.2017.8.26.0100 – 5a. Câ. Dir. Priv. – Ac. unânime – Rel.: Des. Erickson Gavazza Marques – Fonte: DJ, 03.09.2019*).

NOTA BONIJURIS: Sobre o direito à imagem leciona Carlos Alberto Bittar: “Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto etc.) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. [...] A captação da imagem pode efetivar-se em quaisquer locais, privados ou públicos, e, nestes, sempre que houver destaque de uma pessoa ou de algum seu aspecto distintivo, a imagem não poderá ser usada sem anuência do interessado, respeitadas as limitações que se lhe impõem.” (in “Os Direitos da Personalidade”, Editora Forense Universitária, 1989, p. 87 e 91).

NOTA PROMISSÓRIA

661.020 **Casa noturna condenada por só liberar cliente após assinatura de nota promissória**

Recurso inominado. Ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de indenização por danos morais. Casa noturna. Divergência quanto ao valor consumido pela autora. Consumidora que foi coagida a assinar nota promissória para

poder sair do estabelecimento, no qual permaneceu retida por longo período. Dano moral configurado. Sentença reformada no ponto. Recurso provido.

(*TJRS – Rec. Inominado n. 71008810343 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Desa. Ana Claudia Cachapuz Silva Raabe – Fonte: DJ, 13.09.19*).



IMOBILIÁRIO

RESCISÃO DE CONTRATO

661.021 **É válida a cláusula penal que prevê a perda integral dos valores pagos em contrato de compromisso de compra e venda firmado entre particulares**

Recurso especial. Contrato de compromisso de compra e venda de imóvel entre particulares. Rescisão do contrato. Valores pagos. Perda integral. Previsão em cláusula penal. Validade. Negócio jurídico. Ausência de vícios. Proposição do promitente comprador. Alegação de invalidade. Impossibilidade. Proibição de comportamento contraditório. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a discutir a validade de cláusula penal que prevê a perda integral dos valores pagos em contrato de compromisso de compra e venda firmado entre particulares. 3. Para a caracterização do vício de lesão, exige-se a presença simultânea de elemento objetivo – a desproporção das prestações – e subjetivo – a inexperiência ou a premente

necessidade, que devem ser aferidos no caso concreto. 4. Tratando-se de negócio jurídico bilateral celebrado de forma voluntária entre particulares, é imprescindível a comprovação dos elementos subjetivos, sendo inadmissível a presunção nesse sentido. 5. O mero interesse econômico em resguardar o patrimônio investido em determinado negócio jurídico não configura premente necessidade para o fim do art. 157 do Código Civil. 6. Na hipótese em apreço, a cláusula penal questionada foi proposta pelos próprios recorrentes, que não comprovaram a inexperiência ou premente necessidade, motivo pelo qual a pretensão de anulação configura comportamento contraditório, vedado pelo princípio da boa-fé objetiva. 7. Recurso especial não provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1723690/DF – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – Fonte: DJ, 12.08.2019*).

OBRIÇÃO DE FAZER

661.022 **Ex-síndico é condenado a ressarcir condomínio por serviço contratado com sobrepreço**

Responsabilidade civil. Condomínio. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos materiais movida em face de ex-síndico. Alegação de irregularidade na contratação de serviço que teria causado prejuízo ao condomínio. Nulidade da sentença. Inocorrência. Não identificada a necessidade ou mesmo a utilidade da pretendida produção de prova testemunhal, não há que se falar em cerceamento de defesa. Instalação de grelhas metálicas no torno de árvores situadas no passeio público do condomínio. Prova técnica que licitou o mesmo serviço e constatou sobrepreço

substancial na contratação em comparação com o preço médio praticado por outras empresas prestadoras desse serviço. Críticas infundadas ao laudo pericial. Não aprovação das contas do condomínio relativas ao exercício em que a obra em discussão foi contratada e inobservância do ex-síndico do dever de zelar pela boa administração dos recursos do condomínio, a justificar sua condenação à reparação dos prejuízos que causou à massa condominial. Recurso não provido.

(*TJSP – Ap. Cível n. 1086275-04.2015.8.26.0100 – 28a. Câm. Dir. Públ. – Ac. unânime – Rel.: Des. Cesar Lacerda – Fonte: DJ, 27.08.2019*).

NOTA BONIJURIS: Assevera o relator quanto à decisão de primeira instância: “Em face desse cenário, afigura-se correta a conclusão da i. Magistrada sentenciante de que, ao contratar serviço por preço substancialmente superior ao valor médio praticado pelo mercado, o recorrente ‘não agiu em conformidade com a competência de sua função, nos termos do artigo 22, § 1º da Lei nº 4.591/1964 e artigo 19 da Convenção de Condomínio, acostada às fls. 34/93’. De fato, na qualidade de síndico, era dever do apelante zelar pela boa administração dos recursos do condomínio e, comprovada a inobservância desse dever, responde ele pelos prejuízos que causar à massa condominial, sendo irrelevante que o condomínio possuísse dotação orçamentária para custear o valor despendido com a colocação das grelhas, eis que o dano decorre da retirada de montante maior do que o preço médio, resultando em saldo disponível menor.”

DÉBITOS CONDOMINIAIS

661.023 **Execução de dívida condominial pode incluir parcelas a vencer**

Direito processual civil. Recurso especial. Ação de execução de título executivo extrajudicial. Débitos condominiais. Inclusão das cotas condominiais vincendas. Possibilidade. 1. Ação de execução de título executivo extrajudicial, tendo em vista a inadimplência no pagamento de cotas condominiais. 2. Ação ajuizada em 19/03/2018. Recurso especial concluso ao gabinete em 08/08/2018. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir se, à luz das disposições do CPC/2015, é válida a pretensão do condomínio exequente de ver incluídas, em ação de execução de título executivo extrajudicial, as parcelas vincendas no débito exequendo, até o cumprimento integral da obrigação do curso do processo. 4. O art. 323 do CPC/2015, prevê que, na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las. 5. A despeito de referido dispositivo legal ser indubitavelmente aplicável aos processos de conhecimento, tem-se que deve se admitir a sua aplicação, também, aos processos de execução. 6. O art. 771 do CPC/2015, na parte que regula o procedimento da execução fundada em título executivo extrajudicial, admite a aplicação subsidiária das disposições concernentes ao processo de conhecimento à lide executiva. 7. Tal entendimento está em consonância com os princípios da efetividade e da

economia processual, evitando o ajuizamento de novas execuções com base em uma mesma relação jurídica obrigacional. 8. Recurso especial conhecido e provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1.756.791/RS – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Nancy Andrichi – Fonte: DJ, 08.08.2019*)

USO EXCLUSIVO

661.024 **Irmão deve pagar aluguel ao outro por uso de imóvel herdado dos pais**

Coisa Comum – Indenização – Bem imóvel utilizado exclusivamente por parte de alguns condôminos – Direito do outro condômino ao recebimento de alugueres na proporção de sua parte ideal, pela não fruição do bem – Caracterização – Débito derivado do vínculo da copropriedade – Dever dos réus de indenizar a parte autora pela utilização exclusiva do bem, enquanto esta se perdurar – Indenização bem arbitrada, por perícia judicial, não comportando alteração – Sentença confirmada – Verba honorária majorada, em atendimento ao artigo 85, parágrafo 11º do CPC – RECURSO NÃO PROVIDO, com observação.

(*TJSP – Ap. Cível n. 0017573-88.2013.8.26.0004 – 10a. Câm. Dir. Públ. – Ac. unânime – Rel.: Des. Elcio Trujillo – Fonte: DJ, 31.07.2019*).

NOTA BONIJURIS: Ocorre que a inexistência de inventário por meio do qual o bem seria partilhado não impede o pedido de fixação de alugueres, conforme segue: “Arbitramento de alugueres. Indeferimento da inicial. Anulação. Desnecessidade de se aguardar o término do inventário e a partilha de bens. O herdeiro privado do

uso do bem comum tem direito de ser indenizado na proporção de seu quinhão. Hipótese, porém, em que deverá ser concedida oportunidade para regularização do polo passivo, eis que os legitimados são os herdeiros que ocupam os imóveis e não os espólios. Apelo provido para anular a sentença, com determinação”. (TJSP, 9ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1000673-85.2014.8.26.0001, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 25.08.2015).

DEMORA SUBSTANCIAL

661.025 **Atraso na entrega de imóvel do Minha Casa, Minha Vida enseja compensação moral**

Sistema financeiro da habitação. Programa minha casa minha vida. Atraso na entrega do imóvel. Legitimidade passiva da CEF. Solidariedade com a construtora. Dano moral. 1. Diante da prova de entrega das chaves no prazo acordado, com ciência de que haveria atraso de ligação elétrica no âmbito do programa “Minha Casa, Minha Vida”, essa demora (de oito meses) pode gerar reparação material, mas a compensação moral apenas pode ser admitida, com favor, em grau mínimo. Dano moral reduzido para R\$ 3.000,00 (três mil reais). 2. Apelação da CEF parcialmente provida.

(*TRF – 2a. Reg. – Ap. Cível n. 2015.51.17.500510-3 – 6a. T. E. – Ac. unânime – Rel.: Des. Guilherme Couto de Castro – Fonte: DJ, 09.07.2019*).

CLÁUSULA ESTABELECIDADA

661.026 **É legítima a cobrança da chamada ‘taxa de obra’ durante a fase de**

construção do imóvel, mas sua exigibilidade somente se configura durante o referido período

Civil. Agravo de instrumento. Contrato de financiamento habitacional. Taxa de evolução de obra. Fase de construção. Não houve atraso na entrega do imóvel. Legitimidade da cobrança. Recurso improvido. 1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de tutela recursal, interposto por Luiz Claudio Pereira Campos e Maria Clementina Borges Figueiredo Campos contra decisão proferida pelo juízo da 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos do processo nº 0817712-27.2017.4.05.8300 (que indeferiu o pedido de interrupção do pagamento da taxa de evolução de obra oriunda do contrato de financiamento de imóvel em fase de construção), pretendendo a imediata reforma do decisum, alegando, em resumo, que compete à construtora o pagamento de tal valor. 2. Os recorrentes aduziram, em síntese, que o valor total ajustado do imóvel foi de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo uma entrada de R\$ 2.382,96 (dois mil trezentos e oitenta e dois reais e noventa e seis centavos) e o saldo devedor de R\$ 97.617,14 (noventa e sete mil, seiscentos e dezessete reais e quatro centavos) a ser financiado pela CEF. Entretanto, que o contrato foi firmado no valor de R\$ 101.865,60 (cento e um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e sessenta centavos), acima do convencionado pelas partes; e ainda que, mensalmente, vêm pagando a TEO, mas que não se percebe amortização no referido financiamento, não sendo os valores das parcelas fixos, aumentando mês a mês, fato esse que vem os onerando demasiadamente. 3. Entende-

se que é legítima a cobrança da chamada “taxa de obra” durante a fase de construção do imóvel, mas sua exigibilidade somente se configura durante o referido período, estabelecido contratualmente. Uma vez expirado o prazo, ainda que se encontre inacabada a obra, inicia-se a fase de amortização, na qual não é devido o encargo, inclusive por força de previsão contratual.

4. No presente caso, tendo em vista que o imóvel, objeto do contrato firmado, encontrava-se em fase de construção, dentro do prazo estabelecido para a sua entrega, legitimaria a cobrança da taxa de evolução de obra, prevista contratualmente.

5. Como aduziu o magistrado no ato vergastado, em que o imóvel ainda se encontra na fase de construção, “o contrato firmado pelas partes, segundo a cláusula 3.1 do referido contrato, prevê a conclusão da obra no prazo de 24 meses contados da assinatura do financiamento pela Alienante junto a instituição financeira, que se deu em 25/10/2016, sendo admitida uma tolerância de 180 (cento e oitenta) dias úteis (cláusula 10.1), a partir do término dos 24 (vinte e quatro) meses da cláusula 3.1”.

6. Correta, portanto, a decisão que, considerando que o imóvel, objeto do pedido, encontra-se em fase de construção, indeferiu suspensão do pagamento da Taxa de Evolução da Obra (TEO), a fim de evitar prejuízo futuro para os autores, caso a sentença a ser prolatada no feito originário lhe fosse desfavorável. E, ainda, deferiu o pedido de depósito em juízo dos valores relativos à referida taxa que se vencerem no decorrer da ação de origem.

7. Agravo de instrumento improvido.

(TRF – 5a. Reg. –

Ag. de Instrumento n.

08011109220184050000 – 1a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Roberto Machado** – Fonte: DJ, 04.09.2019).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

661.027 **Imóvel construído em faixa de domínio de linha férrea deve ser demolido**

Civil. Processual civil. Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Demolição das construções em área non aedificandi. Possibilidade. 1. Agravo de instrumento contra decisão que concedeu a liminar requerida em ação de reintegração de posse proposta por Ferrovia Transnordestina Logística S.A, determinando que os promovidos desocupassem a faixa de domínio indicada na inicial, em um prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de incidência de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia para cada promovido. Entendeu o Juízo originário que o interesse público consistente na oferta adequada de ferrovias se sobrepõe ao interesse privado. 2. Os agravantes, em suas razões, alegam que exercem posse no local objeto da lide há anos, e que o mais antigo morador reside há mais de quinze anos na Vila Tetê. Argumentam que o fato de a promovente ter constatado apenas em dezembro de 2015 a existência de edificações em faixa de domínio ferroviária não significa que tais edificações lá não existissem até aquele momento, pelo contrário, induz à conclusão de que a promovente não era diligente no exercício do domínio sobre sua propriedade, a ponto de não perceber uma ocupação que já perdura há décadas em seu imóvel. 3. Sustentam ainda os agravantes, moradores da Vila da Tetê, diretamente atingidos pelo objeto da ação, que não foram citados em nenhum momento para oferecer manifestação ou participar de conciliação/mediação prévia com vista à preservação de seus direitos e interesses, tomando conhecimento do presente feito, pela primeira vez,

por meio de mandado judicial para desocupação dos imóveis. Aduz que houve violação do contraditório ao ser concedida a reintegração de posse sem a conciliação prévia das partes envolvidas. Afirma que os demandados/agravantes utilizam-se do imóvel para fins de moradia, devendo ser-lhes reconhecido o uso especial do imóvel. Invoca ainda o direito fundamental à moradia, de cunho constitucional. Requererem a concessão imediata, pelo relator, de efeito suspensivo ao presente recurso, para determinar a suspensão da ordem liminar de despejo concedida sem oitiva da parte contrária, nos termos do art. 1.019 do CPC. 4. O fato é que deve ser observada a norma prevista no art. 4º, inc. III, da Lei 6.766/79, quanto à obrigatoriedade da faixa de segurança de quinze metros ao longo das ferrovias e, no caso dos autos, a área edificada pela parte agravada efetivamente está dentro da faixa de domínio, a poucos metros dos trilhos. 5. Trata-se de invasão de área pública, e há o perigo das edificações na faixa de segurança para o funcionamento da ferrovia. Comprovada a posse e o esbulho, e sendo irrelevante a data deste por se tratar de bem de natureza pública, tem a agravante o direito de ser reintegrada na posse da área, inclusive com a retirada das edificações construídas pelos agravados, nos termos dos arts. 555,561 e 562, todos do Código de Processo Civil. 6. Agravo de instrumento improvido.

(TRF – 5a. Reg. –

Ag. de Instrumento n.

08030668020174050000 – 2a. T.

– Ac. unânime – Rel.: Des. **Bruno Leonardo Câmara Carrá** – Fonte: DJ, 02.09.2019).

AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO

661.028 **Ausência de vedação em convenção não pode impedir condômina**



PENAL

FENÔMENOS DISTINTOS

661.031 **Redução do prazo prescricional prevista para pessoa idosa não se relaciona com as causas interruptivas de prescrição previstas no art. 117 do Código Penal**

Habeas corpus. Prescrição. Réu que completou 70 anos depois da sentença condenatória. Redução do prazo prescricional. Impossibilidade de aplicação do art. 115 do CP. Ordem denegada. 1. É inadequado confundir as circunstâncias de redução dos prazos prescicionais com as causas interruptivas da prescrição, porquanto se trata de fenômenos distintos e que repercutem de maneira diversa, embora o reconhecimento de um possa influenciar na admissão do outro. 2. Os prazos prescicionais se relacionam com os pilares que sustentam o instituto da prescrição, isto é, com o decurso do tempo, que pode levar ao esquecimento do fato, e a circunstância de que eventual inércia deve ser suportada pelo Estado, mercê de sua atuação basear-se no ius puniendi. Já a redução dos prazos prescicionais pela idade avançada do agente orienta-se pelo vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, representada pela necessidade de proteção à velhice, a qual merece tratamento especial, à vista dos efeitos deletérios decorrentes da longa duração do processo. 3. Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos. O termo sentença deve ser compreendido como a

inadimplente de utilizar salão de festa

Apelação cível. Condomínio. Ação de reparação de danos morais. Impossibilidade de utilização salão de festas. Condômino inadimplente. Ausência de vedação na convenção. Dano moral existente. Sucumbência. No caso dos autos, comprovou a parte autora que foi exposta a uma situação vexatória ao ser recusada a possibilidade de uso do salão de festas do condomínio requerido, por estar inadimplente com as cotas condominiais. A situação descrita pela parte autora passou do campo da mera frustração, quando ausente qualquer imposição de vedação de uso do salão de festa em Regimento Interno ou na Convenção do Condomínio. Assim, com relação à proibição do uso de salão de festas pela inadimplência, o dever de indenizar mostra-se justo, razão pela qual merece reforma parcial a sentença atacada para fixar o dano moral, por uma negativa de uso do salão de festa, na soma de R\$ 1.600,00, eis que se atém ao valor do pedido indenizatório exposto na inicial. Redistribuída a sucumbência, considerando o resultado do julgamento. Vedada a compensação e suspensa a exigibilidade em relação ao autor, face o benefício da Justiça Gratuita. Deram parcial provimento ao apelo.

(*TJRS – Ap. Cível n. 70081591398 – 19a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. Eduardo João Lima Costa – Fonte: DJ, 09.09.19).*)

AÇÃO DE RECONHECIMENTO

661.029 **Uso exclusivo de imóvel por uma das partes, após o término da relação, torna cabível a estipulação de aluguel**

Agravo de instrumento. Ação de reconhecimento e de dissolução de união estável. Fixação de locativos em face do uso exclusivo de imóvel comum pelo convivente. Possibilidade, no caso. Permanecendo o recorrente, após o término da relação, fazendo uso de bem imóvel comum de forma exclusiva, revela-se cabível a estipulação de aluguel em favor da recorrida, sua ex-companheira, que se encontra privada da fruição da coisa, a título de indenização, no valor de R\$ 400,00 mensais, com base na avaliação apresentada aos autos, não impugnada. Agravo de instrumento desprovido.

(*TJRS – Ag. de Instrumento n. 70081989329 – 8a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – Fonte: DJ, 12.09.2019).*)

VAGA DE GARAGEM

661.030 **Vaga de garagem identificada como unidade autônoma em relação à residência, tendo matrícula própria, é passível de penhora**

Agravo interno em agravo de instrumento. Direito tributário. Execução fiscal. Vaga de garagem. Penhorabilidade. Inteligência da súmula 449 do STJ. Precedentes do STJ e desta corte. A vaga de garagem, identificada como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis, não se enquadra na hipótese prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90, sendo, portanto, penhorável, nos termos da Súmula 449 do STJ. Agravo interno desprovido. Unânime.

(*TJRS – Ag. Interno n. 70081582777 – 22a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. Luiz Felipe Silveira Difini – Fonte: 15.08.2019).*)

primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão proferido em apelação. Precedentes. 4. Ordem denegada.

(*STJ – Habeas Corpus n. 316110/SP – 6a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz – Fonte: DJ, 01.07.2019*).

ILICITUDE DA PROVA

661.032 **É ilícita a revista pessoal realizada por agente de segurança privada e todas as provas decorrentes desta**

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tráfico de drogas. Ilícitude da prova. Revista pessoal realizada no agente por integrantes da segurança privada da companhia paulista de trens metropolitanos – CPTM. Impossibilidade. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do meio processual adequado. 2. Discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM. 3. Segundo a Constituição Federal – CF e o Código de Processo Penal – CPP somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal. 4. Habeas corpus não conhecido. Todavia, concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP.

(*STJ – Habeas Corpus n. 470937/SP – 5a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik – Fonte: DJ, 17.06.2019*).

INSURGÊNCIA DEFENSIVA

661.033 **Mantido júri que condenou réu por morte de amante da esposa**

Apelação. Homicídio qualificado por motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima. Apelante que se passou por sua esposa, em aplicativo de mensagens no aparelho celular, e combinou um encontro amoroso com o réu, amante dela, com o fim de surpreendê-lo e matá-lo. Condenação. Insurgência defensiva. Alegações preliminares afastadas, inexistindo qualquer nulidade processual na espécie. Não demonstração da necessidade de realização de perícia médica psiquiátrica e da oitiva de psicóloga, residente em Comarca diversa e arrolada fora do prazo legal. Mérito. Alegação de decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Autoria e materialidade do delito comprovadas. Decisão dos jurados lastreada em farto conjunto fático-probatório de cunho pericial, documental e oral. Condenação e cálculo de pena mantidos. Regime inicial fechado. Recurso defensivo improvido.

(*TJSP – Ap. Criminal n. 0034736-03.2017.8.26.0114 – 16a. Câ. Dir. Crim. – Ac. unânime – Rel.: Des. Guilherme de Souza Nucci – Fonte: DJ, 17.08.2019*).

CONFLITO NEGATIVO

661.034 **Estelionato por meio de aplicativo deve ser julgado onde o dinheiro foi recebido**

Penal e processo penal. Conflito negativo de competência. Inquérito

policial. Estelionato. Depósito em dinheiro e transferência de valores, pela vítima, para conta corrente do suposto estelionatário, com o objetivo de adquirir carta de crédito de consórcio de automóvel que jamais veio a ser entregue. Competência do local em que se auferiu a vantagem indevida: local da conta para a qual foi transferido o dinheiro. 1. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será de regra determinada pelo lugar em que se consumou a infração e o estelionato, crime tipificado no art. 171 do CP, consuma-se no local e momento em que é auferida a vantagem ilícita. De se lembrar que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente. 2. Há que se diferenciar a situação em que o estelionato ocorre por meio do saque (ou compensação) de cheque clonado, adulterado ou falsificado, da hipótese em que a própria vítima, iludida por um ardil, voluntariamente, efetua depósitos e/ou transferências de valores para a conta corrente de estelionatário. Quando se está diante de estelionato cometido por meio de cheques adulterados ou falsificados, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, pois é nesse momento que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade da entidade financeira sacada para, em seguida, entrar na esfera de disposição do estelionatário. Em tais casos, entende-se que o local da obtenção da vantagem ilícita é aquele em que se situa a agência bancária onde foi sacado o cheque adulterado, seja

dizer, onde a vítima possui conta bancária. Já na situação em que a vítima, induzida em erro, se dispõe a efetuar depósitos em dinheiro e/ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita por certo ocorre quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta. Precedentes: CC 161.881/CE, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 114.685/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 09/04/2014, DJe 22/04/2014; CC 101.900/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010; CC 96.109/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 23/09/2009. 3. Tendo a vítima efetuado um depósito em dinheiro e duas transferências bancárias para duas contas correntes vinculadas a agências bancárias situadas na cidade de São Bernardo do Campo/SP, é de se reconhecer a competência do Juízo de Direito de São Bernardo do Campo/SP para conduzir o inquérito policial. 4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, o suscitado.

(*STJ – Confl. de Competência n. 167.025/RS – 3a. S. – Ac. unânime – Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Fonte: DJ, 28.08.2019*).

PERSONALIDADE NEGATIVA

661.035 **Feminicida que matou a própria mãe tem pena aumentada**

Feminicídio. Conduta de matar, por motivo fútil, meio cruel e com

emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, a própria genitora, mediante golpes de faca de serra, facão com dentes e um serrote. Pretendida anulação do julgamento por ser o veredito manifestamente contrário à prova dos autos. Inadmissibilidade. Decisão baseada em elementos concretos de convicção. Declarações das testemunhas confirmadas pela prova pericial. Opção dos jurados pela tese acusatória, demonstrada por conjunto probatório robusto. Condenação resultante do poder de escolha do Júri. Reprimenda. Apelo ministerial pretendendo a majoração da pena. Admissibilidade. Brutalidade do crime. Personalidade negativa, agressiva, insensível e descontrolada do acusado. Pena-base aumentada de 1/3, em vez de 1/6 operado na r. sentença. Incidência da agravante prevista na alínea "h" do artigo 61, II, do Código Penal, cumulada às demais. Aumento de metade, em vez de 1/3, na segunda etapa da dosimetria. Concretização em 24 anos de reclusão. Regime fechado mantido. Desprovemento do apelo defensivo e provimento do apelo ministerial.

(*TJSP – Ap. Criminal n. 0001918-09.2016.8.26.0542 – 16a. Câm. Dir. Crim. – Rel.: Des. Otávio de Almeida Toledo – Fonte: DJ, 20.08.2019*).

NOTA BONIJURIS: Quanto ao teor da decisão, explana o relator:

"A forma brutal com que o delito foi praticado e os relatos trazidos pela filha da genitora e pelas testemunhas revelam a personalidade negativa, agressiva, insensível e descontrolada de ..., que decidiu matar a mãe por não se conformar com sua intenção de interná-lo. Ainda, o fez dentro da casa em que alugavam, submetendo a

locadora e os vizinhos a uma situação inesperada, abominável e traumática. O próprio policial civil ouvido afirmou que o acusado acabou sendo cercado por populares, que tomaram conhecimento dos fatos."

FALTA DE AUTORIZAÇÃO

661.036 **Comércio ilegal de internet via rádio caracteriza desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação**

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Art. 183 da lei n. 9.472/1997 (desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação). Comercialização de serviço de internet fornecido por meio de ondas de rádio. Ausência de autorização da agência nacional de telecomunicações – Anatel. Tipicidade da conduta. Equipamento de uso restrito. Exame aprofundado de provas. Constrangimento ilegal não evidenciado. Writ não conhecido. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. "Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a conduta de transmitir sinal de internet, via rádio, de forma clandestina, caracteriza, a princípio, o delito insculpido no art. 183, da Lei 9.472/97" (AgRg no CC n. 111.056/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 3ª S., DJe 16/9/2010)" (AgRg no AREsp 941.989/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI

CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 7/4/2017). 3. Verifica-se ainda que o reconhecimento de que os equipamentos utilizados pelo ora paciente seriam de comunicação restrita, demanda o exame aprofundado de provas, o que não pode ser feito na via eleita. 4. Habeas corpus não conhecido.

(*STJ – Habeas Corpus n. 515.028 – SP – 5a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik – Fonte: DJ, 23.08.2019*).

POSSIBILIDADE DE DEFESA

661.037 **Acusado preso é autorizado a usar suas próprias roupas no tribunal do júri**

Processo penal. Recurso em mandado de segurança. Homicídio qualificado. Tribunal do júri. Indeferimento do pedido de apresentação do réu com roupas civis em plenário. Princípio da plenitude de defesa. Ausência de prejuízo ao processo. Nulidade acolhida. Recurso parcialmente provido. 1. O Tribunal do Júri, juiz natural e soberano para julgar os crimes dolosos contra a vida, é instituição que desempenha papel fundamental na efetividade da justiça e no exercício da sociedade democrática, nos termos preceituados no art. 5º, XXVIII, da Constituição Federal. 2. O Conselho de Sentença, no uso de suas prerrogativas constitucionais, adota o sistema da íntima convicção, no tocante à valoração das provas, de forma que “a decisão do Tribunal do Júri, soberana, é regida pelo princípio da livre convicção, e não pelo art. 93, IX, da CF.” (HC 82.023/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 17/11/2009, DJe 7/12/2009). 3. A Carta Magna prevê a plenitude de defesa como marca característica e

essencial à própria instituição do Júri, garantindo ao acusado uma atuação defensiva plena e efetiva, ensinando o doutrinador Guilherme de Souza Nucci que “O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35). 4. Havendo razoabilidade mínima no pleito da defesa, como se vislumbra do pedido pela apresentação do réu em Plenário com roupas civis, resta eivada de nulidade a decisão que genericamente o indefere. 5. A nulidade não exsurge do simples comparecimento do acusado na Sessão Plenária com as vestimentas usuais dos presos, sendo certo que diariamente julgamentos ocorrem nessa condição. 6. Despontam-se constrangimento ilegal quando, pleiteada a substituição dos trajes, dentro de uma estratégia defensiva traçada, o Juízo, sem pormenores, indefere o pedido, havendo cerceamento da plenitude de defesa do réu nesse ponto, haja vista não lhe ser proibido buscar a melhor forma, dentre dos parâmetros da razoabilidade, de se apresentar ao júri. 7. Recurso parcialmente provido para cassar a decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG, na ação penal n.º 0518.17.013273-3, de forma permitir ao réu, ora recorrente, usar roupas civis na Sessão do Tribunal do Júri.

(*STJ – Rec. em Mand. de Segurança n. 60575/MG – 5a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Ribeiro Dantas – Fonte: DJ, 19.08.2019*).

ATO EXCEPCIONAL

661.038 **Concedido indulto natalino de pena a empresário condenado**

Agravo de execução penal. Indulto. Decreto nº 9.246/2017. Pena provisória. Cômputo para o requisito objetivo. Concessão. 1. A Constituição Federal confere absoluta discricionariedade ao Presidente da República para escolher os agraciados com o benefício do indulto, não cabendo ao Poder Judiciário restringir ou alargar a concessão do mencionado benefício, limitando-se a sua concessão às hipóteses que o Chefe do executivo Federal expressamente considerou. 2. O indulto consiste em ato excepcional de indulgência estatal que atinge decisão condenatória transitada em julgado, balizado por questões de política criminal. Sendo assim, a interpretação das hipóteses de concessão deve ser estrita, não comportando extensão ou analogia. 3. O Código Penal, a fim de obstar a arbitrariedade do Estado, prevê que o tempo de prisão provisória será computado na pena privativa de liberdade (artigo 42). Ou seja, reduz-se da pena a ser cumprida o período já cumprido em cárcere, a qualquer título, antes da condenação. 4. Considerando-se a constitucionalidade do Decreto (ADI 5874) e a impossibilidade de ampliação ou redução de seus termos pelo órgão julgador, deve ser concedido o benefício ao agravante, com base no Decreto nº 9.246/2017, visto que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo Chefe do Poder Executivo. 5. Agravo de execução penal provido.

(*TRF – 4a. Reg. – Ag. de Execução Penal n. 5030123-29.2019.4.04.7000 – 8a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. João*

Pedro Gebran Neto – Fonte: DJ, 04.09.2019).

ENVOLVIMENTO EM ORGANIZAÇÃO

661.039 **Homem flagrado com ecstasy no Aeroporto Salgado Filho tem condenação confirmada**

Embargos infringentes e de nulidade. Tráfico internacional de entorpecentes. Causa de aumento prevista no artigo 40, I, da lei 11.343/06 pedido de redução para o patamar de 1/5 (um quinto). Minorante prevista no artigo 33, §4º da lei 11.343/06. Afastamento. 1. Caso no qual se justifica a fixação do patamar de 1/4 (um quarto) referente à causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06, pois o iter criminis percorrido pelo ora embargante envolveu, no mínimo, 3 (três) países (Holanda, Portugal e Brasil). 2. O e. STJ vem entendendo que a quantidade de drogas apreendidas constitui elemento apto a afastar a redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, pois evidenciam que o réu se dedica a atividades criminosas. 3. O fato de o réu ter sido preso com 4,230 Kg (quatro quilos e duzentos e trinta gramas) de anfetamina (ecstasy) e 180 g (cento e oitenta gramas) de maconha, acondicionados em um fundo falso de uma mala proveniente de um voo internacional (Lisboa/Portugal para Porto Alegre) revela probabilidade de envolvimento com organização criminosa, a justificar o afastamento da minorante prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06. 4. Embargos infringentes e de nulidade desprovidos.

(**TRF – 4a. Reg.** – Ag. de Execução Penal n. 5012288-87.2017.4.04.7100 – 4a. S. – Ac. por maioria – Rel.: Des. Federal **Luiz Carlos Canalli** – Fonte: DJ, 15.08.2019).

NOTA BONIJURIS: Com ênfase à quantidade de drogas apreendidas, dispõe o relator: “Destarte, o fato de o réu ter sido preso com 4,230 Kg (quatro quilos e duzentos e trinta gramas) de anfetamina (ecstasy) e 180 g (cento e oitenta gramas) de maconha, acondicionados em um fundo falso de uma mala proveniente de um voo internacional (Lisboa/Portugal para Porto Alegre) revela probabilidade de envolvimento com organização criminosa, como bem pontuado no voto vencedor e nas contrarrazões da Procuradoria Regional da República, a justificar o afastamento da aludida minorante.”

AUSÊNCIA DE DOLO

661.040 **Mantida sentença absolutória a comerciante de motocicletas que não conseguiu constatar falsificação e adulteração de veículo**

Penal. Processo penal. Apelação criminal da acusação. Uso de falso documento. Dolo não demonstrado. Sentença de condenação por receptação e de absolvição pelo uso de documento falso. Manutenção. 1. Cuida-se de apelação criminal intentada pelo Ministério Público Federal (MPF) em face de sentença prolatada no juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em que Leandro Ramos de Moraes: a) apesar de ter apresentado CRLV falso, foi absolvido pelo cometimento do crime de uso de falso documento; b) pela aquisição e pelo transporte, com o propósito de venda, de bem produto de crime, foi condenado pelo delito de receptação à pena de 3 (três) anos de reclusão (regime

inicial aberto de cumprimento) e à pena de multa de 10 (dez) dias-multa, correspondendo o valor do dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo; c) teve a pena privativa de liberdade substituída por uma pena de prestação de serviços e por uma pena de prestação pecuniária. 2. Na análise do caso, constata-se, embora tenham restado demonstradas a tipicidade e a antijuridicidade, que o apelo para a condenação pelo delito de uso de falso documento não é digno de acolhida, já que não evidenciada a culpabilidade do réu, pois: a) a simples condição de comerciante de motocicletas não implica, de forma inequívoca, conhecimento e experiência para a constatação de falsificações e adulterações; b) a falsificação em comento, consoante depoimentos dos próprios policiais rodoviários que efetivaram a prisão do recorrido em flagrante, não era de fácil percepção; c) não sendo, como consignado na sentença, de fácil percepção a falsidade em debate pelo próprio magistrado de 1º grau, o qual, sem o auxílio dos policiais, não a conseguiria identificar, não se pode, de plano, presumir que o réu, pessoa de escolaridade e vivência reduzidas, dela soubesse; d) não cabível, pois, a presunção de que o apelado sabia da falsidade documental e não obtidos, ao longo da instrução processual penal, outros elementos que apontassem nesse sentido, não se evidenciou dolo, elemento indispensável, no presente caso, à configuração da culpabilidade. 3. Afastada a culpabilidade por ausência de provas do dolo, há de ser mantida a absolvição pelo crime do uso de falso documento. 4. Apelação da acusação desprovida, mantida a sentença em todos os seus termos.

(**TRF – 5a. Reg.** – Ap. Criminal. 0000299520174058304 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Paulo Machado Cordeiro** – Fonte: DJ, 27.08.2019).



PREVIDENCIÁRIO

ATIVIDADE ESPECIAL

661.041 **Trabalhador da lavoura da cana-de-açúcar não pode ser enquadrado na categoria profissional de trabalhador da agropecuária**

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade especial. Emprego rural. Lavoura da cana-de-açúcar. Equiparação. Categoria profissional. Atividade agropecuária. Decreto 53.831/1964. Impossibilidade. Precedentes. 1. Trata-se, na origem, de Ação de Concessão de Aposentadoria por Tempo de Contribuição em que a parte requerida pleiteia a conversão de tempo especial em comum de período em que trabalhou na Usina Bom Jesus (18.8.1975 a 27.4.1995) na lavoura da cana-de-açúcar como empregado rural. 2. O ponto controvertido da presente análise é se o trabalhador rural da lavoura da cana-de-açúcar empregado rural poderia ou não ser enquadrado na categoria profissional de trabalhador da agropecuária constante no item 2.2.1 do Decreto 53.831/1964 vigente à época da prestação dos serviços. 3. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC

(Tema 694 – REsp 1398260/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 5/12/2014). 4. O STJ possui precedentes no sentido de que o trabalhador rural (seja empregado rural ou segurado especial) que não demonstre o exercício de seu labor na agropecuária, nos termos do enquadramento por categoria profissional vigente até a edição da Lei 9.032/1995, não possui o direito subjetivo à conversão ou contagem como tempo especial para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição ou aposentadoria especial, respectivamente. A propósito: AgInt no AREsp 928.224/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/11/2016; AgInt no AREsp 860.631/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/6/2016; REsp 1.309.245/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/10/2015; AgRg no REsp 1.084.268/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/3/2013; AgRg no REsp 1.217.756/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/9/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 8.138/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 9/11/2011; AgRg no REsp 1.208.587/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/10/2011; AgRg no REsp 909.036/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 12/11/2007, p. 329; REsp 291.404/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 2/8/2004, p. 576. 5. Pedido de Uniformização de Jurisprudência de Lei procedente para não equiparar a categoria profissional de agropecuária à atividade exercida pelo empregado rural na lavoura da cana-de-açúcar.

(**STJ** – Pedido de Unif. de Interpretação de Lei n. 452/PE – 1a. S. – Ac. por maioria – Rel.: Min. **Herman Benjamin** – Fonte: DJ, 14.06.2019).

EXPOSIÇÃO AO RISCO

661.042 **Eletricista exposto a altas tensões tem direito a contagem de tempo especial**

Previdenciário. Incidente regional de uniformização. Tempo especial. Exposição ao risco. Eletricidade. Uso de epi eficaz. Irrelevância. Especialidade reconhecida. Incidente provido. 1. O uso de EPIs não é apto a descaracterizar a especialidade pelo risco na exposição altas tensões, devendo ser fixada a tese de que “o EPI considerado eficaz não é apto a afastar a especialidade pelo risco da exposição a tensões superiores a 250 volts”. 2. Incidente a que se dá provimento.

(**TRF** – 4a. Reg. – Pedido de Unif. de Interpretação de Lei n. 5001728-30.2015.4.04.7012 – T. Reg. de Unif. da 4a. Reg. – Ac. por maioria – Rel.: Min. **Eduardo Fernando Appio** – Fonte: DJ, 30.08.2019).

NOTA BONIJURIS:

Em constância com o entendimento, dispõe o relator: “Saliento que a exposição ao risco – bem como a medida de tensão elétrica (voltagem) acima dos 250 volts – não são questões controvertidas, mas tão-somente a aptidão do EPI em descaracterizar a especialidade. Em assim sendo, os períodos controvertidos devem ter a especialidade reconhecida como resultado da uniformização pretendida, fixando-se a tese de que ‘o EPI considerado eficaz não é apto a afastar a especialidade pelo risco da exposição a tensões superiores a 250 volts’, devendo o incidente deve ser provido e os autos retornarem ao juízo de origem para readequação.”

SALÁRIO-MATERNIDADE

661.043 **Atividade pesqueira e a qualidade de segurada especial durante o período de carência justificam o benefício de salário-maternidade**

Previdenciário. Salário-maternidade. Prescrição. Inocorrência. Pescadora artesanal em regime de economia familiar. Documentos em nome de terceiros. Entrevista administrativa. Qualidade de segurada especial comprovada. Concessão do benefício. 1. O salário-maternidade é devido apenas por 120 dias (04 meses), ocorrendo a prescrição se entre a data do nascimento da criança e a propositura da ação decorrerem mais de cinco anos. Hipótese em que as parcelas do benefício não foram atingidas pela prescrição quinquenal. 2. O tempo de serviço como pescadora artesanal, para fins previdenciários, pode ser demonstrado através de início de prova material, complementada por prova testemunhal. 3. Admite-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental. (Súmula 73 deste Regional) 4. Demonstradas a maternidade, a atividade pesqueira e a qualidade de segurada especial durante o período de carência, faz jus a parte autora ao benefício de salário-maternidade. 5. Existindo conflito entre as provas colhidas na esfera administrativa e em juízo, deve-se optar por estas últimas, produzidas que são com todas as cautelas legais, garantido o contraditório.

(TRF – 4a. Reg. – Rec. Cível n. 5000716-02.2019.4.04.9999 – 6a. T.– Ac. unânime – Rel.: Des. Federal João Batista Pinto Silveira – Fonte: DJ, 14.08.2019).

NOTA BONIJURIS: Nesse sentido, os seguintes precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Previdenciário. Salário-maternidade. Pescadora artesanal em regime de economia familiar. Qualidade de segurada especial comprovada. Concessão do benefício. 1. O tempo de serviço como pescadora artesanal para fins previdenciários pode ser demonstrado através de início de prova material suficiente, ainda que inicial, desde que complementado por prova testemunhal idônea. Precedentes da Terceira Seção desta Corte e do egrégio STJ. 2. Demonstradas a maternidade, a atividade de pesca artesanal e a qualidade de segurada especial durante o período de carência, tem direito, a autora, à percepção do salário-maternidade (TRF4, apelação cível nº 0022073-02.2014.404.9999, 6ª turma, Des. Federal João Batista Pinto Silveira, por unanimidade, D.E. 21/01/2015, publicação em 22/01/2015).”

ACIDENTE DE TRABALHO

661.044 **Empresa negligente quanto às normas de segurança do trabalho deverá ressarcir INSS por valores dispensados a trabalhador**

Administrativo. Ação regressiva. Acidente de trabalho. Art. 120 da lei nº 8.213/91. Constitucionalidade. Negligência do empregador no cumprimento de normas de proteção ao trabalho. 1. A Corte Especial do TRF 4ª Região, em sede de arguição de

inconstitucionalidade, declarou constitucional o art. 120 da Lei n.º 8.213/1991, em face das disposições do art. 7º, inciso XXVIII, art. 154, inciso I, e art. 195, § 4º, todos da Constituição Federal. 2. Consoante o artigo 120 da Lei nº 8.213/91, nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis. 3. Comprovada a negligência da empresa quanto às normas de segurança do trabalho, é inafastável o dever de ressarcir ao Instituto Nacional de Seguro Social os valores despendidos com a concessão de benefício acidentário aos dependentes do segurado, nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/1991.

(TRF – 4a. Reg. – Ap. Cível n. 5004702-12.2016.4.04.7107 – 4a. T.– Ac. unânime – Rel.: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha – Fonte: DJ, 19.06.2019).

BENEFÍCIO CONTÍNUO

661.045 **Portador de autismo possui direito a benefício previdenciário**

Previdenciário. Concessão de benefício de prestação continuada (BPC) da lei orgânica da assistência social (loas) remessa necessária – art. 203, inciso v, da Constituição Federal Lei nº 8.742/93. Requisitos comprovados. Remessa necessária. Requerimento administrativo. Termo inicial. Juros e correção monetária. I – Sendo ilíquida a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público, deve ser submetida à remessa necessária, nos termos do art. 475, § 2º, CPC/1973 e/ou do art. 496, I, §§ 1º e 2º do CPC /2015. II – A concessão de benefício assistencial, independente de contribuição à Seguridade

Social é devida ao portador de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, nos termos dos artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. III – Comprovados a incapacidade/ deficiência e a hipossuficiência, é devida a concessão do benefício assistencial. IV – O STJ firmou entendimento no sentido de que o benefício assistencial deve ser concedido a partir do requerimento administrativo e, na sua ausência, na data da citação. V – As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária devem ser corrigidas, até a edição da Lei nº 11.960/2009, com juros e correção monetária de acordo com o item 4.3 do Manual de Cálculos da Justiça Federal de 2013 e, após, os atrasados devem ser acrescidos dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, ressaltada, à época da liquidação da sentença, a aplicação de lei ou ato normativo superveniente que venha a regulamentar a matéria, assim como a interpretação, de cunho vinculante, que vier a ser fixada sobre tais normas pelos órgãos competentes do Poder Judiciário, em virtude dos efeitos suspensivos conferidos aos embargos de declaração no RE nº 870.947 e ao recurso extraordinário no REsp nº 1.492.221. VI – Apelação do INSS não conhecida. Remessa necessária parcialmente provida para que os valores atrasados sejam acrescidos dos índices oficiais de remuneração básica e juros, desde a citação, aplicados à caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

(TRF – 2a. Reg. – Ap. Cível n. 2017.99.99.001875-5 – 2a. T. E. – Ac. unânime – Rel.: Des. Federal

Marcello Ferreira de Souza Granado – Fonte: DJ, 04.06.2019).

TEMPO ESPECIAL

661.046 Reformada sentença que realizou contagem especial do tempo de serviço de engenheiro por presunção legal

Previdenciário. Declaração de contagem de tempo especial. Engenheiro de produção. Profissão não abrangida pelos decretos nºs 53.831/64 E 83.080/79. 1. A legislação aplicável para a verificação da atividade exercida sob condição insalubre deve ser a vigente quando da prestação do serviço, e não a do requerimento da aposentadoria. 2. Até o advento da Lei n.º 9.032/95, em 29/04/95, é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta lei a comprovação da atividade especial é feita através dos formulários SB-40 e DSS-8030, até o advento do Decreto 2.172 de 05/03/97, que regulamentou a MP 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97, que passa a exigir o laudo técnico. 3. É possível o enquadramento da categoria profissional de engenheiro civil até a data da edição da Lei nº 9.032/95 (28/04/2995), uma vez que o Decreto nº 53.831/64 contemplou tal categoria, no código 2.1.1. Assim, conforme já dito anteriormente, não é necessária a apresentação de laudo pericial até 28/04/1995, dependendo o direito à conversão simplesmente da atividade profissional. 4. Na hipótese dos autos, no entanto, não obstante a habilitação profissional do autor ser de engenheiro civil, nos termos do documento de identificação expedido pelo CREA/RJ (fls. 17), bem como pelo respectivo diploma (fls. 19), a anotação em sua CTPS (fls. 23) e ficha de empregados adunada às fls. 52,

indicam a contratação do autor pela PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS, em 16/01/1980, na função de Engenheiro Estagiário, inicialmente e, posteriormente, nas funções de engenheiro de produção I, II e III e engenheiro de petróleo pleno, profissões não abrangidas pelos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79. 5. Dado provimento à remessa necessária e à apelação, nos termos do voto.

(TRF – 2a. Reg. – Ap. Cível n. 2006.51.16.000207-2 – 2a. T. E. – Ac. unânime – Rel.: Des. Simone Schreiber – Fonte: DJ, 11.06.2019).

READEQUAÇÃO DO BENEFÍCIO

661.047 Competência para julgar ação de pensão por morte oriunda de acidente de trabalho é da Justiça Federal quando a discussão não for a razão do óbito

Previdenciário. Pensão por morte decorrente de acidente de trabalho. Requerimento de readequação do benefício aos tetos instituídos pelas ECs 20/98 e 41/03. Competência da Justiça Federal. 1. Trata-se de apelação interposta pela parte autora contra sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, com base no art. 485, IV, CPC, por reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o feito. 2. O caso de autos é de requerimento de readequação de pensão por morte decorrente de acidente de trabalho, concedida em 11/09/89, aos novos tetos estabelecidos pelas ECs 20/98 e 41/03. 3. O juízo de primeira instância entendeu que a competência para conhecer do feito seria da Justiça Estadual, a quem compete processar e julgar ação decorrente de acidente de trabalho, inclusive no tocante à concessão, restabelecimento, conversão e revisão e seus benefícios. 4. A competência da Justiça Estadual,

com base no art. 109, I, CF e Súmula 15/STJ, apenas ocorrerá se a causa de pedir da ação estiver atrelada ao próprio acidente de trabalho, seja sobre concessão ou revisão de benefício previdenciário. 5. No caso dos autos, a causa de pedir não diz respeito ao acidente de trabalho que levou ao óbito do instituidor da pensão por morte da autora. Na verdade, o objeto dos autos é a readequação do benefício da autora aos novos limites previstos nas ECs 20/98 e 41/03, não se trata, portanto, de revisão do ato administrativo de concessão seja do benefício originário, seja da pensão por morte. 6. Não estando em discussão as causas que levaram ao óbito do instituidor da pensão por morte objeto dos autos – decorrente de acidente de trabalho -, a competência para julgar a presente ação deve ser mantida na Justiça Federal. 7. Precedente do STJ e deste Tribunal: AgRg no CC 139.399/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª REGIÃO), primeira seção, julgado em 25/02/2016, DJe 02/03/2016; 08067902920144058300, desembargador federal Rubens de Mendonça Canuto, 4ª Turma, JULGAMENTO: 27/06/2016. 8. Sentença anulada. O processo ainda não se encontra em condições de julgamento, carecendo de análise pela Contadoria Judicial sobre a evolução do salário de contribuição da pensão da autora, a fim de analisar o cabimento da readequação de referido benefício tanto ao teto estipulado pela Emenda Constitucional 20/98 quanto ao teto previsto na EC 41/03, embora conste nos autos informação obtida do próprio sistema do INSS de que a pensão, quando revista no período do buraco negro, foi limitada ao teto. 9. Apelação provida para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à primeira instância para parecer da Contadoria judicial.

(TRF – 5a. Reg. – Ap. Cível n. 08183642820184058100 – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Fernando Braga** – Fonte: DJ, 10.09.2019).

AUXÍLIO-DOENÇA

661.048 Incapacidade parcial para o exercício do trabalho consubstancia deferimento de pedido

Previdenciário e processual civil. Requisitos implementados. Concessão do benefício. 1. Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente condenando o réu a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez. O INSS alega que não foi cumprido o requisito para a concessão do benefício, porque o autor não é portador de incapacidade total e definitiva. 2. Realizada perícia médica judicial, foi constatado que o demandante padece de “fratura da extremidade distal do rádio e do cúbito, bem como de “traumatismo do músculo flexor e do tendão do polegar ao nível do antebraço” (CID S 52.6 e CID S56.0), tendo o expert concluído pela existência da incapacidade parcial para o trabalho. 3. Comprovada a incapacidade parcial para o exercício da atividade habitual, o apelado faz jus ao recebimento de auxílio-doença, até que seja reabilitado para o exercício de outra atividade compatível com a limitação laboral (artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91). Deve ser afastada a concessão da aposentadoria por invalidez, cujos requisitos são incapacidade total e permanente, inexistentes nos autos. Precedentes da Primeira Turma. 4. Remessa necessária e apelação parcialmente providas, para afastar a concessão da aposentadoria por invalidez e conceder o benefício de auxílio-

doença, a partir do requerimento administrativo (DER: 03/11/2015).

(TRF – 5a. Reg. – Ap. Cível n. 08031963620184050000 – 1a. T. – Ac. por maioria – Rel.: Des. Federal **Roberto Machado** – Fonte: DJ, 04.09.2019).

DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

661.049 Requerente tem direito a pensão por morte quando comprovada união estável com segurado do INSS

Previdenciário. Processual civil. Pensão urbana por morte percebida por viúva e requerida por companheira. Comprovação da união estável. Direito ao benefício. Efeitos financeiros. 1. Caso em que a autora, na condição de companheira, propôs a presente ação (em face do INSS, de Meyre Rosa Moura, Emiliane Souza Medeiros e Jane Souza Medeiros – viúva e filhas, respectivamente do falecido, mantendo, apenas a viúva a condição de beneficiária à época do requerimento administrativo, tendo em vista a implementação da maioria das demais), pretendendo a concessão da pensão no valor da quota parte a que faz jus, tendo o juiz monocrático deferido o pedido; 2. A pensão por morte será devida ao conjunto de dependentes do segurado, estivesse o instituidor em atividade ou aposentado, desde que demonstrada a respectiva qualidade de segurado à época do óbito; 3. Configurada a qualidade de segurado do instituidor, dado que a pensão deferida as filhas e a viúva e, atualmente a esta última, bem assim demonstrada, por meio de documentos constantes nos autos (certidão de nascimento de duas filhas havidas em comum, comprovante de pagamento de indenização de sinistro DPVA em favor da postulante, além da entrega do veículo – moto

pela Polícia Rodoviária Federal, após o acidente que vitimou o falecido, e, ainda, por ter sido a postulante a declarante na certidão de óbito), corroborados através de prova testemunhal robusta e convincente, a união estável entre o instituidor e a autora, é de se reconhecer a condição de companheira dessa última, cuja dependência é presumida, para fins de concessão de pensão por morte; 4. Os efeitos financeiros da condenação devem ser contabilizados da data do requerimento administrativo, como já consignado na sentença, pois é a partir da provocação da parte que o réu passa a estar em mora e é a partir dela que o (a) requerente manifesta o seu interesse ao gozo do direito, preenchendo os requisitos necessários para tanto. Por outro lado, não é óbice a tal retroação o fato do benefício, à época do requerimento, ter sido pago integralmente a outros dependentes (esposa e filhas), uma vez que não pode a requerente ser prejudicada pela extemporaneidade do deferimento da pensão; 5. Apelação desprovida.

(**TRF – 5a. Reg.** – *Ap. Cível n. 08005697520154058403 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima* – Fonte: DJ, 03.09.2019).

RISCO DE CONTÁGIO

661.050 **Aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde**

Previdenciário. Aposentadoria especial. Exposição a agentes biológicos. Epi eficaz. Especialidade não reconhecida. Provimento. 1. Trata-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo como de natureza especial os períodos

de 09/02/1989 a 13/05/1994 e de 01/03/2004 a 18/07/2017. Não houve a concessão da aposentadoria especial pleiteada. Sem custas. Considerando que os litigantes foram em parte vencedor e vencido, foram fixados os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da execução, os quais, com base no art. 86 do CPC foram assim distribuídos: o autor pagará 3% (três) por cento sobre o valor atualizado da causa; o INSS pagará 7% (sete) por cento sobre o valor atualizado da causa. Por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do art. 98, parágrafos 2º e 3º, do CPC. 2. Em suas razões recursais, o INSS sustenta que no período de 01/03/2004 a 18/07/2017, as atividades realizadas não expuseram o autor a risco de saúde. A autarquia alega que a função exercida a partir de 2004 não guarda relação com a atividade exposta a microrganismos. Afirma que, a partir de 06/03/1997, para os agentes biológicos, somente são enquadradas as atividades exercidas em contato com pacientes portadores de doenças contagiosas ou com manuseio de materiais contaminados, o que não foi comprovado. Além disso, verifica-se que não havia a exposição de maneira permanente, não ocasional e nem intermitente, aos agentes biológicos. 3. Cuidase de ação de concessão de aposentadoria especial. O autor requereu administrativamente o benefício junto ao INSS em 18/07/2017, mas foi indeferido sob o fundamento de falta de tempo de contribuição (Id. 4058100.3080392). 4. Convém analisar o período de 01/03/2004 a 18/07/2017. O PPP (Id.4058100.3080417) apresentado aos autos pelo autor atesta

que ele trabalhou no cargo de técnico em oficina ortopédica. Quanto à exposição aos agentes nocivos, consta que a partir de 01/03/2004, houve exposição a microrganismos. O EPI foi eficaz. 5. O LTCAT apresentado abrange outros cargos na empresa, menos o cargo desempenhado pelo autor de técnico em oficina ortopédica durante o período mencionado (Id. 4058100.3080490). É importante ressaltar que nem o laudo técnico e nem o PPP especificam quais foram os equipamentos de proteção utilizados pelo autor. 6. O STF já decidiu que o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial (Precedente: STF, ARE 664.335, Relator Ministro Luiz Fux, publicado em 30/03/2015). 7. Dessa forma, o lapso temporal de 01/03/2004 a 18/07/2017 não merece ser reconhecido como atividade especial. 8. Apelação provida para afastar a especialidade do período acima referido. Manutenção do capítulo da sentença relativo a não concessão do benefício pleiteado.

(**TRF – 5a. Reg.** – *Ap. Cível n. 08155629120174058100 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá – conv. – Fonte: DJ, 02.09.2019.*



PROCESSO CIVIL

AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

661.051 **Decisão interlocutória sobre**

arguição de impossibilidade jurídica do pedido é atacável por agravo

Civil. Processual civil. Ação de exigir contas. Decisão interlocutória de mérito. Necessidade de exame dos elementos que compõem o pedido e da possibilidade de decomposição do pedido. Aspectos de mérito do processo. Alegação de impossibilidade jurídica do pedido. Condição da ação ao tempo do CPC/73. Superação legal. Aspecto do mérito após o CPC/15. Recorribilidade imediata da decisão interlocutória que afasta a alegação de impossibilidade jurídica do pedido. Admissibilidade. Art. 1.015, II, CPC/15. 1- Ação proposta em 03/04/2017. Recurso especial interposto em 23/02/2018 e atribuído à Relatora em 16/08/2018. 2- O propósito recursal é definir se cabe agravo de instrumento, com base no art. 1.015, II, do CPC/15, contra a decisão interlocutória que afasta a arguição de impossibilidade jurídica do pedido. 3- Ao admitir expressamente a possibilidade de decisões parciais de mérito quando uma parcela de um pedido suscetível de decomposição puder ser solucionada antecipadamente, o CPC/15 passou a exigir o exame detalhado dos elementos que compõem o pedido, especialmente em virtude da possibilidade de impugnação imediata por agravo de instrumento da decisão interlocutória que versar sobre mérito do processo (art. 1.015, II, CPC/15). 4- Para o adequado exame do conteúdo do pedido, não basta apenas que se investigue a questão sob a ótica da relação jurídica de direito material subjacente e que ampara o bem da vida buscado em juízo, mas, ao revés, também é necessário o exame de outros aspectos relacionados ao mérito, como, por exemplo, os aspectos temporais que

permitem identificar a ocorrência de prescrição ou decadência e, ainda, os termos inicial e final da relação jurídica de direito material. Precedentes. 5- O enquadramento da possibilidade jurídica do pedido, na vigência do CPC/73, na categoria das condições da ação, sempre foi objeto de severas críticas da doutrina brasileira, que reconhecia o fenômeno como um aspecto do mérito do processo, tendo sido esse o entendimento adotado pelo CPC/15, conforme se depreende de sua exposição de motivos e dos dispositivos legais que atualmente versam sobre os requisitos de admissibilidade da ação. 6- A possibilidade jurídica do pedido após o CPC/15, pois, compõe uma parcela do mérito em discussão no processo, suscetível de decomposição e que pode ser examinada em separado dos demais fragmentos que o compõem, de modo que a decisão interlocutória que versar sobre essa matéria, seja para acolher a alegação, seja também para afastá-la, poderá ser objeto de impugnação imediata por agravo de instrumento com base no art. 1.015, II, CPC/15. 7- Recurso especial conhecido e provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1.757.123/SP – 3a. T. – Ac. unânime – Rel. Min. Nancy Andrighi – Fonte: DJ, 15.08.19*).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

661.052 Prazo para o cumprimento voluntário da obrigação possui natureza processual e deve ser contado em dias úteis

Recurso especial. Cumprimento de sentença. Intimação do devedor para pagamento voluntário do débito. Art. 523, caput, do código de processo civil de 2015. Prazo de natureza processual. Contagem em dias úteis, na forma do art. 219 do CPC/2015.

Reforma do acórdão recorrido. Recurso provido. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, previsto no art. 523, caput, do Código de Processo Civil de 2015, possui natureza processual ou material, a fim de estabelecer se a sua contagem se dará, respectivamente, em dias úteis ou corridos, a teor do que dispõe o art. 219, caput e parágrafo único, do CPC/2015. 2. O art. 523 do CPC/2015 estabelece que, “no caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver”. 3. Conquanto o pagamento seja ato a ser praticado pela parte, a intimação para o cumprimento voluntário da sentença ocorre, como regra, na pessoa do advogado constituído nos autos (CPC/2015, art. 513, § 2º, I), fato que, inevitavelmente, acarreta um ônus ao causídico, o qual deverá comunicar ao seu cliente não só o resultado desfavorável da demanda, como também as próprias consequências jurídicas da ausência de cumprimento da sentença no respectivo prazo legal. 3.1. Ademais, nos termos do art. 525 do CPC/2015, “transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação”. Assim, não seria razoável fazer a contagem dos primeiros 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário do débito em dias corridos, se considerar o prazo de natureza material, e, após o transcurso desse prazo, contar os 15 (quinze) dias subsequentes, para a apresentação da impugnação,

em dias úteis, por se tratar de prazo processual. 3.2. Não se pode ignorar, ainda, que a intimação para o cumprimento de sentença, independentemente de quem seja o destinatário, tem como finalidade a prática de um ato processual, pois, além de estar previsto na própria legislação processual (CPC), também traz consequências para o processo, caso não seja adimplido o débito no prazo legal, tais como a incidência de multa, fixação de honorários advocatícios, possibilidade de penhora de bens e valores, início do prazo para impugnação ao cumprimento de sentença, dentre outras. E, sendo um ato processual, o respectivo prazo, por decorrência lógica, terá a mesma natureza jurídica, o que faz incidir a norma do art. 219 do CPC/2015, que determina a contagem em dias úteis. 4. Em análise do tema, a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF aprovou o Enunciado n. 89, de seguinte teor: “Conta-se em dias úteis o prazo do caput do art. 523 do CPC”. 5. Recurso especial provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1708348/RJ – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze – Fonte: DJ, 01.08.2019*).

TELEFONIA

661.053 Prazo prescricional para cobrança de valores indevidos de serviço de telefonia é de dez anos

Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Civil. Processual civil. Telefonia fixa. Cobrança indevida. Ação de repetição de indébito de tarifas. Aplicação do prazo prescricional decenal do código civil (art. 205 do Código Civil). Conhecimento, em parte. Provimento. 1. Trata-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão em que

se discute o lapso prescricional cabível aos casos de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia. Discute-se, ainda, acerca da necessidade de comprovação da má-fé pelo consumidor para aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 2. A suposta divergência apresentada em relação à aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não se mostra existente, pois já está pacificado o entendimento acerca do cabimento da repetição em dobro apenas nos casos em que demonstrada a má-fé do credor. Incide, pois, a Súmula 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.” 3. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (DJ 15/9/2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposição específica acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a incidência das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Diante da mesma conjuntura, não há razões para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia. 4. A tese adotada, no âmbito do acórdão recorrido, de que a pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida

de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, configuraria enriquecimento sem causa e, portanto, estaria abrangida pelo prazo fixado no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, não parece a melhor. A pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ausência de causa jurídica; inexistência de ação específica. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. Doutrina. 5. Embargos de divergência conhecidos, em parte, e providos, de sorte a vingar a tese de que a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos – art. 205 do Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

(*STJ – Embs. de Div. em Ag. em Rec. Especial n. 738.991/RS – C. E. – Ac. por maioria – Rel.: Min. Og Fernandes – Fonte: DJ, 11.06.19*).

REQUISITO DE PROCEDIBILIDADE

661.054 Ação social reparatória (ut universi) ajuizada pela sociedade empresária contra ex-

administradores depende de autorização da assembleia geral ordinária ou extraordinária

Recurso especial. Direito empresarial e processual civil. Sociedade anônima. Ação reparatória contra ex-administradores. Autorização da assembléia geral. Art. 159 da lei 6.404/76. Extinção do processo sem julgamento do mérito afastada. Possibilidade de sanção da "legitimatio ad processum". Art. 13 do CPC/73. Precedente específico. 1. A nulificação do acórdão recorrido por afronta ao art. 398 do CPC/73 depende da destacada influência do documento tardiamente acostado para a fundamentação da decisão que se pretende desconstituir. 2. Plena a ciência da parte em relação ao teor do referido documento, pois a ata de assembleia fora por ela própria assinada. 3. A ação social reparatória (ut universi) ajuizada pela sociedade empresária contra ex-administradores, na forma do art. 159 da Lei 6.404/76, depende de autorização da assembléia geral ordinária ou extraordinária, atendidos os requisitos legais. Precedente específico. 4. Em se tratando de capacidade para estar em juízo (legitimatio ad processum), eventual irregularidade pode vir a ser sanada após o ajuizamento da ação, impondo-se que se oportunize a regularização na forma do art. 13 do CPC/73. 5. Caso concreto em que a ata da assembleia, dando conta da autorização, foi acostada aos autos, demonstrando-se a capacidade para estar em juízo e, assim, permitindo-se o prosseguimento da ação reparatória. 6. Recurso especial desprovido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1778629/RS – 3a. T. – Ac. por maioria – Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino – Fonte: DJ, 14.08.2019.*)

PROVA PERICIAL

661.055 Embargos monitórios que geram dúvida sobre prova do débito afastam presunção em favor do credor

Recurso especial. Processual civil. Ação monitória. Embargos. Contrato de limite de crédito. Idoneidade infirmada pelo embargante. Existência do crédito. Prova. Ônus do autor/embargado. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Para dar início ao processo monitório, o autor deve exibir prova escrita capaz de comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, não havendo dúvida de que os contratos de limite de crédito, acompanhados dos respectivos extratos, constituem documentos idôneos para a propositura da demanda, a teor do disposto na Súmula nº 247/STJ. 3. A decisão que considera idôneo o documento apresentado pelo autor da ação monitória e determina a expedição do correspondente mandado de pagamento é proferida em juízo de cognição sumária. 4. Na ação monitória, o contraditório é exercitado de modo diferido, por meio do oferecimento de embargos, momento em que o magistrado passa a exercer cognição plena e exauriente acerca da presença ou não dos pressupostos necessários à concessão de eficácia executiva ao mandado expedido initio litis. 5. Hipótese em que as instâncias ordinárias, com base na prova pericial produzida, na fragilidade da escrituração contábil de ambas as partes, na relação de reciprocidade havida entre autor e réu e na existência de peculiaridades que sempre permearam os negócios

realizados pelo Banco Santos S.A., concluíram que os documentos apresentados pela parte autora, conquanto suficientes para dar início ao procedimento monitório, não conferiam credibilidade à dívida cobrada a ponto de se atribuir eficácia executiva ao mandado monitório. 6. Nos embargos monitórios, cabe ao réu/embargante desconstituir a presunção inicial que milita em favor do autor/embargado, utilizando-se dos meios de prova disponíveis em direito. 7. Se o réu/embargante apresenta prova hábil para infirmar a idoneidade do documento escrito no qual se funda a ação monitória, passa a ser do autor/embargado a incumbência de provar a presença dos requisitos necessários para a atribuição de força executiva ao mandado monitório. 8. A presunção que se estabelece em favor do autor da ação monitória no momento em que se expede o mandado para pagamento cede diante da produção de prova capaz de ilidir a existência do crédito. 9. Recurso especial não provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1783253/SP – 3a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – Fonte: DJ, 13.08.2019.*)

PEÇA OBRIGATÓRIA

661.056 Reformado acórdão que não reconheceu declaração sobre falta de peça obrigatória em agravo de instrumento

Processual civil. Recurso especial. Agravo de instrumento. Procuração. Inexistência. Declaração. Validade. Art. 1.017, II, do CPC/2015. Recurso provido. 1. A petição de agravo de instrumento deve ser instruída, obrigatoriamente, "com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da

própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado” (CPC/2015, art. 1.017, I). 2. Se inexistente qualquer dos documentos obrigatórios, é facultado ao advogado do agravante declarar essa condição, sob sua responsabilidade pessoal (CPC/2015, art. 1.017, II). 3. Recurso especial provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1.793.126/MG – 4a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira – Fonte: DJ, 09.09.2019*).

NOTA BONIJURIS: O

CPC/2015 permitiu, em seu art. 1.017, II, que o advogado da parte agravante declare, sob sua responsabilidade pessoal, a inexistência de qualquer dos documentos obrigatórios: “Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: I – obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II – com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal; III – facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.”

autônomo, e ação contra empresa compete à Justiça Estadual

Conflito negativo de competência. Incidente manejado sob a égide do NCPC. Ação de obrigação de fazer c.c. Reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo UBER. Relação de trabalho não caracterizada. Sharing economy. Natureza cível. Competência do juízo estadual. 1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo. 2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil. 3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. 4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista

de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.

(*STJ – Confl. de Competência n. 164.544/MG – 2a. S. – Ac. unânime – Rel.: Min. Moura Ribeiro – Fonte: DJ, 04.09.2019*).

EXECUÇÃO FORÇADA

661.058 Reconhecida impenhorabilidade de remuneração

Agravo de instrumento. Processual civil. Execução extrajudicial. Empréstimo pessoal consignado. Restabelecimento dos descontos em folha de pagamento. Impenhorabilidade. Não cabimento. 1. Agravo de instrumento interposto pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) contra a decisão que indeferiu o pedido de restauração dos descontos mensais na folha de pagamento do executado, formulado nos autos de execução por título extrajudicial ajuizada pela FHE, em que pretendeu a exequente a satisfação de crédito vencido e não pago decorrente de contrato de empréstimo para a concessão de crédito pessoal. 2. A faculdade de que dispõe o empregado ou o servidor para concretizar um empréstimo junto à instituição financeira, através da permissão de desconto em sua remuneração, não desnaturaliza o caráter alimentar desta e, por conseguinte, a sua impenhorabilidade na seara da execução forçada, à luz do disposto no art. 833, inciso IV do CPC/2015, mostrando-se descabida a pretensão do credor, no bojo da execução de título extrajudicial, de consignação em folha de pagamento de percentual do salário do devedor. 3. Em que

JUSTIÇA COMUM

661.057 Motorista de aplicativo é trabalhador

pese assista ao credor o direito de ver satisfeito seu crédito, há que se atentar para o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor, no que não se enquadra o pretendido comando judicial para desconto em folha, por constituir verdadeira penhora sobre a remuneração. Precedente: TRF2, 7ª Turma Especializada. -2ª Região, AG 00120377120174020000, Rel. Des. Fed. JOSÉ ANTONIO NEIVA, Julgamento em 16.4.2018. 4. Agravo de instrumento não provido.

(TRF – 2a. Reg. – Ag. de Instrumento n. 2018.00.00.008941-9 – 8a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. Marcelo Pereira da Silva – Fonte: DJ, 26.04.2019).

SUSPENSÃO DOS EFEITOS

661.059 Não é cabível ação rescisória contra decisão do presidente do STJ proferida em suspensão de liminar e de sentença, mesmo que transitada em julgado

Processual civil. Ação rescisória. Servidor público. Suspensão dos efeitos de antecipação de tutela contra fazenda pública. Imutabilidade da controvérsia na ação principal. Não ocorrência. Inexistência de coisa julgada material. Ação rescisória não conhecida. 1. A decisão do Min. Presidente do STJ que determina a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mesmo quando transitada em julgado, não se sujeita a ação rescisória. Isso por não induzir coisa julgada material e nem impedir a rediscussão do objeto controvertido na ação principal. 2. Ação rescisória não conhecida.

(STJ – Ac. Rescisória n. 5857/MA – C. E. – Ac. unânime – Rel.: Min. Mauro Campbell Marques – Fonte: DJ, 15.08.2019).

NOTA BONIJURIS: A propósito da ação rescisória: “Tradicionalmente, o objeto da ação rescisória encontra-se ligado à desconstituição da coisa julgada, a qual, rigorosamente, só se forma a partir de decisões de mérito. Essa é a clássica lição da doutrina, que liga a res judicata à sentença, desde as fontes romanas, seguida fielmente pelo Código de 1973 (art. 485, caput). Atendendo a imposições de ordem prática, todavia, o Código de 2015 resolveu ampliar o objeto da ação rescisória, tornando rescindível toda e qualquer decisão judicial que, de algum modo, impeça “nova propositura da demanda” ou que obste a “admissibilidade do recurso correspondente” (art. 966, § 2º, CPC). Daí que a alusão à coisa julgada como objeto da ação rescisória, com o Código de 2015, precisa ser lida em uma chave mais ampla, compreendendo hipóteses que, a rigor, podem não dar lugar à formação da coisa julgada: o que interessa para a rescindibilidade, portanto, é que por força da decisão rescindenda não se possa mais voltar a debater determinada questão. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório. 1ª Ed. em E-Book, baseada na 1ª Ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

SUSPENSÃO DA MARCHA

661.060 Morte de parte em processo provoca automaticamente suspensão do feito, sem prazo prescricional para habilitação de sucessores

Processual civil. Agravo de instrumento. Execução de sentença coletiva. Prescrição para habilitação de sucessores. Inocorrência. Suspensão da marcha processual, após o óbito da parte. Execução ajuizada pelo sindicato, após o óbito do substituído. Possibilidade. Precedentes do STJ e desta corte regional. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução de título coletivo, deferiu o pedido de habilitação dos sucessores de substituído falecido em momento anterior à propositura da execução. 2. A orientação da Corte da Cidadania é firme no sentido de que “a morte de uma das partes é causa de imediata suspensão do processo (art. 265, I do CPC/1973), não havendo previsão legal de prazo prescricional para a habilitação de seus sucessores, de modo que, aplicando esse entendimento no caso concreto, constata-se que o processo deveria ter ficado suspenso desde o momento do passamento da autora, ocorrido ainda na fase de conhecimento, não podendo ser contado, a partir desse evento, nenhum lapso prescricional em prejuízo aos herdeiros, seja para a habilitação deles, seja para a propositura da Ação de Execução” (REsp.1.707.423/RS). 3. “De igual modo, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas e diante da ausência de prejuízos à parte executada, esta Corte Regional vem admitindo o ajuizamento da execução de sentença por parte do Sindicato substituído, mesmo após o óbito do substituído, ponderando-se que a propositura de nova demanda executiva pelos sucessores levaria ao mesmo resultado obtido com a execução proposta pelo Sindicato. A propósito, confirmam-se: AG/PB nº 08116890220184050000, Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, Segunda Turma, Julgamento: 07/01/2019; AG/PE nº

08155145120184050000, Rel. Des. Fed. Leonardo Augusto Nunes Coutinho, Primeira Turma, Julgamento: 23/04/2019; AG/PE nº 08130739720184050000, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, Terceira Turma, Julgamento: 30/04/2019; AC nº 595994/CE, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, Quarta Turma, DJE de 15/09/2017.” (TRF5, Primeira Turma, AG/PE nº 08130739720184050000, Rel. Des. Fed. Roberto Machado, Julgamento: 08/08/2019).4. Na dicção da Lei nº 6858/80, regulamentada pelo Decreto nº 85.845/81, os valores devidos pela União a servidor público, em razão de cargo ou emprego, serão pagos a seus dependentes habilitados perante a Previdência Social, ou, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil. 5. Comprovado, por meio de declaração da instituição previdenciária, que a agravada é a única dependente habilitada à pensão por morte do ex-servidor, possível a sua habilitação. Precedentes. 6. Agravo de instrumento não provido.

(TRF – 5a. Reg. – Ag. de Instrumento n. 08113850320184050000 – 1a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Élio Wanderley de Siqueira Filho** – Fonte: DJ, 31.08.2019).



TRABALHISTA

VERBAS RESCISÓRIAS

661.061 **Indústria de sucos é isenta de multa por atraso de verbas rescisórias deferidas em juízo**

Recurso de revista – regência pela Lei nº 13.015/2014 – Multa

prevista no artigo 477, § 8º, da CLT. Pagamento das verbas rescisórias a menor. Diferenças reconhecidas em juízo. A multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT é sanção imposta ao empregador que não paga as parcelas rescisórias no prazo legal, não havendo previsão de sua incidência para a hipótese de pagamento insuficiente. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST – Rec. de Revista n. 11803-05.2014.5.15.0015 – 8a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Márcio Eurico Vitral Amaro** – Fonte: DJ, 30.08.2019).

NOTA BONIJURIS: Quanto a decisão, fundamenta o relator: “A multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT é sanção imposta ao empregador que não paga as parcelas rescisórias constantes do instrumento de rescisão no prazo a que alude o § 6º do referido dispositivo, não havendo previsão de sua incidência para a hipótese de pagamento a menor, assim reconhecido em juízo.”

DETERMINAÇÃO DO EMPREGADOR

661.062 **Atendente de empresa aérea obtém ressarcimento por despesas com maquiagem e manicure**

Recurso de revista regido pela Lei 13.015/2014 1 – testemunha. Suspeição. Contradita. Reciprocidade nos depoimentos. Troca de favores não presumida. Súmula 357 do TST. A jurisprudência desta Corte está amplamente consolidada no sentido de que não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador (Súmula 357 do TST). Não desnatura essa conclusão

o fato de a testemunha mover ação com identidade de pedidos, pois a suspeição não prescinde de demonstração cabal da parcialidade, animosidade ou da falta de isenção da testemunha. Recurso de revista não conhecido. 2 – Adicional de periculosidade. A reclamante noticiou e comprovou a celebração de acordo com a reclamada sobre a matéria, realizado nos autos da ação coletiva 0009351-11.2012.5.12.0036, por meio do qual deu plena quitação do pedido. Observa-se, pois, a perda superveniente do interesse recursal, não subsistindo resultado útil que possa advir à ré do presente apelo. Recurso de revista não conhecido. 3 – Horas in itinere. A Corte a quo assentou que o horário de início da jornada era incompatível com o do transporte público, o que confere direito ao tempo de deslocamento, nos termos do art. 58, § 2.º, da CLT, e da Súmula 90, II, do TST. Recurso de revista não conhecido. 4 – Gastos com apresentação pessoal. ressarcimento. O Tribunal Regional consignou que ficou demonstrado nos autos que havia forma especial exigida pela empresa em torno da apresentação de suas funcionárias, sendo feita verificação em todo início de jornada para ver se as mulheres estavam maquiadas e com as unhas arrumadas. Dessa forma, havendo determinação do empregador sobre a forma específica de apresentação de seus empregados, demandando destes o dispêndio de custos próprios, tais valores devem lhes ser ressarcidos, pois se dão em benefício do empregador, que aumenta seu prestígio junto aos consumidores por meio da imagem transmitida pelos funcionários. Nos termos do art. 2º da CLT, cabe à empresa assumir os riscos da atividade econômica, sendo indevido transferir o ônus aos empregados. Recurso de revista não conhecido.

(TST – Rec. de Revista n. 547-16.2014.5.12.0026 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Delaide Miranda Arantes** – Fonte: DJ, 16.08.2019).

NOTA BONIJURIS: Quanto à exigência do empregador: “Nesse rumo, não pode o empregador transferir ao empregado o ônus de seu empreendimento (CLT, art. 2º). Ou seja, se exige que sua empregada labore maquiada, com sobrancelhas e unhas feitas, deve então fornecer condições financeiras para isso, o que contudo não foi observado.”

CLÁUSULA DE ACORDO

661.063 **Mantida cláusula de acordo que prevê homologação de rescisões por delegado sindical**

Recurso ordinário. Ação anulatória. Cláusula de acordo coletivo de trabalho. Homologação das rescisões de contrato individual de trabalho feitas por um delegado sindical autorizado pelo sindicato da categoria. É cediço que a autonomia de vontade assegurada pelo reconhecimento das convenções e acordos coletivos previstos no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, encontra limite nas normas heterônomas de ordem cogente, que tratam de direitos indisponíveis. Nesse contexto, um dos fundamentos motivadores da reforma trabalhista foi o fortalecimento da negociação coletiva. O artigo 611-A da CLT encerra um rol exemplificativo de temas que podem ser objeto de negociação ao dispor que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre as matérias elencadas nos quinze incisos do referido artigo. Já em relação ao artigo 611-B da CLT, ao utilizar

o termo “exclusivamente”, foi especificado o rol das matérias que não podem ser objeto de negociação porque compreendem direitos de indisponibilidade absoluta. Logo, apesar da nova redação do artigo 477 da CLT, não exigir mais que o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de um ano de serviço, só seja válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade competente, nada impede, em relação a esse tema, a participação direta das partes na formulação de normas convencionais que lhes sejam mais benéficas, garantindo-lhes maior segurança à homologação e quitação de rescisão do contrato de trabalho ao dispor em cláusula de acordo coletivo que as homologações das rescisões de Contrato Individual de Trabalho, serão feitas por um Delegado Sindical autorizado pelo Sindicato da Categoria. Não estando elencado no rol taxativo do artigo 611-B da CLT como objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, não há que falar em exclusão de direito indisponível e a ocorrência de sérios prejuízos aos empregados, tão somente porque a legislação foi modificada para dar maior celeridade às rescisões contratuais. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(TST – Rec. Ordinário n. 585-78.2018.5.08.0000 – SDC – Ac. unânime – Rel.: Min. **Caputo Bastos** – Fonte: DJ, 16.08.2019).

NATUREZA SALARIAL

661.064 **Gratificação semestral integrará cálculo das horas extras de empregado de instituição bancária**

Recurso de revista. Gratificação semestral. Repercussão na base

de cálculo das horas extras. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a gratificação semestral recebida mensalmente pelos empregados do Banco do Brasil, revestida de natureza salarial, repercute na base de cálculo das horas extraordinárias, não sendo aplicável, ao caso, a Súmula nº 253 do TST. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

(TST – Rec. de Revista n. 1233-56.2012.5.09.0092 – 1a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Walmir Oliveira da Costa** – Fonte: DJ, 09.08.2019).

COMISSÕES DE VENDA

661.065 **Bancário não receberá comissões sobre venda de seguros e consórcios**

Recurso de revista. Lei 13.467/2017. Bancário. Comissões pela venda de cartão de crédito, seguros, consórcios e planos de previdência. Ausência de previsão contratual. Transcendência. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). Ausente a transcendência o recurso de revista não será processado. Se presente a transcendência, prossegue-se na análise dos demais pressupostos recursais. A causa trata da condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes do deferimento do pedido de plus salarial pela venda de cartões de crédito, seguros, consórcios e planos de previdência. O Tribunal Regional delimitou que “a simples ausência de acordo entre as partes acerca do pagamento de comissão

para venda de produtos do Banco não é suficiente para afastar a justa retribuição do empregado pelos serviços prestados". A decisão a quo contraria a jurisprudência desta Corte Superior e determina o reconhecimento de transcendência política da causa, nos termos do inciso II do § 1º, do art. 896-A da CLT. O entendimento do C. TST no sentido de que as atividades desempenhadas pelo empregado bancário, na venda de produtos, são compatíveis com o cargo e não ensejam a condenação ao pagamento de diferenças salariais pelas vendas realizadas, quando não houver acordo entre as partes nesse sentido. Demonstrado pelo Reclamado, por meio de cotejo analítico, que o eg. Tribunal Regional violou o artigo 456, parágrafo único, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST – Rec. de Revista n. 1067-07.2016.5.11.0002 – 6a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Cilene Ferreira Amaro Santos** – conv. – Fonte: DJ, 16.08.2019).

SITUAÇÃO PRETÉRITAS

661.066 **Empregado que ajuizou ação antes da reforma trabalhista não pagará custas processuais**

I – Agravo de instrumento em recurso de revista interposto na vigência da lei 13.467/2017. Transcendência social reconhecida. custas processuais. ação ajuizada antes da vigência da lei 13.467/2017. Ausência do reclamante à audiência. arquivamento da ação. instrução normativa 41 do TST. Demonstrada possível violação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II – Recurso de revista interposto na vigência da lei 13.467/2017 – Transcendência

social reconhecida. Reconhece-se a transcendência social da causa, nos termos do art. 896-A, § 1º, III, da CLT. 2 – Custas processuais. ação ajuizada antes da vigência da lei 13.467/2017. Ausência do reclamante à audiência. arquivamento da ação. instrução normativa 41 do TST.

2.1. O Tribunal Regional deferiu os benefícios da gratuidade da justiça ao reclamante, contudo, manteve a condenação ao pagamento das custas processuais. Consignou a Corte local que, "o trabalhador não compareceu à audiência realizada na data de 22.11.2017" e que "em referida audiência restou deferido o prazo legal de 15 (quinze) dias para a apresentação de motivo legalmente justificado para sua ausência, tendo o referido prazo do autor transcorrido "in albis". Assim, entendeu aplicável o disposto no art. 844, § 2º, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017. 2.2. Nos termos do art. 1º da Instrução Normativa 41 do TST, "a aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada". E, ainda, de acordo com o art. 12 da referida Instrução Normativa, "os arts. 840 e 844, §§ 2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017". 2.3. No caso em exame, a ação foi interposta em 24/2/2017, antes, portanto, da vigência da Lei 13.467/2017 (11/11/2017), razão pela qual não incidem as modificações promovidas pela referida Lei. Assim, merece reforma a decisão regional que condenou o reclamante, beneficiário da justiça gratuita, ao pagamento das custas processuais. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST – Rec. de Revista n. 1000281-73.20175.02.0385 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Delaide Miranda Arantes** – Fonte: DJ, 23.08.2019).

AFASTAMENTO DA REINTEGRAÇÃO

661.067 **Demora na dispensa de gerente por improbidade não caracteriza perdão tácito da ECT**

I – Agravo de instrumento em recurso de revista interposto pelo reclamante sob a égide da lei nº 13.015/2014 e do CPC/2015 – ECT – dispensa por justa causa – afastamento da reintegração. Vislumbrada a violação aos artigos 37 da Constituição da República e 482, "a", da CLT, dá-se parcial provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. II – Recurso De Revista Interposto Pelo Reclamante Sob A Égide Da Lei Nº 13.015/2014 E Do CPC/2015 – ECT – Dispensa Por Justa Causa – Afastamento Da Reintegração 1. No exame da validade da dispensa de empregado da ECT, não há que se confundir dispensa motivada com dispensa por justa causa, haja vista a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição. Com efeito, revela-se possível que o ato de dispensa ampare-se em motivo de interesse público que não corresponda a nenhuma das hipóteses de justa causa previstas na CLT. 2. Ainda que afastada a imediatidade ou proporcionalidade na aplicação da pena de demissão por justa causa, permanece caracterizada a motivação para a dispensa do Reclamante pelos desvios de postagens com obtenção de vantagem econômica de forma a justificar a dispensa sem justa causa e afastar o direito à reintegração. Recurso de Revista conhecido e provido.

(TST – Rec. de Revista n. 10482-68.2017.5.03.0174 – 8a. T. – Ac. por maioria – Rel.: Min. **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi** – Fonte: DJ, 16.08.2019)

AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO

661.068 **Atacadista não cometeu ilegalidade ao revistar pertences de empregado**

Recurso de revista. Revista em bolsas e sacolas. Ausência de contato físico. Dano moral. Indenização. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o procedimento de revista em pertences pessoais do empregado, desde que realizado de forma indiscriminada e sem contato físico, não se configura ato ilícito, inserindo-se no âmbito do poder diretivo e fiscalizatório do empregador, não gerando, portanto, constrangimento apto a ensejar dano moral indenizável. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST – Rec. de Revista n. 1444-60.2010.5.19.0003 – 1a. T. – Ac. por maioria – Rel.: Min. **Walmir Oliveira Da Costa** – Fonte: DJ, 09.08.2019).

TESTEMUNHA ARROLADA

661.069 **Reciprocidade de atuação como testemunha não caracteriza troca de favores**

Agravo de instrumento. Recurso de revista interposto antes da lei nº 13.015/2014. I – Agravo de instrumento do reclamante. Cerceamento de defesa. Contradita. Testemunha arrolada pelo reclamante. Suspeição. Troca de favores. SÚMULA 357 DO TST. Ante a possível contrariedade à 357 do TST, deve ser provido o agravo de instrumento. Agravo

de instrumento conhecido e provido. II – Recurso de revista do reclamante. LEI 13.015/2014. Cerceamento de defesa. Contradita. Testemunha arrolada pelo reclamante. Troca de favores. Súmula 357 do TST. Suspeição não caracterizada. A jurisprudência do TST é no sentido de que a contradita de testemunha deve ser efetivamente comprovada, de maneira a evidenciar a ausência de isenção de ânimo do depoente ou de efetiva “troca de favores”. No caso, o juízo de primeira instância e o TRT acolheram a contradita da testemunha apresentada pelo reclamante em razão de haver o reclamante sido sua testemunha em outro processo ajuizado por esta em face da mesma reclamada. O mero fato de o reclamante e a testemunha terem ajuizado ação com identidade de pedidos em face do mesmo empregador e serem testemunhas recíprocas, por si só, não tem o condão de tornar suspeita a testemunha apresentada pelo reclamante neste processo. Nesse sentido os termos da Súmula 357 do TST. Considerando que o Tribunal Regional manteve a sentença no tocante aos pleitos referentes ao pagamento “por fora” e ao acúmulo de função, o retorno dos autos à Turma Regional de origem a fim de que seja devidamente valorada a prova testemunhal, cuja contradita foi acolhida em desacordo com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, é medida que se impõe. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST – Rec. de Revista n. 83300-21.2009.5.02.0014 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Maria Helena Mallmann** – Fonte: DJ, 07.06.2019).

HORAS EXTRAS

661.070 **Mantida prescrição total em ação de gerente sobre direito a jornada prevista em norma interna**

Agravo. Agravo de instrumento em recurso de revista. Acórdão publicado na vigência da lei nº 13.015/2014. Prescrição. Horas extras. Alteração da jornada para oito horas mediante novo regulamento. Súmula Nº 294 DO TST. Não se desconhece que esta Corte tem entendido que a alteração da jornada de trabalho aplicável aos ocupantes de confiança, por força do Plano de Cargos em Comissão instituído pela CEF em 1998, configura lesão de trato sucessivo decorrente de descumprimento do pactuado, incidindo a prescrição parcial sobre a pretensão de horas extras. Ocorre que, diante da premissa fática de que o reclamante exercia cargo de confiança, enquadrando-se na exceção prevista no artigo 224, §2º, da CLT, a jornada de 6 (seis) horas diárias não foi assegurada pelo normativo consolidado, mas sim por força de norma interna da CEF. Dessa forma, a alteração contratual decorreu de ato único do empregador e diz respeito a direito não previsto em lei, motivo pelo qual se aplica à hipótese a prescrição total prevista pela Súmula nº 294 do TST. Horas extras. Ausência de renovação no agravo de instrumento dos argumentos veiculados no recurso de revista. Princípio da delimitação recursal. A SBDI-1 desta Corte, no julgamento do Processo E-ED-RR-334-09.2012.5.04.0024 (DEJT 15/06/2018), pronunciou-se no sentido de ser imperiosa a renovação da argumentação jurídica contida no recurso de revista na minuta de agravo de instrumento, inclusive com a indicação dos dispositivos legais e/ou constitucionais e verbetes invocados, além da transcrição dos arestos com os quais se pretendeu evidenciar a existência de divergência jurisprudencial, de forma a demonstrar a incorreção da decisão que denegou seguimento ao apelo. Não atendida tal exigência na minuta de agravo de instrumento,

inviável se torna a reforma da r. decisão agravada. Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravado não provido.

(TST – Rec. de Revista n. 2335-22.2014.5.03.0089 – 5a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Breno Medeiros** – Fonte: DJ, 28.06.2019).



TRIBUTÁRIO

AQUISIÇÃO DE VEÍCULO

661.071 **Garantida isenção de IPI na compra de carro a mulher com limitação no joelho**

Tributário. Mandado de segurança. IPI. Isenção. Aquisição de veículo. Portador de deficiência física. Lei nº 8.989/95. Preenchimento dos requisitos. A isenção do IPI prevista no artigo 1º da Lei nº 8.989/95 deve ser concedida à impetrante, por ter sido comprovada, mediante laudo médico, a sua completa incapacidade para dirigir veículo comum.

(TRF – 4a. Reg. – Ap. Cível n. 5007136-46.2017.4.04.7201 – 2a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. Federal **Sebastião Ogê Muniz** – Fonte: DJ, 02.07.2019).

BASE DE CÁLCULO

661.072 **Crédito presumido de IPI previsto no art. 1º da Lei 9.363/96 integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL**

Tributário. Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Cotejo realizado.

Similitude fática comprovada. Base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica – IRPJ e da contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL. Inclusão do crédito presumido de IPI previsto no art. 1º da lei n. 9.363/1996. Possibilidade.

1. A divergência traçada nestes autos envolve questão relacionada à inclusão do crédito presumido de IPI instituído pela Lei n. 9.363/1996 na base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. 2. No acórdão embargado, entendeu-se que: “O incentivo fiscal do crédito ficto de IPI, por sua própria natureza, promove ganhos às empresas que operam no setor beneficiado na exata medida em que, e precisamente porque, reduz o volume da obrigação tributária. A menor arrecadação de tributos, portanto, não é um efeito colateral indesejável da medida, e sim o seu legítimo propósito. A inclusão de valores relativos a créditos fictos de IPI na base de cálculo do IRPJ e da CSLL teria o condão de esvaziar, ou quase, a utilidade do instituto [...] cuidando-se de interpretação que, por subverter a própria norma-objeto, deve ser afastada em prol da sistematicidade do ordenamento jurídico”. 3. Já o aresto paradigma compreendeu que: “O crédito presumido de IPI previsto no art. 1º da Lei 9.363/96 integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. [...] “Todo benefício fiscal, relativo a qualquer tributo, ao diminuir a carga tributária, acaba, indiretamente, majorando o lucro da empresa e, conseqüentemente, impacta na base de cálculo do IR. Em todas essas situações, esse imposto está incidindo sobre o lucro da empresa, que é, direta ou indiretamente, influenciado por todas as receitas, créditos, benefícios, despesas etc.” 4. A divergência, portanto, é evidente e deve ser resolvida adotando-se o entendimento firmado no acórdão paradigma

de que o crédito presumido de IPI previsto no art. 1º da Lei n. 9.363/1996 integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, pois todo benefício fiscal, relativo a qualquer tributo, ao diminuir a carga tributária, acaba, indiretamente, majorando o lucro da empresa e, conseqüentemente, impactando na base de cálculo do imposto de renda, sobretudo à consideração de que, nessas situações, referido imposto está incidindo sobre o lucro da empresa, que é, direta ou indiretamente, influenciado por todas as receitas, créditos, benefícios, despesas etc. 5. Registre-se, no entanto, que o crédito presumido pode ser excluído da base de cálculo do IRPJ apurado pelo regime do lucro presumido quando o contribuinte comprovar que se refira a período no qual tenha se submetido ao regime de tributação pelo lucro presumido ou arbitrado ou, caso sujeito ao regime do lucro real, não tenha sido feita a dedução (arts. 53 da Lei n. 9.430/1996 e 521, § 3º, do RIR/1999). 6. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e declarar a legalidade da inclusão dos valores decorrentes de créditos presumidos de IPI na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

(STJ – Embs. de Div. em Rec. Especial n. 1210941/RS – 1a. S. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Og Fernandes** – Fonte: DJ, 01.08.2019).

GRUPO ECONÔMICO

661.073 **Ocorrência de fraude autoriza a indisponibilidade de bens de participantes do ilícito que não constam no polo passivo da execução fiscal**

Processual civil e tributário. Medida cautelar fiscal incidental. Grupo econômico de fato. Indisponibilidade de bens e/ou direitos de pessoas não integrantes do polo passivo.

Fraude. Redirecionamento. Possibilidade. 1. Havendo prova da ocorrência de fraude por grupo de pessoas físicas e/ou jurídicas, como a criação de pessoas jurídicas fictícias para oportunizar a sonegação fiscal ou o esvaziamento patrimonial dos reais devedores, o juízo da execução pode redirecionar a execução fiscal às pessoas envolvidas e, com base no poder geral de cautela e dentro dos limites e condições impostas pela legislação, estender a ordem de indisponibilidade para garantia de todos os débitos tributários gerados pelas pessoas participantes da situação ilícita, pois “os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza” (REsp 722.998/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/04/2006, DJ 28/04/2006).

2. Os bens indisponibilizados servirão, em conjunto, à garantia dos diversos créditos tributários cujo adimplemento era da responsabilidade das pessoas integrantes do esquema de sonegação fiscal.

3. Sendo o caso de atos fraudulentos, a indisponibilidade de bens decorrente da medida cautelar fiscal não encontra limite no ativo permanente a que se refere o § 1º do art. 4º da Lei n. 8.397/1992.

4. Hipótese em que o acórdão recorrido limita a ordem de indisponibilidade ao processo executivo fiscal da qual a cautelar fiscal é incidente, não admitindo, desde logo, que alcance pessoas não integrantes do polo passivo.

5. Considerado o delineamento fático-probatório do acórdão a quo, não há elementos que possibilitem verificar se a ordem de indisponibilidade alcança as outras pessoas jurídicas e físicas indicadas pela Fazenda exequente.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(*STJ – Rec. Especial n. 1656172/MG – 1a. T. – Ac. unânime – Rel. Min. Gurgel de Faria – Fonte: DJ, 02.08.2019*).

AÇÃO CONSIGNATÓRIA

661.074 É possível no período de inadimplemento contratual a comissão de permanência, desde que não cumulada com correção monetária

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação consignatória cumulada com nulidade de negócio jurídico. Comissão de permanência. Cobrança adequada à jurisprudência do STJ. Agravo improvido. 1. A eg. Segunda Seção desta Corte pacificou a orientação no sentido de ser admitida, no período de inadimplemento contratual, a comissão de permanência, à taxa média do mercado apurada pelo Banco Central do Brasil e limitada à taxa do contrato, desde que não esteja cumulada com correção monetária (Súmula 30/STJ), com juros remuneratórios (Súmula 296/STJ), com juros moratórios nem com multa contratual. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

(*STJ – Ag. Int. no Rec. Especial n. 1414652/GO – 4a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. Raul Araújo – Fonte: DJ, 19.08.2019*).

SUJEITO PASSIVO

661.075 Não cumulação aplicável ao ICMS não se estende ao ISSQN

Tributário. Exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e COFINS. O ISSQN destacado nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte compõe a base de

cálculo das contribuições para PIS e COFINS de que é sujeito passivo tributário em nome próprio. Aplicação do tema 634 do Superior Tribunal de Justiça. Não se aplica a tese do tema 69 do Supremo Tribunal Federal; a não cumulatividade aplicável ao ICMS não se estende ao ISSQN.

(*TRF – 4a. Reg. – Ap. Cível. 5012436-52.2018.4.04.7201 – 1a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. Sebastião Ogê Muniz – Fonte: DJ, 23.07.2019*).

EMPRESA LOCADORA

661.076 Mantida apreensão fiscal de veículo alugado usado para contrabando

Tributário. Mandado de segurança. Apelação. Apreensão de veículo. Empresa locadora. Transporte de mercadorias estrangeiras. Internação irregular. Culpa in vigilando. Pena de perdimento. Manutenção. 1. Esta Corte entende que a pena de perdimento só deve ser aplicada ao veículo transportador quando concomitantemente houver: a) prova de que o proprietário do veículo apreendido concorreu de alguma forma para o ilícito fiscal (Inteligência da Súmula nº 138 do TFR); b) relação de proporcionalidade entre o valor do veículo e o das mercadorias apreendidas. 2. Não havendo a empresa de locação de veículo tomado as cautelas exigíveis de sua atividade comercial, tem-se que sua responsabilidade pelo cometimento do ilícito fiscal praticado pelo locatário não é passível de ser afastada, como também não é passível de ser afastada a pena de perdimento do veículo de sua propriedade. 3. Apelação improvida.

(*TRF – 4a. Reg. – Ap. Cível. 5000003-31.2018.4.04.7002 – 6a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. Federal Sebastião Ogê Muniz – Fonte: DJ, 23.07.2019*).

NOTA BONIJURIS: Quanto à referida decisão, tem-se jurisprudência neste sentido: “Tributário. Pena de perdimento. Veículo transportador. Requisitos. 1. Esta Corte entende que a pena de perdimento só deve ser aplicada ao veículo transportador quando concomitantemente houver: a) prova de que o proprietário do veículo apreendido concorreu de alguma forma para o ilícito fiscal (Inteligência da Súmula nº 138 do TFR); b) relação de proporcionalidade entre o valor do veículo e o das mercadorias apreendidas. 2. Para objetivar-se a relação de proporcionalidade entre o valor do veículo e o das mercadorias apreendidas devem ser utilizados dois critérios. O primeiro diz respeito aos valores absolutos dos bens, que devem possuir uma grande diferença. O segundo importa na existência de circunstâncias que indiquem a reiteração da conduta ilícita e a decorrente diminuição entre os valores envolvidos, por força da frequência. O veículo passa a ter uso habitual em certo tipo de ilícito. (AMS 2003.70.03.004015-5/PR/Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 9-2-2005).”

NULIDADE DO TÍTULO

661.077 **É inviável o prosseguimento de ação fiscal quando comprovada transferência de propriedade anterior ao ajuizamento**

Apelação cível. Direito tributário. Impostos. IPTU.

Execução fiscal. Comprovada a transferência da propriedade do imóvel objeto da execução fiscal perante o Registro de Imóveis competente em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal e aos fatos geradores, inviável o prosseguimento do feito em relação a estes créditos. Equívoco no próprio lançamento, antes do ajuizamento da demanda. Nulidade do título executivo fiscal. Ilegitimidade passiva. Súmula 392 do STJ. APELO Desprovido.

(**TJRS** – Ap. Cível n. 70082448325 – 1a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Newton Luís Medeiros Fabrício** – Fonte: 11.09.2019).

NOTA BONIJURIS: Em situação análoga decidiu o TJRS: Apelação Cível. Direito tributário. Execução fiscal. IPTU. Transferência da propriedade do imóvel. Imposto lançado contra parte não identificada como proprietária ou possuidora do imóvel. Ajuizamento equivocado. Inaplicabilidade do disposto no § 8º do art. 2º da LEF e no art. 203 do CTN. Impossibilidade de substituição da CDA. Ilegitimidade passiva. Súmula 392 do STJ. Extinção da ação. A despeito da transferência formal da propriedade do imóvel, sobrepoê-se, no caso, que o imposto foi lançado e a ação ajuizada em face de parte não identificada como sujeito passivo do tributo. Entendimento de impossibilidade de substituição da CDA por alteração no pólo passivo consolidada na Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça. Inviável, portanto, a substituição da CDA, e obrigatório o reconhecimento da inexigibilidade do título executivo que aparelha a

inicial, mostrando-se correta a extinção da demanda pelo reconhecimento da nulidade do título executivo em função da ilegitimidade passiva, nos termos dos incisos IV e VI do art. 267 do Código de Processo Civil. **NEGADO SEGUIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL.** (Apelação Cível Nº 70058425745, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 10/03/2014).

ENQUADRAMENTO DE CÁLCULO

661.078 **É legal a taxa de limpeza pública que tem base de cálculo idêntica ao IPTU**

Tributário e processual civil. Execução fiscal. Taxa de limpeza pública. Lei 15563/91. A imunidade recíproca estabelecida no art. 150, vi, a, CF/88, não inclui as taxas. A prefeitura do Recife instituiu a mencionada taxa. Constitucionalidade. Legalidade do enquadramento da união como sujeito passivo. Incidência da TLP. Extinção. Impossibilidade. Inexistência de inércia do exequente. Prescrição não configurada. Morosidade do judiciário. Súmula 106 do STJ. Precedentes. Apelação improvida. 1. No caso, a União recorre da douta sentença, a qual reconheceu a legitimidade ativa para ser responsabilizada pela cobrança da taxa de limpeza pública, sob o fundamento de que a recorrente é proprietária do imóvel em debate, bem como a incorrência da prescrição. 2. A apelante requer, em resumo, o direito à reforma da sentença, para que seja reconhecida a inconstitucionalidade da TLP instituída pelo Município do Recife, visto que tem a base de cálculo idêntico ao IPTU. 3. Sustenta, ainda, que deve ser reconhecida

ainda a prescrição do débito cobrado referente ao ano de 2005. 4. Em uma análise minuciosa dos autos, verifica-se que a presente ação executiva fiscal refere-se a crédito tributário de natureza imobiliária (TLP) dos exercícios de 2004 a 2006 nos termos da CDA que embasa o feito executivo, foi distribuída tempestivamente, em 2010. 5. Portanto, a demora no processamento da demanda deveu-se em razão da morosidade imputável ao judiciário. Dessa forma, merece amparo as razões do apelante em relação à inexistência da prescrição. 6. No tocante à TLP, tem-se que se o recorrente efetivamente utiliza o mencionado serviço, enquadra-se na descrição do sujeito passivo previsto na Lei 15.563/91, conseqüentemente, a cobrança da TLP é totalmente legal. 7. Precedentes. Apelação improvida.

(TRF – 4a. Reg. – Ap. Cível. 00148982220104058300 – 4a. T. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Lazaro Guimarães** – Fonte: DJ, 23.08.2019).

ITEM INDEPENDENTE

661.079 **Os brindes, produtos perfeitos e acabados em processo industrial próprio, incluídos em outros produtos industrializados, não geram direito ao creditamento de IPI**

Processual civil e tributário. Art. 535 do CPC/1973. Violação. Inexistência. Imposto sobre produtos industrializados – IPI. Brindes oferecidos com o produto final. Creditamento. Direito. Ausência. 1. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado. 2. O art. 11 da Lei n. 9.779/1999 assegura o creditamento de IPI na aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem aplicados na industrialização do produto final, quer estes lhe integrem, quer sejam consumidos no processo (de industrialização). 3. Os brindes (produtos perfeitos e acabados em processo industrial próprio) incluídos em pacotes de outros produtos industrializados não os compõem nem se confundem com material de embalagem e, por isso, não geram direito ao creditamento de IPI. 4. Hipótese em que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu acertadamente que a aquisição de réguas, distribuídas como brindes em pacotes de biscoitos, não gera direito ao creditamento do IPI. 5. Recurso especial não provido.

(STJ – Rec. Especial n. 1682920/SP – 1a. T. – Ac. unânime – Rel.: Min. **Gurgel de Faria** – Fonte: DJ, 22.08.2019).

REPETIÇÃO DE INDÉBITO

661.080 **Taxa aplicável aos juros moratórios, na repetição de tributo estadual ou municipal, deve ser idêntica à que incide sobre o tributo pago com atraso**

Apelação cível. Direito tributário. Repetição de indébito. ITBI. Município de porto alegre. Taxa aplicável. 1. O Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, sedimentou a orientação de que a taxa aplicável aos juros moratórios, na repetição de tributo estadual ou municipal, deve ser idêntica à que incide sobre o tributo pago com atraso. 2. O valor a ser repetido deve ser atualizado desde o pagamento indevido, devendo incidir juros moratórios calculados em 1% ao mês, atualizados monetariamente pela UPF, até 01-01-2010, data da vigência da Lei n.º 13.379/2010, quando, então, passa a incidir a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, em substituição aos índices anteriormente aplicados. Recurso provido.

(TJRS – Ap. Cível n. 70082493727 – 1a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Sergio Luiz Grassi Beck** – Fonte: DJ, 11.09.2019).



CONDOMÍNIO EM FOCO

QUESTÕES DO DIA A DIA

Luiz Fernando de Queiroz

Esclarecedor e de leitura acessível, o livro explica direitos, reforça deveres e conduz ao entendimento pacificador, sempre à luz do direito, nas relações entre síndicos, condôminos, administradores e prestadores de serviço.

- Dano provocado por infiltrações. Quem paga a conta?
 - Tenho que assumir as dívidas do período anterior à aquisição do imóvel?
- Essas e outras questões são abordadas de forma objetiva e transparente.

 R\$ 49,90



www.livrariabonijuris.com.br
0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Bonijuris

661.201



ADMINISTRATIVO

SANÇÃO ADMINISTRATIVA

RESTABELECIDA PUNIÇÃO A EX-COMANDANTE DA PM QUE IMPEDIU DILIGÊNCIA CONTRA EXPLORAÇÃO DE MENORES

Superior Tribunal de Justiça

Agravado em Recurso Especial n. 1.155.374/SC

Órgão Julgador: 1a. T.

Fonte: DJ, 04.10.2019

Relator: Ministro **Benedito Gonçalves**

EMENTA

Direito administrativo. Agravado em recurso especial. Improbidade administrativa. Violação do art. 12, caput e III, da LIA. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na cominação das sanções. Restabelecimento da sanção de suspensão dos direitos políticos, por três anos, e aplicação da sanção de multa civil em cinco vezes o valor da remuneração recebida pelo agente. Agravado conhecido para conhecer do recurso especial, dando-lhe parcial provimento. 1. Inexiste, no caso dos autos, violação ao art. 12, caput e III, da LIA, no que diz respeito à sanção de proibição de contratar, porquanto a justificação do Tribunal de origem para a exclusão da sanção consiste, apenas, em valoração de prova sobre o conjunto fático-probatório dos autos. 2. Por outro lado, a conduta do réu, que consistiu na obstrução injustificada a atividade de equipe de Força-Tarefa, ainda que em contexto no qual presente relação de subordinação, viola os princípios da impessoalidade, legalidade, lealdade às instituições, eficiência e razoabilidade, informadores do agir público-administrativo, razão pela qual as sanções devem ser majoradas, nos termos da fundamentação. 3. Agravado conhecido para conhecer do recurso especial, dando-lhe parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, dar parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a sanção de suspensão dos direitos políticos, pelo

período de 3 anos, bem como a aplicação da multa civil em cinco vezes o valor da última remuneração recebida pelo réu, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo em recurso especial interposto pelo Ministério Público estadual, conta decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que inadmitiu recurso especial contra acórdão proferido por aquela Corte, que decidiu a controvérsia dos autos conforme a seguinte ementa (fls. 776/777):

Ação civil pública por ato de improbidade administrativa – ato cometido pelo comandante-geral da polícia militar – força-tarefa designada para fiscalizar eventual exploração sexual de menores em bares e boates na região de Joinville – obstrução indevida da fiscalização por parte do comandante numa das boates – improbidade administrativa – conduta ofensiva aos princípios da administração pública (art. 11, “caput” e inciso I da lei federal n. 8.429/92) – aplicação das sanções do art. 12, inciso III, da lei de improbidade administrativa – razoabilidade e proporcionalidade – desnecessidade de algumas sanções – redução da multa civil – recurso parcialmente provido.

Os atos de improbidade administrativa “são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público” (Alexandre de Moraes).

O art. 11, inciso I da Lei Federal n. 8.429/92 determina que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

Independentemente de enriquecimento ilícito pela obtenção de vantagem patrimonial indevida para si ou para outrem, ou de lesão ao erário, configura-se o ato de improbidade em virtude da prática de qualquer das condutas elencadas no art. 11, desde que com isso se atente contra os princípios da administração pública com violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Ao cominar a sanção por prática de ato de improbidade administrativa, deve o magistrado pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade, e analisar a lesividade e a reprovabilidade da conduta do servidor improbo, o elemento volitivo e a consecução do interesse público, de modo a adequar a pena ao caso concreto, sempre com a finalidade de evitar futuras práticas lesivas ao poder público e aos princípios da Administração Pública.

Conforme decisão de fls. 941/943, neguei provimento ao agravo em recurso especial por incidência do óbice da Súmula 7/STJ. Contra tal decisão foi interposto agravo interno pelo parquet estadual.

Em sessão de julgamento ocorrida em 11/06/2019, a Primeira Turma desta Corte deu provimento ao agravo interno, afastando o óbice da Súmula 7/STJ. Retorna, agora, o agravo em recurso especial para julgamento em pauta originária.

É o breve relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Na origem, cuida-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Paulo Conceição Caminha, por alegada ofensa ao art. 11, caput, da Lei n.º 8.429/92.

Historiam os autos, em síntese, que Paulo Conceição Caminha, então Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, teria obstado o cumprimento de diligência policial autorizada por ordem judicial, no âmbito de Força-Tarefa dirigida a apurar práticas de exploração sexual

de menores em estabelecimento na cidade de Joinville-SC. Narra o acórdão que o réu encontrava-se no referido estabelecimento, em data de 29/11/2003, por volta de 01h30 e que, quando da chegada da equipe para cumprimento de diligências, teria se dirigido ao Tenente PM M. R., responsável pela Força-Tarefa, e o compelido a não ingressar no local, ao afirmar que ali se fazia presente, também, o Secretário de Segurança Pública e Defesa do Cidadão, “em tom de intimidação, não permitindo que os portões fossem abertos, obstando com a sua presença (em pé, ao lado da proprietária do prostíbulo) a entrada da Força-Tarefa, intimidando os presentes, fazendo com que de imediato os policiais civis e militares presentes, [...], entrassem às pressas em suas viaturas [...]” (fl. 788)

Os fatos foram objeto de sindicância e de processo administrativo disci-

Independentemente de enriquecimento ilícito, configura-se o ato de improbidade em virtude da prática de qualquer das condutas elencadas no art. 11

plinar no âmbito da Polícia Militar de Santa Catarina, tendo o réu sido absolvido, na instância administrativa.

O acórdão do Tribunal de origem, por maioria, reformou parcialmente a sentença, da seguinte maneira: (i) excluiu a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber incentivos fiscais ou creditícios, pelo período de 3 anos; (ii) excluiu a sanção de suspensão do gozo de direitos políticos, por 3 anos; e, (iii) reduziu a sanção de multa imposta pelo juiz singular, de 05 vezes o valor da remuneração percebida pelo réu para 01 vez “o valor bruto da remuneração mensal que recebe do Poder Público (ainda que sob a forma de proventos de aposentadoria)” (fl. 801).

Houve embargos de divergência pelo Parquet, onde suscitou voto divergente no Tribunal de origem, em

que se entendeu pela manutenção da sanção de suspensão dos direitos políticos, dado inexistir condicionamento legal à imposição de referida suspensão. Isso porque a Corte local teria assentado o afastamento da reprimenda sobre o fundamento de que “o ato de improbidade administrativa nada tem que ver com o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou irregularidade ou ilegalidade em certame público” (fl. 799).

Embargos rejeitados.

O Ministério Público de Santa Catarina ajuizou recurso especial, alegando, em síntese, violação do art. 12, caput e inciso III, da LIA, pelas seguintes razões: (a) inexistente amparo legal para o argumento da Corte de origem segundo o qual a sanção de proibição de contratar deveria ser afastada em razão de o ato praticado não ter ocorrido por ocasião de certame público; (b) observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois as sanções deveriam ser majoradas, dada a gravidade das condutas.

O recurso especial foi inadmitido, por óbice da Súmula 7/STJ.

Da decisão houve agravo, a que neguei provimento, com fundamento no mesmo óbice sumular.

Contra tal decisão foi interposto agravo interno, a que a Turma deu provimento, para afastar o óbice da Súmula 7/STJ. Impõe-se, portanto, o exame do mérito.

(a) Em relação à tese de violação do art. 12, caput e III, da Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de que, ao contrário do que decidido pela Corte local, o dispositivo legal não condiciona a sanção de proibição de contratar à ocorrência de ilícito por ocasião de certame público, o argumento não prospera. O afastamento da sanção de proibição de contratar, pelo Tribunal de origem, sob o fundamento de que “o ato de improbidade administrativa nada tem que ver com o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou irregularidade ou ilegalidade em certame público” (fl. 799), corresponde, apenas, à conclusão a que chegou a Corte a quo após análise do conjunto fático-probatório

constante dos autos. A construção é legítima, e consiste em valoração de prova. Por essa razão, tenho por inexistente a alegada violação do art. 12, caput, III, da Lei de Improbidade Administrativa.

(b) No que diz respeito à violação ao mesmo dispositivo legal, por ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na cominação das sanções, tem-se o que segue. É fato incontroverso dos autos que, em 29/11/2003, por volta de 01h30, membros de equipe de Força-Tarefa munida de ordem judicial com o objetivo de apurar eventuais práticas de exploração sexual infantil em estabelecimento conhecido como Boate "Marlene Rica", tiveram sua operação obstada em virtude de ato de agente público, ora recorrido. A conduta ímproba que se atribui ao réu consiste em ter obstado/impedido o "cumprimento de ordem judicial, consubstanciada na atuação da Força-Tarefa para fiscalização do estabelecimento". Colhe-se dos autos que a justificativa apresentada pelo réu para referida conduta foi, apenas, que "o Secretário de Segurança Pública e Defesa do Cidadão estaria no local." Não se dessume do acórdão do Tribunal de origem qualquer outra razão objetiva justificatória da conduta do réu. Adicionalmente, a eventual presença de autoridade no recinto não se mostra suficiente, tampouco razoável, para justificar a obstrução de acesso de pessoal autorizado, judicialmente, a averiguar a eventual ocorrência de atos ilícitos, na casa noturna em questão.

Uma vez que a conduta do réu operou-se em contexto que estava a envolver a atividade de membros pertencentes a uma mesma corporação, a atitude esperada era a de que o recorrido contribuisse para o ingresso da equipe de Força-Tarefa no recinto, ainda que constituída, ali, uma relação de subordinação entre o réu e o Oficial responsável pela equipe. Some-se a isso o fato de a equipe contar com autorização judicial para ingresso no recinto, com o objetivo de apurar possíveis práticas criminosas graves contra menores. Nesse respeito, assim consignou o Tribunal

de origem, transcrevendo trecho da sentença (fl. 790):

Ao minar o desencadeamento de uma operação legal imbuído por interesse pessoal, o réu, com sua atitude, olvidou a impessoalidade que dele se esperava como integrante da Polícia Militar catarinense, uma vez que, pelo princípio da impessoalidade, deve-se compreender que "simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie" (CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo, pág. 68 apud LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO, "Curso de Direito Constitucional", São Paulo: Saraiva, ano 2009, pág. 337). Também agiu contra a lei (legalidade) por ter laborado em abuso de autoridade (Lei n.º 4.898/65,

Não há dúvida de que o art. 12 da Lei de Improbidade não obriga que a aplicação de determinada sanção tenha necessariamente relação direta com o fato

art. 3º, letra 'j') e infringido o disposto no artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, isso sem contar na falta de lealdade às funções da Polícia Militar enquanto instituição. A lesão desses bens jurídicos (impessoalidade, legalidade e lealdade às instituições) configura, por si só, a prática de ato ímprobo (LIA, art. 11, caput).

Pois bem, é de se ter em conta a gravidade da conduta, sobretudo considerando o bem jurídico cuja proteção encontrava-se em jogo, vale dizer, interesse e integridade de menores. Foram violados princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, caput, da Lei n.º 8.429/92, a saber, impessoalidade, legalidade, lealdade às instituições, eficiência e razoabilidade. Diante de tais ponderações, e tendo em vista o conjunto fático-probatório delineado pelo Tribunal de

origem, entendo ser proporcional aos danos objetivamente causados o restabelecimento da sanção de suspensão dos direitos políticos, cominada na sentença, pelo período de 3 anos, bem como a imposição da sanção de multa, em 05 (cinco) vezes o valor da remuneração do agente.

Ante o exposto, conheço do agravo em recurso especial para conhecer do recurso especial, dando-lhe parcial provimento, para restabelecer a sanção de suspensão dos direitos políticos, pelo período de 3 anos, bem como majorar a sanção de multa civil em 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Direito sancionador. Agravo interno em apelo raro. Improbidade administrativa. Não há dúvida de que o art. 12 da lei de improbidade não obriga que a aplicação de certa sanção tenha necessariamente relação direta com o fato, pois o rol de sanções é limitado, porém, aberto, permitindo a imposição de uma e/ou outra sanção. Cabe ao magistrado efetuar, segundo as máximas do razoável e do proporcional, efetuar adequada aplicação de penalidades.

Essa não obrigação de que a sanção tenha relação direta ou aproximação lógica com o fato não quer dizer que o juiz, em sua apreciação ponderada da causa, não possa fazê-lo. Ele pode, ao efetuar o balanceamento do fato e das sanções possíveis, tecer considerações acerca de relação direta de uma determinada penalidade frente ao ato praticado.

No caso concreto, a corte sergipana extraiu a conclusão de que, por ser ato ímprobo violador de princípios administrativos, a multa civil teria relação direta com o fato e, no seu juízo de adequada fixação de pena, limitou a condenação a essa sanção pecuniária.

O tribunal de origem tem autorização legal para tecer aproximação lógica entre fato/sanção, motivo pelo qual não há hipótese excepcional apta a justificar acréscimo da sanção de suspensão de direitos políticos na espécie.

Voto, portanto, pelo desproviamento do agravo interno do parquet catarinense, mantendo a solução monocrática do douto relator, ministro Benedito Gonçalves, de quem ousou divergir.

1. Trata-se, em primeiro momento, de Recurso Especial interposto pelo MP/SC por alegada violação do art. 12, caput e III da Lei 8.429/1992.

2. Insurgiu-se o Parquet Catarinense contra o acórdão que afirmou a existência de ato ímprobo, mas reduziu as sanções aplicadas em sentença contra P. C. C., então Comandante-Geral da Polícia Militar Catarinense, para manter como penalidade apenas a multa civil no valor correspondente a uma remuneração do Agente Público.

3. Em solução monocrática, o emittente Relator, Ministro BENEDITO GONÇALVES, entendeu que rever as sanções nesta Corte Superior demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

4. Contudo, no Agravo Interno que ora se julga, interposto pelo MP/SC, o ilustre condutor do feito propõe a revisão das sanções, para aplicar a reprimenda de suspensão de direitos políticos por 3 anos, restabelecendo penalidade que havia sido imposta em sentença.

5. A questão de fundo é a acusação de ato ímprobo tipificado no art. 11 da Lei 8.429/1992 (ofensa a princípios administrativos), pois, segundo o acórdão recorrido, a prova é abundante a demonstrar que o Coronel P. C. C. frustrou o cumprimento de uma ordem judicial ao impedir que força-tarefa, que fiscalizava denúncias de exploração sexual de menores, adentrasse no prostíbulo conhecido como Marlene Rica (fls. 789).

6. Ao efetuar a dosimetria das penas, considerou a Corte de origem que é evidente a desnecessidade da aplicação das sanções correspondentes à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios por três anos, se o ato de improbidade administrativa nada tem a ver com enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou irregularidade ou ilegalidade em certame público, ou outra circunstân-

cia que justificasse tal cominação, daí porque deve ser excluída essa penalidade (fls. 799).

7. Não há dúvida de que o art. 12 da Lei de Improbidade não obriga que a aplicação de determinada sanção tenha necessariamente relação direta com o fato, pois o rol de sanções é limitado, porém, aberto, permitindo a imposição de uma e/ou outra sanção. Cabe ao Magistrado efetuar, segundo as máximas do razoável e do proporcional, efetuar adequada aplicação de penalidades.

8. Essa não obrigação de que a sanção tenha relação direta ou aproximação lógica com o fato não quer dizer que o Juiz, em sua apreciação ponderada da causa, não possa fazê-lo. Ele pode, ao efetuar o balanceamento do fato e das sanções possíveis, tecer considerações acerca de relação direta de uma determinada penalidade frente ao ato praticado.

9. No caso, a imputação é a de que o então Comandante-Geral da PM/SC impediu a execução de fiscalização em boate, valendo-se de sua condição funcional.

10. Desse fato, a Corte Sergipana extraiu a conclusão de que, por ser ato ímprobo violador de princípios administrativos, a multa civil teria relação direta com o fato e, no seu juízo de adequada fixação de pena, limitou a condenação a essa sanção pecuniária.

11. Entendo que o Tribunal de origem tem autorização legal para assim

proceder, isto é, tecendo aproximação lógica entre fato/sanção, motivo pelo qual considero que não há hipótese excepcional apta a justificar o acréscimo da reprimenda de suspensão de direitos políticos, consoante propõe o douto Relator, Ministro BENEDITO GONÇALVES, de quem ousou divergir.

12. Penso que apenas a multa civil é suficiente para exemplar a conduta do então Comandante, por ter frustrado a atividade fiscalizatória.

13. Voto, portanto, pelo desproviamento do Agravo Interno do Parquet Catarinense, mantendo a solução monocrática do douto Relator, Ministro BENEDITO GONÇALVES.

14. 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 maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, deu parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a sanção de suspensão dos direitos políticos, pelo período de 3 anos, bem como a aplicação da multa civil em cinco vezes o valor da última remuneração recebida pelo réu, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. ■

661.202



CIVIL

AÇÃO DE COMPENSAÇÃO

DANO MORAL POR ATRASO DE VOO EXIGE PROVA DE FATO EXTRAORDINÁRIO

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.796.716 – MG

Órgão Julgador: 3a. T.

Fonte: DJ, 27.08.2019

Relator: Ministra **Nancy Andrichi**

EMENTA

Direito do consumidor e civil. Recurso especial. Ação de compensação de danos morais. Cancelamento de voo doméstico. Dano moral não configurado. 1. Ação de compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de cancelamento de voo doméstico. 2. Ação ajuizada em 03/12/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 17/07/2018. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de cancelamento de voo doméstico. 4. Na específica hipótese de atraso ou cancelamento de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida. 5. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros. 6. Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável. 7. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso especial, com majoração de honorários, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva,

Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2019 (Data do Julgamento)
Ministra Nancy Andrichi
Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. ministra Nancy Andrichi:

Cuida-se de recurso especial interposto por R. da S. B., fundamentado

exclusivamente na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/MG.

Recurso especial interposto em: 16/04/2018.

Concluso ao gabinete em: 17/07/2018.

Ação: de compensação de danos morais, ajuizada pelo recorrente, em desfavor de GOL LINHAS AEREAS S.A, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes do cancelamento de voo doméstico (e-STJ fls. 1-6).

Sentença: julgou improcedente o pedido (e-STJ fls. 98-106).

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível – ação indenizatória por danos morais – cancelamento de voo – mau tempo – não comprovação – remanejamento para o próximo voo – dano moral – ausência de provas – meros aborrecimentos – indenização indevida.

A impossibilidade de decolagem por mau tempo demanda prova, cujo ônus recai sobre a companhia aérea.

Inexistindo prova de que o cancelamento do voo e remanejamento do passageiro para o próximo voo tenha extrapolado os transtornos comuns da vida cotidiana, a improcedência do pedido é medida que se impõe (e-STJ fl. 167).

Recurso especial: alega violação dos arts. 186 e 927 do CC/02. Sustenta que o atraso ou o cancelamento de voo por parte da companhia aérea prescinde de comprovação do dano moral eventualmente sofrido (dano moral in re ipsa).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/MG inadmitiu o recurso especial interposto por R. da S. B. (e-STJ fls. 214-215), ensejando a interposição de agravo em recurso especial (e-STJ fls. 219-224), que foi provido e reautuado como recurso especial para melhor exame da matéria (e-STJ fl. 261).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.796.716 – MG (2018/0166098-4)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (RELATOR):

O propósito recursal é definir se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de cancelamento de voo doméstico.

Aplicação do Código de Processo Civil de 2015, pelo Enunciado administrativo n. 3/STJ.

1. DOS CONTORNOS FÁTICOS DA AÇÃO

Inicialmente, convém salientar que é incontroverso nos autos que:

i) o recorrente adquiriu uma passagem aérea para viajar de Juiz de Fora – MG para São Paulo – SP, no dia 01/06/2015;

ii) o voo estava previsto para sair às 6h45min do Aeroporto Regional da Zona da Mata – Itamar Franco, com escala a ser feita em Belo Horizonte – MG, e com chegada prevista no destino final para as 9h40min no Aeroporto de Congonhas – São Paulo;

iii) após a realização do check-in foi informado ao recorrente que o voo estaca atrasado; posteriormente, o voo foi cancelado pela companhia aérea;

iv) o recorrente foi alocado e embarcou em outro voo da companhia aérea recorrida, por volta das 11h do mesmo dia, chegando em seu destino final por volta das 14h40min (e-STJ fls. 1; e 98).

2. DOS DANOS MORAIS EVENTUALMENTE SUPORTADOS EM RAZÃO DO CANCELAMENTO DO VOO (arts. 186 e 927 do CC/02)

3.1. Considerações acerca do dano moral presumido (in re ipsa)

Com efeito, a responsabilidade da empresa aérea – fornecedora de serviços de transporte – por atraso ou cancelamento de voo é objetiva e independe da comprovação de dolo ou culpa, nos termos do art. 14 do CDC.

Na hipótese, é incontroverso nos autos que houve o cancelamento de voo que partiria de Juiz de Fora – MG rumo a São Paulo – SP, às 6h45min do dia 01/06/2015. Igualmente, é incontroverso que o recorrente foi alocado no próximo voo da companhia aérea que faria o mesmo percurso, tendo chegado em São Paulo – SP às 14h40min do mesmo dia (e-STJ fls. 1; 98; e 172).

O que cabe perquirir, na espécie, é se houve dano moral passível de ser compensado pela companhia aérea, em virtude da falha na prestação de seus serviços.

Não se descarta que esta Corte Superior tem perfilhado o entendimento de que “O dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, in re ipsa, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro” (REsp 299.532/SP, 4ª Turma, DJe 23/11/2009).

No mesmo sentido, considerando que é presumido (in re ipsa) o dano moral decorrente de atraso de voo, citam-se: REsp 1.280.732/SP, 3ª Turma, DJe 10/10/2014; AgRg no Ag 1.410.645/BA, 3ª Turma, DJe 07/11/2011; AgRg no Ag 1.306.693/RJ, 4ª Turma, DJe 06/09/2011.

O propósito aqui é definir se a companhia aérea deve ser condenada a compensar danos morais em razão de cancelamento de voo doméstico

Contudo, quando do recente julgamento do REsp 1.584.465/MG (3ª Turma, DJe 21/11/2018), esta Relatora promoveu melhor reflexão sobre o assunto, aprimorando as suas convicções sobre o tema.

A alegação do recorrente de que o dano moral é presumido (in re ipsa) quando há atraso e cancelamento de voo, independentemente da duração do atraso, da justificativa do cancelamento e das demais circunstâncias envolvidas, exigiu maiores reflexões desta Relatora sobre a controvérsia, notadamente porque a construção de referida premissa induz à conclusão de que uma situação corriqueira na maioria – se não por dizer na totalidade – dos aeroportos brasileiros ensejaria, de plano, dano moral a ser compensado, independentemente da

comprovação de qualquer abalo psicológico eventualmente suportado.

Quanto ao ponto, necessário tecer breves considerações acerca do dano moral presumido, que é aquele que se origina de uma presunção absoluta, dispensando, portanto, prova em contrário.

Como mesmo elucida Carlos Alberto Bittar, o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que se efetiva, justamente, com a sua reparação. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado. A título exemplificativo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em Juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso pública da obra. Há, assim, fatos sabidamente hábeis a produzir danos de ordem moral, que à sensibilidade do juiz se evidenciam (Reparação civil por danos morais. 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp. 216-217).

É nesse cenário que a jurisprudência do STJ, em casos específicos, concluiu pela possibilidade, em determinadas hipóteses, de compensação de danos morais independentemente da demonstração de dor, traduzindo-se, pois, em consequência in re ipsa, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Contudo, a caracterização do dano moral in re ipsa não pode ser elastecida a ponto de afastar a necessidade de sua efetiva demonstração em qualquer situação. Isso porque ao assim proceder se estaria a percorrer o caminho diametralmente oposto ao sentido da despatrimonialização do direito civil, transformando em caráter meramente patrimonial os danos extrapatrimoniais e fomentando a já bastante conhecida “indústria do dano moral” (REsp 1.653.413/RJ, 3ª Turma, DJe 08/06/2018).

Como mesmo alertado pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, relator do retrocitado recurso especial, o perigo reside em elastecer, de forma indiscriminada, a própria configuração do dano moral presumido, passando-se a

exigir somente a mera comprovação da prática da conduta ilícita, e dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação do efetivo abalo moral.

Na específica hipótese de atraso ou cancelamento de voo operado por companhia aérea, não vislumbro que o dano moral possa ser presumido em decorrência da demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro.

É que, ao meu ver, vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida.

Dizer que é presumido o dano moral nas hipóteses de atraso ou cancelamento de voo é dizer, inevitavelmente, que o passageiro, necessariamente, sofreu abalo que maculou a sua honra e dignidade pelo fato de a aeronave não ter partido na exata hora constante do bilhete – frisa-se, abalo este que não precisa sequer ser comprovado, porque decorreria do próprio atraso ou cancelamento na saída da aeronave em si.

Passa-se, então, à indagação de como poderia dar-se a comprovação da ocorrência de eventual dano moral sofrido.

Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros.

Por oportuno, convém citar precedente desta 3ª Turma que julgou precedente o pleito de compensação de danos morais formulados por passageiro que vivenciou atraso de voo superior a 8 (oito) horas, por falha na prestação de serviço por parte da companhia aérea. Na oportunidade, o Min. Relator reconheceu, expressamente, que a reparação do dano extrapatrimonial sofrido deveu-se à ausência de assistência material e informacional ao consumidor lesado, que, inclusive, permaneceu a noite em claro no saguão do aeroporto (REsp 1.280.372/SP, 3ª Turma, DJe 10/10/2014).

Já em outra situação, a 4ª Turma deste STJ negou provimento a recurso especial de passageiro que sofreu atraso em voo doméstico de aproximadamente 8 (oito) horas,

A reparação do dano extrapatrimonial sofrido deveu-se à ausência de assistência material e informacional ao consumidor lesado, que, inclusive, permaneceu à noite em claro no saguão do aeroporto

sob o fundamento de que “não ficou demonstrado qualquer prejuízo daí decorrente, sendo que a empresa não deixou os passageiros à própria sorte e ofereceu duas alternativas para o problema, quais sejam, a estadia em hotel custeado pela companhia aérea, com a ida em outro voo para a capital gaúcha no início da tarde do dia seguinte, ou a realização de parte do trajeto de ônibus até Florianópolis, de onde partiria um voo para Porto Alegre pela manhã. Não há, pois, nenhuma prova efetiva, como consignado pelo acórdão, de ofensa à dignidade da pessoa humana do autor” (AgRg no REsp 1.269.246/RS, 4ª Turma, DJe 27/05/2014).

Imperioso citar também julgado desta Corte que reconheceu a confi-

guração de dano moral – inclusive, tido por gravíssimo – por atraso de voo de 9 (nove) horas, que impediu a chegada do passageiro a tempo de presenciar as últimas horas de vida de seu pai (AgRg no AgRg no REsp 689.257/PR, 4ª Turma, DJe 05/09/2012).

Destarte, caminhando no sentido de entender que, na hipótese de atraso ou cancelamento de voo, não há como se admitir a configuração do dano moral presumido (*in re ipsa*), devendo ser comprovada pelo passageiro a sua ocorrência, passa-se a analisar o caso concreto versado nos presentes autos.

3.2. Da hipótese dos autos

Vale analisar, portanto, a situação específica versada nos presentes autos, a fim de que se possa concluir se o cancelamento no voo foi considerável a ponto de incutir no passageiro dano moral, hábil a ser compensado.

Pode-se extrair do acórdão recorrido que os supostos abalos morais não foram comprovados pelo recorrente, uma vez que este não juntou aos autos qualquer prova demonstrando que perdeu compromissos em sua cidade de destino (e-STJ fls. 171-172).

Ademais, como também consignado pelo TJMG, “conforme o próprio demandante afirma na exordial, a ré procedeu o seu remanejamento para o próximo voo, que prontamente lhe conduziu até o seu destino” (e-STJ fl. 172).

Tem-se, assim, que, de fato, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável.

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial interposto por R. da S. B. e NEGO-LHE PROVIMENTO, para manter o entendimento do acórdão recorrido quanto à não configuração de dano moral pelo cancelamento do voo.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, considerando o trabalho adicional imposto ao advogado da parte agravada em virtude da interposição deste recurso, majoro os honorários fixados anteriormente em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) (e-STJ fl. 172) para R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos

reais), suspensa a exigibilidade de tal verba enquanto perdurarem os efeitos da concessão do benefício da gratuidade de justiça.

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, conheceu e negou provimento ao recurso especial, com majoração de honorários, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora. ■

661.203



IMOBILIÁRIO

DESCABIMENTO DA AQUISIÇÃO

IMÓVEIS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO NÃO SÃO PASSÍVEIS DE AQUISIÇÃO VIA USUCAPÃO

Superior Tribunal de Justiça

Ag. Int. no Agravo em Recurso Especial n. 1.343.742/RJ

Órgão Julgador: 4a. Turma

Fonte: DJ, 06.03.2019

Relator: Ministro **Luis Felipe Salomão**

EMENTA

Agravo interno no agravo em recurso especial. Usucapião. Requisitos. Súm. 7/STJ. Imóvel. SFH. Impossibilidade. Aquisição. 1. É inviável rever a conclusão do Tribunal de origem relativa aos requisitos para o reconhecimento da usucapião, porquanto demandaria reexame de provas, o que é vedado nesta instância especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 2. Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido do “descabimento da aquisição, por usucapião, de imóveis vinculados ao SFH, tendo em vista o caráter público dos serviços prestado pela Caixa Econômica Federal na implementação da política nacional de habitação. Precedentes.” (AgInt no REsp 1712101/AL, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, terceira turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018) 3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isa-

bel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Cuida-se de agravo interno interposto por M. do C. dos S. contra decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial, tendo em vista a aplicação da Súmula 7/STJ, no tocante à questão da pretendida usucapião.

Nas razões do presente agravo interno, a parte agravante afirma que “trinta (30) anos de posse da recorrente – posse contínua, mansa e pacífica – de um bem imóvel foram simplesmente ignorados pelo e.Tribunal de origem, com ‘fundamentos’ produzidos para negar vigência aos arts. 9º e 13 da Lei 10.257/2001”. Rebate a aplicação da Súmula 7/STJ.

Pede a reforma da decisão.

Sem manifestação do agravado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO(Relator):

2. Na origem, a recorrida ajuizou ação de imissão na posse pedindo que a ora recorrente desocupasse o imóvel objeto desta lide, sob alegação de que o adquiriu regularmente em leilão. O pedido foi julgado procedente, conforme sentença de fls. 279-282.

Inconformada, a ré, ora recorrente, apelou, pugnando pela reforma da sentença e reafirmando ter preenchido os requisitos para a aquisição da propriedade pela usucapião especial urbana.

Do acórdão recorrido, cabe destacar o seguinte trecho:

As Apelantes alegam que detinham a posse mansa e pacífica do bem, com animus domini, há mais de cinco anos, e que não possuem outro imóvel como moradia, motivo pelo qual teriam satisfeito os requisitos da usucapião especial.

Não se pode acolher tal argumentação. De fato, como admitido pelas Apelantes, sua posse era derivada de “contrato de gaveta” e não houve comprovação de contato com a Caixa Econômica e mesmo de tentativa de regularização da situação, tendo as Rés/Apelantes simplesmente parado de quitar as prestações, sendo certo que o imóvel, objeto do contrato, foi

financiado e servia de garantia hipotecária do empréstimo pelo SFH.

A segunda Ré, M. do C. dos S., ora Apelante, ao assinar o contrato de cessão de direitos (fls.42 e 42 v), teve ciência do financiamento e da hipoteca e tornou-se responsável por todas as dívidas anteriormente assumidas pelo cedente originário perante o credor, a Caixa Econômica Federal. Sabiam as Recorrentes, portanto, que, em caso de inadimplemento das obrigações, poderia a credora hipotecária adotar as medidas necessárias para a retomada do imóvel, por meio da execução extrajudicial, o que o fez.

Ressalte-se, ainda, que a posse das Recorrentes era precária e clandestina, uma vez que a Caixa Econômica não foi formalmente informada da transação entre o mutuário e a primeira cessionária e nem com ela anuiu, não estando, portanto, ciente da ocupação irregular do imóvel. Pelas mesmas razões, não se pode considerar que a posse não sofreu oposição, uma vez que não haveria como se exigir que a instituição financeira tomasse providências diretas contra as Apelantes. Dessa forma, tem-se que a oposição reside no fato de que foram efetivadas todas as medidas necessárias à regularização do domínio e transferência do bem, com o objetivo de reaver os recursos ali investidos.

Outro fator impeditivo da pretensão das Apelantes é o de que sua posse não pode ser tida como com animus domini, pois impossível possuir a coisa como proprietário se tinham as Recorrentes pleno conhecimento de que o bem imóvel pertencia a outrem, uma vez que a unidade financiada pela CEF foi oferecida em garantia hipotecária, incidindo, nesse caso, a oponibilidade erga omnes e o direito de sequela, inerentes aos direitos reais de garantia. De fato, permitir a aquisição pela usucapião seria uma forma de contornar a existência da hipoteca e de burlar a lei. Destarte, não se tem como caracterizado o animus domini necessário ao reconhecimento da usucapião especial, nos moldes do artigo 183 da CRFB/88 c/c artigo 1.240 do Código Civil.

Conforme afirmado na decisão agravada, a pretensão recursal – de

que seja reconhecida a usucapião especial urbana do imóvel alegada em defesa – encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois exigiria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos.

Além dos precedentes já citados na decisão agravada, merece destaque sobre o tema:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Civil. Usucapião. Animus domini. Não reconhecimento na origem. Inversão do julgado. Impossibilidade. Reexame de provas.

1. É vedada a percuciente incursão na esfera probatória, haja vista o óbice previsto na Súmula nº 7/STJ.

2. No caso, afastar a existência de comodato verbal e reconhecer o exercício da posse do bem com manifesto animus domini é providência que exige o vedado reexame das circunstâncias fáticas.

O Tribunal local asseverou ser inviável a usucapião de imóveis vinculados ao SFH, pois são financiados por meio de fundo público

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 769.401/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016)

Ademais, o Colegiado estadual concluiu que “a natureza pública dos recursos do SFH transforma em pública a própria natureza do bem imóvel financiado, impedindo, desta forma, a possibilidade de qualquer hipótese de usucapião” (fl. 347), o que está em harmonia com os precedentes desta Corte, a exemplo dos seguintes:

Agravo interno no recurso especial. Processual civil (cpc/2015) e civil (cc/2002). Usucapião. Imóvel vinculado ao sistema financeiro da habitação – SFH. Descabimento. Precedentes.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de se adquirir por usucapião imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH. 2. Afetação dos imóveis do SFH à implementação política nacional de habitação e planejamento territorial do governo federal.

3. Descabimento da aquisição, por usucapião, de imóveis vinculados ao SFH, tendo em vista o caráter público dos serviços prestado pela Caixa Econômica Federal na implementação da política nacional de habitação. Precedentes.

4. Agravo desprovido.

(AgInt no REsp 1712101/AL, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, terceira turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Usucapião especial. 1. Bem financiado com recursos do SFH e pertencente à CEF. Pretensão rechaçada pela jurisprudência do stj. 2. Análise dos requisitos para configuração da usucapião. Súmula 7 do STJ. 3. Alegação de ofensa aos arts. 1.204, 1.238, 1.240-a do código civil/2002 e existência de divergência jurisprudencial. Inovação recursal. 4. Agravo interno improvido.

1. O Tribunal local asseverou ser inviável a usucapião de imóveis vinculados ao SFH, diante do viés público desse tipo de bem, pois são financiados por meio de fundo público. Nesse passo, verifica-se que o aresto impugnado encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Casa de Justiça no sentido de ser impossível a usucapião de imóveis construídos com recursos do SFH e pertencentes à CEF. 2. Ademais, a verificação dos requisitos necessários, para usucapir o imóvel, demanda o revolvimento fático-probatório dos autos, situação vedada pela Súmula 7 do STJ. 3. Segundo esta Corte Superior, “é vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa” (STJ, AgInt no REsp 1.536.146/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14/09/2016).

661.204



PENAL

4. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1151574/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, terceira turma, julgado em 06/02/2018, DJe 26/02/2018)

Agravo interno no recurso especial. Ação de usucapião urbano. Imóvel da caixa econômica federal vinculado ao sistema financeiro de habitação. Ausência de animus domini. Matéria fático-probatória.

Revisão. Súmula 7/stj. Agravo não provido.

1. “O imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível” (REsp 1.448.026/PE, Rel. Ministra Nancy Andrighi).

2. A Corte de origem, mediante o exame do acervo fático-probatório dos autos, concluiu não ter sido demonstrado o requisito do animus domini para a caracterização da usucapião especial urbana, tendo em vista que o imóvel está vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação e que a parte autora sabia ser pertencente a outrem. Infirmar as conclusões do julgado, para reconhecer a existência de posse mansa e pacífica, demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1584104/AL, Rel. Ministro Raul Araújo, quarta turma, julgado em 17/08/2017, DJe 08/09/2017)

3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia quarta turma, para apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

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

ILICITUDE DA PROVA

ANULADA PROVA OBTIDA POR POLICIAL QUE ATENDEU LIGAÇÃO TELEFÔNICA PARA O SUSPEITO E SE PASSOU POR ELE PARA NEGOCIAR DROGAS

Superior Tribunal de Justiça

Habeas Corpus n. 511.484 – RS

Órgão Julgador: 6a. T.

Fonte: DJ, 29.08.2019

Relator: Ministro **Sebastião Reis Júnior**

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Sentença transitada em julgado. Ilícitude da prova. Ausência de autorização pessoal ou judicial para acessar dados do aparelho telefônico apreendido ou para atender ligação. Policial passou-se pelo dono da linha e fez negociação para provocar prisão em flagrante. Inexistência de prova autônoma e independente suficiente para a condenação. 1. Não tendo a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para ler mensagens nem para atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa por meio do aparelho com qualquer interlocutor que seja se passando por seu dono, a prova obtida dessa maneira arbitrária é ilícita. 2. Tal conduta não merece o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas. Cabe ao magistrado abstrair a prova daí originada do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do jus puniendi. 3. No caso, a condenação do paciente está totalmente respaldada em provas ilícitas, uma vez que, no momento da abordagem ao veículo em que estavam o paciente, o corréu e sua namorada, o policial atendeu ao telefone do condutor, sem autorização para tanto, e passou-se por ele para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante. Esse policial também obteve acesso, sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho de telefonia móvel em questão, lendo mensagem que não lhe era dirigida. 4. O vício ocorrido na fase investigativa atinge o desenvolvimento da ação penal, pois não há prova produzida por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável. Até o testemunho dos policiais em juízo está contaminado, não ha-

vendo prova autônoma para dar base à condenação. Além da apreensão, na hora da abordagem policial, de cocaína (2,8 g), de maconha (1,26 g), de celulares e de R\$ 642,00 (seiscentos e quarenta e dois reais) trocados, nada mais havia no carro, nenhum petrecho comumente usado na traficância (caderno de anotações, balança de precisão, material para embalar droga, etc.). Somente a partir da leitura da mensagem enviada a um dos telefones e da primeira ligação telefônica atendida pelo policial é que as coisas se desencadearam e deram ensejo à prisão em flagrante por tráfico de drogas e, depois, à denúncia e culminaram com a condenação. 5. Ordem concedida para anular toda a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Flavio Mendonça da Rosa, condenado pela prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 61, I, do Código Penal, à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, inicialmente, em regime fechado, mais 500 dias-multa (Processo n. 001/2.11.0090044-4, da 9ª Vara Criminal da comarca de Porto Alegre/RS).

Ataca-se o acórdão que transitou em julgado em 21/3/2017, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação n. 70050139047 (fls. 158/175).

Alega-se que não é possível afirmar, sem qualquer dúvida, que o paciente concorreu para a prática do crime de tráfico de entorpecentes (fl. 7).

Aduz-se que o processo é absolutamente nulo e que a polícia militar

teria abusado do poder que lhe é atribuído legalmente, criando provas no caderno processual (fl. 14).

Menciona-se que as testemunhas de acusação, policiais militares que atenderam a ocorrência, admitiram em audiência, que, quando o telefone do Réu Lucas tocava, atendiam, sem autorização judicial e se faziam passar por traficante, oferecendo drogas (fl. 8).

Defende-se que deve ser reconhecida a contaminação das provas acusatórias obtidas na fase policial, porque toda ela decorrente de interceptações telefônicas ilegais (fl. 13).

Sustenta-se, também, que a quantidade de droga apreendida (2,8 g de cocaína, fracionados em 3 buchas, e 1,26 g de maconha, na forma de um tijolinho) é compatível com a condição de usuário. Ademais, o paciente teria sido revistado em uma abordagem de rotina, em local comum, e não em ponto de venda, sem notícias ou denúncias acerca da traficância (fl. 7).

Argumenta-se que a aplicação da pena ocorreu de forma extremamente severa, pois fixada acima mínimo legal sem fundamento idôneo e sem o reconhecimento do privilégio.

Requer-se a concessão da ordem para anular o processo por utilização de provas ilegais para embasar a condenação, com a respectiva soltura do paciente (fl. 17); ou para desclassificar a conduta do paciente para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006; ou para redimensionar a pena dele.

Processado o feito sem pedido liminar, depois de prestadas infor-

mações e enviados documentos pelo Tribunal estadual (fls. 141/202), opinou o Ministério Público Federal pela denegação da ordem. Eis o resumo escrito pela Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês Gordilho Aras (fl. 204):

Habeas corpus. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da lei 11.343/06). Condenação às penas de 05 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado e 500 dias-multa. Pedido de declaração da nulidade do processo-crime, sob a tese de que vícios ocorridos durante a fase inquisitorial maculam todas as provas posteriormente produzidas em juízo. Descabimento. Eventuais irregularidades verificadas na fase preparatória não atingem o processo penal. Condenação lastreada em provas autônomas. Incidência da teoria da fonte independente. Pedido subsidiário de desclassificação do delito, de tráfico de entorpecentes para uso de tais substâncias. Necessidade de revolvimento do acervo probatório do feito principal, incabível na via estreita do writ. Pleito de redução do quantum de aumento de pena estabelecido ao paciente por força da agravante da reincidência. Inexistência, no estatuto repressivo, de frações mínima e máxima a serem utilizadas como critérios para a exacerbação da reprimenda em razão de circunstâncias agravantes. Discricionariedade do julgador limitada pela razoabilidade e pela proporcionalidade. Afastamento da minorante prevista no §4º do art. 33 da lei 11.343/06, em razão da reincidência do réu. Parecer pelo conhecimento do mandamus e pela denegação da ordem postulada.

Segundo a Guia de Execução Penal do paciente, até a data de 27/5/2019, ele já havia cumprido 7 anos, 4 meses e 15 dias de um total de 25 anos de reclusão (PEC n. 0138644-70.2014.8.21.0001 – fl. 183).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): Bom, a minha preocupação principal é com a alegação de nulidade do processo

em razão da ilicitude na colheita da prova inicial.

Os autos não foram instruídos com cópia da denúncia, por isso, vou me valer da transcrição feita na sentença a respeito dos fatos que deram ensejo à condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas (fls. 143/144 – grifo nosso):

Fato 01

“Em data não determinada, até o dia 19 de agosto de 2011, na Rua Ernesto Alves, 111, bairro Floresta, nesta capital, os denunciados associaram-se em comunhão de esforços e conjugação de vontades para o fim de vender, ministrar ou entregar a consumo, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, crimes descritos no art. 33 da Lei n. 11.343/06. Tanto que no dia 19/8/2011 foram apreendidas (autos de apreensão inclusos) drogas em poder dos denunciados”.

Fato 02

“No dia 19 de agosto de 2011, cerca de 01h, na Rua Ernesto Alves, 111, bairro Floresta, nesta capital, os denunciados, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, traziam consigo, para o fim de vender, ministrar ou entregar a consumo, 03 buchas de cocaína, pesando aproximadamente 2,80g e 1 tijolo de maconha, pesando aproximadamente 1,26g (autos de apreensão e de constatação de natureza da substância em anexo), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, presentes na Portaria n. 344/98 SVS/MS. Substâncias, essas, que causam dependência psíquica e física.

Na ocasião, policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram o veículo VW/Gol, placas IGF0214, estacionado na calçada. Foi efetuada a abordagem e encontrada a droga embaixo do banco do motorista. Com o denunciado Flávio foi apreendida, ainda, a quantia de R\$642,00.

Um dos telefones celulares que foram apreendidos com o denunciado Flávio tocou diversas vezes, tratavam-se de consumidores querendo comprar drogas com os denunciados.

Uma das ligações foi feita a pedido de D. K., usuário de entorpecentes,

que solicitou a entrega de drogas na esquina entre a Avenida Farrapos e a Rua Garibaldi.

F. M. da R. é reincidente, conforme certidão de antecedentes inclusa”.

De acordo com o Juiz do processo, a autoria ficou devidamente comprovada, diante do auto de prisão em flagrante e da prova testemunhal colhida em juízo.

Pela leitura da sentença, vê-se que, para o Magistrado chegar à conclusão que chegou, foram cruciais os testemunhos, em Juízo, dos policiais que efetivaram a prisão em flagrante e o de D. B. K., na fase do inquérito. Confirmam-se estes trechos (fls. 145/148 – grifo nosso):

Interrogado (fls. 212/216v), o acusado L. P. S., negou a traficância, confessando estar em posse das drogas que destinaria ao consumo pessoal. Asseverou que no dia do fato teria ido a

Requer-se a concessão da ordem para anular o processo por utilização de provas ilegais para embasar a condenação, com a respectiva soltura do paciente

casa de um amigo pegar um dinheiro que estava sendo arrecadado para fazerem a festa de aniversário do corrêu Flávio quando foi abordado pela polícia. Em relação as mensagens recebidas em seu celular, confirmou que teria recebido-as, mas desconhece a sua procedência, bem como que a versão dos milicianos são inverídicas, eis que induziam as pessoas que ligavam para seu celular a dizer que queriam comprar drogas. Alega que Flávio teria utilizado seu celular para fazer ligações e que não sabe dizer se as ligações que estava recebendo seriam dessas pessoas as quais ele teria ligado.

Interrogado (fls. 217/222v), o acusado F. M. da R., negou a traficância e a posse da droga, asseverando que estava acompanhado do corrêu Lucas e de sua namorada Ana Paula quando foram pegar um dinheiro

com seu amigo Carlos. Chegando na casa de Carlos e após estacionarem o veículo em frente a residência foram abordados pelos policiais militares e conduzidos a DP. Sobre o dinheiro encontrado consigo, justificou dizendo que era de sua rescisão do contrato de trabalho e outra parte da arrecadação que estava fazendo para a sua festa de aniversário.

Em relação as mensagens recebidas no celular de Lucas, não soube explicar, porém confessou ter pego emprestado para ligar, mas desconhece a procedência e afirma serem inverídicas as versões dos policiais de que pessoas ligavam encomendando droga, eis que induziam elas a confessar a compra.

Contrariamente a versão dos acusados, foram os depoimentos dos policiais militares A. P. P. G. e J. T. F. F. (fls. 222V/230). Relataram que estavam de patrulhamento de rotina na Avenida Farrapos em direção a Rua Voluntários da Pátria quando perceberam que os acusados em posse do veículo VW/GOL, placas IGF-0214 deram a volta no quarteirão e em seguida estacionaram em cima da calçada. Em razão da atitude suspeita, foi feita a abordagem, encontrando no interior do veículo três buchas de cocaína, um tijolo de maconha, diversos aparelhos telefônicos, e em poder do réu Flávio R\$ 642,00 reais em dinheiro trocado. No momento em que abordavam os réus, Lucas recebeu uma mensagem de texto em seu celular que solicitava a entrega da droga a uma mulher de calça preta e blusa branca. Após conduzirem os réus a 3ª DP, o celular de Lucas continuou a receber chamadas, e ao atenderem uma delas, um consumidor solicitou a compra de drogas, combinando o local da entrega e informando as vestimentas que estaria usando a fim de facilitar sua identificação.

Ao se deslocarem até o local indicado pelo consumidor, fizeram uma ligação para o número do telefone que havia ligado, quando ouviram o telefone tocar no bolso da calça de um rapaz que estava com as mesmas roupas que havia sido informado. Após abordá-lo, foi conduzido a DP e

confessado que teria encomendado a droga. Afirmaram que os réus funcionavam como uma espécie de tele-entrega de drogas.

A testemunha D. B. K. (fls. 230/234), relatou em juízo que emprestou seu telefone celular a uma amiga para ligar para o réu Lucas, pois iriam combinar de tomar uma cerveja. Sem ter conhecimento do que estava acontecendo foi abordado e algemado pelos policiais militares. Sobre o depoimento prestado no IP, disse não ter lido o conteúdo do termo e por isso acabou assinando, mas afirma que os fatos realmente se passaram como narrado por ele em juízo, desconsiderando o depoimento prestado no IP eis que foi coagido pelos policiais. Em nenhum momento ligou ou solicitou a sua amiga que ligasse encomendando droga aos réus, pois sua intenção era apenas de tomar uma cerveja com os acusados.

A testemunha R. de C.F. (fls. 234/237v), disse ser usuário de drogas e amigo dos réus e que foi ele quem enviou a mensagem de texto para o celular do réu Lucas. No entanto, alega que não compraria droga dos acusados, apenas queria saber como conseguir mais para consumir, eis que haviam consumidos juntos dias anteriores e por ser de boa qualidade a droga queria comprar mais. Disse ter contribuído com dinheiro para comprar o entorpecente e que sua amiga iria se encontrar com Lucas para juntos comprarem a droga.

A testemunha C. I. P. O. (fls. 238/239), relatou que no dia do fato o réu Flávio teria combinado de passar em sua casa para pegar o dinheiro que estava arrecadando para fazer sua festa de aniversário quando foi abordado em frente a sua residência pelos policiais militares. Afirma não saber que os réus estavam com drogas e que apenas deu o dinheiro para ajudar no churrasco.

A testemunha A. P. A. G. (fls. 239v/242), disse ser namorada do réu Flávio e que no dia do fato teria pedido emprestado o carro de uma amiga para ela e os réus pudessem ir até a casa Carlos pegar o dinheiro para o churrasco.

Chegando lá, foram abordados pelos policiais e encaminhados para DP. Nega estarem os réus envolvidos com o tráfico de drogas, mas confessa serem usuários.

A testemunha T. S. M. (fls. 242/243v), proprietária do veículo VW/GOL, placas IGF-0214, confirmou ter emprestado seu veículo a sua amiga Ana Paula e seu namorado Flávio para irem buscar o dinheiro do churrasco na casa de Carlos.

A controvérsia efetiva reside no confronto observado entre o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão e apreensão, a versão dos acusados, de que não estavam traficando, e o depoimento das testemunhas de defesa, que corroboraram a tese levantada pelos réus.

Ocorre, que o delito de tráfico de drogas restou evidente diante do depoimento dos policiais militares que

O fato de os policiais terem atendido ligações no telefone celular em poder de detido configura obtenção de prova por meio ilícito

afirmaram terem apreendidos em poder dos acusados 03 buchas de cocaína, 01 tijolo de maconha e diversos aparelhos celulares, bem como R\$ 642,00 reais em poder do acusado Flávio. Somado a isso, os policiais foram uníssonos tanto no APF como em juízo em confirmarem que no momento da abordagem o réu Lucas recebeu uma mensagem de texto em seu celular, solicitando a compra e a forma de entrega dos entorpecentes “tu entrega 20g, é uma moça de calça preta e blusa branca, tu entregas 20g e ela vai te dar R\$ 300,00”. Os policiais ainda narraram que o dinheiro apreendido estava fracionado em pequenas notas de R\$ 5,00 e 10,00 reais, o que evidencia que serviriam de troco para eventual negociação.

Corroborando a vasta prova carreada aos autos, a testemunha de

defesa D. B. K., em que pese não ter confirmado em juízo, relatou no APF ter solicitado a uma amiga que ligasse para os réus e encomendasse a droga, veja-se, “afirma ser usuário de cocaína e maconha de forma esporádica e que pediu para uma amiga que fizesse contato com um fornecedor de seu conhecimento para que efetuasse a encomenda de drogas, para tanto ofereceu seu telefone para contato (fl. 26)”. Em juízo, ao contrário, disse ter solicitado a amiga que ligasse para os réus para combinarem de tomar uma cerveja. As demais testemunhas, de alguma forma tentaram eximir os réus de culpa ao tentarem enquadrá-los como mero usuário de drogas. No entanto, seus informes refletem a sentimentos de solidariedade, que não chega a interferir no contexto das palavras dos policiais militares.

É verdade que a prova obtida na fase inquisitorial isoladamente não pode conduzir o julgador a um juízo condenatório.

No entanto, além do relato da testemunha supra prestado no inquérito policial, os policiais confirmaram a suficiência, fornecendo elementos suficientes para alicerçar um juízo condenatório, pois relataram que ao atenderem o telefone celular do réu Lucas, um consumidor encomendou a compra da droga, informando o local para negociação e as vestimentas que estaria usando. Os policiais foram até o local combinado ligaram para o celular do comprador, sendo atendido pela testemunha Daniel Barbosa, que posteriormente confessou na Delegacia que teria encomendado a droga dos acusados, conforme comprova a transcrição acima grifada.

Em relação à prova ilícita alegada pelas defesas, disse o Juiz o seguinte (fl. 148/150 – grifo nosso):

[...] não lhes assiste razão. O fato de os policiais terem lido as mensagens de texto e atendido as ligações do celular do réu Lucas não configuram prova ilícita quando obtidas de forma não intencional e seguindo os trâmites típicos e de praxe da polícia que ao notarem a atitude suspeita dos acusados resolveu abordá-los e por consequência disso tiveram acesso as

mensagens do celular. Assim, não foi a única prova a indicar a traficância, apenas veio reforçar e a corroborar as provas já existentes acerca do tráfico de drogas perpetrados pelos réus, pois o delito restou configurado ainda no momento em que os acusados foram presos em posse das drogas, celulares e do dinheiro trocado. Portanto, a abordagem foi precedida e amparada por lei, sendo perfeitamente legal.

O simples fato de trazerem consigo a substância já caracteriza a traficância, notadamente porque o tipo descrito no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, é daqueles de conteúdo variado, em que é desnecessária a realização de todas as condutas nele previstas para configurar o fato típico. Verificou-se, ainda, que o depoimento dos policiais foram coerentes com aquele que instruiu o inquérito policial, e fornece prova robusta para condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes, eis que foram os réus flagrados trazendo consigo 03 “buchas” de cocaína, pesando aproximadamente 2,80g e 01 tijolo de maconha, pesando aproximadamente 1,26g para fins de venda a consumo, conforme restou comprovado nos autos, o que tipifica o delito do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

O fato de serem os réus usuários de entorpecente, particularmente de maconha e cocaína, não afasta a possibilidade do tráfico, sendo conhecida a realidade de que os traficantes são, hoje, arregimentados entre os próprios usuários, criando-se o chamado “tráfico-formiga” ou “usuário traficante”.

Assim, o deslinde se resume nos depoimentos dos policiais que efetivaram a prisão e apreensão da droga contra os relatos dos acusados e testemunhas arroladas pelas Defesas. No entanto, diante dos depoimentos convincentes apresentados pelos agentes do Estado, que vieram a corroborar aqueles prestados no IP, não teria porque não dar credibilidade aos seus relatos, levando em conta ainda possuir seus informes presunção juris tantum de idoneidade.

Dito conflito, todavia, não é novo. É, ao revés, corriqueiro no manejo do processo criminal. Qualquer interpre-

tação do conjunto da prova, entretanto, não deve estar dissociada das regras da experiência. A exegese se inicia com uma pergunta óbvia: porque não crer na palavra acusatória dos agentes policiais?

Impensável responder, nesse caso, que a dúvida sobre a abrangência desse elemento acusatório se dá por conta de sua só e isolada condição. Assim fosse, concluiríamos que essa só condição gera suspeição ipso facto, tese insustentável.

O testemunho aludido, por representar elemento probatório lícito, deve receber o valor que possa merecer dentro do sistema do livre convencimento e da persuasão racional conferida ao Juiz, só sendo lícito sobrestar seu valor se existirem elementos concretos da vinculação dos agentes com uma tese acusatória espúria. Não é o que se observa.

O ato do policial não configura procedimento policial escorrito, e não foi instrumento necessário para salvaguarda do interesse público

Observe-se que a narrativa dos PM'S, em linhas gerais, não apresenta distorção de conteúdo, tendo sido reproduzida em juízo, confirmando os dizeres inquisitoriais, ainda inexistindo relação prévia entre eles que permitisse aventar de uma deliberada e espúria intenção incriminatória especialmente contra o acusado.

Ditos elementos, ao sentir desse julgador, permitem valorizar a carga de veracidade que merece o testemunho dos policiais militares responsáveis pela prisão, especialmente diante do fato das apreensões e da ausência de prova acerca do interesse destes na incriminação dos acusados que apresentaram um discurso fantasioso na tentativa de tentarem eximir-se da responsabilidade pelo tráfico de drogas.

Transparece inaceitável, a propósito, que o Estado fosse executar

o serviço de perseguição por meio de seus servidores e, durante este, retire a credibilidade de suas palavras. [...]

O Tribunal estadual entendeu que (fl. 158 – grifo nosso),

O fato de os policiais terem atendido ligações no telefone celular em poder de detido não configura obtenção de prova por meio ilícito, pois quando o telefone tocou o delito de tráfico de drogas já estava configurado, sendo que os fatos que se sucederam só ratificaram a existência do crime, com solicitação de drogas por usuários. Os depoimentos dos policiais, assim como de quaisquer outras testemunhas, são válidos, sobretudo, inexistindo qualquer evidência de suspeição.

Para mim, está evidente que toda a prova está contaminada pela ilicitude, sobretudo o testemunho dos policiais.

Pelo que consta, até aparecer a mensagem na tela do telefone do corréu e um dos policiais atender a primeira ligação, o contexto da abordagem não revelava a traficância. Eram três pessoas dentro de um carro, com pequena quantidade de cocaína (2,8 g) e de maconha (1,26 g). O dinheiro fracionado em notas picadas talvez indicasse algo, mas, por si só, não seria suficiente para atestar o crime do art. 33, sobretudo porque eles não estavam com nenhum petrecho usado para tal fim. Os policiais só chegaram a D. K. – testemunha chave do inquérito –, a partir de uma das ligações atendidas pelo policial, os autos dizem isso. Veja-se, por exemplo, a de gravação da audiência de instrução e julgamento (fls. 63, 66, 74, 77/79, 80/84).

Ali, o Terceiro Sargento Godói, após ser questionado pela defesa se tinha autorização para atender às ligações, respondeu que (fl. 78):

A partir do momento que a gente efetua uma prisão, tem os elementos, tem o dinheiro, tem a droga, automaticamente a gente apreende o aparelho celular. Como estava tocando e entrou uma mensagem, olhando a mensagem já era um elemento para eu efetuar a prisão.

Também admitiu que atendia aos telefonemas se passando pelos réus

para fazer a negociação, para poder fazer o flagrante (fl. 79).

O outro policial confirmou que, no decorrer da lavratura do auto de prisão em flagrante, aconteceram várias outras ligações telefônicas para o tal celular solicitando drogas (fl. 83). Mas como saberiam que eram para pedir drogas?

Este caso se assemelha a outro julgado pela Sexta Turma, o HC n. 55.288/MG.

Ali, enquanto o então paciente estava sendo preso em flagrante, o telefone tocou, e o policial atendeu à ligação em que o acusado estava sendo instado a fornecer droga a um usuário.

Segundo o entendimento majoritário, conforme os votos proferidos pela Relatora, Desembargadora convocada do TJ/PE Auderita Ramos de Oliveira, e pela Ministra Assusete Magalhães (no que foram acompanhadas pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura), os policiais não utilizaram qualquer subterfúgio ou ardil – por exemplo, mentir para o interlocutor, como se policial não fosse –, a fim de que ele não revelasse o teor da conversa.

Nesse julgamento, prevaleceu a compreensão de que os policiais se encontravam no exercício legítimo das suas atribuições, seu procedimento não teria se desenvolvido às escondidas e foi instrumento necessário para salvaguarda do interesse público em detrimento do direito individual à intimidade do réu.

Para esse acórdão foi escrita a seguinte ementa (DJe 10/5/2013):

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Interceptação telefônica. Inocorrência. Policial que atendeu ao celular do réu. Prova lícita.

1. O ato da interceptação consiste em captar aquilo que é destinado a outrem sem que isso seja percebido pelos interlocutores ou, sendo a informação conhecida por apenas um deles.

2. Na espécie, o policial militar atendeu ligação efetuada para o celular do denunciado, tendo como interlocutor um usuário de drogas que desejava comprar substância entorpecente. Em nenhum momen-

to o paciente teve qualquer conversa interceptada pelas autoridades, de modo que a hipótese não se amolda às determinações da Lei n.º 9.296/96.

3. O ato do policial configura, em verdade, procedimento policial escorreito, que não se desenvolveu às escondidas e foi instrumento necessário para salvaguarda do interesse público em detrimento do direito individual à intimidade do réu.

4. Ordem denegada.

(HC n. 55.288/MG, DJe 10/5/2013)

Nessa assentada, fiquei vencido, porque, para mim, a condenação do paciente estava respaldada em prova ilícita, da qual derivaram as demais. Não é outra a conclusão a que chego neste caso, principalmente considerando a particularidade que difere esta situação daquela analisada no precedente mencionado: o policial atendeu ao telefonema sem autoriza-

Ao declarar que é inviolável o sigilo de correspondência e telefônico, a CF está proibindo que se abram cartas e se escutem e interceptem telefonemas

ção e passou-se pelo paciente para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante.

Não pode ser tida como legítima essa conduta do policial nem a de obter acesso, sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho de telefonia móvel em questão. Também não se pode afirmar que o vício ocorrido na fase investigativa não atinge o desenvolvimento da ação penal, como quer fazer crer o Ministério Público Federal no parecer (fl. 208). Que base teria a denúncia ou a condenação se não fossem os testemunhos dos policiais contaminados pelas provas que obtiveram ilegalmente? Não se trata de prova produzida por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável.

Por ser totalmente aplicável à hipótese em exame, repito o que expus no HC n. 55.288/MG:

Para mim, data venia, tal conduta, embora não se encaixe perfeitamente no conceito de interceptação telefônica, revela verdadeira invasão de privacidade e indica a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do paciente, em afronta a princípios muito caros do nosso ordenamento jurídico. Não merece, portanto, o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas.

Pertinente, aqui, ensinamento do Prof. José Afonso da Silva, ao comentar a questão da segurança das comunicações pessoais:

Trata-se de garantia constitucional que visa assegurar o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 5º, IV). Garantia também do sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo.

Ao declarar que é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se escutem e interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos. O objeto de tutela é duplice: de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade.

A suspensão, sustação ou interferência no curso da correspondência, sua leitura e difusão sem autorização do transmissor ou do destinatário, assim como as interceptações telefônicas, fora das hipóteses excepcionais

autorizadas no dispositivo constitucional, constituem as formas principais de violação do direito protegido. A legislação penal (Código Penal) e a especial (Código das Comunicações) prevêem sanções aplicáveis a esses crimes.

(Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª ed., Malheiros, pág. 439 – grifo nosso)

O interesse público não deve se sobrepor aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão. No processo penal, todos os meios de prova, ainda que não especificados em dispositivo legal, são hábeis para evidenciar a verdade dos fatos, desde que, obviamente, moralmente legítimos. O que é ilegal ou o que é ilegítimo não é meio hábil para fazer prova. Como já disse Frederico Marques, inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória (Elementos de Direito Processual Penal. vol. II, págs. 293/294).

No caso, entendo que a prova foi obtida por meio de arbítrio do policial militar, e cabe ao magistrado abstrair-la do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do jus puniendi. Não tinha a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para atender ao telefone móvel do paciente e travar conversa através daquela linha com qualquer interlocutor que fosse. O policial «entrou» na comunicação alheia, de modo a obter, de modo sub-reptício, conversa que deveria ficar entre aquele que ligou e o destinatário real do telefonema. É consabido que o sigilo das comunicações telefônicas – e o caso se enquadra nesta situação – somente pode ser relativizado nas hipóteses e na forma que a lei especificar.

Assim, como a condenação do paciente foi respaldada em prova que ora reputo ilícita, da qual derivou as demais, concedo a ordem nos termos em que requerida.

Ao longo do tempo, como bem observado pelo Ministro Felix Fischer, a jurisprudência das duas Turmas

da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“WhatsApp”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel (RHC n. 77.232/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/10/2017). Da Sexta Turma, o RHC n. 76.510/RR, Ministro Nefi Cordeiro, DJe 17/4/2017).

Sendo assim, voto pela concessão da ordem para anular toda a ação penal, porque lastreada em prova

contaminada pela ilicitude, desde o início. Ao contrário do que opinou a parecerista, nenhum elemento lícito resta para sustentar a condenação, não servindo para tanto ter sido preso o paciente na posse das drogas, de celulares e com dinheiro trocado.

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. ■

661.205



PREVIDENCIÁRIO

SUBSTITUIÇÃO DA RENDA

CÁLCULO DA APOSENTADORIA DEVE CONSIDERAR COMO ATIVIDADE PRINCIPAL AQUELA QUE GERA RENDA MAIOR

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.390.046/RS

Órgão Julgador: 1a. Turma

Fonte: DJ, 25.09.2019

Relator: Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

EMENTA

Previdenciário. Recurso especial. Revisão de RMI. Exercício de atividades concomitantes. Não preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício em qualquer das atividades desenvolvidas. Critério do cálculo da renda mensal inicial. Atividade principal é aquela que representa maior proveito econômico. Recurso especial do INSS a que se nega provimento. 1. Nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada como atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o Segurado reuniu todas as condições para a concessão do benefício. 2. Nas hipóteses em que o Segurado não completou tempo de contribuição

suficiente para aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, será considerada como atividade principal, para fins de cálculo do benefício, aquela que detém o maior proveito econômico, pois, por óbvio, é a que garante a subsistência do Segurado e, portanto, atinge o objetivo primordial do benefício previdenciário, que é a substituição da renda do trabalhador.

3. Precedentes: REsp. 1.664.015/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 29.6.2017; REsp. 1.419.667/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 23.8..2016; REsp. 1.523.803/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.9.2015; AgRg no REsp. 1.412.064/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 26.3.2014. 4. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

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, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 30 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).

Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro relator

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo INSS, com fundamento na alínea a do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado:

Previdenciário. Revisão de benefício. Atividades concomitantes.

1. O salário de benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes deve ser calculado nos termos do art. 32 da Lei no 8.213/91, somando-se os respectivos salários de contribuição quando satisfizer, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido.

2. Não tendo o segurado preenchido as condições para a concessão do benefício em relação a ambas as atividades, o salário de benefício corresponderá à soma do salário de

benefício da atividade principal e de um percentual da média do salário de contribuição da atividade secundária, considerada como principal a atividade que vertia maior proveito econômico ao segurado.

2. A Autarquia Previdenciária, em suas razões recursais, sustenta ocorrência de violação dos arts. 535 do CPC e 32 da Lei 8.213/1991, aos seguintes argumentos: (a) o acórdão recorrido, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, permaneceu omisso; (b) é considerada a atividade principal aquela onde se verifica maior tempo de serviço laborado pelo segurado, sendo que o valor das contribuições vertidas para o sistema não influi em tal indicação, não prosperando a alegação da Corte de origem de que a atividade principal poderia ser considerada aquele onde exista maior proveito econômico para o trabalhador.

3. Pugna, assim, que deve-se reconhecer como atividade principal aquele em que o autor preencheu todos os requisitos para a obtenção da aposentadoria e não aquela onde existem recolhimentos previdenciários mais altos.

4. É o relatório.

VOTO

Previdenciário. Recurso especial. Revisão de RMI. Exercício de atividades concomitantes. Não preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício em qualquer das atividades desenvolvidas. Crité-

rio do cálculo da renda mensal inicial. Atividade principal é aquela que apresenta maior proveito econômico. Recurso especial do INSS a que se nega provimento.

1. Nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada como atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o Segurado reuniu todas as condições para a concessão do benefício.

2. Nas hipóteses em que o Segurado não completou tempo de contribuição suficiente para aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, será considerada como atividade principal, para fins de cálculo do benefício, aquela que detém o maior proveito econômico, pois, por óbvio, é a que garante a subsistência do Segurado e, portanto, atinge o objetivo primordial do benefício previdenciário, que é a substituição da renda do trabalhador.

3. Precedentes: REsp. 1.664.015/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 29.6.2017; REsp. 1.419.667/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 23.8..2016; REsp. 1.523.803/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.9.2015; AgRg no REsp. 1.412.064/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 26.3.2014.

4. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

1. Cuida-se de ação em que se postula a revisão da RMI de benefício previdenciário de Segurado que exercia atividades laborais concomitantes.

2. É certo que esta Corte já consolidou o entendimento de que, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada como atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o Segurado reuniu todas as condições para a concessão do benefício. A propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Critério de cálculo da renda mensal inicial. Atividades concomitantes. Incidência do art. 32, ii, da lei n. 8.231/91. Agravo regimental improvido.

1. "Na hipótese de desempenho, pelo segurado, de atividades laborais

concomitantes, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/91, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o segurado reuniu condições para concessão do benefício” (AgRg no REsp 1412064/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, DJe de 26/3/2014).

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. 772.745/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 5.8.2014).

Previdenciário. Revisão do benefício. Atividades concomitantes. Cálculo da renda mensal inicial. Incidência do art. 32, ii, da lei nº 8.231/91. Agravo interno desprovido.

I – Nos termos do art. 32, II, da Lei 8.213/91, na hipótese de exercício de atividades concomitantes pelo segurado, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário-de-benefício, aquela na qual ele reunia condições para concessão do benefício. Precedentes.

II – Agravo interno desprovido (AgRg no REsp. 1.208.245/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 14.3.2011).

3. Contudo, na hipótese em exame, o Segurado não completou tempo de contribuição suficiente para aposentar em nenhuma das atividades concomitantes.

4. Em situações assim, o salário de benefício será calculado com base na soma do salário de benefício da atividade principal e de um percentual da média do salário de contribuição da atividade secundária.

5. A controvérsia consiste, então, em definir como eleger qual das atividades concomitantes será considerada a principal para fins de cálculo do benefício.

6. Esta Corte tem firmado orientação de que não sendo possível somar os salários de contribuição das atividades concomitantes para o cálculo do benefício, a atividade principal deve ser aquela que detém o maior proveito econômico, pois, por óbvio, é a que garante a subsistência do Segurado e, portanto, atinge o objetivo primordial do benefício previdenciário, que é a substituição da renda do trabalhador.

7. De fato, deve-se entender que atividade secundária seria aquela que complementa a renda da atividade principal e, por essa razão, o salário de contribuição maior deve ser aquele indicado no cálculo da média como atividade principal.

8. Corroborando tal orientação, os seguintes julgados:

Previdenciário. Recurso especial. Cálculo de benefício. Atividades concomitantes. Atividade principal para cálculo da renda mensal inicial. Critério do maior proveito econômico. Acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência do STJ.

1. O Tribunal a quo, ao interpretar o art. 32 da Lei 8.213/1991, aplicou entendimento no sentido de que a atividade considerada principal é a que resulta em maior proveito econômico ao segurado. Com efeito, o acórdão recorrido se encontra em sintonia com a jurisprudência do STJ.

2. Deve ser considerada como atividade principal, para fins de apuração do salário de benefício, aquela que gerará maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial, tratando-se de hipótese em que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes. Isto porque, diante da lacuna deixada pelo artigo 32 da Lei 8.213/1991, que não prevê, de forma expressa, a fórmula de cálculo dessa situação jurídica, devem ser observados os princípios que envolvem a ordem econômica e social previstas na Constituição, ambas fundadas na valorização e no primado do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

3. Recurso Especial não provido (REsp. 1.664.015/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 29.6.2017).

Previdenciário. Código de processo civil de 1973. Aplicabilidade. Atividades concomitantes. Ausência do preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício nas atividades desenvolvidas. Cálculo da renda mensal inicial. Atividade principal. Maior proveito econômico. Precedentes.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – Considerando que o art. 32 da Lei n. 8.213/1991 não prevê, de forma expressa, a fórmula de cálculo do salário de benefício na hipótese em que o segurado não preencheu os requisitos para a concessão de aposentadoria em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser considerada como atividade principal aquela que proporcionar o maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial. Precedentes.

III – Recurso especial improvido (REsp. 1.419.667/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 23.8.2016).

Previdenciário e processual civil. Regime geral da previdência social. Critério de cálculo da renda mensal inicial. Atividades concomitantes. Atividade principal. Melhor proveito econômico. Súmula 83/STJ

1. Cinge-se a controvérsia a saber quais salários de contribuição devem ser utilizados no cálculo do salário de benefício, no período em que o recorrido exerceu atividades concomitantes abrangidas pelo Regime Geral de Previdência Social, ou seja, qual a atividade principal a ser considerada nos períodos de exercício de atividades concomitantes.

2. No presente caso, em nenhuma das atividades concomitantes o segurado completou a carência exigida para a concessão do benefício.

3. O Tribunal a quo, ao interpretar o art. 32 da Lei 8.213/1991, aplicou entendimento no sentido de que a atividade considerada principal é a que resulta em maior proveito econômico ao segurado.

4. Com efeito, o acórdão recorrido se encontra em sintonia com a jurisprudência do STJ. Aplica-se o óbice da Súmula 83/STJ. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1.412.064/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.3.2014; REsp 1.311.969/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em

20.2.2014, DJe 6.3.2014; AgRg no REsp 772.745/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27.6.2014, DJe 5.8.2014 5. Recurso Especial não provido (REsp. 1.523.803/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.9.2015).

Processual civil e previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Regime geral da previdência social. Aposentadoria por tempo de serviço. Proventos proporcionais. Embargos à execução. Critério de cálculo da renda mensal inicial. Atividades concomitantes. Atividade principal. Melhor proveito econômico. Valor do trabalho e da livre iniciativa. Art. 32 da lei 8.213/1991. Inaplicabilidade ao caso. Art. 29 da lei 8.213/1991 em sua redação original. Observância no caso. Dissídio jurisprudencial. Falta de similitude fática. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.

1. Na hipótese de desempenho pelo segurado de atividades laborais concomitantes, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o segurado reuniu condições para concessão do benefício.

2. A peculiaridade do caso concreto consiste no fato de que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes. Por isso que deve ser considerada como atividade principal, para fins de apuração do salário de benefício, aquela que gerar maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial. Observância do julgamento em caso análogo ao presente, proferido no Recurso Especial 1.311.963/SC.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. 1.412.064/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 26.3.2014).

9. Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial do INSS.

10. É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia primeira turma, ao apreciar o processo em epí-

grafe 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, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. ■

661.206



PROCESSO CIVIL

CONCURSO DE CREDORES

AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA NÃO GERA PREFERÊNCIA EM RELAÇÃO À PENHORA POSTERIOR FEITA POR OUTRO CREDOR

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.334.635/RS

Órgão Julgador: 4a. Turma

Fonte: DJ, 24.09.2019

Relator: Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

EMENTA

Processual civil. Recurso especial. Concurso de credores. Penhora. Preferência. Averbação premonitória anterior. Irrelevância. Recurso provido. 1. A averbação premonitória – introduzida no CPC/1973 pela Lei Federal n. 11.382/2006 – tem a inequívoca finalidade de proteger o credor contra a prática de fraude à execução, afastando a presunção de boa-fé de terceiros que porventura venham a adquirir bens do devedor. 2. Uma vez anotada à margem do registro do bem a existência do processo executivo, o credor que a providenciou obtém em seu favor a presunção absoluta de que eventual alienação futura dar-se-á em fraude à execução e, desse modo, será ineficaz em relação à execução por ele ajuizada. 3. O termo “alienação” previsto no art. 615-A, § 3º, do CPC/1973 refere-se ao ato voluntário de disposição patrimonial do proprietário do bem (devedor). A hipótese de fraude à execução não se compatibiliza com a adjudicação forçada, levada a efeito em outro processo executivo, no qual se logrou efetivar primeiro a penhora do mesmo bem, embora depois da averbação. 4. O alcance do art. 615-A e seus parágrafos dá-se em relação às alienações voluntárias, mas não obsta a apropriação judicial, cuja preferência deve observar a ordem de penhoras, conforme orientam os arts. 612, 613 e 711 do CPC/1973. 5. A averbação premonitória não equivale à penhora, e não induz preferência do credor em prejuízo daquele em favor do qual foi realizada a constrição judicial. 6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília-DF, 19 de setembro de 2019 (Data do Julgamento)

Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão do TJRS assim ementado (e-STJ, fl. 212):

Agravo interno. Direito privado não especificado. Monitória. Reapreciação da matéria. Impossibilidade.

A interposição de agravo interno não justifica o reexame de decisão monocrática, principalmente quando as razões do recorrente foram devidamente enfrentadas pelo Relator em consonância com o entendimento dominante da Câmara.

Na origem, a aqui recorrente interpôs agravo contra decisão de primeira instância que, nos autos de ação monitoria que promoveu contra ARTHUR LANGE S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO, indeferiu a adjudicação de imóvel penhorado ao fundamento de que constava na matrícula do bem averbação premonitória efetivada pelo BANCO DO BRASIL S. A., o que outorgaria direito de preferência à instituição financeira, no entender do Magistrado singular (e-STJ, fls. 1516). O acórdão, proferido em sede de agravo interno, manteve por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que desproveu o recurso instrumental, assim ementada (e-STJ fl. 197):

Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Monitória.

O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução,

com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. Inteligência do art. 615-A do CPC.

Recurso a que se nega seguimento. Decisão monocrática.

Nas razões do especial (e-STJ, fls. 223/241, a recorrente indica dissídio jurisprudencial e sustenta violação dos arts. 612, 613 e 711 do CPC/1973. Defende, em síntese, que o direito de preferência sobre o bem ou crédito, havendo mais de um credor, rege-se pela anterioridade da penhora, sendo que a averbação premonitória regradada pelo art. 615-A do CPC/1973 não garante prioridade ao interessado em prejuízo do ato judicial de constrição. Nessa perspectiva, argumentou (e-STJ, fls. 226/227 e 231):

Conquanto a decisão tenha referido que a recorrente sustentou a

Neste sentido, verifica-se que a restrição prevista no art. 615-A do CPC não retira o poder de disposição do executado sobre o bem

anterioridade da penhora como fator determinante ao direito de preferência, aparentemente houve um equívoco, uma vez que não está a se discutir o direito à averbação do artigo 615-A do CPC, mas tão-somente a ordem de preferência em concurso de credores sobre bem em disputa, ou seja, seria de quem averbou na matrícula a certidão do art. 615-A ou de quem obteve a penhora antes?

(...)

Importa destacar que a averbação premonitória perde força à medida em que se efetiva a penhora de bens suficientes para a garantia da execução, fato que lhe confere transitoriedade já que o objetivo precípuo da cautela limita-se à garantia em relação à alienação ou oneração do bem (art. 615-A, §§ 2º e 3º, do CPC).

Contrarrazões da devedora às fls. 250/255 (e-STJ).

Embora intimado, não se manifestou o interessado (e-STJ, fls. 248).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ, fls. 257/258).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): a controvérsia destes autos consiste em saber se a averbação premonitória prevista no art. 615-A do CPC/1973 (e, atualmente, no art. 828 do CPC/2015) implica preferência ao interessado que a realizou, em prejuízo de ulterior penhora levada a efeito por outro credor.

Na espécie, a recorrente logrou penhorar bens da recorrida e requereu sua adjudicação, que todavia foi indeferida ao fundamento de que a providência acautelatória adotada pelo terceiro interessado – o BANCO DO BRASIL S. A. – “resguarda o direito de preferência do crédito anteriormente publicizado pelo credor mais cauteloso” (e-STJ, fls. 1516).

Essa conclusão foi mantida pelo TJRS, que para tanto exarou o seguinte fundamento (e-STJ, fl. 200):

Neste sentido, verifica-se que a restrição prevista no art. 615-A do CPC – averbação premonitória da execução – não retira o poder de disposição do executado sobre o bem. Todavia, eventual transferência do bem será considerada ineficaz em face da execução, nos termos do art. 615-A, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

No caso concreto, todavia, essa interpretação não se revela adequada.

Com efeito, a averbação premonitória – introduzida no CPC/1973 pela Lei Federal n. 11.382/2006 – tem a inequívoca finalidade de proteger o credor contra a prática de fraude à execução, afastando a presunção de boa-fé de terceiros que porventura venham a adquirir bens do devedor. Cito, a propósito:

Anteriormente à Lei n.º 11.382, de 06.12.2006, havia previsão de registro da penhora para divulgá-la *erga omnes*, e tornar inoponível a alegação

de boa-fé por parte de quem quer que fosse o seu futuro adquirente (art. 659, § 4º, na redação da Lei n.º 10.444/2002). Previa-se a fraude de execução apenas depois da penhora e tão somente em relação ao objeto da constrição judicial. O atual art. 615-A, introduzido pela Lei n.º 11.382/2006, ampliou muito o uso do registro público nesse campo.

Não é mais necessário aguardar-se o aperfeiçoamento da penhora. Desde a propositura da ação de execução, fato que se dá com a simples distribuição da petição inicial (CPC/1973), art. 263, já fica autorizado o exequente a obter certidão do ajuizamento do feito, para averbação no registro público. Não é, pois, apenas a penhora que se registra, é também a própria execução que pode ser averbada no registro de qualquer bem penhorável do executado (imóvel, veículo, ações, cotas sociais etc.). Cabe ao exequente escolher onde averbar a execução, podendo ocorrer várias averbações de uma só execução, mas sempre à margem do registro de algum bem que possa sofrer eventual penhora ou arresto.

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência – vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Págs. 227/228)

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte Superior:

Processo Civil. Recurso repetitivo. Art. 543-C do CPC. Fraude de execução. Embargos de terceiro. Súmula n. 375/STJ. Citação válida. Necessidade. Ciência de demanda capaz de levar o alienante à insolvência. Prova. Ônus do credor. Registro da penhora. Art. 659, § 4º, do CPC. Presunção de fraude. Art. 615-a, § 3º, do CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume;

a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto:

2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, de-

Havendo prévio registro, o credor tem o benefício da presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro adquirente da pendência do processo

terminar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

(REsp 956.943/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014)

Recurso especial. Embargos de terceiros. Pretensão de sociedade empresária, na condição de terceira, de afastar a constrição judicial determinada em ação executiva que recaiu sobre três imóveis, objeto de integralização de seu capital social. Ausência de registro do título translativo no cartório de registro de imóveis em relação a dois imóveis. Bens que não foram incorporados ao patrimônio da sociedade empresária e tampouco encontram-se em sua posse. Ilegitimidade ativa ad causam.

Reconhecimento. Transferência de um dos imóveis após a averbação da ação executiva. Fraude à execução. Ocorrência. Recurso especial improvido.

(...)

4. A transferência da propriedade de bem imóvel rural (de Matrícula n. 1.129) à sociedade empresária recorrente deu-se em momento posterior à averbação da ação executiva no Registro de Imóveis, de que trata o art. 615-A, do CPC/1973, a ensejar a presunção absoluta de que tal alienação deu-se em fraude à execução, afigurando-se de toda inapta à produção de efeitos em relação ao credor/exequente.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 1743088/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, terceira turma, julgado em 12/03/2019, DJe 22/03/2019)

Recurso especial. Processual civil. Fraude à execução. Venda de quotas sociais anterior à penhora e respectivo registro. Insolvência do devedor. Má-fé do terceiro adquirente. Ônus probatório do credor exequente. Violação ao art. 535 do CPC. Reconhecimento. Recurso provido.

1. A fraude à execução de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil verifica-se quando presentes, simultaneamente, as seguintes condições: (I) processo judicial em curso com aptidão para ensejar futura execução; (II) alienação ou oneração de bem capaz de reduzir o devedor à insolvência (eventus damni); e (III) conhecimento prévio pelo adquirente do bem da existência daquela demanda, seja porque houvesse registro desse fato junto a órgão ou entidade de controle de titularidade do bem, seja por ter o exequente comprovado tal ciência prévia.

2. Havendo prévio registro, o credor tem o benefício da presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro adquirente da pendência do processo (CPC, arts. 615-A e 659). De outro lado, não havendo esse registro prévio, sobre o credor-exequente recai o ônus de demonstrar que o adquirente tinha conhecimento da pendência do processo. Deve, nesse caso, ser resguardada a boa-fé do terceiro.

3. É sobretudo a posição do terceiro adquirente a título oneroso, que não é parte no processo, que deve ser examinada pelo julgador. É aí que deve ser verificada a presença de boa-fé ou de indícios de má-fé. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente” (Súmula 375/STJ).

4. Na hipótese em exame, verifica-se a existência de obscuridade e omissão no v. acórdão recorrido (CPC, art. 535), pois, tendo em vista que a alienação das quotas sociais (maio e junho de 1994) ocorreu anteriormente à efetivação da penhora (outubro de 1994), incumbia à eg. Corte estadual, ao motivar seu entendimento: a) melhor esclarecer a questão acerca da comprovação da insolvência do devedor, esposo da alienante; e, sobretudo, b) deliberar se os terceiros adquirentes tinham conhecimento prévio da demanda em curso, envolvendo o cônjuge da alienante, apta a reduzi-lo à insolvência, de modo a caracterizar a má-fé dos adquirentes.

5. Recurso especial provido.

(REsp 437.184/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, quarta turma, julgado em 20/09/2012, DJe 23/04/2013)

Portanto, uma vez anotada à margem do registro do bem a existência do processo executivo, o credor que a providenciou obtém em seu favor a presunção absoluta de que eventual alienação futura dar-se-á em fraude à execução (CPC/1973, art. 615-A, § 3º) e, desse modo, será ineficaz em relação à execução por ele ajuizada.

Para essa finalidade, o termo “alienação” previsto no antes referido dispositivo legal refere-se ao ato voluntário de disposição patrimonial do proprietário do bem (devedor). A hipótese de fraude à execução, evidentemente, não se compatibiliza com a adjudicação forçada, levada a efeito em outro processo executivo, no qual se logrou efetivar primeiro a penhora do mesmo bem, embora depois da averbação.

O alcance da norma dá-se exclusivamente em relação à ineficácia das alienações voluntárias em face da execução promovida pelo credor que

promoveu a averbação, mas não obsta a expropriação judicial, cuja preferência dá-se de acordo com a ordem de penhoras, conforme orientam os arts. 612, 613 e 711 do CPC/1973, que o recorrente indicou como violados:

Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

Art. 613. Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência.

Art. 711. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu

‘Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia’

a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.

Nesse sentido:

Processual civil e administrativo. Recurso especial. Desapropriação de imóvel com penhora anterior averbada na matrícula. Art. 31 do Decreto-Lei 3.365/1941. Garantia que não autoriza o levantamento imediato do numerário pelo credor do devedor expropriado. Direito de preferência ou prelação do credor que primeiro penhorou o bem imóvel. Desnecessidade de penhora no rosto dos autos da ação expropriatória.

(...)

III – O credor primeiro que efetuar a penhora sobre bens do devedor, adquire, por força dessa prioridade temporal, um direito de prelação ou de

preempção legal e, em consequência, preferirá aos demais e subsequentes credores do mesmo bem, recebendo em primeiro lugar o pagamento de seu crédito.

(...)

(REsp 1728048/SP, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, primeira turma, julgado em 11/04/2019, DJe 20/05/2019)

Recurso especial (CF, art. 105, III, “c”). Processual civil. Execução. Concurso de credores. Marco temporal do direito de preferência de credor. Anterioridade da penhora ou do registro (averbação) do ato construtivo. Direito de prelação decorrente da mera formalização da penhora no processo. Relevância do registro para fim diverso.

1. Havendo pluralidade de credores com penhora sobre o mesmo imóvel, o direito de preferência se estabelece pela anterioridade da penhora, conforme os arts. 612, 613, 711 e 712 do CPC, que expressamente referem à penhora como o “título de preferência” do credor.

2. A precedência da data da averbação da penhora no registro imobiliário, nos termos da regra do art. 659, § 4º, do CPC, tem relevância para efeito de dar publicidade ao ato de constrição, gerando presunção absoluta de conhecimento por terceiros, prevenindo fraudes, mas não constitui marco temporal definidor do direito de prelação entre credores.

3. Nos termos do art. 626 do CPC, “considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia”. Assim, o registro ou a averbação não são atos constitutivos da penhora, que se formaliza mediante a lavratura do respectivo auto ou termo no processo. Não há exigência de averbação imobiliária ou referência legal a tal registro da penhora como condição para definição do direito de preferência, o qual dispensa essas formalidades.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1209807/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, quarta turma, julgado em 15/12/2011, DJe 15/02/2012)

Ainda sobre a finalidade da averbação premonitória e sua não equivalência ao ato judicial de penhora, cito doutrina:

Como se sabe, a averbação do ajuizamento da execução à margem do registro público (também conhecida como averbação premonitória), prevista no art. 615-A do Código de Processo Civil, permite, mesmo quando ainda não realizada a constrição judicial nos bens do executado (penhora), o conhecimento de terceiros acerca da existência da demanda executiva, visando a proteção legal aos bens passíveis de satisfazer seu crédito. Uma vez que, efetivada a averbação, será efetivada, também, a publicidade perante terceiros do ajuizamento da execução.

Contudo, a referida averbação não se equivale à penhora, não gerando crédito preferencial a parte exequente. Trata-se de simples anotação para afastar futura alegação de boa-fé do terceiro adquirente.

(DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. USTÁRROZ, Daniel. *Sentido da averbação premonitória e o alcance da tutela constitucional do bem de família: inteligência do Artigo 828 do NCPC/2015 [Parecer]*. Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 18, n. 104, p. 218-237, out/nov. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114820>>. Acesso em 4/9/2019.

A finalidade de antecipar os efeitos de publicidade que se obtinham exclusivamente em razão do registro da penhora alterou, por conseguinte, o momento processual apto a configurar a fraude à execução, que passou a ser a data da averbação da ação executória, aliada à constatação de insolvência do devedor. De forma mais enfática, Araken de Assis, ainda na vigência do Código de Processo Civil revogado, entendia que a averbação produz eficácia absoluta quanto à fraude à execução: "O art. 615-A antecipa o efeito que, em princípio, decorreria da penhora averbada, conforme art. 659, § 4.º. Para a finalidade de caracterizar fraude contra a execução, por conseguinte, equiparou-se a averbação da execução à averbação da penho-

ra. No entanto, nenhum outro efeito inerente à penhora, a exemplo da preferência (art. 612), fica também antecipado por intermédio dessa medida. À semelhança do sucedido nas demais hipóteses de fraude, ademais, nenhum impedimento concreto erige-se à realização do negócio dispositivo em si, mas ele se apresentará ineficaz perante o exequente que efetivou a averbação".

BALDISSERA, Leonardo. PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. *Averbação premonitória no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 121-136, jun. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104729>>. Acesso em 4/9/2019.

Desse modo, sendo certo que a averbação premonitória não se equipara à penhora, força concluir que aquela não induz preferência do credor em prejuízo desta. Em suma, a preferência será do credor que primeiro promover a penhora judicial.

Acresça-se que, no caso concreto, a constrição foi efetivada em 1/9/2009 (e-STJ, fl. 115) e registrada em 28/9/2009 (e-STJ, fl. 161), enquanto que a averbação premonitória do Banco do Brasil foi realizada em 8/9/2009 (e-STJ, fl. 161). Tem-se, portanto, que a penhora do imóvel foi efetivada em momento anterior à anotação – embora registrada poucos dias após –, o que é motivo adicional para que a recorrente tenha preferência sobre o bem. Em abono dessa tese, reporto-me ao seguinte precedente desta Quarta Turma:

Recurso especial (CF, art. 105, III, "c"). Processual civil. Execução. Concurso de credores. Marco temporal do direito de preferência de credor. Anterioridade da penhora ou do registro (averbação) do ato construtivo. Direito de prelação decorrente da mera formalização da penhora no processo. Relevância do registro para fim diverso.

1. Havendo pluralidade de credores com penhora sobre o mesmo imóvel, o direito de preferência se estabelece pela anterioridade da penhora, conforme os arts. 612, 613, 711 e 712 do CPC, que expressamente referem à

penhora como o "título de preferência" do credor.

2. A precedência da data da averbação da penhora no registro imobiliário, nos termos da regra do art. 659, § 4º, do CPC, tem relevância para efeito de dar publicidade ao ato de constrição, gerando presunção absoluta de conhecimento por terceiros, prevenindo fraudes, mas não constitui marco temporal definidor do direito de prelação entre credores.

3. Nos termos do art. 664 do CPC, "considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia". Assim, o registro ou a averbação não são atos constitutivos da penhora, que se formaliza mediante a lavratura do respectivo auto ou termo no processo. Não há exigência de averbação imobiliária ou referência legal a tal registro da penhora como condição para definição do direito de preferência, o qual dispensa essas formalidades.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1209807/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, quarta turma, julgado em 15/12/2011, DJe 15/02/2012)

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso especial para, afastando a preferência do aqui interessado Banco do Brasil S. A., determinar o retorno dos autos à origem para que o magistrado de primeiro grau proceda ao exame do pedido de adjudicação formulado pela recorrente credora às fls. 150/151 (e-STJ).

É como voto.

CERTIDÃO

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

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

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

Ausente o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. ■

661.207



TRABALHISTA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

PRIMEIRO ADVOGADO A ATUAR NA CAUSA RECEBERÁ PERCENTUAL MAIOR DE HONORÁRIOS

Tribunal Superior do Trabalho

Ag. de Instrumento em Rec. Ordinário em Ação Rescisória n. 1000925-41.2016.5.02.0000

Órgão Julgador: SBDI-2

Fonte: DJ, 30.08.2019

Relatora: Ministra **Delaíde Miranda Arantes**

EMENTA

I – Agravo de Instrumento em Recurso ordinário em ação rescisória. Honorários advocatícios. Legitimidade do advogado para recorrer. Possibilidade. Art. 23 da lei 8.906/94. 1 – Hipótese em que se discute a legitimidade do advogado para recorrer da decisão que fixa os honorários de sucumbência na ação rescisória. 2 – Considerando que o advogado é o maior interessado no recebimento dos honorários, é dele a legitimidade para recorrer, em nome próprio, buscando a majoração da verba fixada, consoante dispõe o art. 23 da Lei 8.906/94. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – Recurso ordinário em ação rescisória. Honorários advocatícios. Majoração. Alteração do percentual a ser dividido entre os patronos da parte vencedora. 1 – A Corte de origem condenou o autor da ação rescisória ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, dos quais 5% (cinco por cento) caberiam ao antigo patrono e ora recorrente, e 5% (cinco por cento) aos atuais advogados da ré. 2 – Observa-se que o percentual de 10% (dez por cento) foi fixado de acordo com a apreciação equitativa do Juízo, que entendeu ser compatível com a complexidade da causa, em conformidade com o art. 85, § 2º, I a IV, do CPC de 2015. 3 – Entretanto, no tocante à distribuição do percentual aos patronos, é possível dizer que o labor realizado pelo recorrente foi decisivo para que a ré obtivesse sucesso na demanda, razão pela qual o percentual dos honorários advocatícios a ele cabíveis não pode ser igual aos demais, devendo ser superior a 5% (cinco por cento). Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário nº TST-RO-1000925-41.2016.5.02.0000, em que é Recorrente U. J. DOS S. JR. e são Recorridos A. D. F. e VIDRARIA ANCHIETA LTDA.

A. D. F. ajuizou ação rescisória em face de Vidraria Anchieta Ltda., com fulcro no art. 485, II, do CPC de 1973, pretendendo desconstituir decisão proferida na ação rescisória nº 2859-56.2013.5.02.0000.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, e 975 do CPC de 2015.

O primeiro e anterior patrono da ré, U. J. dos S. Jr., opôs embargos de declaração, os quais foram providos, a fim de suprir omissão no julgado, para condenar o autor a pagar honorários advocatícios, à razão de 10% (dez por cento) do valor da causa, sendo 5% (cinco por cento) devidos ao embargante U. J. dos S. Jr. e 5% (cinco por cento) aos atuais advogados da ré.

O primeiro e anterior patrono da ré, U. J. dos S. Jr., interpôs recurso ordinário, pretendendo a majoração do percentual de honorários de sucumbência fixados.

O juízo de admissibilidade do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região denegou seguimento ao recurso ordinário, por ausência de legitimidade ativa para recorrer.

Inconformado, U. J. dos S. Jr. interpõe agravo de instrumento. Argumenta que a legitimidade para interpor recurso contra decisão que dispõe sobre honorários su-

cumbenciais é do próprio advogado, já que a ele pertence a verba. Sustenta que, por esse motivo, é inquestionável a sua legitimidade para interpor o recurso ordinário. Menciona que foi advogado da ré Vidraria Anchieta Ltda. e que apresentou, na contestação, a tese de decadência, acolhida pela Corte de origem. Afirma que houve a troca de patrocínio na causa. Diz que, embora tenha sido reconhecido o direito aos honorários advocatícios, o percentual que lhe foi deferido é inferior ao trabalho despendido e a divisão não está correta, considerando o volume de trabalho e o interesse de agir na oposição de embargos de declaração. Indica ofensa aos arts. 23 da Lei 8.906/94 e 85, § 14, do CPC de 2015.

Sem contraminuta. Contrarrazões apresentadas pelo autor, ora agravado, A. D. F.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 95, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, CONHEÇO do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

A. D. F. ajuizou ação rescisória em face de Vidraria Anchieta Ltda., com fulcro no art. 485, II, do CPC de 1973, pretendendo desconstituir a decisão proferida na ação rescisória nº 2859-56.2013.5.02.0000.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos

do art. 487, II, e 975 do CPC de 2015, diante da pronúncia da decadência.

O primeiro e anterior patrono da ré, U. J. dos S. Jr., opôs embargos de declaração, os quais foram providos, nos seguintes termos:

I. Conheço dos embargos de declaração, porquanto regulares e tempestivos.

II. No mérito, acolho-os.

1. A decisão proferida, de fato, contém omissão, suprida no presente ato.

Não houve pronunciamento jurisdicional quanto ao pedido de honorários advocatícios, devidamente formulado em contestação.

Outrossim, não se tratando de reclamação trabalhista típica, são devidos honorários de sucumbência na ação rescisória, a teor do art. 85, caput, do CPC/2015. Aliás, o tema não é controvertido na Justiça do Trabalho, diante dos termos da Súm. 219, II e IV, do E. TST:

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

...

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

Sob outro enfoque, não é possível compensar os honorários advocatícios com a multa prevista no artigo 968, II, do CPC/2015, uma vez que os primeiros são devidos ao patrono e a segunda, satisfeitos os requisitos legais, pertence à parte.

Feitas tais considerações, passo à análise do pedido propriamente dito.

Como já referido, o advogado do requerido, Dr. U. J. DOS S. JR., primeiro a patrocinar o réu, requereu devidamente a fixação de honorários de sucumbência (id. 99b6d94). Inegável a realização de trabalho e o dispêndio de tempo para a consecução do objetivo. Ainda que o patrono tenha substabelecido sem reservas os poderes que lhe foram outorgados (id. 009f91c), foi o subscritor da contestação, devendo receber pelos serviços prestados.

Assim, atento ao disposto no art. 85, § 2º e incisos, do CPC/2015, fixo os

honorários advocatícios, à razão de 10% do valor da causa, sendo 5% devido ao Dr. U. J. dos S. Jr. e 5% aos atuais advogados do réu.

Nestes termos, dou provimento ao pedido.

III. DO EXPOSTO

Acordam os Magistrados da SDI 1 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por maioria de votos, em CONHECER dos presentes embargos, para, no mérito, ACOLHÊ-LOS, a fim de suprir omissão do acórdão de id. 0423236, para condenar o autor a pagar honorários advocatícios, à razão de 10% do valor da causa, sendo 5% devidos ao Dr. U. J. dos Santos Jr. e 5% aos atuais advogados do réu, tudo nos termos da fundamentação do voto do Exmo. Juiz Relator, vencida a Exma. Desembargadora Sônia Aparecida Gindro que indefere os honorários advocatícios e com restrição do Exmo. Desembargador Luiz Carlos Norberto quanto à fundamentação. (grifos no original e nossos)

Inconformado, U. J. dos Santos Jr. interpôs recurso ordinário, cujo seguimento foi denegado por meio de decisão monocrática, nos seguintes termos:

O patrono da ré apresenta, em nome próprio, Recurso Ordinário pretendendo, na condição de terceiro interessado, a majoração do percentual dos honorários de sucumbência, fixados em 10% a serem divididos igualmente entre o recorrente e o atual patrono da empresa ré.

No entanto, o recorrente não possui nenhum vínculo com o objeto da demanda que justifique sua atitude de interpor recurso, pois o único interesse que ostenta nos presentes autos é patrimonial, consistente nos honorários de sucumbência, fato que, per se, não lhe confere a condição de terceiros interessado no objeto da demanda (corte rescisório).

Desse modo, impõe-se indeferir o processamento do Recurso, por ausência de pressuposto extrínseco de admissibilidade, qual seja, a legitimidade ativa para recorrer.

CONCLUSÃO

INDEFIRO o processamento.

Intimem-se.

Agora, U. J. dos S. Jr. interpõe agravo de instrumento. Argumenta que a legitimidade para interpor recurso contra decisão que dispõe sobre honorários sucumbenciais é do próprio advogado, já que a ele pertence a verba. Sustenta que, por esse motivo, é inquestionável a sua legitimidade para interpor o recurso ordinário. Menciona que foi advogado da ré Vidraria Anchieta Ltda. e que apresentou, na contestação, a tese de decadência, acolhida pela Corte de origem. Afirma que houve a troca de patrocínio na causa. Diz que, embora tenha sido reconhecido o direito aos honorários advocatícios, o percentual que lhe foi deferido é inferior ao trabalho despendido e a divisão não está correta, considerando o volume de trabalho e o interesse de agir na oposição de embargos de declaração. Indica ofensa aos arts. 23 da Lei 8.906/94 e 85, § 14, do CPC de 2015.

Na hipótese, discute-se a legitimidade do advogado para recorrer em nome próprio, na condição de terceiro interessado, da decisão que fixa honorários advocatícios.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.:

Basicamente, a possibilidade de intervenção de terceiro serve ora à eficiência processual, ora à duração razoável do processo, para que se possa resolver o maior número possível de questões relacionadas ao objeto litigioso em um mesmo processo, ora ao contraditório, ao permitir que terceiro que sofrerá efeito da decisão possa defender-se em juízo e evitar esse prejuízo.

(...)

A intervenção de terceiros é fato jurídico processual que transforma pessoa estranha ao processo pendente em parte integrante. Não gera processo novo, mas, tão só, efeitos subjetivos e/ou objetivos no processo já em curso.

(...)

A assistência litisconsorcial cabe quando o terceiro alegar a existência de um interesse jurídico imediato na causa (in Curso de Direito Processual Civil – Vol. 1, 19ª ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, pp. 540 e 551)

Na assistência litisconsorcial, o terceiro pode ser o titular exclusivo da relação jurídica discutida.

O art. 22 da Lei 8.906/94 dispõe que honorários de sucumbência são definidos como verba autônoma devida pela parte vencida diretamente ao advogado da parte vencedora, fixados de acordo com as particularidades do serviço jurídico prestado, com o objetivo de ressarcimento dos gastos que o vencedor teve com a contratação do advogado que defendeu seus interesses no processo.

Já o art. 85 do CPC de 2015 estabelece que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, fixando no § 2º o percentual mínimo de 10 (dez) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, observados o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância

O fenômeno interventivo tem de ser estudado à luz das relações do terceiro com o objeto do processo. Não se pode olvidar este imperativo metodológico

da causa e, ainda, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Fredie Didier Jr., no artigo intitulado “Do recurso de terceiro prejudicado”, posiciona-se da seguinte forma acerca da legitimidade recursal do advogado:

3.2.4. A legitimidade recursal do advogado.

Questão interessante, que surgiu com o advento da Lei Federal n.º 8.906/94, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, é a questão da legitimidade do advogado para recorrer de decisões que versem sobre a verba honorária. E isto porque o art. 23 do EAOAB prevê que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a

sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. O art. 24 do mencionado corpo normativo prescreve: “A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.”

Estamos, inicialmente, com FLÁVIO CHEIM JORGE, quando afirma que “no processo de execução da sentença em que são cobrados também honorários advocatícios não parece haver dúvida de que o advogado tem legitimidade para recorrer em seu próprio nome e na qualidade de parte. Isso ocorre, porque o advogado é que figura no título como credor, na parte da sentença onde são fixados os honorários advocatícios.” Cinge-se a questão, pois, às decisões proferidas em processo de conhecimento.

Afirmamos linhas atrás, com base na doutrina de DINAMARCO, que o fenômeno interventivo tem de ser estudado à luz das relações do terceiro com o objeto do processo. A problemática do recurso de advogado não poderia olvidar este imperativo metodológico.

A prolação da decisão jurisdicional faz surgir direito para alguém que, até ali, não fazia parte do processo. O objeto do processo, para instância recursal, sofre um acréscimo por força de lei. A situação substancial, como em uma mitose, se subdivide em duas partes, cada qual pertencendo a diferente titular: uma, ao vencedor da demanda, outra, ao advogado aquinhoado com a verba honorária. Esta noção faz com que se conclua, ao menos, o seguinte: a não admitir a intervenção do advogado na instância recursal, está-se afirmando que o vencedor, constituinte do causídico, é seu substituto processual, pois passa a defender em nome próprio direito alheio. Isto, a nosso ver, realmente (é o que mais) acontece: a parte pode recorrer, como substituta processual do advogado, lhe tendo sido conferida, pela lei mencionada, este legitimação processual extraordinária. A questão, no

entanto, não é essa. Pode o advogado recorrer sozinho? Sim. “A possibilidade de a parte recorrer, na qualidade de substituto processual, não significa, no entanto, que o advogado estará impedido também de recorrer da decisão. A substituição não pode ser exclusiva, sob pena de violar um direito constitucionalmente garantido ao advogado de ter acesso à justiça.”

Uma outra premissa há que ser formulada: a fixação dos honorários advocatícios não pode ser vista como um incidente processual, senão mesmo como parte inextrável da marcha processual. Viu-se que a não-obrigatoriedade é características dos incidentes processuais, conforme a lição de MARCELO ABELHA a que aderimos. (extraído do https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2001/corpodocente/recurso.htm – acesso 26/2/2019 – grifos nossos)

Ademais, robustece a convicção lição do Ministro Francisco Peçanha Martins:

O princípio processual da sucumbência, a *distrazione italiana*, foi inserido no art. 20 do CPC, que dispõe:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

A norma é imperativa: condenará. Ao Juiz não resta senão estabelecer o quantum dos honorários devido ao advogado, dentro dos parâmetros instituídos nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 20.

A princípio, a jurisprudência condicionou a condenação nos honorários de sucumbência a requerimento formulado pela parte. A Súmula 256 do STF, porém, proclamou a desnecessidade de pedido expresso para a condenação nos honorários de sucumbência:

Súmula 256 STF. É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil.

Temos, então, que pertencem ao advogado os honorários de sucumbência, a cujo pagamento o Juiz, na sentença, condenará o vencido. Duas

são as premissas inafastáveis ao silogismo:

i. O advogado é titular do direito patrimonial aos honorários de sucumbência, cujo pagamento o Juiz deverá impor ao vencido, haja ou não pedido expresso formulado nos autos.

ii. Poderá ocorrer, porém, que o Juiz, embora obrigado a condenar o vencido ao pagamento da verba honorária, não o faça.

Perguntar-se-á: quem poderá recorrer contra a omissão?

YOUSSEF CAHALI, o maior tradadista sobre a matéria, dilucidando sobre a autonomia do direito do advogado, ratificada pelo art. 23 da Lei 8.906/94, afirma a sua legitimidade para recorrer, em nome próprio:

“Mas também, referindo-se agora que tais honorários pertencem ao advogado, impende reconhecer que este encontra-se agora investido de legi-

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, mesmo que o advogado funcione em causa própria

timidade, também para recorrer, em nome próprio, da sentença proferida em favor do cliente, na parte referente aos honorários da sucumbência, seja no caso de ter sido negada a verba, seja igualmente no caso de ter sido esta fixada em quantia irrisória, ou desconforme às regras do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.” (In “Honorários Advocatícios”, 3. ed., RT, p. 809).

Vale notar que, nos autos da ação originária, o advogado atua em nome do cliente, mas a sentença, como ensina CHIOVENDA, faz nascer em seu favor o direito à verba honorária, o que assegura o direito de recorrer também em nome próprio.

Mas a autonomia do direito do advogado aos honorários não impede a execução da sentença em nome do cliente. É, aliás, dever do advogado

fazê-lo, na hipótese de permanecer exercendo o mandato. Investido, pela sentença, do direito à percepção dos honorários de sucumbência, instaurar-se-ia, na execução da sentença proferida na ação originária, um litisconsórcio entre o constituinte e o advogado, como esclarece CAHALI:

“Com a titularidade do direito aos honorários da sucumbência, que agora lhe é expressamente atribuída, o advogado é introduzido, de alguma forma, na relação processual que se estabelece a partir da sentença condenatória nessa parte, quando antes, o processo seria quanto a ele uma *res inter alios*. (Id. Ib., p. 804)

Com esta inserção do advogado no polo da relação executória, na parte referente aos honorários da sucumbência, sem a necessária ou concomitante exclusão do vencedor titular de todo da condenação principal, permite-se reconhecer agora, na hipótese, mesmo por analogia, o estabelecimento de um litisconsórcio facultativo entre o advogado e o cliente, fundado na solidariedade ativa que entre ambos se configura, na parte referente aos honorários da sucumbência, respeitado sempre o direito autônomo do advogado a tais honorários que lhe pertencem.” (Aut. ob. cit., id. p. 805).

Após afirmar que o advogado é credor da parte vencida por força do disposto no art. 23 do Estatuto, CANDIDO DINAMARCO positiva:

“A segunda das disposições contidas no art. 23, consistente na afirmação do direito autônomo para executar a sentença nessa parte, é de natureza processual e conceitua-se como norma concessiva de legitimidade *ad causam* ativa. Tal direito autônomo outra coisa não é senão a legitimidade para promover aquela execução (CPC, art. 3º). É uma legitimidade ordinária, não extraordinária, porque o profissional que promove aquela execução está a atuar em nome próprio, por um interesse próprio e não alheio. Essa é uma projeção do primeiro dos preceitos contidos no art. 23 porque obviamente, sendo ele próprio o credor e não o constituinte, o que vier a pedir será

pedido para si e não para outrem.” (In “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, 4. ed., M. t. I, p. 692) (extraído do site <https://www.editorajc.com.br/o-advogado-credor-de-honorarios-de-sucumbencia-litisconsorte-necessario-na-acao-rescisoria/> – acesso em 26/2/2019 – grifos nossos)

Nesse cenário, considerando que o advogado é o maior interessado no recebimento dos honorários é dele a legitimidade para recorrer, em nome próprio, buscando a majoração dos honorários fixados, consoante dispõe o art. 23 da Lei 8.906/94.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para, afastado o óbice da ilegitimidade, determinar o processamento do recurso ordinário.

II – RECURSO ORDINÁRIO

1 – CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, CONHEÇO do recurso ordinário.

2 – MÉRITO

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, e 975 do CPC de 2015, diante da pronúncia da decadência.

O primeiro e anterior patrono da ré, U. J. dos Santos Jr., opôs embargos de declaração, os quais foram providos, nos seguintes termos:

I. Conheço dos embargos de declaração, porquanto regulares e tempestivos.

II. No mérito, acolho-os.

1. A decisão proferida, de fato, contém omissão, suprida no presente ato.

Não houve pronunciamento jurisdicional quanto ao pedido de honorários advocatícios, devidamente formulado em contestação.

Outrossim, não se tratando de reclamação trabalhista típica, são devidos honorários de sucumbência na ação rescisória, a teor do art. 85, caput, do CPC/2015. Aliás, o tema não é controvertido na Justiça do Trabalho, diante dos termos da Súm. 219, II e IV, do E. TST:

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

...

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

Sob outro enfoque, não é possível compensar os honorários advocatícios com a multa prevista no artigo 968, II, do CPC/2015, uma vez que os primeiros são devidos ao patrono e a segunda, satisfeitos os requisitos legais, pertence à parte.

Feitas tais considerações, passo à análise do pedido propriamente dito.

Como já referido, o advogado do requerido, Dr. U. J. DOS S. JR., primeiro a patrocinar o réu, requereu devidamente a fixação de honorários de sucumbência (id. 99b6d94). Inegável a realização de trabalho e o dispêndio de tempo para a consecução do objeti-

Não é possível compensar os honorários advocatícios com a multa, uma vez que os primeiros são devidos ao patrono e a segunda pertence à parte

vo. Ainda que o patrono tenha substebelecido sem reservas os poderes que lhe foram outorgados (id. 009f91c), foi o subscritor da contestação, devendo receber pelos serviços prestados.

Assim, atento ao disposto no art. 85, § 2º e incisos, do CPC/2015, fixo os honorários advocatícios, à razão de 10% do valor da causa, sendo 5% devido ao Dr. U. J. dos S. Jr. e 5% aos atuais advogados do réu.

Nestes termos, dou provimento ao pedido.

III. DO EXPOSTO

Acordam os Magistrados da SDI 1 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por maioria de votos, em CONHECER dos presentes embargos, para, no mérito, ACOLHÊ-LOS, a fim de suprir omissão do acórdão de id. 0423236, para condenar o autor a pagar

honorários advocatícios, à razão de 10% do valor da causa, sendo 5% devidos ao Dr. U. J. dos S. Jr. e 5% aos atuais advogados do réu, tudo nos termos da fundamentação do voto do Exmo. Juiz Relator, vencida a Exma. Desembargadora Sônia Aparecida Gindro que indefere os honorários advocatícios e com restrição do Exmo. Desembargador Luiz Carlos Norberto quanto à fundamentação. (grifos no original e nossos)

Inconformado, U. J. dos S. Jr. interpõe recurso ordinário. Alega que a matéria discutida e o trabalho realizado na ação rescisória, como patrono da ré, não corresponde a uma discussão comum. Aduz que “o trabalho desenvolvido pelo patrono recorrente, no estudo e consequente formulação de tese defensiva, com invocação de preceito sumulado por este nobre Tribunal justamente para ser, em julgamento, acolhida exatamente nos termos defendidos não foi meramente corriqueiro”. Argumenta que várias questões técnicas foram enfrentadas, as quais exigiram conhecimento específico na elaboração da defesa, que adotou a tese da decadência, consagrada vencedora no acórdão proferido pela Corte de origem. Insurge-se contra a forma como foi realizada a distribuição do percentual dos honorários advocatícios, de 5% (cinco por cento) para ele e de 5% (cinco por cento) para os atuais patronos. Sustenta que a sua atuação foi fundamental para o êxito da sua então cliente, Vidraria Anchieta Ltda. Afirma que a única petição apresentada pelos outros advogados foram as razões finais, nas quais não consta nenhuma referência acerca da decadência. Menciona que os atuais patronos da recorrida não demonstraram nenhuma irrisignação com o decidido. Pugna pela majoração dos honorários advocatícios para 20% (vinte por cento), considerado o trabalho extremamente técnico e eficaz que desenvolveu, motivo pelo qual deve receber um percentual maior do que os demais.

A matéria alusiva aos honorários advocatícios é disciplinada no art. 85, § 2º, do CPC de 2015, que estabelece:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A Corte de origem condenou o autor da ação rescisória, A. D. F., ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos advogados da ré no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, dos quais 5% (cinco por cento) caberiam a U. J. dos S. Jr. e 5% (cinco por cento) aos atuais advogados da ré.

Observa-se que o percentual de 10% (dez por cento) foi fixado de acordo com a apreciação equitativa do Juízo, que entendeu ser compatível com a complexidade da causa, em conformidade com o art. 85, § 2º, I a IV, do CPC de 2015.

No tocante à distribuição do percentual fixado aos advogados, verifica-se que o recorrente, U. J. dos S. Jr., atuou como patrono da ré, no período de 1º/9/2016 a 14/2/2017, quando houve o substabelecimento, sem reserva de poderes, para os novos patronos, que continuam representando a ré até a presente data.

De acordo com as peças anexadas aos autos, verifica-se que o U. J. dos S. Jr. subscreveu a contestação, na qual arguiu a decadência, e os atuais patronos apresentaram razões finais na ação rescisória e nada mencionaram acerca da decadência (seq. 5, pp. 818/838 e 874/876).

Nesse cenário, é possível dizer que o labor realizado pelo recorrente foi decisivo para que a ré obtivesse sucesso na demanda, razão pela qual o percentual dos honorários advocatícios a ele cabíveis não pode ser igual aos demais, devendo ser superior a 5% (cinco por cento).

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso ordiná-

rio para determinar que os honorários advocatícios à razão de 10% (dez por cento) do valor da causa sejam distribuídos da seguinte forma: 7% (sete por cento) a U. J. dos S. Jr. e 3% (três por cento) aos atuais advogados da ré.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, I) por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, a fim de, afastando o óbice da ilegitimidade para recorrer, determinar o processamento

do recurso ordinário; e II) por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para determinar que os honorários advocatícios à razão de 10% (dez por cento) do valor da causa sejam distribuídos da seguinte forma: 7% (sete por cento) a U. J. dos S. Jr. e 3% (três por cento) aos atuais advogados da ré.

Brasília, 27 de agosto de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

DELAÍDE MIRANDA ARANTES
Ministra Relatora

661.208



TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO

INCIDE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A VERBA RELATIVA À QUEBRA DE CAIXA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1833198/SC

Órgão Julgador: 2a. Turma

Fonte: DJ, 11.10.2019

Relator: Ministro **Herman Benjamin**

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Verbas de natureza remuneratória. Incidência. Integração da base de cálculo. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 1.467.095/PR, Relator para acórdão Ministro Og Fernandes, consolidou que incide contribuição previdenciária sobre a verba relativa à quebra de caixa, diante de sua natureza salarial, destinada a retribuir o trabalho em razão da prestação do serviço ao empregador. 2. Em relação ao adicional de insalubridade, também é pacífico o entendimento do STJ quanto à incidência da contribuição previdenciária patronal. 3. No tocante ao auxílio-condução, o apelo nobre padece de adequada fundamentação, pois não houve desenvolvimento de tese a respeito ou demonstração da maneira pela qual o acórdão recorrido teria violado os dispositivos legais apontados, atraindo o comando da Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. 4. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 03 de outubro de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão assim ementado:

Questão de ordem. Erro material. Acórdão anulado. Tributário. Contribuições previdenciárias. Auxílio-babá, auxílio-creche e auxílio-escolar. Férias. Vale- alimentação. Adicionais noturno, de periculosidade e de insalubridade. Abono assiduidade e folgas não gozadas. Adicional quebra-de-caixa. Auxílio-condução. Tema 20 STF. Compensação. Selic. 1. Questão de Ordem solvida para declarar a nulidade do acórdão. 2. O artigo 28, §9º, alíneas ‘j’, ‘q’, ‘s’ e ‘t’, da Lei n. 8.212/91, exclui expressamente a tributação incidente sobre as importâncias recebidas a título de participação nos lucros, convênio-saúde, auxílio-creche e auxílio-escolar, havendo carência de ação por falta de pretensão resistida. 3. A contribuição previdenciária incide sobre os ganhos habituais dos empregados, assim considerados as férias usufruídas, auxílio-condução e adicional de quebra de caixa (STJ-EDRESP733362). 4. Em julgamento repetitivo, o STJ entendeu que é legítima a incidência em contribuição previdenciária sobre os adicionais noturno, de periculosidade e de insalubridade. 5. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp1185685/SP, julgado em 17/12/2010, DJe 10/05/2011, que o valor concedido pelo empregador a título

de vale-alimentação não se sujeita à contribuição previdenciária, mesmo nas hipóteses em que o benefício é pago em dinheiro. 6. O abono assiduidade quando convertido em pecúnia, vale- alimentação, auxílio-babá, abono assiduidade e folgas não gozadas têm caráter indenizatório, não se sujeitando à incidência de contribuição previdenciária. 7. O direito à compensação, a ser efetivado após o trânsito em julgado, observado o art. 89, ‘caput’, da Lei 8.212/91, abrange os pagamentos anteriores à propositura da ação, respeitado o prazo prescricional do art. 3º da LC 104/01, assim como os efetuados no curso do processo. 8. Os valores indevidamente pagos a título de contribuição previdenciária devem ser atualizados pela taxa SELIC a partir do mês seguinte ao do pagamento, frente ao disposto no §4º do art. 89 da Lei 8.212/91.

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados

Os Embargos de Declaração foram julgados, *in verbis*:

Tributário. Embargos de declaração contribuições previdenciárias. Cláusula de reserva de plenário. Folgas não gozadas. Abono assiduidade. Nos lucros. Resp 1.322.945. Prequestionamento. 1. Não há falar em afronta à cláusula de reserva de plenário, estabelecida pelo art. 97 da Constituição Federal e objeto da Súmula Vinculante nº 10 do STF, porque o acórdão recorrido não adentrou no exame da constitucionalidade do dispositivo de lei federal, julgando a causa à luz da interpretação da legislação tributária. 2. Os embargos de declaração destinam-se a provocar novo pronunciamento judicial de caráter integrativo ou interpretativo emitido pelo órgão prolator da decisão nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão

ou erro material (art. 1.022 do CPC), admitindo-se, ainda, a atribuição de efeitos infringentes a esse recurso (§ 2º do art. 1.023 e § 4º do art. 1.024 do CPC). 3. Suprida a omissão quanto ao limite de idade do auxílio-creche e ao exame do REsp 1.322.945. 6. No mais, evidenciada a tese jurídica em que se sustenta a decisão proferida nesta instância, com resolução das questões devolvidas ao seu conhecimento (art. 1.013 CPC), não é necessário declarar todos os dispositivos legais em que se fundamenta, até porque, segundo o disposto no artigo 1.025 do CPC, consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados.

A parte recorrente alega violação do art. 1.022 do CPC/2015, do art. 28, §§ 2º e 9º, da Lei 8.212/1991 e do art. 29 e § 3º, da Lei 8.213/1991. Aduz: “Dessa forma, a parte Impetrante/Recorrente restou vencida em parte, e, estando devidamente cumprido o requisito do prequestionamento, ora recorre, no que diz respeito a não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de férias gozadas, adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade, adicional quebra-de-caixa e auxílio-condução” (fls. 382, e-STJ).

Contrarrazões às fls. 475, e-STJ.

O Tribunal Regional admitiu o Recurso Especial nestes termos:

Desse modo, em decorrência de matéria afeta ao STF, conforme o art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, impõe-se declarar prejudicado o recurso especial por perda superveniente de objeto (Precedentes: REsp. nº1.670.878/RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, 9-6-2017; REsp. nº 1.663.779/RS, Relator Ministro Og Fernandes, 16-6-2017; REsp nº 1.654.941/RS, Relator Ministro Hermann Benjamin, 29-6-2017).

Nas questões sobre auxílio quebra-de-caixa, auxílio condução e adicional de insalubridade, preenchidos os requisitos e o devido prequestionamento dos dispositivos supostamente contrariados, admito o recurso. (fl. 480, e-STJ)

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 30.8.2019.

A irrisignação não merece prosperar.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 1.467.095/PR, Relator para acórdão Ministro Og Fernandes, consolidou que incide contribuição previdenciária sobre a verba relativa à quebra de caixa, diante de sua natureza salarial, destinada a retribuir o trabalho em razão da prestação do serviço ao empregador. Eis a ementa do julgado em referência:

Tributário. Embargos de divergência. Contribuição previdenciária. Arts. 22, I, e 28, I, da Lei n. 8.212/1991. Verba denominada quebra de caixa. Natureza salarial. Inexistência de caráter indenizatório. Incidência tributária. Possibilidade.

1. A divergência traçada nestes autos envolve a definição da natureza da verba denominada “quebra de caixa” e a conseqüente incidência ou não da tributação previdenciária. O acórdão embargado entendeu que a jurisprudência da Primeira Turma é firme no sentido de que a verba relativa à quebra de caixa possui natureza indenizatória e não salarial; por essa razão não haveria incidência de contribuição previdenciária. Já o acórdão paradigma afirmou que “a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, sendo o auxílio de ‘quebra de caixa’ pago com o escopo de compensar os riscos assumidos pelo empregado que manuseia numerário, deve ser reconhecida a natureza salarial da aludida parcela e, por conseqüente, a possibilidade de incidência da contribuição previdenciária”.

2. A verba “quebra de caixa” decorre de convenção coletiva e se destina àqueles empregados que exercem função de operador de caixa, auxiliar de caixa, conferente, tesoureiro, cobrador ou qualquer outra pessoa que possibilite o desconto na remuneração quando há diferença entre a quantia existente em caixa e a que efetivamente deveria existir. A con-

tribuição previdenciária patronal, por sua vez, encontra suporte nos arts. 195, I, «a», e 201, § 11, da CF/1988, bem como nos arts. 22, I, e 28, I, da Lei n. 8.212/1991.

3. A análise da origem e da razão de ser da verba “quebra de caixa”, à luz da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais supramencionados, denota que aquela quantia se amolda ao conceito de remuneração para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal, pois se revela pagamento habitual e, embora não pareça, destina-se a retribuir o trabalho em razão da prestação do serviço ao empregador.

4. O fato de a quantia ora em análise servir para “compensar” eventuais diferenças de caixas a serem descontadas da remuneração do empregado não lhe confere a natureza de verba

O fato de o exercício da atividade submeter o empregado a determinado risco remuneratório não desnatura o caráter da verba ‘quebra de caixa’

indenizatória apta a impedir a exação tributária, pois não se presta a recompor, sob o aspecto material, um patrimônio que foi objeto de lesão, diminuindo-lhe o seu valor, notadamente em decorrência de um ato ilícito, conforme se depreende da leitura combinada dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

5. No caso dos autos, o pagamento da verba nominada “quebra de caixa” não tem finalidade indenizatória tendente a recompor o patrimônio do empregado em decorrência de uma lesão, pois o desconto autorizado na remuneração do empregado em face da diferença de caixa não se revela ilícito a exigir uma reparação de dano. É o que se depreende da leitura do art. 462, caput, e § 1º, da CLT. Assim, subsistindo dolo ou acordo (convenção coletiva) de trabalho – situação esta a dos autos

–, admite-se o desconto lícito das diferenças de caixa. Precedente do TST: ARR – 2820-45.2010.5.02.0362, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Segunda Turma, DEJT 1º/7/2015.

6. É certo que a lei, em algumas situações, expressamente estabelece presunções absolutas de caráter indenizatório a certas quantias. Na esfera previdenciária, cita-se o § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/1991, que, em seu bojo, afasta do conceito de remuneração determinadas importâncias – certamente boa parte delas, por lhe considerar indenizatórias –, tais como “ajudas de custo”, “a parcela in natura recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social” etc. Registre-se, no entanto, que a verba “quebra de caixa” não consta do rol de referido § 9º, ou de qualquer outra norma apta a lhe excluir do conceito de salário de contribuição.

7. Esclarece-se, de outra parte, que o fato de o exercício da atividade submeter o empregado a determinado risco a sua remuneração não desnatura o caráter remuneratório da verba “quebra de caixa”. Fosse assim, não se admitiria a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os adicionais de insalubridade e periculosidade, uma vez que essas importâncias são decorrentes justamente da submissão do trabalhador a condições que lhe prejudicam a saúde ou a integridade física ou mental.

8. A Justiça Trabalhista, cuja competência jurisdicional compreende também a execução, de ofício, das contribuições previdenciárias patronais (CF, art. 114, VIII), firmou, nos termos da Súmula 247 do TST, a seguinte compreensão: “A parcela paga aos bancários sob a denominação ‘quebra de caixa’ possui natureza salarial, integrando o salário do prestador de serviços, para todos os efeitos legais”.

9. Embargos de divergência providos para declarar a possibilidade de incidência da contribuição previdenciária por ocasião do pagamento da verba denominada “quebra de caixa”.

Seguindo a mesma orientação, cita-se o julgado:

Tributário. Processual civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Código de processo civil de 2015. Aplicabilidade. Contribuição previdenciária. Auxílio quebra de caixa. Verba paga mês a mês por liberalidade do empregador. Natureza remuneratória. Incidência da exação. Súmula n. 168/STJ. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do código de processo civil de 2015. Descabimento. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II – A 1ª Seção desta Corte firmou posicionamento segundo o qual incide a contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de “quebra de caixa”. III – Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado à luz do óbice contido na súmula n. 168/STJ. IV – Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V – Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VI – Agravo Interno improvido. (AgInt nos EREsp. 1.400.707/SC, Primeira Turma, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 28.11.2017).

No que tange ao adicional de insalubridade, também é pacífico o entendimento do STJ quanto à incidência da contribuição previdenciária patronal. Nesse sentido:

Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Verbas de natureza remuneratória. Incidência. Integração da base de cálculo. Jurisprudência firme do stj. Provimento. 1. A irresignação merece provimento. 2. Conforme entendimento do

STJ, quaisquer vantagens, valores ou adicionais que possuam natureza remuneratória pertencem à base de cálculo referente à contribuição previdenciária, tais como salário-maternidade, férias gozadas, horas extras e seu respectivo adicional, adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade, anuênios, biênios, triênios e gratificação de função. 3. Assim, o aresto vergastado, o qual suspendeu as contribuições aplicadas sobre as diversas verbas remuneratórias auferidas pelo recorrido, colide frontalmente com o atual posicionamento do STJ, o qual fora, a princípio, plenamente respeitado pela sentença do juízo singular. 4. Recurso Especial provido para restabelecer na íntegra a sentença original. (REsp 1790631/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 11/04/2019, DJe 31/05/2019)

Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula 168/STJ)

Tributário. Contribuição previdenciária. Horas-extras. Salário-maternidade. Salário-paternidade. Adicional de periculosidade. Adicional noturno. Repouso semanal remunerado. Adicional de insalubridade. Férias gozadas. Décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado. Incidência. 1. No julgamento dos Recursos Especiais repetitivos 1.230.957/RS e 1.358.281/SP, a Primeira Seção firmou a compreensão de que incide contribuição previdenciária patronal sobre as seguintes verbas: salário-maternidade, salário-paternidade, horas-extras, adicional de periculosidade e adicional noturno. 2. No que tange às demais verbas (repouso semanal remunerado, adicional de insalubridade, férias gozadas e décimo terceiro proporcional ao aviso prévio indenizado),

também é pacífico o entendimento do STJ quanto à incidência da contribuição previdenciária patronal. Precedentes: AgInt nos EDcl no REsp 1.693.428/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.5.2018; AgInt no REsp 1.661.525/CE, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 26.4.2018; REsp 1.719.970/AM, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21.3.2018; AgInt no REsp 1.643.425/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17.8.2017; AgInt nos EDcl no REsp 1.572.102/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 15.5.2017; AgRg no REsp 1.530.494/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29.3.2016; REsp 1.531.122/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29.2.2016; AgRg nos EDcl no REsp 1.489.671/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.11.2015; REsp 1.444.203/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.6.2014. (...) 5. Recurso Especial não provido. (REsp 1775065/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

Processual civil e tributário. Contribuição previdenciária. Incidência sobre o salário-maternidade, as horas extras e o respectivo adicional, o repouso semanal remunerado, o adicional noturno, o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade. Férias gozadas. Terço de férias.

1. A Seção de Direito Público do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.230.957/CE, no rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que a contribuição previdenciária incide sobre os valores pagos a título de salário-maternidade.

2. Em relação ao repouso semanal remunerado, a Segunda Turma, ao apreciar o REsp 1.444.203/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 24.6.2014, firmou entendimento no sentido de que tal verba sujeita-se à incidência de contribuição previdenciária. Na mesma linha: AgRg no REsp 1.475.078/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.10.2014.

3. Quanto ao adicional de insalubridade, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que tal verba integra o conceito de remuneração e se sujeita à incidência de contribuição previdenciária.

Precedente: AgRg no REsp 1.476.604/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 5.11.2014.

4. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.358.281/SP, processado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, tem a compreensão de que incide contribuição previdenciária (RGPS) sobre as horas extras e o respectivo adicional, e sobre os adicionais noturno e de periculosidade (Informativo 540/STJ).

5. O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário de contribuição.

6. As licenças remuneradas tratam de hipóteses de afastamento justificado do trabalhador, possuem caráter

remuneratório e não têm o condão de afastar a incidência da contribuição previdenciária, porquanto mantido o vínculo laboral.

7. Recurso Especial não provido. (REsp 1553949/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015)

Em relação ao auxílio-condução o acórdão recorrido consignou:

4.2.7 Auxílio-condução

A autora é sociedade empresária que tem por atividade principal o transporte rodoviário de carga (Evento 1-CNPJ2).

O valor pago aos seus motoristas, a título de auxílio-condução, constitui-se em ganho habitual e, portanto, nos termos do art. 201, §11º, da Constituição Federal, deve integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, sendo objeto do Tema 20 do STF. (fl. 333, e-STJ)

No tocante ao auxílio-condução, o apelo nobre padece de adequada fundamentação, pois não houve de-

envolvimento de tese a respeito ou demonstração da maneira pela qual o acórdão recorrido teria violado os dispositivos legais apontados, atraindo o comando da Súmula 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Especial.

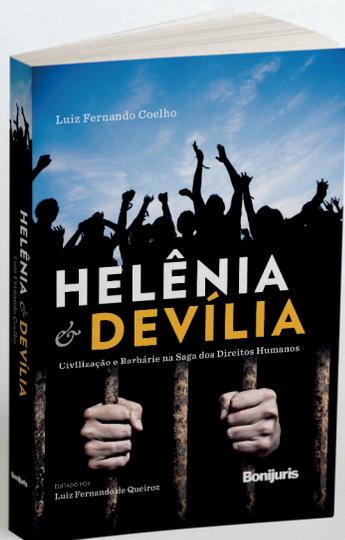
É como voto.

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. ■



HELÊNIA E DEVÍLIA CIVILIZAÇÃO E BARBÁRIE NA SAGA DOS DIREITOS HUMANOS

Luiz Fernando Coelho

Em pleno século 21, é possível buscar novas formas de organização político-social baseadas em liberdade, igualdade e justiça? O autor nos orienta a compreender o porquê de se falar em direitos humanos a partir de uma nova metaética. Seu pensamento crítico questiona a política e a civilização moderna, a convivência entre os diferentes, o lugar da dignidade humana e a democracia.



R\$ 160,00



www.livrariabonijuris.com.br

0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Bonijuris

A BBADV ESTÁ CONQUISTANDO O NORDESTE: CHEGAMOS EM SÃO LUÍS/MA

Agende uma visita!

SÃO LUÍS

☎ (98) 3042 1060

📍 Rua dos Azulões, 1 - Ed. Office Tower, SL 324
CEP: 65075-060 - Jardim Renascença

FORTALEZA

☎ (85) 3268 1601

📍 Av. Desembargador Moreira, 1701 - 2º Andar
CEP: 60170-001 - Aldeota

☎ (85) 9 8685 9620

✉ comercial@brasilbrasil.adv.br

🌐 www.brasilbrasil.adv.br

A QUESTÃO DISCIPLINAR E A EXECUÇÃO PENAL

Estabelece o artigo 47 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares. A questão é imperativa. Entretanto, veremos adiante que os entendimentos são díspares.

Várias situações já foram enfrentadas pelos tribunais, sendo que, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Roberto Barroso, entendeu o seguinte:

Execução Penal. Recurso Extraordinário. Prática de falta grave. Prévio procedimento administrativo disciplinar. Desnecessidade. Repercussão geral reconhecida. 1. Nos termos das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena. 2. Assim sendo, a apuração da prática de falta grave perante o juízo da Execução Penal é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF). 3. Reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada (RE 972.598 RG, Relator (a): Min. Roberto Barroso, julgado em 06.04.2017, Processo eletrônico DJe-227 divulg. 03.10.2017 public. 04.10.2017).

Ousamos, com a devida vênia, discordar do entendimento manifestado, e aguarda-se que o STF reconheça a imprescindibilidade do procedimento administrativo disciplinar (PAD).

Muito embora o mencionado artigo 47 diga que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa, não há como se excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer ato que exorbite as atribuições legais. Não é porque o artigo excepciona o princípio da jurisdicionalização que o poder seja absoluto. Veja-se o que dispõe o artigo 5º, xxxv, da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Precisa é a lição de Renato Flávio Marcão¹:

A decisão proferida nos autos do procedimento para apuração de falta grave deve ser motivada, e a Lei de Execução Penal não estabelece a possibilidade de recurso, visando submetê-la a apreciação do juiz da execução ou qualquer outro órgão [...] Não obstante a ausência de previsão expressa na lei sobre a possibilidade de recurso das decisões proferidas pelo diretor do estabelecimento ou pelo conselho disciplinar, é possível a interposição de recurso eventualmente previsto na legislação local ou nos regulamentos dos presídios. Mesmo na ausência de previsão expressa na legislação local ou nos regulamentos presidiários, é perfeitamente cabível, em muitos casos, a utilização dos remédios constitucionais, notadamente o habeas corpus e o mandado de segurança.

As faltas disciplinares estão previstas na Lei de Execução Penal (faltas graves) e, no que atine às faltas médias e leves, assim como outras normas disciplinares, devem elas constar de disposições regulamentares de competência dos estados. O poder não é arbitrário, mas sim discricionário, sujeito ao que estabelece a ordem normativa em termos de lei federal ou estadual.

O poder não é arbitrário, mas sim discricionário, sujeito ao que estabelece a ordem normativa em termos de lei federal ou estadual

A questão do artigo 47 está a merecer, a nosso sentir, maior aprofundamento, dada a interpretação errônea que se vem fazendo com as faltas disciplinares de natureza grave. A Súmula 533 do STJ consigna:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado (REsp 1.378.557. DJe 15.06.2015 – RSTJ v. 243 p. 1.073. Decisão: 10.06.2015).

O REsp referido está assim ementado:

Recurso especial representativo da controvérsia. Execução penal. 1. Reconhecimento de falta grave. imprescindibilidade de instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD). determinação expressa do art. 59 da lei de execução penal. poder disciplinar. atribuição do diretor do presídio (LEP, arts. 47 e 48). Direito de defesa a ser exercido por advogado constituído ou defensor público nomeado. Observância da garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. 2. Recurso não provido. 1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. 2. Recurso especial não provido (REsp 1378557/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 23.10.2013, DJe 21.03.2014).

Há que se conjugar a disposição (súmula) em referência com o previsto no artigo 59 da LEP (Lei de Execução Penal), que consigna, em seu artigo 59: “Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.”

As disposições regulamentares referidas são editadas pelas unidades federadas, no âmbito da competência residual (Constituição Federal, art. 24, I). No Estado do Paraná, o Estatuto Penitenciário (Decreto 1.276/95), em seus artigos 51 *usque* 83, trata exaustivamente

da questão disciplinar. Dentre outros estados, no Rio Grande do Sul tem o Decreto 46.534/09 (publicado no DOE n. 148, de 5 de agosto de 2009) com as alterações do Decreto 47.594/10, que aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. No âmbito do Sistema Penitenciário Federal, ver Decreto 6.049/07, artigos 59 e seguintes.

Do exposto se infere a exegese do artigo 47: o controle da legalidade não se disciplina; é matéria a ser decidida na órbita administrativa. Pode se afastar da apreciação jurisdicional quando provocado o juízo respectivo ou nas hipóteses do parágrafo único do artigo 48.

No particular aspecto das faltas graves, deve ser decidida a sua incidência – ou não – no âmbito administrativo, observado o artigo 59, já citado. Os efeitos que daí decorrem subordinam-se à esfera administrativa, a qual prevê as sanções aplicáveis, consoante se deflui da regra do artigo 49, que classifica as faltas disciplinares, delegando ao legislador estadual a especificação das faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções.

O artigo 53 e incisos enumera quais sanções poderão ser aplicadas quando da prática comprovada da falta disciplinar de natureza grave, e o artigo 54 aduz que estas serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento, reservando à autoridade judiciária a inclusão no RDD (Regime Disciplinar Diferenciado).

Obviamente, entendendo a defesa do réu a ilegalidade em relação à sanção aplicada, poderá ingressar em Juízo via incidente de execução, uma vez que os incidentes não são exaustivos.

Quanto a reflexos de ordem jurisdicional – e aqui entra a jurisdicionalização –, dispõe o parágrafo único do artigo 48: “Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos arts. 118 inc. I, 125, 127, 181 §§ 1º, letra ‘d’ e 2º desta Lei”. Observe-se que são situações distintas e dever-se-á verificar

de que forma a representação será feita e os efeitos que dela podem ocorrer.

Parece-nos que, além de outras situações, há uma linha divisória entre as esferas administrativa e jurisdicional em relação à disciplina. A representação que deverá ser feita pela autoridade administrativa é para aferição, aí sim, da autoridade judiciária, quanto à incidência dos dispositivos mencionados, os quais se relacionam a: regressão de regime; revogação do benefício de saída temporária; perda de dias remidos e eventual conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

São consequências sérias, afetando a situação executória, com alteração do rumo da execução em situações devidamente autorizadas pela LEP. Deve-se levar em conta a expressa disposição do artigo 57, o qual determina que seja levada em consideração a natureza, motivos, circunstâncias e consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Se por um lado a autoridade administrativa apreciar tais aspectos para aplicar as sanções de sua competência, por outro a autoridade judiciária não poderá olvidar estes mesmos aspectos para impor, acolhendo a representação, as consequências que afetam a situação executória ou penal. Vê-se, pois, que somente à autoridade judiciária compete a aplicação dos efeitos acima mencionados.

Tem-se usado a figura da “homologação” – ver a respeito os últimos decretos de indulto e comutação de pena –, figura esta que não logramos encontrar no âmbito da LEP. O que a Lei de Execução estabelece é a necessidade de ser ouvido o condenado (art. 118, § 2º), podendo daí decorrer diferentes situações. Inclinando-se autoridade judiciária pela não configuração da falta grave, seus reflexos incidem na esfera administrativa, afastando as consequências nesta órbita. De igual sorte, concluindo que as consequências administrativas foram suficientes, não aplicará as medidas provenientes da representação, ou poderá acolhê-las em parte.

A indagação que se pode fazer é: não acolhida a representação ou acolhida em parte,

desconfigurar-se-á a falta grave? Entendemos que não. O não acolhimento não significa a inocorrência da falta grave, mas a intensidade desta. Princípios constitucionais, entre estes os da razoabilidade e da proporcionalidade, além das circunstâncias do artigo 57 da LEP, podem conduzir o magistrado a não aplicar as consequências jurisdicionais se atinar que as sanções administrativas foram suficientes.

Veja-se que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, conforme o artigo 52 da LEP. Suponha-se réu cumprindo pena no regime semiaberto que se envolva em discussão com outro réu e venha a causar neste lesão corporal de natureza leve. É falta grave? Sim.

Consequências administrativas poderão advir, mas haverá incidência de alguma das consequências previstas no parágrafo único do artigo 48 da LEP? Neste particular, entendemos que não. Com efeito, a prática do fato definido como crime doloso configurou falta grave; contudo, na hipótese, trata-se de infração penal de pequeno potencial ofensivo. A vítima poderá não ter interesse em causar qualquer consequência ao réu. Entretanto, resguardando o interesse da administração e a ordem no estabelecimento, medidas administrativas serão tomadas.

É certo que a autoridade administrativa determinará a instauração do procedimento próprio conforme a previsão do artigo 59, já mencionado. Comprovada a falta disciplinar e não havendo razão para o réu se eximir da responsabilidade, aplicará a sanção correspondente segundo a previsão do artigo 53, observado o artigo seguinte (54), exigindo ato motivado do diretor do estabelecimento. Para o *desideratum* referido, o procedimento deverá observar o direito de defesa, daí inferindo-se, por óbvio, o contraditório.

Definida a situação administrativa e com a representação a que alude o parágrafo único do artigo 48, a autoridade judiciária observará o procedimento judicial, de acordo com previsão dos artigos 194 e seguintes da LEP.

Note-se que as implicações administrativas já foram decididas, restando agora, se for o caso, a aplicação das consequências previstas

‘Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada’

nos dispositivos mencionados no parágrafo único do artigo 48 da LEP, a saber: regressão de regime; revogação de saída temporária; perda parcial de dias remidos e conversão de pena restritiva em privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 969.367, relator o ministro Celso de Mello, em que pese eventuais divergências, decidiu:

Recurso extraordinário – Execução penal – Falta grave – Impossibilidade de reconhecimento apenas em audiência de justificação – Imprescindibilidade de instauração do procedimento administrativo disciplinar (LEP, art. 59), em que se assegure o direito a ampla defesa – Precedentes – Agravo interno improvido. (RE 969367 AgR, Relator (a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18.11.2016, Processo Eletrônico DJe-257 Divulg. 01.12.2016 Public. 02.12.2016). *Da decisão em referência se extrai:* Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, a propósito de questão idêntica à que ora se examina nesta sede recursal (ARE 791.206/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes – RE 970.128/RS, Rel. Min. Roberto Barroso – RE 982.969/RS, Rel. Min. Teori Zavascki – RE 989.206/RS Rel. Min. Dias Toffoli, v.g.).

Mais adiante, reportando-se à decisão contida no ARE 709.383, lê-se:

Manifesto meu entendimento consoante o posicionamento doutrinário e jurisprudencial anterior. O procedimento administrativo disciplinar (PAD) deve ser garantido, como também sua regularidade deve ser resguardada. *Trata-se de violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a simples supressão do procedimento.* O ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais evidente com relação à lei penal e execução penal, garante o devido processo legal, a fim de que os princípios da ampla defesa e do contraditório sejam efetivados concretamente e materialmente, haja vista o direito de ir e vir do indivíduo estar em jogo. O raciocínio delineado é simples: o procedimento administrativo disciplinar é o imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave. Esta corte já salientou que, conquanto presente o PAD, caso esteja eviado de nulidade (ex.: ausência de defesa técnica), esta deve ser reconhecida. (RHC 104.584, de minha relatoria, DJe 3.6.2011 e RE 398.269/RS, de minha relatoria, DJe 26.2.2010). Por conseguinte, se PAD eviado de irregularidade e a decisão que o homologou são nulos, quanto o mais a ausência

deste. *A audiência de justificação com a presença de defesa técnica não tem o condão de suprir a nulidade do PAD, haja vista serem fases distintas, ambas com seus objetivos e competências descritas na lei, já salientados nos trechos do acórdão do STJ. Por isso mesmo, deve ser garantido o procedimento administrativo disciplinar regular ao apenado.* (grifos nossos)

Pode-se afirmar que a execução penal entre nós vigente desde janeiro de 1985 (sancionada em 1984) ainda não encontrou entendimento pacífico diante de inúmeras disposições. A natureza mista da execução (administrativa e jurisdicional) deve ensejar ao intérprete, frente a situações concretas, o necessário discernimento no sentido de demonstrar a linha divisória entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional.

A decisão referida no ARE acima, do STJ, a nosso sentir, deslinda a questão de maneira irrefutável. Com efeito, o RESP 1.378.557, da relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, após exaustivo exame da matéria, consignou:

Penso que o momento é oportuno para maior reflexão acerca da matéria discutida, devendo ser analisada e interpretada a Lei n. 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal, em sua integralidade, a fim de verificar se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave. Da leitura da Seção III do Capítulo IV do referido diploma legislativo, que trata “Da Disciplina”, verifica-se que a Lei de Execução Penal estabelece em ordem cronológica: 1) a atribuição para o exercício do poder disciplinar (arts. 44 a 48); 2) a classificação das faltas disciplinares, bem como a “tipificação” das condutas correspondentes à falta de natureza grave (arts. 49 a 52); 3) as sanções respectivas (arts. 53 a 58); e 4) o procedimento que deverá ser adotado para apuração da falta disciplinar (arts. 59 a 60). Nas disposições gerais da referida seção (Subseção I), os arts. 47 e 48 estabelecem que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, bem como na restritiva de direitos, será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado. Assim, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, *verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar, conforme disposto*

nos aludidos dispositivos legais. (destaque não é do original). Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar a regra do art. 57, *caput*, da LEP, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, que dispõe: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Mais adiante:

Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º). Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48: Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei. Veja que o dispositivo estabelece que a autoridade administrativa *representará* ao juiz da execução penal para adoção das sanções disciplinares previstas nos aludidos artigos. Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Vale referir o ensinamento de Alexis Augusto Couto de Brito destacado na decisão:

Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas. Na ocorrência de infração grave, além da *apuração*

e *aplicação das sanções administrativas*, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá *comunicar* ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181). Nestes casos, apenas o juiz da execução poderá aplicar estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena (BRITO, Alexis Couto de *Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 160-1).

No RESP 1.378.557, retomado, vê-se também:

Nesse sentido, assenta a doutrina especializada ao analisar o art. 47 da LEP: O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos (JULIOTTI, Pedro de Jesus. *Lei de Execução Penal anotada*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 79).

De forma objetiva, pois, e com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, pode-se afirmar que a interpretação dos dispositivos referidos na LEP, artigos 47 e 49, conduz à conclusão inarredável de que o poder disciplinar é da autoridade administrativa.

Em assim sendo, o procedimento administrativo disciplinar, conforme previsão do artigo 59, é imprescindível, não podendo ser suprido pela audiência a que se refere o artigo 118, § 2º. Pressuposto desta, em se tratando de falta disciplinar de natureza grave (art. 118, I, parte final), é a representação a que alude o parágrafo único do artigo 48 da já mencionada Lei de Execução Penal. ■

NOTA

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84.

Mauricio Kuehne. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Professor emérito do Centro Universitário Curitiba.



llzcobranca.com.br

- Antecipação de 100% da Receita do Condomínio, Eliminando toda Inadimplência
- Antecipação de Receita para Reformas e Melhorias do Condomínio
- Antecipação das Taxas de Condomínio em Atraso Anteriores à Nossa Contratação
- Custo Zero com Tarifas Bancárias, Custas de Cobrança e Despesas Judiciais
- Desoneração aos Condôminos Adimplentes
- Eliminação de Problemas Decorrentes da Cobrança feita pelo Síndico
- Fornecimento de Site Exclusivo para o Condomínio
- Assessoria e Consultoria Técnica ao Condomínio

CONDÔMINOS INADIMPLENTES?

Conheça a Solução para seus Problemas

A LLZ é uma empresa que faz a cobrança do seu condomínio de forma diferente. Todo mês, na data do vencimento das taxas condominiais, depositamos na conta bancária do condomínio o valor da receita total, descontada nossa taxa de serviço, efetuando posteriormente a cobrança daqueles que não pagaram em dia. Se algum condômino deixa de pagar, a LLZ assume essa obrigação e paga a taxa de condomínio por ele. A LLZ busca melhorar a gestão do condomínio através da resolução do problema da falta de dinheiro. Afinal, não é o sonho de todo síndico receber o condomínio em dia e não se preocupar em cobrar seus vizinhos? Entre em contato conosco e entenda como não sofrer mais com a inadimplência.

LLZ • MATRIZ BH: 31 2517-4141 • contato@llzcobranca.com.br

Rua dos Guajajaras, 1611 • Sala 602 • Barro Preto • BH • MG • CEP: 30.180-099

LZ • FILIAL BH: 31 2517-4100 • contatobh@llzcobranca.com.br

Rua dos Guajajaras, 1611 • Sala 601 • Barro Preto • BH • MG • CEP: 30.180-099

A LEI PENAL QUE GARANTE DIREITOS AO 'LOUCO'

Quando ingressamos nos ensinamentos da dogmática penal, mais precisamente na teoria geral das penas, somos logo orientados que dentro do gênero de sanções penais está inserida a medida de segurança. Esta teoria também nos assinala que os dois institutos, pena e medida de segurança, são ainda mais próximos do que parecem.

O certo é que ainda existem pessoas acometidas de sofrimento mental internadas e reclusas em hospitais de custódia e tratamento, verdadeiros quartos de despejo do sistema penitenciário. Os hospitais de custódia e tratamento, por permanecerem com características de asilos, com grades e cadeados, mantêm a lógica manicomial e asilar, indo contra os conceitos trazidos pela Lei 10.216/01. Notadamente, a existência destas instituições configura uma verdadeira violência institucional contra os deficientes mentais, os quais são erroneamente rotulados de “doentes mentais”.

Partindo da hipótese de que o melhor tratamento é justamente aquele que cumpre rigorosamente todos os direitos previstos na Lei da Reforma Psiquiátrica (10.216/01), buscaremos com este artigo demonstrar as medidas acerca dos processos de invalidação social aos quais os indivíduos rotulados como “loucos” são submetidos.

1. A MEDIDA DE SEGURANÇA E OS INIMPUTÁVEIS

A medida de segurança é a resposta no âmbito penal direcionada ao indivíduo criminali-

zado que, na época da prática da infração penal, não possuía condições de entendimento da ilicitude de seus atos e de autodeterminação em função de estar acometido de transtorno mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Deste modo, ele seria inimputável, não possuindo a culpabilidade necessária para que sofra uma pena de prisão.

Nestes termos, preconiza o Código Penal brasileiro:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, CÓDIGO PENAL).

Adotou-se o chamado critério biopsicológico para a verificação da imputabilidade do agente. Não basta apenas a existência da doença mental, mas também deve-se comprovar que ela se manifestava ao tempo da conduta delituosa, ocasionando a incapacidade de entendimento e autodeterminação. Leciona Fuhrer (2000, p. 45) que “o sistema biopsicológico combina a exigência de verificação do prévio vício mental com a ausência de entendimento ou com a impossibilidade de portar-se de acordo com ele”.

Outra marca do sistema biopsicológico adotado por nosso ordenamento jurídico é o critério temporal, de modo que “a total falta de entendimento, ou a total ausência do querer, deve ocorrer no tempo da ação ou omissão” (FUHRER, 2000, p. 45).

Uma marca do sistema biopsicológico é o critério temporal, de modo que ‘a total falta de entendimento, ou a total ausência do querer, deve ocorrer no tempo da ação ou omissão’

Existe, portanto, uma cisão no direito penal brasileiro, fazendo com que a resposta penal seja diferente para cada situação e em relação a cada indivíduo. Nestes termos, a pena seria destinada aos imputáveis e as medidas de segurança aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Neste cenário, o direito penal brasileiro trabalha com distintas respostas jurídicas aos autores de condutas consideradas ilícitas: primeira, aplicação de pena ao imputável; segunda, aplicação de pena reduzida ou de medida de segurança ao semi-imputável; terceira, aplicação de medida de segurança ao inimputável psíquico; quarta, aplicação da medida socioeducativa ao inimputável etário (adolescente em conflito com a lei) (CARVALHO, 2015, p. 499-500).

Eventualmente, a medida de segurança pode ser aplicada aos semi-imputáveis, aqueles indivíduos não inteiramente imputáveis. Neste cenário, reconhecida a semi-imputabilidade, segundo Paulo Queiroz, o juiz poderá, conforme seja mais conveniente e socialmente recomendável, aplicar-lhe ou pena ou medida de segurança (sistema vicariante), mas não poderá determiná-las cumulativamente (sistema duplo binário).

Ademais, exigem-se todos os pressupostos para a cominação de uma pena, salvo a imputabilidade. Nesse sentido, Queiroz (2016, p. 539) leciona que “hão de exigir, para que possam ser aplicadas, todos os pressupostos e requisitos de um crime (fato típico, ilícito, culpável e punível), com exceção (apenas) da imputabilidade”.

2. A EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A temática da doença mental ganhou atenção, primeiramente, em nosso país, com o Código do Império, ao prever em seu artigo 10, § 2º, que não seriam julgados os criminosos classificados como “loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles comete-

rem o crime”. Estipulava ainda o artigo 12 do mesmo código que “os loucos que tiverem cometido crimes serão recolhidos às casas para eles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente”.

Nesta esteira, sucederam-se normas destinadas aos considerados incorrigíveis. Como eles não podiam ser ressocializados, deveriam ser inocuidados e segregados para a defesa da sociedade.

Inicialmente, não podemos nos esquecer de que a gênese da medida de segurança surgiu da necessidade de segregar os incorrigíveis; verificando-se que a pena tinha pouca ou nenhuma eficácia perante os incorrigíveis, elegeram, na medida de segurança, a sanção legitimadora ao fim de proteção e de inocuidação, segregando o indivíduo por critério de prevenção (FERRARI, 2001, p. 60).

Foi com a promulgação do Código Penal de 1940 que a medida de segurança foi sistematizada em nosso ordenamento pátrio. Santoro (2012, p. 14) leciona que “o Código Penal de 1940, influenciado pela Escola Positivista de Lombroso, Ferri e Garofalo, trouxe como grande novidade o ingresso das medidas de segurança no campo penal”.

Até a reforma de 1984, adotou-se o sistema conhecido como duplo binário, havendo a possibilidade de aplicar a pena concomitantemente à medida de segurança, sendo que no caso dos imputáveis ela seria uma complementação à pena; já quando o agente fosse inimputável, ela seria utilizada em substituição à pena. Tal sistema levava em consideração o reconhecimento do chamado “estado perigoso”, que poderia se configurar por uma presunção legal ou por declaração ou reconhecimento judicial.

A medida de segurança apresentava, em regra, dois pressupostos para sua aplicabilidade: a prática de ato criminoso e a periculosidade do agente. No entanto, Ferrari (2001, p. 35) assevera que “legalmente, o agente era presumido como perigoso (art. 78), enumerando

a norma situações em que obrigatoriamente constituía a aplicação da medida de tratamento, pouco importando se presente a prévia prática delituosa”. Portanto, a medida de segurança poderia ser aplicada de maneira excepcional, mesmo para aqueles indivíduos que não haviam praticado nenhum delito, apenas embasada na chamada periculosidade social.

Ainda em conformidade com o código de 1940, o indivíduo ficaria em medida de segurança por tempo indeterminado, enquanto não cessada a sua causa. No entanto, o código previa um tempo mínimo e obrigatório de execução da medida, pouco importando se o indivíduo deixasse de se tornar perigoso antes deste prazo. Assim, a medida de segurança não era imposta para recuperar o doente, mas sim para responder aos anseios de uma sociedade temerosa com a periculosidade social do indivíduo, que preferia escamotear a perpetuidade da sanção-pena, denominando-a benefício-tratamento (FERRARI, 2001).

O diploma de 1969 manteve praticamente a totalidade dos dispositivos do Código Penal de 1940. A inovação mais relevante foi que, com seu advento, passou-se a não mais se admitir a imposição concomitante de pena e medida de segurança (sistema duplo binário), fazendo com que o julgador do caso concreto tivesse de ponderar a respeito da sanidade mental do acusado. Caso imputável, sofreria pena; sendo inimputável, receberia medida de segurança (sistema vicariante).

Apesar das revoluções trazidas pelo código de 1969, este viu-se frustrado, uma vez que foi revogado antes mesmo de sua vigência, em 1975, mantido assim o texto íntegro do código de 1940.

Com a permanência do duplo binário, da presunção de periculosidade, bem como das espécies pessoais e patrimoniais, as medidas de segurança exigiam uma reflexão científica e acadêmica que as enquadrasse num sistema penal moderno (FERRARI, 2001, p. 39).

Posteriormente, em 1981, foi constituída uma comissão visando à elaboração de um

novo código penal que estivesse de acordo com as mudanças nos conceitos do mundo jurídico. A temática da medida de segurança foi um dos temas que ensejou grande atenção, ocorrendo grandes mudanças com neste instituto. Consolidou-se o entendimento de que as medidas de segurança não poderiam mais ser aplicadas aos imputáveis. Nesse sentido, Ferrari (2001, p. 39) informa que “a comissão de juristas que ultimavam o novo código enunciou que, a partir do Código Penal de 1984, as medidas de segurança seriam destinadas, exclusivamente, aos inimputáveis e semi-imputáveis”.

A reforma da parte geral do Código Penal, de 1984 e em vigor até hoje, fez finalmente vigorar o sistema vicariante, pondo um fim ao duplo binário. Com este novo parâmetro, o julgador deveria refletir acerca da imputabilidade penal do indivíduo praticante de um delito e decidir entre uma das duas opções (pena ou medida de segurança).

Superado o duplo binário, a Reforma da Parte Geral de 1984 instituiu o sistema vicariante, cindindo a resposta punitiva entre penas (imputáveis) ou medidas de segurança (inimputáveis). Mesmo nos casos de semi-imputabilidade, nos

quais há possibilidade de aplicação de ambas as respostas punitivas, o magistrado deve optar prioritariamente pela pena (reduzida pela minorante do art. 26, parágrafo único, do Código Penal) e, em casos excepcionais, substituir pela medida de segurança, nos termos do art. 98 do Código Penal (CARVALHO, 2015, p. 506).

Outra modificação no instituto da medida de segurança foi a consolidação dos pressupostos de sua aplicação. Nesse sentido, passou a ser absoluta e obrigatória a periculosidade criminal em somatória à prática de um ilícito penal para ensejar a incidência do referido instituto.

O caráter terapêutico previsto no discurso oficial da medida de segurança ganhou maior evidência, dando ares correccionalistas ao referido instituto. Santoro Filho (2012) afirma que a nova parte geral do Código Penal de 1984 alterou o regime das medidas de segurança destinadas aos doentes mentais, revelando,

A reforma da parte geral do Código Penal de 1984 fez finalmente vigorar o sistema vicariante, pondo um fim ao duplo binário

mesmo que timidamente, certa priorização do tratamento e recuperação do doente em detrimento da mera segregação.

A medida de segurança passou a figurar em apenas duas modalidades, uma de cunho privativo de liberdade, em que o agente ficaria internado em hospital de custódia; outra de cunho restritivo de direitos, em que o apenado seria obrigado a se submeter a tratamento ambulatorial.

Estabeleceu-se, ainda como regra, a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento, mas se abriu a possibilidade de sujeição do agente apenas a tratamento ambulatorial para fatos previstos como crimes sujeitos a detenção, e não a reclusão (art. 97, *caput*) (SANTORO FILHO, 2012, p. 16).

A modalidade de internação psiquiátrica é cumprida nos hospitais de custódia e tratamento ou em outros estabelecimentos adequados. Contudo, a maioria dos hospitais de custódia no Brasil tem um modelo asilar e manicomial extremamente crítico. Segundo Carvalho:

Em realidade, o modelo de internação compulsória se realiza nos chamados manicômios judiciais, instituições totais com características asilares e segregacionistas similares às penitenciárias. A forma penitenciária dos hospitais de custódia ou manicômios judiciais é reforçada na própria Lei de Execução Penal, que não apenas reserva pouco espaço para descrição da estrutura destas instituições como, em relação ao ambiente e à infraestrutura material, remete ao modelo carcerário (2015, p. 506).

Ainda sob a égide do código em vigor, admite-se ao semi-imputável a substituição da pena privativa de liberdade pelo tratamento “curativo” da medida de segurança, sendo que o prazo para periciar acerca da periculosidade do agente será de, no mínimo, um, e de, no máximo, três anos.

Sendo assim, as medidas de segurança deveriam, a todo tempo, buscar uma forma de ressocializar o indivíduo, de modo que o tratamento não o piore ou seja ineficaz. Conforme a lição de Ferrari:

No âmbito das medidas de segurança criminais, o propósito socializador deve sempre que possível prevalecer sobre a internação de segurança,

orientando-se pelos princípios da sociabilidade e da humanidade. O alicerce que norteia a aplicação da medida de segurança constitui o fim de tratamento ressocializador, admitindo, excepcionalmente e de forma subsidiária, o fim de segregação. Denota-se, assim, que dentre as finalidades preventivas especiais, existe preferência pela positiva em detrimento da negativa (2001, p. 61).

A medida de segurança, assim como as penas, passou a adotar o discurso correccionalista, visando alcançar algo que se entenda como “cura” para o doente mental, de maneira que este passe a se encaixar nos padrões aceitáveis de periculosidade. Ademais, segundo Carvalho (2015, p. 274), “a estrutura punitiva de justificação da sanção como retribuição pelo ato é substituída pela ideia de pena tratamento voltada à tarefa de modificar o sujeito a partir da correção dos déficits que potencializam o crime”.

Assevera-se que tal busca pela ressocialização ou cura do doente mental, além de trazer uma maquiagem de humanização das medidas penais, passou, igualmente, a garantir boa parte de sua legitimação, visto que as medidas de segurança seriam para o bem do internado, para resgatar-lhe tanto a sua condição de saudável mental como o seu lugar na sociedade.

No entanto, a criminologia há muito denuncia a existência de funções não declaradas das penas. Tais denúncias podem ser perfeitamente voltadas às medidas de segurança, no sentido de expor suas funções ocultas, que seriam de segregar e excluir da sociedade os desviantes, pessoas despossuídas de valor, que falharam em cumprir sua função de consumo em uma sociedade de valores capitalistas. Assim, o poder punitivo amplia, cada vez mais, seu autoritarismo vigilante e impositor de sofrimento.

No entanto, a criminologia há muito denuncia a existência de funções não declaradas das penas. Tais denúncias podem ser perfeitamente voltadas às medidas de segurança, no sentido de expor suas funções ocultas, que seriam de segregar e excluir da sociedade os desviantes, pessoas despossuídas de valor, que falharam em cumprir sua função de consumo em uma sociedade de valores capitalistas. Assim, o poder punitivo amplia, cada vez mais, seu autoritarismo vigilante e impositor de sofrimento.

Em suma, como ensina Carvalho (2015), o poder punitivo escamoteia sua função de controle e vigilância dos desviados por meio de um discurso de humanização das penas (e medidas de segurança). Tais manifestações oficiais de ressocialização e humanização se

A maioria dos hospitais de custódia e tratamento no Brasil tem um modelo asilar e manicomial extremamente crítico

O entendimento majoritário é de que a medida de segurança configura um verdadeiro exercício do *jus puniendi* estatal, sendo, portanto, uma forma de punição a quem sequer possui culpabilidade

configuram em fontes quase que insuperáveis de legitimação das sanções penais. Assim, sofisticada-se, cada vez mais, o discurso e as maneiras de infligir dor aos indesejáveis.

3. NATUREZA JURÍDICA

A medida de segurança, modernamente, busca sua legitimação com o intuito de “curar” o criminoso acometido de transtorno mental e de proteger a sociedade de sua potencial periculosidade. Vimos, inclusive, que o texto legal que trata do instituto dispõe que a medida de segurança poderá perdurar indeterminadamente no tempo enquanto não for verificada a cessação da periculosidade do agente, demonstrando que a lei dá aparente natureza diversa de pena para a medida de segurança, classificando-a como um mero tratamento terapêutico e curativo em benefício do doente, pois se assim não fosse, sua indeterminação temporal macularia o estado democrático de direito, violando direito fundamental do indivíduo.

Neste sentido é a lição de Cohen:

Nunca a medida de segurança tem caráter punitivo, pois não se trata de pena, mas uma medida de prevenção, de terapia e de assistência social relativas ao estado perigoso daqueles que não são penalmente responsáveis; ela simplesmente tenta garantir um tratamento para o doente e defende a sociedade de um indivíduo perigoso (COHEN, 2000, apud FUHRER COHEN, 1996, p. 141).

No entanto, ao analisarmos certos aspectos podemos perceber que as diferenças entre pena e medida de segurança são muito mais risíveis do que se imagina, de tal modo que o entendimento majoritário é de que a medida de segurança configura uma modalidade de sanção penal, um verdadeiro exercício do *jus puniendi* estatal, sendo, portanto, uma forma de punição a quem sequer possui culpabilidade.

A Constituição Federal apresenta limitações ao poder de punir do Estado, evidenciados em direitos fundamentais e princípios como o do devido processo legal.

Nesse sentido, Paulo Jacobina adverte:

Essa limitação evidencia-se especialmente no tratamento constitucional ao criminoso. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, diz a Constituição, no seu art. 5º, inciso LIV. Mas garantir o devido processo legal a quem o próprio direito reconhece não entender seus termos não passa de uma ficção (2003, p. 64).

Ora, vejamos esta situação ambígua. Nosso próprio ordenamento jurídico ressalva que um doente mental não pode ser submetido a processo penal, visto que o exercício da ampla defesa estaria prejudicado. Para comprovar este entendimento, basta uma breve leitura do artigo 152 do Código de Processo Penal, que trata dos casos em que a doença mental for superveniente ao crime, dispondo que se a referida doença se manifestar no curso da instrução penal o processo fica suspenso até o restabelecimento do acusado.

Nesse sentido, determina o CPP:

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o §2º do art. 149.

[...]

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Nossa carta magna também estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Portanto, é pressuposto necessário para que alguém sofra uma sanção que seja comprovada a sua culpa por sentença condenatória. Jacobina argumenta:

Mas é óbvio que se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nenhuma pena pode ser imposta a quem venha a ser absolvido. É óbvio que compelir alguém a uma internação manicomial sem prazo definido e independentemente de sua vontade é um sancionamento de natureza penal. Fazê-lo no âmbito de um processo penal, em obediência à legislação penal, é uma condenação penal a uma sanção,

ainda que sob o disfarce de uma “sanção terapêutica”. Quando a própria comunidade científica – e o próprio Sistema Único de Saúde – vem negando o caráter terapêutico do internamento, fica claro que a medida é estritamente punitiva, e, portanto, de problemática constitucionalidade. Trata-se, pois, de responsabilização penal objetiva. Parece claro que outra medida teria que ser adotada pela sociedade, caso quisesse relacionar-se com alguém legalmente inimputável que lhe estivesse ameaçando algum valor jurídico sem que se lhe pudesse atribuir culpa em sentido lato (JACOBINA, 2003, p. 65).

É incontestável que o instituto medida de segurança atinge um bem essencial do agente – no caso, sua liberdade – de maneira que, estimando pela primazia da realidade, causa tanto sofrimento quanto o de uma pena, apesar de, supostamente, não ter essa intenção, fazendo-o sofrer e, portanto, punindo-o. Conforme Fuhner:

Essa posição baseia-se na constatação de que tanto uma como outra são medidas de Direito Penal, impostas coercitivamente pelo Estado, no exercício do seu poder de império, em procedimento penal regular, exclusivamente em razão do cometimento de uma infração de índole penal (2000, p. 1390).

Araújo (2008) assevera que definir a natureza da medida de segurança é um ponto crucial, de tal modo que, uma vez reconhecida a natureza da sanção penal, o dispositivo legislativo que prevê a indeterminação de sua duração máxima, sem qualquer limite quantitativo, estaria afrontando a própria Constituição Federal, que veda a existência de penas de caráter perpétuo. Assim, caso a patologia seja incurável, sendo certo que esta pode ser incurável, a medida de segurança poderia estender-se perpetuamente até o fim da existência do próprio inimputável, configurando verdadeira pena de caráter perpétuo.

Assim, a criminologia e a doutrina crítica reconhecem que a medida de segurança é uma modalidade de sanção penal, sendo tão aflitiva – e por vezes até mais – quanto a própria pena. A própria doutrina vem denunciando o

caráter retributivo presente na medida de segurança. Assim, o argumento de que a medida de segurança é apenas um tratamento curativo não passa de mais um mito presente no direito penal. Pontua Carvalho:

O caráter punitivo das medidas de segurança é uma das principais denúncias realizadas pela criminologia crítica e pela crítica do direito penal a partir da década de 70 do século passado. A exposição da incapacidade de as instituições totais (prisões e manicômios) realizarem minimamente as finalidades expostas em sua programação oficial (ressocializar o imputável e reduzir a periculosidade dos inimputáveis) deflagrou um amplo processo de desconstrução dos mitos fundantes do sistema punitivo. Dentre estes mitos, a ausência da perspectiva punitiva (retributiva) das medidas de segurança (2015, p. 508).

Portanto, definir a natureza jurídica da medida de segurança é essencial para determinar se os limites e regras de aplicação das penas também são extensíveis às medidas de segurança. Tem prevalecido a interpretação de que ambas são espécies do gênero sanção penal. Visto isso, passaremos aos próximos tópicos, verificando como este entendimento influencia a utilização das medidas de segurança.

4. PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO

É oportuno refletir acerca da indeterminação do prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança. Como já afirmado em linhas anteriores, a indeterminação responde a uma suposta natureza diversa de pena que a medida de segurança teria. Tal exegese gera uma série de situações violadoras de princípios constitucionais, como o da proporcionalidade da sanção em relação ao delito e o da humanidade das penas.

Assim, a inexistência de um prazo máximo determinado pela norma penal ocasiona situações notadamente violadoras pelo país, uma vez que, por vezes, uma pessoa passa mais tempo reclusa em medida de segurança do que pagaria se estivesse cumprindo uma pena

O dispositivo legislativo que prevê a indeterminação de sua duração máxima, sem qualquer limite quantitativo, estaria afrontando a própria Constituição Federal, que veda a existência de penas de caráter perpétuo

de prisão. Geram-se, assim, casos de desproporcionalidade, nos quais, em tese, quem deveria receber uma reprimenda estatal muito menor acaba por sofrer algo muito mais grave. Explica Carvalho:

O entendimento procura diminuir o nível de desproporcionalidade entre o tempo de internação e o dano causado – pense-se, p. ex., nos casos, nem um pouco isolados ou excepcionais, de pessoas submetidas a longos períodos de internação em manicômios judiciários por danos de pouca expressividade ou insignificantes (pequenos furtos, ameaças, lesões corporais leves) (2015, p. 514).

Verifica-se, então, que a medida de segurança, na maioria dos casos em que os pacientes não são devidamente assistidos, mostra-se muito mais gravosa para o agente do que a pena, visto que se ele estivesse cumprindo uma pena normal provavelmente já estaria em liberdade ou em regime menos gravoso.

Nestes termos, o sujeito considerado inimputável por doença mental assume o papel de inimigo ou estranho, e sua punição por meio da aplicação de medida de segurança se mostra ainda mais gravosa do que aquela direcionada aos “normais”. Assim, aos inimputáveis é negada a própria condição de pessoa, restando apenas um objeto perigoso, cuja resposta punitiva extrapola os limites previstos aos tidos como “normais”. De acordo com Zaffaroni:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente (2014, p. 11).

Para Carvalho (2015), embora existam limitações ao tempo máximo das medidas de segurança, firmadas pela jurisprudência dos tribunais superiores, e tais limitações significam avanços em relação ao regime de total indeterminação normativa sobre o prazo má-

ximo das medidas, ainda existe uma grande falta de isonomia entre medidas de segurança e penas, exatamente em prejuízo ao inimputável, uma pessoa que demandaria maiores cuidados e, de certo modo, menor reprovação sobre o delito praticado. Ademais, não são raras as vezes em que a duração da medida de segurança excede, em muito, o tempo de encarceramento que o indivíduo suportaria se tivesse sido colocado para cumprir uma pena comum.

Nesse contexto, uma interessante saída para atenuar a falta de isonomia do tratamento entre penas e medidas de segurança é apresentada por Amilton Bueno de Carvalho (2015, p. 515). Propõe que seja feita a dosimetria da pena na própria sentença absolutória imprópria, a fim de se chegar ao quantum máximo do cumprimento da medida de segurança, não deixando que ela ultrapasse o prazo que seria

considerado na aplicação de uma pena. Segundo Carvalho:

Nesse sentido, o julgador, na sentença (absolvição imprópria), realizaria a dosimetria da medida, como se pena fosse – excluindo, logicamente, das circunstâncias de análise aquelas relativas à culpabilidade, pois se trata de inimputável –, estabelecendo o horizonte sancionatório máximo. O procedimen-

to é absolutamente adequado, inclusive para fins de orientação dos prazos prescricionais e definição dos direitos inerentes à execução das medidas de segurança (CARVALHO apud CARVALHO, 2015, p. 515).

No mesmo sentido, com a finalidade de se alcançar um tratamento mais isonômico entre pena e medida de segurança, Queiroz (2016, p. 546) alerta que as medidas de segurança não devem exceder ao tempo de duração da pena que seria cabível ao mesmo caso, recomendando que o juiz faça a individualização da pena com sua devida dosimetria para, em seguida, substituí-la pela medida de segurança cuja duração seria pelo prazo obtido pelo cálculo da dosimetria da pena.

Não é apenas o prazo máximo de duração das medidas de segurança que é objeto de discussão; o prazo mínimo previsto em lei também provoca controvérsias, principalmente no que tange a uma possível carga retributiva

O sujeito inimputável por doença mental assume o papel de inimigo ou estranho e sua punição se mostra ainda mais gravosa

O prazo mínimo da medida de segurança também provoca controvérsias, principalmente no que tange a uma possível carga retributiva que a existência desse prazo mínimo traria

que a existência desse prazo mínimo traria. Veremos isto a seguir.

5. PRAZO MÍNIMO DE DURAÇÃO E CARÁTER RETRIBUTIVO

Outra incongruência em relação à medida de segurança consiste na previsão de existência do prazo de internamento mínimo, que, segundo o Código Penal, vai de um a três anos. Como a medida de segurança se pauta unicamente na periculosidade, parece-nos que esta previsão de um mínimo de internação a ser cumprido acaba por aproximar mais ainda pena de medida de segurança, pois prazos mínimos de prisão são amplamente atinentes às penas e denotam algo que seria uma retribuição mínima ao delito praticado.

Nesse sentido, Araújo disserta:

Basta lembrar que é a periculosidade o fundamento da manutenção das medidas de segurança. Esta periculosidade encontra-se umbilicalmente associada à patologia psíquica (doença ou perturbação da saúde mental) que aflige o inimputável. Ocorre que, ao proferir sua sentença (absolutória imprópria), o magistrado, de regra, não possui elementos de cognição idôneos a aferir a possível manutenção da patologia em comento pelo prazo em que se comina a medida de segurança. Neste sentido, basta destacar que os laudos periciais produzidos no incidente de insanidade mental, deflagrado no curso da instrução, adstringem-se a confirmar a inimputabilidade do agente, sem que haja maiores alusões ao lapso temporal necessário ou indicado à cura da enfermidade (2008, n. p.).

É indubitável, portanto, que a previsão dos prazos mínimos ao cumprimento da medida de segurança é reflexo de seu caráter retributivo e punitivo, sendo completamente incompatível com um instituto que se diz apenas preocupado com o tratamento do indivíduo e adstrito a sua periculosidade.

Assim, analisamos que a previsão de um prazo mínimo não está de acordo com preceitos constitucionais nem com a lógica da medida de segurança, principalmente com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica (10.216/01),

pois a internação deveria ser usada apenas nos casos e no tempo necessário para que o paciente deixasse a condição de crise.

Em conformidade com o nosso entendimento, Paulo Queiroz (2016, p. 457) assinala que “a medida de segurança perde sua razão de ser, parecendo que o constrangimento deva cessar prontamente, em homenagem aos princípios da humanidade e proporcionalidade, especialmente”.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos concluir, primeiramente, que a utilização do direito penal, por meio de aplicação de pena, é justificada por discursos oficiais que buscam a sua racionalização e sua legitimação. É neste contexto que se apresentam as teorias legitimadoras das penas (teorias absolutas e relativas).

Vimos que a pena seria justificada tanto por ter um objetivo de retribuição quanto por ter finalidades preventivas e de correção do indivíduo. Por outro lado, segundo o discurso oficial, as medidas de segurança não possuiriam finalidades retributivas, apenas finalidades preventivas. Contudo, ao analisarmos a aplicação das medidas de segurança e a presença dos prazos mínimos de duração, concluímos, em conformidade com parte da doutrina, que a medida de segurança possui caráter retributivo, como ocorre nas penas. Entretanto, esta retribuição voltada ao inimputável recairia sobre a sua condição de ser. Deste modo, o indivíduo considerado louco que praticasse um delito seria alcançado pelo poder punitivo por meio das medidas de segurança e inserido na instituição chamada “Hospital Geral Penitenciário”.

No que tange à definição da loucura, procuramos refletir sobre a interessante posição da antipsiquiatria de que a loucura se configura em uma maneira de ser e estar no mundo diferente daquilo que se considera “normal”. Nesse

Refletiu-se aqui sobre a interessante posição da antipsiquiatria de que a loucura se configura em uma maneira de ser e estar no mundo diferente daquilo que se considera 'normal'

sentido, a psiquiatria clássica é utilizada como um poder para invalidar socialmente indivíduos diferentes, para que não possam atrapalhar o regular funcionamento da sociedade.

No Brasil, a Lei 10.216/01 significou um marco da reforma psiquiátrica. Seu texto apresenta uma série de direitos que devem ser garantidos aos indivíduos que sofrem de

alguma condição mental diferenciada. O modelo preconizado pela referida lei apresenta uma lógica de tratamento mais humanizado e que coloca o paciente como protagonista de sua própria recuperação, visando afastar sua objetificação e sua institucionalização. Busca-se, portanto, evitar a mortificação do "eu", que ocorre dentro das instituições totais. ■

REFERÊNCIAS

- AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Prazos (mínimo e máximo) das medidas de segurança. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1738, 4 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11119>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- ASSIS, Olney Queiroz. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BASAGLIA, Franco. *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. 4. ed. Trad. de. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. De Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1998.
- BUSATO, César Paulo. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COOPER, David. *Psiquiatria e antipsiquiatria*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1989.
- DUARTE JÚNIOR, João Francisco. *A política da loucura: a antipsiquiatria*. 2. ed. Campina: Papiros, 1986.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no college de France (1974-1975)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: M. Martins, 2001; 2010. (Coleção obras de Michel Foucault).
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2002.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- _____. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. (Coleção obras de Michel Foucault)
- FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da imputabilidade no direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GARGARELA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para uma teoria de la imputación em derecho penal*. Valencia: Tirantlo-blanch, 1999.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Saúde mental e direito penal: um diálogo entre a reforma psiquiátrica e o sistema penal*. Monografia (Especialização em Direito Sanitário). Orientador: Prof. Márcio Iorio Aranha. Faculdade de Direito. Fundação Universidade de Brasília em conjunto com o Núcleo de Estudos em Saúde Pública, e pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fiocruz. Brasília, DF, 2003.
- LA HAYE, Jacques Lesage de. *A morte do manicômio: história da antipsiquiatria*. São Paulo: Imaginário, 2007.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.
- MACHADO, Maira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos e Direito, 2017.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Direito e saúde mental*. São Paulo: Verlu, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- _____. *O inimigo do direito penal*. 2. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- _____. *A questão criminal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Diego Lopes. Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário da Amazônia – UNIFAMAZ.

Em Belo Horizonte,

TRABALHAMOS PARA GARANTIR

que os seus momentos mais felizes
sejam junto com a sua família.

Cobrança condominial garantida.

Recursos para o condomínio
investir em melhorias para
todos os moradores.



Marion Bach ADVOGADA

(IM)PACTO COM A LOUCURA*

— “ENTÃO O senhor confessa que matou a sua esposa?”

— “Matei.”

— “E por qual razão o senhor fez isso?”

— “Era ela quem controlava os meus remédios, doutora... e colocou um, no meio, para me deixar broxa.”

— “Quais remédios o senhor tomava?”

— “Tomava Clozapina, para a esquizofrenia; Lítio para a bipolaridade; Risperidona para a síndrome do pânico; Rivotril, para controlar a ansiedade e Fluoxetina, para a depressão. Acho que só.”

— “E como o senhor pode afirmar que sua esposa colocou, no meio, um remédio para te deixar broxa?”

— “Porque eu fiquei, ué.”

Essa foi a primeira audiência do dia. Um dia que seria longo, eu sabia. Dia de audiências envolvendo o Complexo Médico Penal, em Pinhais. Na pauta, vinte audiências, sendo a maioria para interrogatório dos acusados que estavam internados no hospital penitenciário.

Tais audiências costumavam ter longa duração, por motivos diferentes. Primei-

ro porque os internos, há tempo privados do convívio familiar e da atenção de qualquer ouvinte, aproveitavam as audiências para contar seus longos e nem sempre inteligíveis casos. Segundo porque o sistema de pergunta e resposta não tinha, com aqueles acusados, o usual funcionamento. Por vezes eu questionava sobre o estado civil do acusado e recebia, como resposta, o local de nascimento. Questionava sobre o número do CPF e recebia, como resposta, o número do celular. Mesmo a mais simples das perguntas, como a identidade do acusado, induzia a revelações improváveis. Foi assim que interrogamos, na mesma tarde, Napoleão Bonaparte e Noé — que estacionou a sua arca ali mesmo, em frente ao fórum de Pinhais.

Não consegui deixar de me surpreender, portanto, quando o último acusado do dia entrou na sala de audiências. Impecavelmente vestido. Fala eloquente. Respostas convincentes. Ensino superior completo. Raciocínio rápido e articulado.

— “A denúncia narra que o senhor teria matado seu amigo, em razão de ciúme de uma mulher. Tal acusação é verdadeira?”

— “Sim, doutora. É verdade. Mas fiz para honrar o pacto.”

— “Pacto?”

— “Tenho um pacto com Deus, doutora.”

— “O senhor pode nos explicar como funciona esse pacto?”

— “Deus conversa comigo. Determina as minhas ações. Conversa comigo através dos latidos dos cachorros. Se tenho dúvida sobre alguma atitude minha, pergunto a Deus se devo ou não ir em frente. Se o cachorro late uma vez, a resposta é não. Se o cachorro late duas vezes, a resposta é sim, devo prosseguir.”

— “E esse pacto interferiu nos fatos pelos quais o senhor está, aqui, sendo acusado?”

— “Sim, doutora. Gostava da mulher e queria muito ficar com ela. Sabia que meu amigo podia ser um empecilho. Questionei a Deus: “devo eliminar esse empecilho?” O cachorro latiu, doutora. Uma vez. Duas vezes. Tive minha resposta.”

— “E então o senhor enforcou o seu amigo dentro da residên...”

Um latido de cachorro interrompe a minha pergunta. O interrogado, atento, imediatamente olha para a janela da sala de audiência. Amaldiçoando Noé — e a arca estacionada logo ali, em frente ao fórum —, rapidamente levanta. Não acredito em pactos. Mas fecho a janela antirruídos. Vai que o cachorro late pela segunda vez... ■

* A protagonista da presente crônica é Isabella Demeterco, promotora de Justiça do Estado do Paraná.

Ernani Buchmann ADOGADO

ADVOCACIA NA MATERNIDADE

A ADVOGADA DANIELA Balão Ernlund sempre foi previdente. Grávida do primeiro filho, ela viu com satisfação o ginecologista anunciar que o bebê deveria nascer no fim do ano. Isso lhe daria tempo para cuidar de todos os processos, fechar o escritório e aguardar que a criança viesse ao mundo no recesso — uma comodidade que nem todas as advogadas conseguem ter.

No tempo em que os celulares eram legítimas caixas-pretas com uma antena exibicionista, a futura mamãe confiou seu aparelho ao marido, o médico ortopedista Lúcio Ernlund, que iria acompanhá-la no parto.

Tudo correu conforme o esperado. Felipe nasceu com saúde, o parto não teve maiores

complicações e o novo papai tratou de comunicar à família. Dra. Daniela foi encaminhada para a sala de recuperação, ainda tomada pelas emoções do parto, tentando voltar à plena consciência, mas festejada por toda a equipe.

Nisso, toca o telefone. Dr. Lúcio sacou o tijolão do bolso do avental e atendeu. Do outro lado estava uma autoridade consular, cliente do escritório da sua esposa, a querer falar com Dr. Daniela a qualquer custo.

— É importante?

— Sim, muito importante, respondeu uma voz com inconfundível sotaque.

Dr. Lúcio imaginou que a autoridade fosse cumprimentá-la, quem sabe a novidade já houvesse corrido. Nessas oca-

siões, os parentes se encarregam de espalhar a notícia como rastilho.

Que nada!

O diplomata desandou a perguntar sobre um processo de que era parte seu consulado, juntou explicações sobre a viagem que faria ao país de origem e voltou a insistir no andamento do processo. Ele queria se assegurar que estava tudo certo e, por isso, falou mais de cinco minutos a um fôlego só, sem dar tempo de a advogada retrucar. Quando ela, enfim, pode dizer que viajasse despreocupado, o homem agradeceu e despediu-se.

Dra. Daniela passou o telefone ao marido (também sem fôlego). Era dia 28 de dezembro, seu filho acabava de nascer e o cliente não se preocupou em lhe dar votos de Feliz Natal ou Ano Novo nem lhe cumprimentou pelo nascimento do filho.

Mas ela cumpriu seu papel de advogada, mesmo recém-saída da sala de parto. ■

João Baptista Herkenhoff JUIZ DE DIREITO APOSENTADO

ENCARCERADA POSTA EM LIBERDADE PORQUE IA SER MÃE

COMPARECEU A MINHA presença, no Fórum de Vila Velha (ES), Edna S., grávida de oito meses, que estava presa na Cadeia da Praia do Canto, em Vitória, enquadrada no artigo 12 da Lei de Tóxicos (trá-

fico) porque foi flagrada com gramas de maconha.

Diante do quadro dramático — uma pobre mulher grávida e encarcerada —, proferi, em audiência, despacho que a libertou (transcrito a seguir):

“A acusada é multiplicadamente marginalizada: por ser mulher, numa sociedade machista; por ser pobre, cujo latifúndio são os sete palmos de terra dos versos imortais do poeta; por ser prostituta, desconsiderada pelos homens, mas amada por um Nazareno que certa vez passou por este mundo; por não ter saúde; por estar grávida, santificada pelo feto que tem dentro de si, mulher diante da qual este Juiz deveria se ajoelhar, numa

homenagem à maternidade, porém que, na nossa estrutura social, em vez de estar recebendo cuidados pré-natais, espera pelo filho na cadeia.

É uma dupla liberdade a que concedo neste despacho: liberdade para Edna e liberdade para o filho de Edna que, se do ventre da mãe puder ouvir o som da palavra humana, sinta o calor e o amor da palavra que lhe dirijo, para que venha a este mundo tão injusto com forças para lutar, sofrer e sobreviver.

Quando tanta gente foge da maternidade; quando milhares de brasileiras, mesmo jovens e sem discernimento, são esterilizadas; quando se deve afirmar ao Mundo que os seres têm direito à vida, que é preciso distribuir melhor os bens da Terra e não reduzir os comensais; quando, por motivo de conforto ou até mesmo por motivos fúteis, mulheres se privam de gerar, Edna engrandece hoje este Fórum, com o feto que traz dentro de si.

Este Juiz renegaria todo o seu credo, rasgaria todos os seus princípios, trairia a memória de sua Mãe, se permitisse sair Edna deste Fórum sob prisão.

Saia livre, saia abençoada por Deus, saia com seu filho, traga seu filho à luz, que cada choro de uma criança que nasce é a esperança de um mundo novo, mais fraterno, mais puro, algum dia cristão."

Foi ao vê-la grávida, incomodada com o peso da barriga, pois recusou sentar-se dizendo que ficava mais à vontade em pé, que pude

compreender a dimensão do sofrimento dessa mãe. Foi diante de Edna mulher, Edna ser humano, que pude compreender o que significava para ela estar detida.

Pouco tempo depois, Edna veio se apresentar em juízo,

como tinha sido determinado. Trouxe no colo a filhinha que estava no ventre no dia em que foi solta. Ela me disse, então, que, no dia em que foi libertada, prometeu a si mesma que poderia passar fome, mas prostituta nunca mais seria. ■

Anita Zippin ADVOGADA

O PRIMEIRO ESCRITÓRIO VIRTUAL

"A bondade é um rico manancial, que brota lágrimas ao toque da menor comoção"

JÚLIO DINIZ

NASI E CRESCI um escritório de advocacia diferente, em meio a livros, jornais, máquinas, salas intermináveis, pessoas estranhas que tinham livre acesso a todos os departamentos, muitos recados dos secretários para muita gente, fotografias de pessoas nunca antes vistas e um enorme quarto lotado de balas e chocolates.

Lembro-me que muitos foram os estudantes e advogados que passavam as tardes usando as instalações do escritório do meu pai. Muitos deles assimilando o jeito sério e, ao mesmo tempo, informal de meu pai andar ao lado da Justiça e de ter as portas de todos os gabinetes abertas. Alguns seguiram os passos de Dálio Zippin, como nas centenas de adoções le-

gais realizadas por ele, tendo acompanhamento das autoridades judiciais, em especial, do desembargador Francisco Cunha Pereira, o primeiro juiz de menores da capital.

Outros passaram para o lado do livre-comércio, como se criança fosse mercadoria, e cometeram erros que, se as leis dos homens não conseguem punir, as divinas tratam de dar fino trato às almas penadas.

Do escritório central, sempre na rua XV de Novembro em Curitiba, meu pai multiplicou as salas, percorrendo muitos municípios, como Paranaíba, Maringá, Dois Vizinhos, Foz do Iguaçu e Londrina, e em todos havia o toque do mestre que deixava tudo à disposição de seus colegas recém-chegados à cidade ou, mesmo, aos advogados militantes sem condições de pagar aluguel.

Dali, o espaço se multiplicou para o Rio de Janeiro. Mas foi em São Paulo que meu pai dividia a semana com Curiti-

ba. Na Avenida São João, Edifício das Grandes Galerias, ou em outro escritório no Bom Retiro, bairro paulista onde ele nasceu, sempre cabia mais um para usar mesa, cadeira, telefone, luz, água, papel e código, debitando tudo na sua conta.

Como se ainda estivesse incompleto seu trabalho, Dálio Pai solicitou a um presidente do Tribunal de Justiça uma sala emprestada. Acatada a reivindicação, ele encheu o espaço com seus móveis, suas máquinas, seu telefone e sua secretária, porque queria que o advogado tivesse uma sala especial para atender as partes ou recursos para elaborar petição com prazo emergencial. Criou, em Curitiba, a Sala

dos Advogados, ideia aprovada e ampliada pela Ordem dos Advogados do Brasil somente três anos depois. Hoje são centenas de salas, onde uma leva o nome de Dálio Zippin.

Todas as salas aqui descritas eram visitadas diariamente pelo advogado que durante 49 anos labutou nas lides forenses, jamais se entregando se ingressava em lista triplíce para ser desembargador pelo quinto constitucional, e só porque não ia ao Palácio Iguazu cumprimentar o governador era preterido.

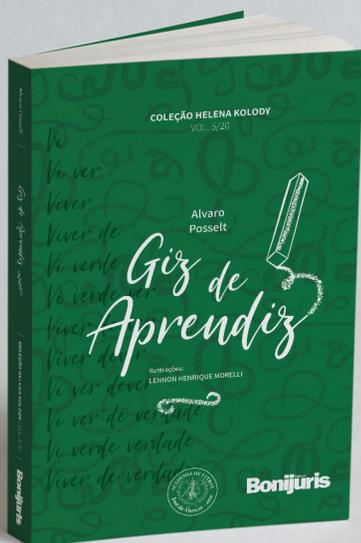
Dizia sempre que “o importante não é ganhar, mas ter qualidades para concorrer”, máxima que anima muitas pessoas que são relegadas a

outros postos, como forma de levarmos uma palavra de conforto a quem teria tudo para ganhar, mas, aparentemente, perdeu.

Agora, ouço a classe empresarial falar em “escritório virtual”, em aluguel de móveis, de computador, de caixas de correio, de fax, de telex, de celular, de telerrecados, de secretários etc., etc., etc.

Alugar? Nunca colocar à disposição?

Que bom que o Dálio Pai foi chamado para atender seus clientes nas estrelas, senão estaria triste com a ganância do povo, onde raros são aqueles que oferecem bens, palavras ou serviços sem pedir nada em troca. ■



GIZ DE APRENDIZ

COLEÇÃO HELENA KOLODY

Alvaro Posselt

Em Giz de Aprendiz, o autor do famoso “Curitiba não nos poupa, ontem tomei sorvete, hoje tomo sopa” apresenta versos métricos que se completam ou se contradizem ao longo de suas sílabas. Uma brincadeira proposital de sua genialidade, que gosta de deixar a imaginação do leitor em dúvida e que não busca ser sempre lógica e previsível, pois é justamente o imprevisível que fascina e molda os versos.



R\$ 50,00



www.livrariabonijuris.com.br



0800 645 4020 | (41) 3323 4020

Bonijuris

Maria Tereza de Queiroz Piacentini

LICENCIADA EM LETRAS E MESTRE EM EDUCAÇÃO PELA UFSC. REVISORA DA CONSTITUIÇÃO DE SANTA CATARINA DE 1989
linguabrasil@linguabrasil.com.br

Locuções adverbiais para consulta (8)

As expressões e os exemplos entre aspas foram extraídos do livro *Locuções Adverbiais*, do P. Artur Schwab, SVD, 1985.

De quebra – de lambujem, a mais:

Fez o curso e de quebra ganhou um minidicionário de alemão.

De queixo caído – admirado, boquiaberto:

Se subisse ao topo do monte, você ficaria de queixo caído com tanta beleza!

De raro em raro – de vez em quando, uma vez ou outra:

“De raro em raro trocavam uma palavra e era tudo.”

De regra – geralmente, no maior número dos casos: “O cromatismo, de regra, está condicionado à forma.”

De resto – além disso, quanto ao mais, aliás:

“De resto, ninguém lhe faria a corte.”

De roldão – de modo inesperado, repentinamente, de chofre:

“Inocência rompeu de roldão por entre o povo apinhado no átrio e saiu.”

De saída – primeiro, inicialmente, antes de mais nada:

Eles de saída tomaram dois chopes.

Desta feita – desta vez, agora:

“Não posso ter o prazer de acompanhar, desta feita, o ilustre engenheiro.”

De vez em vez – de quando em quando, de vez em quando:

“Pôs-se a comer distraído atirando, de vez em vez, à boca punhados de farinha.”

Em cheio – plenamente, completamente:

“O sol dava em cheio sobre nós.”

Em mão, em mãos: pessoalmente, em pessoa, em mão própria:

O envelope com o dinheiro foi entregue em mão.

Em palpos de aranha – em polvorosa, em situação difícil:

A indiscrição dela o deixou em palpos de aranha.

Em pé – de pé, levantado, em posição vertical:

“Tomemos nossos assentos, que isto em pé sempre incomoda.”

Em pelo – sem arreo ou sela; sem roupa, despido, pelado:

Ele gosta de montar em pelo. Conta-se que o doido saiu à rua em pelo.

Em regra – geralmente, na forma do costume; completo, total:

“Os físicos, além de raros, recrutados em regra entre os judeus, estavam adstritos à câmara real.” Por falta de tempo, não vou fazer uma revisão em regra.

Em remate – finalmente, por último:

Em remate, apresentou o mapa da corrupção.

Em rigor – a rigor, rigorosamente, no sentido estrito:

“Em rigor, o conceito de brasileiro não vai além das criações regionais.”

Em si – absolutamente, desacompanhado de quaisquer circunstâncias:

“Analisando a questão em si, vê-se que a lei não previne todos os casos.”

Em termos – como deve ser, como convém; guardadas as devidas proporções:

“Nenhuma cidade está salubridada em termos.” O ajuste ficou bom? - Bom em termos.

Em última análise – em suma, depois de amadurecido exame:

“Você, em última análise, praticou uma boa ação.”

Em última instância – em último caso, como último recurso:

“Só em última instância aceitarei o favor dele.”

Em vão – de balde, inutilmente:

“Em vão procuramos no ermo o sossego.”

Em xeque – em posição difícil, grandemente visado:

“Com a manobra dele, fiquei em xeque, a descoberto.”

Horas mortas – altas horas da noite:

“Horas mortas, a lua o véu desata e em cheio brilha.”

Lá pelas tantas – a certa altura, em dado momento:

Lá pelas tantas a orquestra parou de tocar. ■

NÃO TROPECE NA REDAÇÃO

QUESTÕES DE GRAMÁTICA E ESTILO

Maria Tereza de Queiroz Piacentini

Uma obra completa sobre o bom uso da língua portuguesa na sua dimensão gramatical, ortográfica e de estilo, direcionada a redatores e revisores, como também a quem mais queira escrever com clareza, precisão e coerência.

Em cada uma das suas 377 lições, organizadas em 22 capítulos, o leitor encontrará a explicação teórica sobre um determinado tema, aliada a diversos exemplos práticos que aproximam a teoria à realidade do dia a dia dos brasileiros.



Compre pelo QR Code

Dezembro/2019

- **XVI Congresso Nacional de Estudos Tributários**
DIAS 11 A 13 – SÃO PAULO/SP
Hotel Renaissance

Março/2020

- **XIV Congresso Brasileiro de Direito de Seguro e Previdência**
DIAS 26 E 27 – GRAMADO/RS
Wish Serrano Resort & Convention
- **III Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito do Instituto Sílvio Meira**
DIAS 23 A 25 – ROMA/ITÁLIA

Abril/2020

- **IX Congresso Nordestino de Direito e Psicologia Jurídica**
DIAS 03 E 04 – OLINDA/PE
Centro de Convenções de Olinda
- **XIV Simpósio Nacional de Direito Constitucional**
DIAS 30 A 02 – CURITIBA/PR
Teatro Guaíra Auditório Bento Munhoz da Rocha Netto

Mai/2020

- **V Congresso Mineiro de Direito Civil**
DIAS 13 A 15 – BELO HORIZONTE/MG
Faculdade de Direito da UFMG
- **10º Congresso Brasileiro de Direito Comercial**
DIAS 14 E 15 – SÃO PAULO/SP
Associação dos Advogados de São Paulo (AASP)
- **V Congresso Brasileiro de Direito Penal**
DIAS 15 E 16 – NATAL/RN
Centro de Convenções de Natal
- **XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional 2020**
DIAS 21 A 23 – NATAL/RN
Centro de Convenções de Natal

- **V Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário**
DIAS 23 A 25 – BELO HORIZONTE/MG
Hotel Ouro Minas
- **XXV Jornada Internacional de Direito**
DIAS 29 E 30 – GRAMADO/RS
Hotel Serra Azul

Agosto/2020

- **12º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**
DIAS 18 A 21 – JOÃO PESSOA/PB
Universidade Federal da Paraíba
- **40º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual – ABPI**
DIAS 22 A 25 – FOZ DO IGUAÇU/PR

Setembro/2020

- **XXIII Congresso Mundial da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social**
DIAS 2 A 4 – LISBOA/PORTUGAL
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- **V Congresso Nação Jurídica de Direito Penal**
DIAS 11 E 12 – FORTALEZA/CE
Hotel Gran Mareiro
- **Encontro Nacional de Direito Penal**
DIAS 25 E 26 – JOÃO PESSOA/PB
Centro de Convenções de João Pessoa

Outubro/2020

- **IX Congresso Nacional de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro das OABs**
BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC
Infinity Blue Resort
- **74th Congress of the International Fiscal Association**
DIAS 4 A 8 – CANCUN/MÉXICO
Moon Palace Arena Convention Center
- **Fenalaw 2020**
DIAS 21 A 23 – SÃO PAULO/SP
Centro de Convenções Frei Caneca

A EVOLUÇÃO EM COBRANÇAS!



**EQUILÍBRIO E
TRANQUILIDADE**
NA GESTÃO FINANCEIRA
DO CONDOMÍNIO.

effectcobrancas.com.br
41 3018 5900  98733 1611
XV de Novembro, 1155
CJ 406 • Curitiba



TEMÁTICO E ONOMÁSTICO

A

Abuso de autoridade, 128
 Abuso de autoridade/legislação, 154
 Ação coletiva /súmula, 157
 Ação de exigir contas/ementa, 183
 Ação de falência/ementa, 165
 Ação de reconhecimento/ementa, 173
 Acidente de trabalho/ementa, 179
 Administração pública, 108
 A extinção do auxílio-reclusão e a necessidade de sua defesa/tribuna livre, 12
 Agravo interno /súmula, 157
 A inconstitucionalidade de benefícios e incentivos/capa, 30
 Alimentos, 60
 ANA CLAUDIA RAABE
 Nota promissória/ementa, 169
 ANTENOR DEMETERCO JÚNIOR
 Gravações criminosas/tribuna livre, 13
 ANTONIO CARLOS FERREIRA
 Preferência na penhora/acórdão, 214
 Aplicativo de tecnologia jurídica/entrevista, 20
 A questão disciplinar e a execução penal/prática forense, 230
 A realidade do cárcere no Brasil em números/tribuna livre, 16
 Atividade especial/ementa, 178
 Atraso de voo, 200
 Ausência de contato físico/ementa, 191
 Ausência de dolo/ementa, 177
 Ausência de vedação/ementa, 173

B

BARBARA DAS NEVES
 A inconstitucionalidade de benefícios e incentivos/capa, 30
 Base de cálculo/ementa, 192
 Benefício previdenciário /súmula, 157

C

Cálculo da aposentadoria/acórdão, 211
 CAMILA HACKER
 Judicializar para diminuir o fator discricionário/doutrina, 108
 CAPUTO BASTOS
 Cláusula de acordo/ementa, 189
 CESAR LACERDA
 Obrigação de fazer/ementa, 170
 Cláusula de acordo/ementa, 189
 Cláusulas contratuais/ementa, 166
 Clínica médica/ementa, 168
 Comissões de venda/ementa, 189
 Condenação /súmula, 157
 Conduta omissiva/ementa, 163
 Conflito negativo/ementa, 174
 Contagem de prazo/súmula, 161
 Contrato de adesão/ementa, 166
 Criminalização de notícias falsas/tribuna livre, 8
 Cumprimento de sentença, 60
 Cumprimento de sentença/ementa, 183

D

DANIEL ROBERTO HERTEL
 Sentença e execução de alimentos no novo CPC/doutrina, 60

Dano ambiental, 48
 Dano moral/ementa, 168
 Dano moral por atraso de voo/acórdão, 200
 DÉCIO RODRIGUES
 discrepância de consumo/ementa, 163
 DELAÍDE ARANTES
 Determinação do empregador/ementa, 189
 Honorários do primeiro advogado da causa/acórdão, 219
 Delito de responsabilidade/ementa, 164
 Demora substancial/ementa, 171
 Dependência econômica/ementa, 181
 DIEGO HENRIQUE SCHUSTER
 Previdência
 a diferença entre jejuar e passar fome/seleção do editor, 142
 Direito a amamentação/legislação, 154
 Direito à nomeação/súmula, 158
 Direito de família constitucional, 118
 Discrepância no consumo/ementa, 163
 DPVAT/súmula, 158

E

Eleições da OAB/legislação, 153
 ELISA TOMIO STEIN
 A inconstitucionalidade de benefícios e incentivos/capa, 30
 Embargos de declaração/súmula, 159
 Empresa locadora/ementa, 193
 Energia elétrica /súmula, 158

Enquadramento de cálculo/
ementa, 194
Envolvimento em organização/
ementa, 177
ERNANI BUCHMANN
Advocacia na maternidade/além
do direito, 247
Estabelecimento comercial/
ementa, 166
ESTER MARIANE DA CRUZ
Judicializar para diminuir o fator
discricionário/doutrina, 108
Execução forçada/ementa, 186
Execução penal, 230
Exposição ao risco/ementa, 178

F

FÁBIO QUADROS
Reparação de danos/ementa, 163
Falha no serviço/ementa, 163
Falta de repasse/ementa, 162
Fenômenos distintos/ementa, 173
FGTS /súmula, 156

G

Gastos de campanha/legislação,
153
Gravações criminosas/tribuna
livre, 13
Grupo econômico/ementa, 192
Guerra fiscal, 30
Guerra (ou liberdade) fiscal?/
capa, 26
GUILHERME CHRISTEN MÖLLER
Zygmunt Bauman e o processo
civil líquido/doutrina, 80
GUILHERME COUTO DE
CASTRO
Demora substancial/ementa, 171

H

Hipossuficiência econômica /
súmula, 156
Honorários do primeiro advogado
da causa/acórdão, 219
Honorários/legislação, 153
Honorários/súmula, 158

Horas extras/ementa, 191

I

Ilicitude da prova/ementa, 174
Improbidade administrativa/
ementa, 162
Improbidade administrativa/
súmula, 156
Impugnação/súmula, 160
Inativo/súmula, 156
Inconstitucionalidade na CLT/
súmula, 160
Inconstitucional /súmula, 157
Indeferimento de diligências /
súmula, 157
Indícios de direito/súmula, 159
Infração disciplinar/ementa, 164
Intimação da sentença/súmula,
158

J

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF
Encarcerada posta em liberdade
porque ia ser mãe/além do
direito, 247
JOEL ILAN PACIORNIK
Delito de responsabilidade/
ementa, 165
Judicializar para diminuir o fator
discricionário/doutrina, 108
Juizados federais/súmula, 157
Justiça comum/ementa, 186

L

Lavagem de dinheiro, 72
Lei de abuso de autoridade
Ameaça real ou falácia/seleção
do editor, 128
Lei Maria da Penha/legislação,
152
LEYLA VIGA YURTSEVER
Reflexos jurídicos da lavagem
de dinheiro/doutrina, 72
LUIS FELIPE SALOMÃO
Usucapião de imóvel
financiado/acórdão, 203

M

MARCO AURÉLIO BELLIZZE
Cumprimento de sentença/
ementa, 184
MARCUS GOMES
Guerra (ou liberdade) fiscal?/
capa, 26
MARIA ISABEL GALLOTTI
Personalidade jurídica/ementa,
168
MARIA TEREZA DE QUEIROZ
PIACENTINI
Locuções adverbiais para
consulta (8)/não tropece na
língua, 250
MARION BACH
(Im)pacto com a loucura/além
do direito, 246
MAURICIO KUEHNE
A questão disciplinar e a
execução penal/prática
forense, 230
MAURO CAMPBELL MARQUES
Suspensão dos efeitos/ementa,
187
Maus antecedentes/súmula, 156
Meio ambiente/legislação, 152
MONIQUE RODRIGUES DO
PRADO
Racismo institucional nas
carreiras jurídicas/tribuna
livre, 14
N
NANCY ANDRIGHI
Dano moral por atraso de voo /
acórdão, 200
NAPOLEÃO MAIA FILHO
Infração disciplinar/ementa,
164
Natureza salarial/ementa, 189
Nota promissória/ementa, 169
Nulidade do título/ementa, 194
O
Obrigação de fazer/ementa, 170

Obrigação *propter rem*, 48
 O *propter rem* na reparação por danos ambientais/doutrina, 48

P

Parcelamento excepcional / súmula, 157
 Patrimônio cultural/legislação, 154
 Peça obrigatória/ementa, 185
 Pensão de filha maior /súmula, 156
 Pensão/súmula, 159
 Personalidade jurídica/ementa, 167
 Personalidade negativa/ementa, 175
 Plano de recuperação/ementa, 167
 Pós-positivismo e o direito de família constitucional/doutrina, 118
 Possibilidade de defesa/ementa, 176
 Prazo prescricional/súmula, 156
 Prazo /súmula, 157
 Preferência na penhora/acórdão, 214
 Previdência
 a diferença entre jejuar e passar fome/seleção do editor, 142
 Prisão civil, 60
 Processo civil líquido, 80
 Produto impróprio/súmula, 158
 Prova pericial/ementa, 185
 Punição a ex-comandante da PM que impediu diligência/acórdão, 196

R

Racismo institucional nas carreiras jurídicas/tribuna livre, 14
 RAFAEL LARA MARTINS
 Tecnologia não substitui advogados, mas traz eficiência/entrevista, 20

RAPHAELLA DA CUNHA RIOS
 Lei de abuso de autoridade ameaça real ou falácia/seleção do editor, 128
 Readequação do benefício/ementa, 180
 Reedição de medida provisória/súmula, 156
 Reflexos da lei do distrato imobiliário/tribuna livre, 11
 Reflexos jurídicos da lavagem de dinheiro/doutrina, 72
 Reforma da previdência, 142
 Regime prisional/súmula, 156
 Reintegração de posse/ementa, 172
 Remessa necessária /súmula, 156
 Reparação de danos/ementa, 163
 Repetição de indébito/ementa, 195
 Requisito de procedibilidade/ementa, 185
 Rescisão de contrato/ementa, 169
 Ressarcimento/legislação, 154
 REYNALDO SOARES DA FONSECA
 Conflito negativo/ementa, 175
 RICARDO DIP
 Improbidade administrativa/ementa, 163
 RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
 Clínica médica/ementa, 168
 RODRIGO DE QUEIROZ OLIVEIRA
 Pós-positivismo e o direito de família constitucional/doutrina, 118
 RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA
 A realidade do cárcere no Brasil em números/tribuna livre, 16
S
 Salário-maternidade/ementa, 179
 Sentença e execução de alimentos no novo CPC/doutrina, 60
 SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

A extinção do auxílio-reclusão e a necessidade de sua defesa/tribuna livre, 12
 Situações pretéritas/ementa, 190
 Sujeito passivo/ementa, 193
 Suspensão dos efeitos/ementa, 187

T

Tecnologia não substitui advogados, mas traz eficiência/entrevista, 20
 Telefonia/ementa, 184
 Tempo especial/ementa, 180
 Testemunha arrolada/ementa, 191
 Tráfico/legislação, 152

U

Uso exclusivo/ementa, 171
 Usucapião de imóvel financiado/acórdão, 203

V

Vaga de garagem/ementa, 173
 VÂNIA HACK DE ALMEIDA
 Títulos nulos/ementa, 165
 Varanda/súmula, 158
 Verbas rescisórias/súmula, 156
 Violência doméstica/legislação, 152

W

WALMIR OLIVEIRA DA COSTA
 Natureza salarial/ementa, 189
 WANDERLEI JOSÉ DOS REIS
 O *propter rem* na reparação por danos ambientais/doutrina, 48

Z

Zygmunt Bauman e o processo civil líquido/doutrina, 80

CONDOMÍNIO **LIVRE** DOS PROBLEMAS DA INADIMPLÊNCIA

*Soluções
customizáveis
de cobrança.
Ideais para todos
os condomínios.*

infinity
cobranças

Sebastião Ventura Pereira da Paixão Jr. ADVOGADO
CONSELHEIRO DO INSTITUTO MILLENIUM



O “DIREITO” DOS DELATADOS FALAREM POR ÚLTIMO

O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária majoritária, traçou comando hermenêutico no sentido de que réus delatados têm o direito de falar por último em razões finais. Apesar de o precedente ter potencial efeito devastador sobre a operação Lava-Jato, ele enreda-se em um fato legislativo extravagante: a inexistência de regra processual ou material que determine a ruptura do padrão de concomitância de manifestação dos réus – delatores ou delatados – para fins de memoriais pré-sentenciais.

Sem cortinas, o artigo 403 do Código de Processo Penal (CPP) – em nenhuma linha ou entrelinha – previu a possibilidade do réu delatado falar posteriormente a eventuais delatores. Já a Lei da Colaboração Premiada (Lei 12.850/13), no artigo 22, foi categórica ao dispor: “Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”. E, como visto, o CPP não exige que réus delatados falem por último.

Nesse contexto, até a manifestação plenária do STF não existia qualquer regra

jurídica vigente na toada do inovador conteúdo hermenêutico. Logo, se tal “regra” será fixada por iniciativa jurisprudencial, o marco de vigência normativa deve ser, por imperativo lógico, a data da referida decisão interpretativa do Supremo, sob pena de grave instabilidade jurídico-institucional, especialmente quando todo o sistema judicial, inclusive o egrégio STF, já havia refutado o argumento defensivo.

Adicionalmente, importa registrar que eventual violação à ampla defesa não traduz milagroso salvo-conduto retórico. É preciso fixar balizas firmes nesse quesito, uma vez que para haver dano processual é preciso ser configurada, obrigatoriamente, materialidade concreta. Objetivamente, há que se exigir, no mínimo, a tempestiva insurgência argumentativa do réu delatado, associada à demonstração categórica do prejuízo defensivo sofrido por força da concomitância temporal de razões finais. Em outras palavras, a lesão constitucional não ocorre em função de uma alegação imaginária, mas sim em decorrência de uma realidade processual pulsante, eloquente e absolutamente incontornável dos autos.

Ora, enquanto os anjos não descem à Terra, o fato é que seguiremos a viver em um mundo no qual o crime é uma triste variável da condição humana. Por assim ser, o avanço civilizatório pressupõe o sério, decidido e efetivo combate à criminalidade, em especial sobre seus tentáculos políticos, que acabam por subverter a moral democrática, gerando a grave descrença dos cidadãos sobre a ética das instituições do Estado.

Por tudo, é sim possível a existência de dano e consequente nulidade processual em casos de concomitância de alegações finais de réus delatores e delatados. Mas isso, quando ocorrer, será uma circunstância excepcional concreta, e não regra geral abstrata. E as exceções, por sua genética processual anômala, devem ser tempestivamente alegadas, demonstradas e comprovadas por via competente.

Aqui chegando, as complexidades político-constitucionais do Brasil atual muito me fazem lembrar do ministro Paulo Brossard, que, em voto histórico, após sua vasta experiência parlamentar, bem pontuou: “Agora, como juiz, não faço leis, antes lhes devo obediência.” ■