

Estado de Direito

PORTO ALEGRE, MAIO DE 2006 • ANO I • Nº 4

Princípio da Irrelevância Penal do Fato

Luiz Flávio Gomes, Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador

e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais – Representada no Rio Grande do Sul pelo Instituto de Direito RS

– IDRS) - utiliza o caso de Angélica Teodoro, que furtou um pote de manteiga de um supermercado em São Paulo e ficou presa por mais de 120 dias, para explicar a discrepância entre os princípios da insignificância e o da irrelevância penal do fato.

O autor aborda a decisão do Superior Tribunal de Justiça em conceder o “habeas corpus” à Angélica, depois de cinco negativas nas instâncias inferiores, comentando os momentos em que cada princípio surge e porque devem ser ou não ser aplicados.

Página 7

Os Limites do Monitoramento Eletrônico

Alexandre Atheniense, advogado sócio de Aristoteles Atheniense Advogados, Presidente da Comissão de Tecnologia da Informação do Conselho Federal da OAB e da OAB/MG, Professor de Direito da Faculdade UFMG / NIEPE e Estácio de Sá faz reflexão sobre o monitoramento eletrônico e a necessidade de implantação de uma legislação mais objetiva e abrangente sobre a internet.

Página 5

Linguagem Jurídica

Dra. Kelly Susane Alflen da Silva jurista, professora do Curso de Direito da ULBRA, consultora Científica da Universidade Estadual de Londrina, integrante do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Universidade de Porto (Portugal), colaboradora da LEFIS Européia e Advogada analisa para onde e “como vai” a formação e o pensamento dos operadores e dos juristas?

Página 4

Testamento excepcional

Sílvio Venosa no seu artigo Testamento Excepcional, comenta o artigo 1.879, do Código Civil de 2002, que trata do testamento nuncupativo, alertando para aspectos importantes como a ausência de um prazo de caducidade, existente nos testamentos especiais, e a responsabilidade dos juizes e advogados na aplicação correta do dispositivo.

Página 8



CARLOS BALION

Sergio Pinto Martins

Bacharel em Direito, Ciências Contábeis e Administração de Empresas, Mestre em Direito Tributário, Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP, Livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade de Mackenzie, Especialista em Direito do Trabalho pela USP. Juiz Presidente da 33ª Vara do Trabalho de São Paulo e Professor titular de Direito do Trabalho em artigo exclusivo para o Jornal Estado de Direito relata a competência da Justiça do Trabalho para analisar relações de consumo.

Página 3

Veja também

Página 3

Direito do Trabalho

Luiz Alberto de Vargas, Magistrado de carreira, ingressou na Justiça em 1976 - Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região analisa a medida provisória 293 e o reconhecimento das Centrais Sindicais

Página 4

Português

Alberto Luiz Menegotto, fala das expressões coloquiais na internet, no artigo “A Língua Envergonhada”

Página 5

Direito Constitucional

O Desembargador Federal Nylson Paim de Abreu reflete sobre o acesso à justiça e a sua concretude

Página 6

Direito Tributário

Dr. Andrei Pitten Velloso analisa a natureza tributária do pedágio

Próxima edição

INADIMPLÊNCIA DOS CONTRATOS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO VERSUS EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA – DR. LUIZ RODRIGUES WAMBIER

O PAPEL DA COESÃO NO UNIVERSO TEXTUAL – “O TEXTO, COMPREENDIDO COMO UNIDADE BÁSICA DE MANIFESTAÇÃO DA LINGUAGEM...” – PROF.ª SUZANA REHMENKLAU

Conversando com o leitor

Nesta quarta edição, entre os artigos apresentados, destacamos os textos do Desembargador Federal Nylson Paim de Abreu sobre o Acesso à Justiça e o alerta que faz Sérgio Borja a respeito do episódio da Aracruz e suas conseqüências.

Considerando os graves acontecimentos recentemente ocorridos em nosso País, através da violência organizada pelos movimentos sociais clandestinos, demonstra uma desestabilidade do Estado, que pende a sua força e aumenta a desilusão com os políticos, numa descredibilidade quase total.

Apesar disso, não podemos ficar inertes e por isso, nas eleições que se aproximam temos que ser mais conscientes para mudar a estrutura social do Estado que é pesada e lenta.

Nossos formadores de opinião têm destacado aspectos atuais e pertinentes que devemos refletir. O espaço no Jornal é aberto ao contraditório, por isso estaremos oportunizando a palavra as outras opiniões.

Quero deixar o convite para visitar o nosso site www.estadodedireito.com.br que será lançado dia 02 de junho, em Gramado, no Palácios dos Festivais durante a realização da XI Jornada Internacional de Direito.

Estado de Direito

Porto Alegre - RS - Brasil
Rua Andrade Neves, 14/702
CEP: 90010-210 - fone: (51) 3246.3477
e-mail: contato@estadodedireito.com.br
internet: www.estadodedireito.com.br

Direção: Carmela Grüne
carmela@estadodedireito.com.br | (51) 9985.7340
Jornalista Responsável: Angelo Müller - MTB 11.453
Colaboradores: Carlos Bailon, Diego Moreira Alves, Filipe Tisbiersek, Gustavo André Gradashi Van Helden, Ricardo Amadesi Costa, Juliano Araujo dos Santos
Fotos: Carlos Bailon | **Cartunista:** Vilanova
Projeto Gráfico, Diagramação e Produção Gráfica:
Luciano Gazineu | (51) 9952.3177
Impressão: Zero Hora
Tiragem: 8.000 exemplares
Para assinar:
assinatura@estadodedireito.com.br

*Os artigos publicados nesse jornal são responsabilidade dos autores e não refletem necessariamente a opinião do Jornal

Cartum

Paulo Vilanova



Entre o Mundo dos Efeitos e o Mundo da Percepção

Carmela Grüne
Diretora

Carlos Nelson dos Reis já dizia, "...A condição mais aguda de pobreza é a exclusão de caráter político, historicamente produzida, mantida, cultivada... ou seja, aquela que faz o excluído não perceber sua exclusão, tornando-se o objeto dos privilégios e das ajudas", no livro América Latina: crescimento do comércio mundial e exclusão social.

A falta de possibilidades concretas para desenvolver uma consciência política, problema esse ligado também à dificuldade de encontrar informações sobre os fenômenos de acesso à Cultura Jurídica é uma questão que deve ser melhor compreendida. Como as empresas e organizações podem contribuir na busca de inclusão social em caráter do direito à comunidade?

Essa pergunta, décadas atrás, não seria levantada, pois, antigamente, a função de transmitir educação, informação, consciência, solidariedade e

segurança jurídica eram do Estado. A partir dos anos 90, o problema da marginalização social pelo freio no crescimento da economia no País gerou um desafio às empresas para que voltassem os olhos ao social. A partir dessa década, podemos afirmar que o setor privado brasileiro passou a contribuir na prática de responsabilidade social.

Hoje a responsabilidade no Brasil pode ser definida, de acordo com Rosemeri Alessio, na tese "Responsabilidade Social das Empresas no Brasil: Reprodução de Postura ou Novos Rumos?", como um modelo de comportamento ético e responsável na gestão das empresas, que em suas decisões e ações resgatam valores e direitos humanos

universais.

Vamos pensar "Entre o Mundo dos Efeitos e o Mundo da Percepção", Günter Anders denomina de diferença Wirkungswelt e Wahrnehmungswelt (cada ação cotidiana tem repercussões diferentes, das quais não nos damos conta), quem sabe pensar na responsabilidade, em seu sentido mais amplo, no agir corretamente, como afirma Alessio, é o compromisso social com a questão social, com a vida em sociedade e com a dignidade humana; é a responsabilidade e o comprometimento das empresas com os problemas sociais, efetivamente, melhorar as condições de vida, contribuindo para a sustentabilidade da sociedade, e, como conseqüência, dos negócios.

"Como as empresas e organizações podem contribuir na busca de inclusão social em caráter do direito à comunidade?"

Competência da Justiça do Trabalho para analisar relações de consumo

Sergio Pinto Martins*

O inciso I do artigo 114 da Lei Maior menciona que a Justiça do Trabalho tem competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho e não de qualquer outra relação.

Em alguns casos, a relação de consumo é antecedida de um contrato de prestação de serviços.

A Justiça do Trabalho é incompetente para analisar relação de consumo, pois não representa relação de trabalho, mas de consumo. Não envolve exatamente a relação de trabalho versada pela Constituição: entre uma pessoa física e outra pessoa física ou jurídica.

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das re-

lações de caráter trabalhista (§2.º do art. 3.º do CDC). Há, assim, exceção expressa no sentido de não ser serviço, para os fins do Código de Defesa do Consumidor, as relações trabalhistas e não apenas de emprego.

O serviço da relação de consumo exige remuneração (§2.º do art. 3.º do CDC), o que pode não ocorrer na relação de trabalho, como acontece com o trabalhador voluntário. O consumidor não é, porém, trabalhador.

A Constituição mostra que trabalho e consumo são matérias diferentes. Direito do Trabalho é de competência privativa da União (art. 22, I). Consumo é matéria de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VIII).

Dispõe a Constituição que a

Justiça do Trabalho tem competência para analisar questões envolvendo relação de trabalho e não para relação de consumo.

O Direito do Trabalho protege o prestador dos serviços, o trabalhador. Na relação de trabalho, o tomador dos serviços explora a mão-de-obra do prestador.

A relação de consumo não protege o trabalhador, mas o consumidor, que é considerado a parte mais fraca na relação. A inversão do ônus da prova é usada para beneficiar o consumidor (art. 6.º, VIII, CDC). O Direito do Consumidor protege o consumidor, o tomador dos serviços, que é o hipossuficiente sob o aspecto econômico.

Lide entre consumidor e prestador de serviços, em que irá ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, não é de com-

petência da Justiça do Trabalho, por se tratar de relação de consumo, que tem natureza econômica. Exemplos são a relação do paciente com o médico em decorrência da operação mal feita, do cliente contra outra pessoa física que faz conserto incorreto de um aparelho eletrônico.

A relação entre o prestador de serviços e o tomador dos serviços sobre o preço do serviço ou os honorários profissionais é de trabalho, pois diz respeito à remuneração pelo trabalho feito. Exemplo é o do médico que poderá postular na Justiça do Trabalho seus honorários pelos serviços prestados ao



cliente, pois é uma relação de trabalho, do motorista de taxi que cobra o cliente.

*Juiz titular da 33ª Vara do Trabalho de São Paulo e professor titular de Direito do Trabalho da USP

A medida provisória 293 e o reconhecimento das Centrais Sindicais

Luiz Alberto de Vargas*

O Governo Federal vem de editar a Medida Provisória n. 293, de 8 de maio de 2006, que dispõe sobre o reconhecimento das Centras Sindicais.

A medida tem inegável caráter simbólico, já que, desde a proscricção da Central Geral dos Trabalhadores em 1964 pelo regime militar, não há previsão legal para o funcionamento das Centrais Sindicais. Assim, paradoxalmente, as centras sindicais, embora constituam, na prática, a cúpula do movimento sindical, não tinham base jurídica para sua atuação.

É verdade que tal não foi impedimento para que as Centrais Sindicais desempenhem papel fundamental na vida política nacional, inclusive integrando fóruns governamentais tripartites, como o Fundo de Amparo do Trabalhador e a Conselho Nacional da Previdência Social, além de participar decisivamente de iniciativas como a recente discussão sobre a Reforma Sindical e Trabalhista.

A medida provisória em questão não faz, portanto, mais do que reconhecer juridicamente a crescente importância das Centrais Sindicais brasileiras que, a exemplo de suas congêneres internacionais,

tem tido voz ativa na formulação de políticas públicas, seja no encaminhamento de reivindicações aos Poderes Públicos, quer opinando em projetos de interesse das classes trabalhadoras.

A medida provisória representa um avanço em relação à discussão travada dentro do Fórum da Reforma Sindical e Trabalhista. Ao contrário de propostas ali formuladas, o formato aqui desenhado para as Centrais Sindicais não representa uma sobreposição na estrutura confederativa constitucionalmente prevista. Na realidade, as Centrais apenas complementam a estrutura sindical já existente, abrindo para esta a dimensão intercategoria.

Assim, à Central Sindical, ainda que integrante do sistema sindical, não incumbe a prática da negociação coletiva categorial que, nos termos do art. da Constituição Federal, é reservado para os Sindicatos e, somente na falta destes nas categorias inorganizadas, às Federações. Assim, o artigo 1º da Medida Provisória n. 293 as Centrais Sindicais são "entidades de representação geral dos trabalhadores" e exercem a representação dos trabalhadores "por

meio das organizações sindicais a ela filiadas" (art. 1, I).

Assim, o papel reservado às Centrais Sindicais é a representação dos trabalhadores em negociações eminentemente políticas, o que não se coaduna com a representação restrita à categoria profissional. Esta deve ser precipuamente promovida ao nível dos sindicatos, na base da estrutura sindical, sem prejuízo de, quando tal se justifique, possam haver, ainda, discussões categoriais regionais ou nacionais, a serem desenvolvidas, respectivamente, pelas Federações e Confederações. Em um modelo sindical unitarista, como o brasileiro, não cabe à entidade de cúpula, no caso a Central Sindical, a pretensão de negociar no âmbito de categorias isoladas, mas sim representar o interesse geral dos trabalhadores.

Para evitar a proliferação de Centrais Sindicais pouco representativas, a medida provisória corretamente estabelece um patamar de representação mínima que deve ser demonstrado pelas Centrais Sindicais que pretendam ser reconhecidas: a) a filiação de, pelo menos, cem sindicatos distribuídos nas cinco regiões do país (art. 2º I); b) que, em três dessas regiões, haja a filiação mínima de vinte sindicatos (art. 2, II); c) deve haver a filiação

em, pelo menos, cinco setores da atividade econômica (art. 2, III); d) filiação de trabalhadores aos sindicatos integrantes da Central de, no mínimo, dez por cento do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional (art. 2º, IV).

Assim, a medida provisória merece elogios, seja pelo resgate

histórico que representa, seja pelos acertos ao desenhar o espaço institucional reservado para as Centras Sindicais dentro da organização sindical brasileira.

*Magistrado de carreira, ingressou na Justiça em 1976 - Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Que dia é o Exame?

Que Exame?

O Exame de Ordem, ora.

Ãhn?

O SEU STRESS ESTÁ FAZENDO VOCÊ ESQUECER?

FAÇA UM CURSO DO CETRA.

POR QUE O CETRA É DIFERENTE DOS OUTROS CURSOS:	VOCÊ ESCOLHE COMO QUER APRENDER:
Preparação psicológica	500 Questões - 4 de julho
Simulado	Extensivo - maio e setembro
Garantia de interação - aluno/professor	Intensivo - março e julho
Sistema monitoração	
Biblioteca - sala de estudos	

O CETRA NÃO MANIPULA ÍNDICES DE APROVAÇÃO.

Informações e inscrições:
Rua Vieira de Castro, 176 - POA/RS
51 3388.8382 - 3388.8345
www.cetra-rs.com.br

Linguagem Jurídica

Alberto Luiz Menegotto*

O Professor alerta para o uso corrente das gírias e expressões coloquiais na internet, que se superam em vulgaridade, e direcionam o usuário para o perigoso terreno da inobservância das técnicas e estilo adequados ao bom texto na língua portuguesa.

A Língua Portuguesa, no Brasil especialmente, é uma das raras línguas no mundo que tem sido vilipendiada pelas centenas de modernos termos que a ela vêm se agregando a cada dia. Tal fenômeno tem sido tão intenso, freqüente e grave, que já possuímos manuais de linguagem para *chat* e demais formas de comunicação pela Internet. Ou estamos esquecendo da boa e velha linguagem, que apresenta completude de pensamento, clareza de idéias e eficiente estrutura frasal, com exigível índice de correção gramatical, ou estamos mesclando tipos de fala e escrita

que, somadas, resultarão, brevemente, em nova gramática.

Então o que fazer?

Não são poucas as vozes que se dedicam a defender, na atualidade, a globalização também no modo de falar e escrever. Têm elas advogado a causa de que a gíria ou mesmo os vocábulos já existentes podem, sim, ganhar nova roupagem de significado, podendo ser empregadas, de modo regular e normal, até em linguagem escrita formal. Leiam-se cartas comerciais, ofícios, memorandos, atas, requerimentos e petições, dentre outros, em que qualquer termo em

gíria ou empregado em sentido figurado até então causaria estranheza em leitores incautos. Nos mais cultos e exigentes poderá causar náuseas e o conseqüente abandono da leitura, colocada, por esses, na condição de texto desqualificado. Meu registro, até então, soa como conservador e ultrapassado, mas nada há de mais deselegante, grosseiro mesmo, do que ouvir alguém, numa conversa, terminar cada frase com a interrogação *tá ligado?* Ao conversar com um interlocutor desse nível e linguagem, fico em dúvida entre enfiar os dedos na tomada ou buscar o

carregador do celular e plugá-lo em algum orifício do meu corpo, para, assim, estar ligado.

Entre todos os termos, com os quais estamos convivendo compulsoriamente e sob protesto, chama-me atenção o emprego do vocábulo *tipo*, usado como expressão introdutória de exemplificação ou comparação. *Estou lá tipo 15h*. Em *estou*, nota-se que o falante é pouco íntimo da sua Língua pátria, porque empregou o presente para indicar ação que não está ocorrendo, mas ocorrerá. Logo deve empregar o futuro: *estarei*. Mas isso é hoje um vício terrível, mais fruto da distração e do costume do que da falta de tato com o emprego dos tempos verbais. O problema mais novo – e grave – é o *tipo*. *Tipo 15h* deve significar mais ou menos às 15h, ou por volta das 15h. Se 15h é um tipo, 15h20min é outro tipo. Então temos, seguramente, milhares de tipos de horas num só dia...

Não teço comentários sobre outros termos, tanto por serem muitos quanto por pensar que possa estar estimulando seu emprego, contra o qual me insurjo neste artigo.

De qualquer forma, o registro é cabível no sentido de alertar, especialmente os profissionais que têm a escrita como função ou veículo de suas atividades, que esta espécie de criatividade outra coisa não surte senão empobrecimento da comunicação e inequívoca demonstração de mau gosto. Em síntese, ainda prefiro acreditar que tais termos sejam modismos a ter, muito em breve, de enfrentar, inocuamente, exércitos de maus falantes. Como Dom Quixote de la Mancha lutou contra os espíritos que acreditava ele estarem invadindo as mentes dos camponeses.

* Professor do IDC, Bacharel em Direito, Licenciado em Letras e Filosofia

Afinal, para onde e “como vai” a formação e o pensamento dos operadores e dos juristas?

Dra. Kelly Susane Affen da Silva*

Será melhor que se corrija o modo de construir a Ciência do Direito, antes que esta se degenere numa sorte de mortificação espiritual, assim tenho afirmado, já, em *Hermenêutica Jurídica y Concreción Judicial* (Colômbia/Temis). Ainda hoje a formação jurídica e, por conseqüência, a própria argumentação jurídica parece estar assentada sobre o anátoma de uma razão absoluta, que advém desde o Iluminismo. No limiar deste século, continua-se trabalhando sobre o problema situado numa contraposição entre uma concepção normativa (idealista) e a casuístico-pragmática. Estabelecer uma formação jurídica com base numas disposições jurídicas, textos ou princípios, possibilitadores tão-só da realização de um controle sobre a elaboração conceptual e dogmática dos fundamentos de uma sentença, por exemplo, mas não só da sentença. Um tal controle exige, sobremaneira, uma neutralidade hermenêutica que veta ao intérprete, operador prático do direito e ao jurista, remontar à instância metajurídica, ética, social, econômica e, para além. Limita a tais, à realização de uma interpretação objetiva das valorações normativas em desconsideração ao fato de

que essa instância metajurídica também integra a própria ordem jurídica. Essa limitação às valorações objetivas normativas tem condicionado operadores práticos do direito e juristas a um dos dualismos mais evidentes da modernidade. Com base nesse dualismo não só é mantida uma postura ingênua por tais agentes do direito e juristas a respeito da segurança jurídica, que triunfa numa dogmática irrefletida, como também, é promovida uma negação do desenvolvimento e do aperfeiçoamento da Ciência Jurídica. Indubitavelmente, esse dualismo é um fundo teórico artificial, sobre o solo das leis, que restam livres para “operar”. Em alguns casos, e de modo particular e privilegiado, torna-se possível o reconhecimento na fundamentação e na justificação, da coesão ou não, entre a motivação jurídica e a pré-compreensão do operador (e, mesmo dos juristas) em peças jurídicas práticas. Essa coesão ou não pode, inclusive, ser reconhecida pela cumulação de argumentos heterógenos, pelo pretextar de uns princípios que proíbem a revelação do direito na afirmação formal de uma convicção meramente formal conciliada não raras vezes com fatores alhures.

Isso significa não pretender uma valoração jurídica verdadeira, porém, só um valor jurídico de plausibilidade, ainda que esse valor plausível ou meramente conclusivo não se esclareça. Afinal, a plausibilidade passa a ser apenas o predicado das premissas, que assume um qualificativo resolutorio correspondente à tensão (dual) problemática. É o revestimento discursivo das peças processuais que se apresenta como resolutorio. Nesse caso, operadores do direito e juristas que determinam a formação dos argumentos jurídicos pelo emprego de argumentos de maneira puramente formal devem, honradamente, admitir, por uma parte, que, se uma opinião (do grego), só pode ser justificada com base num consenso formal, por outra parte, com isso só se consegue uma formação de muitos estereótipos e metáforas na argumentação prática. É ignorada, assim, a pretensão existente a partir do dito que se oculta na pretensão tradicional da propugnada “clareza”. Sem dúvida, assim é exercida uma atividade jurídica contemplativa, que não produz uma real segurança jurídica. Uma objetividade jurídica, portanto, não pode ser obtida em torno de uma racionalidade tão “pura”,

cuja “pureza” se torna tão estéril, que não se aperfeiçoa, nem se desenvolve a Ciência Jurídica. Uma objetividade resta deformada quando, quer no âmbito forense, quer no âmbito científico (Jurisprudência), recorre-se somente ao positivismo legal remanescente. Uma postura, assim, é lamentável, porque a norma jurídica não é pretextada no texto legal, nem ao menos é técnica a ser aplicada. Logo, objetividade e racionalidade não estão pretextadas, mas se encontram, antes, no mundo circundante, no mundo da vida, no mundo da natureza das coisas! Num Estado Democrático de Direito o resultado da “concretização” das normas jurídicas não pode ser claro só na sua tendência, mas especialmente deve ser nos elementos da qualidade da argumentação jurídica como há de bem suceder nas condições jurídico-teoréticas estatais e constitucionais compromissadas com a formação jurídica. Nesse sentido, a objetividade/razionalidade vêm a ser indicadas como determinação objetiva, sim, da jurisprudência a partir de um modelo dinâmico de estruturação da própria norma, mas não só apoiada na técnica, mas num ethos. Caso se prossiga com um formalismo inconsciente, a

objetividade e a racionalidade poderão ser comparadas a um irracionalismo válido, pois todo pensamento operacional não parece irracional. E, se praticamente tudo depende de uma formação (da argumentação jurídica), que deve ser norteada por um ethos prático, deve-se, então, perguntar especialmente sobre os fins a se perseguir e sobre o como encontrar os meios mais justos. Assim, ao invés de a reflexão emergir a respeito da pergunta “para onde isso vai?” (porque essa pergunta tem o mesmo fundamento objetivo que a própria forma retórica clássica, porque “a racionalidade do perguntado tem sempre a racionalidade do objetivo”, a pergunta deve surgir, sim, sobre o como tem sido realizada uma formação jurídica e uma formação da argumentação jurídica em sua fundamentação. É uma questão de auto-responsabilidade. Há de se pensar!

*Jurista, Professora do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, Consultora Científica da Universidade Estadual de Londrina, Integrante do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Universidade de Porto (Portugal). Colaboradora da Legal Framework for the Information Society (LEFIS Europa). Advogada.

Os limites do monitoramento eletrônico

Alexandre Atheniense*

Alexandre Atheniense faz uma reflexão sobre a necessidade de implantação de uma legislação que abarque, de maneira objetiva e abrangente, as novas formas de comunicação e exposição de valores, culturas e conceitos, principalmente, a internet.

O uso dos aparelhos da tecnologia da informação tem se multiplicado diariamente. Até fins da década passada a grande rede era formada, principalmente, por computadores pessoais. A tendência acentuada com o aumento do poder de processamento e espaço de memória em aparelhos móveis é propiciar os mesmos recursos que outrora estavam somente atrelados à mesa de trabalho para aparelhos móveis, porém proporcionando um minucioso controle do monitoramento remoto de pessoas.

Com isto, a Internet e a tecnologia destroçaram de vez os conceitos impostos pelos limites geográficos.

Os serviços de relacionamento através de redes sociais na Internet constituem sucesso no Brasil e nos Estados Unidos, especialmente na faixa etária

mais jovem. O brasileiro prima-se pelo exibicionismo e adora as novidades tecnológicas sem se preocupar muito com os riscos que estas poderão causar-lhe, revelando ingenuidade diante dessa sociedade interconectada.

Não há dúvidas de que os avanços tecnológicos sempre irão potencializar o risco da privacidade das pessoas, é lamentável que a nossa legislação penal não tenha sido adaptada para punir com maior rigor os danos causados pelos crimes contra honra praticados pelo meio eletrônico, embora se espere que as indenizações reparatórias aos danos causados pela múltipla disseminação incontrollável dos dados pela rede seja compatível com a lesão causada a imagem das pessoas.

Não temos ainda uma noção exata do alcance do perigo dessa exposição.

Atualmente, os jovens ou mesmo as crianças têm acesso a um computador e a um aparelho celular ainda na infância. E o que isto significa? Certamente os pais não estão preparados para educar seus filhos a lidar com superexposição.

A dúvida que paira diante destes problemas é a seguinte: qual é o limite do monitoramento eletrônico? Será que os detentores da infra-estrutura tecnológica têm o direito de monitorar eletronicamente qualquer cidadão pelo simples fato de ter implantado o Big Brother sustentado pela necessidade de preservar sua segurança?

Embora os Tribunais Brasileiros hajam decidido de forma casuística, na maioria das vezes, a favor das empresas, considerando como lícitas as provas coletadas do meio eletrônico

para demitir funcionários, estas decisões não se atrelam apenas ao fato de atribuir o direito de monitoramento àqueles que detêm a infra-estrutura.

O aspecto principal para aferir se há possibilidade do monitoramento está veiculado à incidência da violação à intimidade, personalidade e à privacidade das pessoas.

Muitas vezes aqueles que detêm a infra-estrutura podem estar manuseando, até mesmo de forma intencionada, diversos dados sensíveis à intimidade e à privacidade das pessoas, mas não poderão tomar atitudes contrárias a estas, fundamentado neste conhecimento. Se isto acontecer, é bem provável que esta prova seja considerada como ilícita.

As garantias aos direitos à individualidade, à personalidade, à liberdade ou à privacidade, não obstante serem asseguradas constitucionalmente, não serão interpretadas de forma absoluta, em confronto a outras garantias igualmente relevantes como insubordinação, o dever da empresa de ser responsável pelos atos de seus

funcionários, divulgação de dados sigilosos e segredo profissional ou combate a práticas de pedofilia e pirataria de softwares.

Isto demonstra como a questão é complexa. Os recursos tecnológicos devem ser utilizados sem a expectativa explícita de invasão de privacidade ou intimidade de terceiros. A expectativa ideal é a de que quem monitora possa usar dos recursos tecnológicos para sua segurança no esclarecimento do responsável por ilícitos sem cometer abusos às garantias dos cidadãos de forma moderada, generalizada e impessoal.

É de se esperar que as próximas decisões sobre monitoramento eletrônico continuem a ser analisadas caso a caso, buscando definir e exemplificar os limites do monitoramento eletrônico.

*Advogado sócio de Aristoteles Atheniense Advogados, Presidente da Comissão de Tecnologia da Informação do Conselho Federal da OAB e da OAB/MG, Professor de Direito da Faculdade UFMG / NIEPE e Estácio de Sá

O acesso à justiça e a sua concretude

Desembargador Federal Nylson Paim de Abreu

Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Vivemos num mundo globalizado, que tem sido palco de lutas e conflitos na busca de mudanças nas estruturas jurídicas estatais. O povo leva às ruas e praças o seu inconformismo e o seu desespero, generalizando-se as suas exigências por reformas e o anseio por uma ordem social nova, onde a dignidade do ser humano seja respeitada.

ção judicial. É o que ocorre, por exemplo, nas áreas da saúde, da educação, da habitação, da seguridade social, dos transportes e da segurança pública.

De uns tempos para cá, muito se tem falado no acesso à justiça. Palestras e mais palestras são proferidas em seminários e congressos jurídicos em defesa daquele legítimo direito da cidadania. Tais

seios da sociedade, especialmente da população carente de recursos econômicos e financeiros.

Nesse contexto, assume importância fundamental a racionalização e a instrumentalização de todos órgãos do Poder Judiciário, de molde a que as demandas judiciais tenham a sua instrução concluída dentro de um prazo razoável, como recomenda a Constituição Federal (Art. 5º, LXXVIII).

Foi com essa preocupação que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região resolveu duplicar ao número das Turmas Recursais nas três Seções Judiciárias – Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Com essa medida, o excesso de recursos que estavam sobrecarregando a atividade das turmas originárias, e gerando a morosidade nos seus julgamentos, agora terão reduzidos os seus prazos de conclusão. Com isso, ganharam as partes demandantes, de modo particular as pessoas carentes de recursos financeiros.

Medidas semelhantes foram tomadas no âmbito daquele Tribunal, com a reestruturação do quadro de servidores dos Gabinetes dos Desembargadores Fe-

derais, dotando-os de condições mais adequadas à agilização da prestação jurisdicional.

Doutra parte, a convocação de magistrados do primeiro grau, em função de auxílio ao Tribunal, oportunizou o julgamento de um número considerável de proces-

sos, especialmente daqueles cuja distribuição ocorrera há mais tempo.

Tais medidas, certamente, contribuirão para a esperada concretização do acesso à justiça a todos os cidadãos que tenham algum direito negado.

“... se tem falado no acesso à justiça. Palestras e mais palestras são proferidas em seminários e congressos jurídicos em defesa daquele legítimo direito da cidadania.”

Assim, devemos ter consciência de que dentro de uma sociedade complexa e conflituosa, onde os seus valores vão sendo destruídos de forma assustadora pelos altos índices de pobreza, que em nosso país já atinge cerca de 54 milhões de pessoas, ou seja, 31,7% da população, segundo consta dos dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, circunstância essa que dá ensejo à busca massificada da interven-

preocupações, infelizmente, ficam limitadas apenas a boas intenções. De concreto, na verdade, pouco tem sido feito para a realização desse objetivo constitucional.

De fato, o chamado acesso à Justiça não pode se resumir a uma figura de retórica. Há necessidade, urgente, da sua concretização. Isso somente acontecerá quando o Poder Judiciário tiver condições humanas e materiais para oferecer uma resposta concreta aos an-

Curso de Preparação à Magistratura Federal

Opção em especialização *lato sensu* com certificação pelo IMED

Curso Regular 2006 - Turno Manhã

Prova de Seleção: 15/07/2006

Inscrições até 13/07/2006

Candidatos à Bolsa até 30/06/2006

Local: ESMAFE*

Horário: 9h
14h (bolsistas)

Início das Aulas:
agosto de 2006

• Desconto Especial para Funcionários da Justiça e TRF4
• Convênio com a Justiça Federal

ESMAFE
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA FEDERAL RS

AJUFRGS IMED

esmafe@esmafe.org.br
www.esmafe.org.br

F: (51) 3286 0310

Rua dos Andradas, 1001 conjunto 1603

* Sujeito a alteração, favor confirmar pelos nossos telefones.

HEADWAY

Aracruz: uma batalha na guerra da globalização

Sérgio Borja

A destruição de um laboratório de pesquisas que causou milhares de dólares em prejuízos, além de desestabilizar os planos de investimentos maiores, tem justificativa social plausível? Acompanhe o raciocínio de Sérgio Borja, professor das Faculdades de Direito da UFRGS e PUC/RS sobre um dos fatos mais marcantes do ano no setor agropecuário

A opinião pública assistiu atônita a recidiva de selvageria que marcou a agressão contra a empresa Aracruz Celulose, em Barra do Ribeiro. O vandalismo praticado especialmente por mulheres membros da Via Campesina, paradoxalmente no dia internacional da mulher, veio somar-se a memória das insanas agressões praticadas de forma criminosa contra uma lavoura da Monsanto e o incêndio que destruiu criminosamente o Centro de Biotecnologia da UFRGS.

Os desavisados, contemplando um a um estes téticos acontecimentos, não conseguem alinha-

va-los, esboçando um cenário concatenado e coerente dos acontecimentos. No entanto, o que parece dispare e não relacionado numa apreciação rápida, sob os olhos de um crivo mais lúcido, passa a adquirir uma coerência e consistência que mostra a radiografia completa e a lógica do fenômeno que nada mais é do que um reflexo da globalização. Esta foi uma das batalhas que teremos ao longo da guerra de conversão ou reengenharia da produção agrária no conesh do Rio Grande e da América do Sul.

Um ponto alguma coisa de oscilação na taxa do Copom, com

relação à Selic ou taxa de juros, a cima ou a baixo, redundam, respectivamente, em mais ou menos fôlego ao dólar. Esta é a sintonia fina que regula, através da política de meta de inflação, através do arrocho dos juros ou não, a oscilação da moeda e os efeitos instilados pela mesma, que em caso de valorização do real levam a um processo de simetria monetária com o dólar e com os hermanos. Esta oscilação induz inevitavelmente ao atrito das vantagens comparativas entre os produtos que possuem simetria econômica no cone sul. O Rio Grande do Sul tem simetria econômica com a Argentina e o

Uruguai e vice-versa. Esta a razão para tanta movimentação no Cone Sul. Barreiras dos produtores de arroz, protestos ecológicos em Fray Bientos, invasões do MST, salvaguardas argentinas e veto do governador Rigotto a lei fitosanitária votada pela Assembléia Legislativa. Tudo farinha do mesmo saco como diz a sabedoria popular.

A tendência à simetria monetária, paridade entre real e dólar, leva ao acoplamento dos mercados nacionais e o acirramento da competitividade. Quem não tem vantagem comparativa, não tem por sua vez preço de oferta e é desbancado da competição. No Rio Grande, constatamos que a velha *plantation*, representada pelas fazendas e estâncias, em regime de simetria, passa a "fazer água" com relação a alguns itens. Assim, inicia-se o processo de reconversão do sistema econômico que visa instalar, em substituição as velhas *plantations*, que se utilizam do sistema fordista ou taylorista de produção, pela implantação do sistema *just on time*

ou sistema toyotista, que é um sistema integrado. Uma multinacional com milhares de produtores cativos produzindo, com sintonia fina, uma diversidade maior de produtos. Este é o sistema, que o "socialismo" que invade terras e comete vandalismos, pretende desesperadamente implantar como via dentro do capitalismo. Fora deste cenário o que sobra são favelas rurais, que na ausência das "multis", denunciam o erro de cálculo do projeto "socialista". A Aracruz, as barreiras "ecológicas" em Fray Bientos e Gualaguaychú, e o ataque de Bové a Monsanto, não são mais do que ataques a possibilidades de ressurreição do modelo da *plantation*, que na forma do reflorestamento e da produção de celulose ou ainda com o soja transgênico, sepultariam a opção, na sua ótica, pelos seus "sem terras". A opção pela barbárie demonstra de sobejo o desborde do princípio democrático que leva a este estuário de violência ilícita em que se atolaram os chamados "movimentos populares".

Natureza tributária do pedágio

Andrei Pitten Velloso*

Andrei Pitten Velloso versa sobre o tema polêmico e controverso buscando encontrar, na legislação, o espaço necessário para justificar a cobrança de mais esse item do contribuinte.

É controversa a natureza tributária do pedágio. Certos autores, como Sacha Calmon e Ricardo Lobo Torres, defendem que o pedágio não teria natureza de tributo: seria uma *tarifa*. Outros, como Roque Carrazza e Misabel Derzi, sustentam que se trata de um tributo, arvorando-se, primordialmente, na ressalva do art. 150, V, da CF. Acolhemos uma posição intermediária: o pedágio tanto pode ser um tributo quanto uma tarifa. Será um tributo caso se amolde ao conceito

constitucional de tributo; caso contrário, será uma tarifa.

À aferição da subsunção do pedágio ao conceito de tributo, é essencial a identificação do seu caráter compulsório, que, a nosso juízo, somente estará presente nas hipóteses em que não for disponibilizada aos cidadãos uma via alternativa em condições razoáveis de rodagem. Toda a questão, portanto, se reconduz à existência de uma via alternativa em condições razoáveis de rodagem, o que

somente poderá ser analisado topicamente, no caso concreto.

Com base nessa premissa, compreende-se a ressalva do art. 150, V, da CF: revelou-se necessária para viabilizar a cobrança do *tributo* pedágio e adequada relativamente à *tarifa* pedágio, visto que também esta forma de limitação ao tráfego de pessoas e bens é permitida pela Constituição. A mera ressalva do preceito não é idônea a sustentar a tese de que o pedágio possui invariavelmente natureza tributária, visto que, como é óbvio, somente podem ser tidas como tributárias as exações que se amoldam ao conceito de tributo.

É disputada, outrossim, a sua natureza tributária *específica*. Forte corrente doutrinária, capitaneada por Geraldo Ataliba, Aires Barreto, Roque Carrazza, Ives Gandra e Misabel Derzi, defende que o pedágio seria uma *taxa de serviço*, relativa ao

serviço público de conservação das rodovias. Sem embargo, parece-nos inviável qualificá-lo como taxa de serviço, por duas razões básicas: a conservação das estradas, embora seja uma atividade estatal, não consiste num serviço público *específico* e *divisível*, cuja utilização legítima a imposição de taxas (art. 145, II), e, demais disso, não se paga pela conservação de estradas, mas pela *utilização* de estradas conservadas.

De tais ponderações, conclui-se que o art. 150, V, da CF outorga implicitamente competência para a instituição de um tributo vinculado. Autoriza a instituição de uma *terceira espécie* de taxa, que não se confunde com aquelas arroladas no art. 145, II, da CF, pois não decorre do exercício do poder de polícia e tampouco da utilização, efetiva ou potencial, de serviço específico e divisível prestado pelo Poder Público.

O pedágio é vinculado *imediatamente* à utilização de vias conservadas pelo Poder Público e *mediatamente* à fruição do serviço público de conservação de vias (que, vale destacar, é inespecífico e indivisível). Conquanto haja utilização do serviço público, tal utilização é indireta, operacionalizando-se através do uso da via beneficiada pelo serviço. A utilização do bem, por ser imediata, prepondera sobre a utilização do serviço, levando à qualificação do *tributo* pedágio como uma *taxa de uso*, na linha da proposta de Bernardo Ribeiro de Moraes e Luciano Amaro.

*Juiz Federal na 4ª Região, Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - e Professor da Escola Superior da Magistratura Federal-RS. Ex-Procurador da República.



Centro de Preparatório para Concursos

CONHEÇA ALGUNS DOS CURSOS QUE ESTÃO PROGRAMADOS.

CURSOS COMPLETOS

TRT - ANALISTA
TRT - TÉCNICO

CURSOS POR DISCIPLINA

PORTUGUÊS
MATEMÁTICA
INFORMÁTICA

TURMAS DE SIMULADOS

TRT - ANALISTA
TRT - TÉCNICO

MAIS INFORMAÇÕES: ACESSSE www.cpcrs.com.br OU LIGUE (51) 3212.2425

"CONFIAR AO SENHOR AS TUAS OBRAS, E TEUS PENSAMENTOS SERÃO ESTABELECIDOS" - Provérbios, 16-3

Caso Angélica Teodoro: “roubo de um pote de manteiga” e princípio da irrelevância penal do fato

Luiz Flávio Gomes*

Angélica Teodoro, dezoito anos, mãe de um filho de dois anos, desempregada, primária e de bons antecedentes, ficou presa 128 dias (na comarca de São Paulo) porque teria tentado “roubar” um pote de 200 gramas de manteiga, avaliado em R\$ 3,10 (O Estado de S. Paulo de 16.03.06, p. C6 e de 25.03.06, p. C4). Não houve ameaça com arma de fogo ou mesmo com arma branca. Cinco pedidos de liberdade provisória foram denegados (pelo juízo e pelo Tribunal de Justiça). Coube ao Ministro Paulo Gallotti do STJ conceder para ela a liberdade provisória.

Partindo-se da premissa de que teria (efetivamente) havido ameaça, o caso que acaba de ser narrado não está regido pelo princípio da insignificância, sim, constitui uma típica infração bagatelar imprópria, que está norteadada pelo princípio da irrelevância penal do fato.

Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato).

Não se pode confundir, desse modo, o princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal do fato: aquele está para a infração

bagatelar própria assim como este está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência. O da irrelevância penal do fato está estreitamente coligado com o princípio da desnecessidade da pena. Ao “furto” de um pote de manteiga deve ser aplicado o princípio da insignificância (porque o fato nasce irrelevante). Tratando-se de “roubo”, que envolve bens jurídicos sumamente importantes (integridade física, liberdade individual etc.), pode ter incidência o princípio da irrelevância penal do fato (se presentes todos os seus requisitos).

Não é acertado utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (coligado à teoria da pena) na esfera de incidência do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita, o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente ou arbitrariamente.

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito penal: o primeiro é causa de exclusão

da tipicidade material do fato (ou porque não há resultado jurídico grave ou relevante ou porque não há imputação objetiva da conduta); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

“Não é acertado utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato na esfera de incidência do princípio da insignificância. Essa é a confusão que precisa ser desfeita, o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente ou arbitrariamente.”

Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena).

O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio

fato); o segundo exige sobretudo desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação: primário, bons antecedentes etc.), assim como o concurso de uma série de requisitos *post-factum* que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto (pouco ou nenhum prejuízo, eventual prisão do autor, permanência na prisão por um fato sem grande relevância etc.).

Para que se reconheça esse último princípio (assim como a desnecessidade ou dispensa da pena), múltiplos fatores, portanto, devem concorrer: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc.

Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor.

O fundamento jurídico para o reconhecimento do princípio da irrelevância penal do fato reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade).

Mas quando o juiz reconhece o princípio da irrelevância penal do fato não está concedendo um perdão judicial extra-legal. Não é o caso. Referido princípio não é extra-legal, ao contrário, tem amparo legal expresso (no art. 59 do CP). O juiz reconhece a dispensa da pena (ele deixa de aplicar a pena) no caso concreto e isso é feito com base no art. 59 do CP (que diz que o juiz só aplica a pena quando for necessária para reprovação e prevenção do delito). A sentença do juiz, nesse caso, tem a mesma natureza jurídica da sentença que concede perdão judicial: é declaratória de extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ).

**Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais – www.lfg.com.br. Representada no RGS pelo Instituto de Direito RS (IDRS)*



Nota de esclarecimento

Informamos que a foto capa da edição 2ª do jornal Estado de Direito é de produção de Neco Varella telefone do fotógrafo para contato (51) 9107.9250.

1001

Cartuchos para Impressoras Jato de Tinta e Laser

- Originais
- Compatíveis
- Remanufaturados
- Recargas

Manutenção de Impressoras

Telentrega: (51) 3219-1001

e-mail: atendimentoaocliente@1001.com.br

Estado de Direito
informação formando opinião

Anuncie no

Estado de Direito

(51) 3246.3477 e
(51) 9985.7340

www.estadodedireito.com.br

Assessoria
Jurídica e Contábil



Renato de Oliveira Grüne
OAB/RS 62.234

Gilton Companhia
OAB/RS 48.684

Rua Andrade Neves, 14/702 - POA/RS
fone: (051) 3221.9595



o Show do Concurso Jurídico é o primeiro e único jogo jurídico de perguntas e respostas retiradas dos mais disputados concursos públicos do Brasil.

Compre já o seu com desconto especial de 20% e prepare-se para ser mais um vencedor!

Acesse o site:

www.showdoconcurso.com.br

Ganhe 1 aula experimental e conheça o curso que mais aprova no Brasil.

Quer ser aprovado no EXAME DE ORDEM ?

Informe-se em uma das unidades do IDRS ou pelo site

www.idrs.com.br

Porto Alegre
ANDRADAS, 1248 SALA 901
fone: (51) 32260808

Pelotas
GENERAL OSÓRIO, 918
fone: (53) 32275222

Ijuí
7 DE SETEMBRO, 345 SALA 78
fone: (55) 33324331

Santa Maria
SERAFIM VALANDRO, 620
fone: (55) 32227373



Salas Climatizadas, Tecnologia Avançada,
Professores Especializados e Eficiência nos Resultados.

Testamento excepcional

Silvio de Salvo Venosa

Nosso Código de 1916 não admitia o testamento nuncupativo ou *in extremis*, a não ser como modalidade do testamento militar. O direito anterior a 1916 admitia o testamento nuncupativo ou à beira da morte como forma ordinária. Nessa modalidade, chegava-se mesmo a possibilitar o testamento oral, quando o testador, em perigo de vida, não tinha tempo de fazer testamento escrito. Exigia-se, no entanto, a presença de seis testemunhas.

Em disposição surpreendente que certamente trará celeumas doutrinárias e infundáveis contendas, o Código de 2002 introduziu modalidade de testamento que abrangia a hipótese do testamento nuncupativo e outras situações extremas. Trata-se, realmente, de outra modalidade de testamento. Dispõe o art. 1.879: "Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz."

Esse dispositivo não constava originalmente no Projeto do atual

Código. O artigo foi sugerido pelo Professor Miguel Reale, tendo sido introduzido pela Emenda nº 483-r, do Senador Josaphat Marinho. Mais uma vez, a carga de responsabilidade pela confirmação desse testamento excepcionalíssimo será do juiz. Não será menor a responsabilidade dos advogados que cuidarem da hipótese em juízo. A primeira questão que aflora é definir quais seriam essas circunstâncias excepcionais que podem ensejar forma tão simplificada de testamento. Exige também a lei que essa excepcionalidade seja declarada na cédula. Não se admite que essa cédula testamentária seja redigida por meios mecânicos. Esse testamento, mais do que qualquer outro, há de obedecer à legalidade, ou seja, à tipicidade estrita.

A primeira situação excepcional que nos vem à mente é justamente a proximidade da morte do disponente e a impossibilidade de ele recorrer às formas ordinárias. Alerta-se, contudo, que esse testamento não se confunde com os testamentos especiais. Em princípio, quando estiver aberta a possibilidade de testar sob a forma

de testamento marítimo, aeronáutico ou militar, não é de ser admitido o testamento excepcional.

Outra questão que deve ser lembrada diz respeito à cessação das condições excepcionais e à possibilidade de o testador ratificar o testamento anterior ou elaborar novo testamento pelas vias ordinárias. Se o disponente usa da faculdade do art. 1.879 por entender que está à beira da morte, mas depois sobrevive dias, meses ou outro período que lhe permitia testar sob a forma ordinária, não pode ser dada validade ao testamento excepcional. Toda essa série de aspectos fáticos deve ser examinada pelo juiz. O Código deveria ter previsto um prazo após a cessação da excepcionalidade para que novo testamento fosse elaborado sob pena de caducidade do excepcional, como faz no testamento marítimo (art. 1.891). Nesse caso, se o testador não morrer na viagem, nem nos 90 dias subsequentes a seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento, o testamento marítimo e o aeronáutico caducarão. O ordenamento italiano, em situação semelhante, no testamento lavrado em estado de calamidade

pública, assina um prazo de eficácia de três meses depois da cessação da causa, para que o testamento perca sua eficácia. A lacuna em nossa lei a esse respeito é injustificável. Uma das principais características do testamento excepcional é a efemeridade: sua eficácia deve ser limitada no tempo. O exame desse importante aspecto nesse testamento, como se nota, ficará relegado ao critério da jurisprudência no caso concreto, mas não pode ser dispensado.

Aliás, o testamento aeronáutico parece ser um paradoxo, pois não é crível que, numa aeronave em perigo, tenha seu comandante tempo e disponibilidade de preocupar-se com o testamento de um passageiro ou tripulante (art. 1.889). No entanto, aqui, sem dúvida, poderá estar presente uma situação excepcional que autorize o testamento de próprio punho, assim declarado pelo testador, conforme o art. 1.879. Tomando exemplos da legislação comparada, poderíamos imaginar outras circunstâncias excepcionais, como estar o disponente tomado de moléstia considerada contagiosa, impedindo o contato com terceiros; em local totalmente isolado por

inundação ou outra intempérie, em local em estado de calamidade pública. Em algumas dessas situações excepcionais, revive-se, de certa forma, o testamento *tempore pestis* do passado remoto. Em todas as situações, porém, o que deve ser analisado pelo juiz é o fato de o testador estar impossibilitado de se utilizar das formas ordinárias ou mesmo especiais de testamento. Essa deve ser a primeira preocupação do juiz. De qualquer forma, o testamento em estado de necessidade ou em circunstâncias excepcionais, como diz a lei, encontrará seu espaço, nas hipóteses nas quais os testamentos especiais não são aplicáveis. Somente o futuro os dirá se andou bem o legislador ao quebrar o sistema formalista e introduzir essa modalidade tão simplificada de testamento.

* Silvio de Salvo Venosa, foi juiz no Estado de São Paulo, aposentou-se como membro do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, atualmente é consultor e assessor de escritórios de advocacia, foi professor em várias Faculdades de Direito em São Paulo e é membro da Academia Paulista de Magistrados.

Minoritários e preferencialistas – eleição para o conselho de administração das companhias abertas

Jorge Alberto Zugno*

A Lei 10.303/01 alterou o art. 141 da Lei das Sociedades Anônimas para estabelecer que a maioria dos titulares de ações com direito a voto que representem pelo menos 15% do total das ações votantes, assim como os titulares de ações preferenciais que representem no mínimo 10% do capital social, podem eleger um membro do Conselho de Administração, em votação em separado na assembleia geral, excluído o acionista controlador.

Ainda, caso os percentuais acima indicados não sejam atingidos em cada situação, os minoritários e preferencialistas poderão computar suas ações em conjunto para atingir o mínimo de 10% do capital social e, assim, eleger um membro do Conselho de Administração.

Se considerarmos que esses conselheiros eleitos pelos minoritários e preferencialistas vão ocupar vagas do Conselho já estabelecidas no estatuto social, poderemos estar diante de uma situação em que os controladores perderiam a maioria no referido órgão. Isso ocorreria nas hipóteses em que o estatuto social estabelecesse um Conselho de 3 ou 4 membros. Isso porque, sendo dois eleitos pelos

minoritários e preferencialistas, os controladores perderiam a maioria no Conselho.

Por essa razão, aconselha-se que o estatuto social estabeleça que o Conselho de Administração de companhia aberta seja composto por no mínimo 5 membros.

Embora as regras descritas acima estejam vigorando há alguns anos, um aspecto importante somente terá aplicação plena a partir da assembleia geral ordinária de 2006, por determinação expressa da Lei 10.303/01. Até a assembleia geral ordinária de 2005, o conselheiro eleito pelos preferencialistas ou pela união dos preferencialistas e minoritários teria que ter sido escolhido a partir de lista tríplice elaborada pelo acionista controlador.

Na assembleia geral ordinária de 2006, o membro do Conselho de Administração poderá ser eleito livremente pelos acionistas preferencialistas que atingirem o percentual mínimo exigido por lei, ou pela soma dos preferencialistas com os minoritários caso não consigam atingir individualmente o mínimo legal.

Outra situação fundamental a ser observada, ainda que

isso já fosse possível desde a Lei 10.303/01, ocorre quando da utilização pelos minoritários também do voto múltiplo, conforme previsto no art. 141 da Lei das Sociedades Anônimas. Se os minoritários e preferencialistas exercerem o direito de eleger um conselheiro separadamente e cumulativamente for adotado o voto múltiplo, poderia ocorrer do acionista controlador perder a maioria no Conselho, mesmo que o estatuto estabelecesse o número mínimo de 5 membros. Não obstante, para esses casos, o § 7º do art. 141 da Lei das Sociedades Anônimas, com a redação da Lei 10.303/01, assegurou ao controlador que seja titular de mais de 50% das ações com direito de voto ou, então, controladores agregados por acordo de acionistas e que detenham em conjunto também mais de 50% das ações votantes, o direito de eleger a maioria dos membros do Conselho de Administração, mesmo que esse número ultrapasse o de conselheiros previsto no estatuto.

Assim, por exemplo, se o estatuto estabelecer o número de 5 conselheiros e os minoritários elegerem dois conselheiros, um pelo voto múltiplo e outro pelo voto em separado, conforme re-

ferido no § 4º do art. 141 da Lei das Sociedades Anônimas e, ainda, os preferencialistas elegerem mais um conselheiro, restaria aos controladores apenas mais duas vagas no Conselho. Nesse caso, se desprezará o número de conselheiros estabelecido no estatuto social, para que, em vez de dois, os controladores possam eleger quatro conselheiros.

Vale lembrar que esse procedimento somente será adotado quando ocorrerem as duas situações cumulativamente – voto múltiplo (caput do art. 141) e eleição de minoritários e preferencialistas (§§ 4º e 5º, do art. 141).

*Sócio responsável pela área Societária na unidade de Porto Alegre de Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados



Verbo Jurídico

76% dos aprovados na prova oral de Juiz Federal foram nossos alunos!

**Curso Regular/2006II
Proc. República
Juiz Federal
Exame de Ordem
Analista TRT**

Matricule-se já!

Central de atendimento: (51) 3354-2121



www.verbojuridico.com.br