

Revista Bonijuris

ANO XIV - Nº 463 - Junho/2002

ACÓRDÃOS - INTEIRO TEOR

Dano Moral - Cheque Pré-Datado (TJ/RJ)

Compra e Venda - Arras Penitenciais (TJ/PR)

Alienação Fiduciária - Cédula de Crédito Industrial (STF)

Crime Contra a Fauna - Competência (TRF/1a. Reg.)

Aposentadoria - Continuidade no Emprego (TRT/12a. Reg.)

Concurso Público - Aptidão (TJ/DF)

LEGISLAÇÃO

Lei nº 10.426

Alteração - Legislação Tributária

Lei nº 10.431

Planos de Benefícios Previdenciários

Lei nº 10.446

Infrações Penais - Artigo 144/CF

Medida Provisória nº 38

Debitos Tributários - Parcelamento

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A União Estável e o Dever de Prestar Alimentos

Thaís Helena Alves Rossa

DOUTRINA

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO DANO ACIDENTÁRIO

Carlos Alberto Pereira de Castro

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE INCONSTITUCIONALIDADES NA LEI Nº 10.259 DE 12 DE JULHO DE 2001

Francisco Gonçalves Dias

MORA RESCISÓRIA: ARTIGO 467 E SUA DISTINÇÃO COM O ARTIGO 477 DA CLT

José Affonso Dallegrave Neto

RESENHA SOBRE A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 9784/99 NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Cláudio Henrique de Castro

GESTÃO DEMOCRÁTICA E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Ludimar Rafanhim

CONSELHOEDITORIAL

Coordenador: Luiz Fernando Coelho
 Antonio Carlos Facioli Chedid
 Carlos Alberto Silveira Lenzi
 Carlos Roberto Ribas Santiago
 Clémerson Merlin Clève
 Edésio Franco Passos
 Hélio de Melo Mosimann
 Humberto D'Ávila Rufino
 Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
 João Casillo
 João Oreste Dalazen
 Joel Dias Figueira Júnior
 Lauremi Camaroski
 Manoel Antonio Teixeira Filho
 Manoel Caetano Ferreira Filho
 Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
 Maximiliano Nagl Garcez
 Paulo Henrique Blasi
 Zeno Simm

DIRETOR

Luiz Fernando de Queiroz

CONSULTORES**PESQUISADORES:**

Alcides Gaboardi Junior
 Anna Maria de Toledo Coelho
 Antônio Thomaz Lessa Garcia Jr.
 Carlos Oswaldo M. Andrade
 Eduardo Cambi
 Elionora Harumi Takeshiro
 Elói Tambosi
 Geison de Oliveira Rodrigues
 Geraldo Vaz da Silva
 José Lúcio Glomb
 Julio Góes Militão da Silva
 Luiz Carlos da Rocha
 Luiz Salvador
 Maria de Lourdes Cardon Reinhardt
 Maria Gomes Sampaio
 Paulo Henrique Gardemann
 Roberto Barranco
 Rogério Distefano
 Roland Hasson
 Sérgio de Aragon Ferreira
 Solange Roessle
 Thais Helena Alves Rossa
 Yoshihiro Miyamura

REPOSITÓRIO OFICIALIZADO

TST Nº 24/2001

Revista Bonijuris
 Ano XIV - Nº 463
 Edição Mensal - Junho/2002
 Circulação Nacional
 Tiragem: 5.000 Exemplares

Editor
 Jornalista Arnoldo Anater
 DRT-347/03/74 - PR

DOUTRINA

A Competência da Justiça do Trabalho no Dano Acidentário	05
Carlos Alberto Pereira de Castro	
Breves Anotações sobre Inconstitucionalidades na Lei nº 10.259, de 12 de	
Julho de 2001	07
Francisco Gonçalves Dias	
Mora Rescisória: Artigo 467 e sua Distinção com o Artigo 477 da CLT	10
José Affonso Dallegrave Neto	
Resenha sobre a Aplicação Subsidiária da Lei nº 9784/99 nos Processos	
Administrativos dos Tribunais de Contas	11
Cláudio Henrique de Castro	
Gestão Democrática e Audiências Públicas	12
Ludimar Rafanhim	
Detração Penal	14
Umberto Luiz Borges D'Urso	

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

Área Pública - Ação Demolitória (STJ)	15
---	----

INTEIRO TEOR

Dano Moral - Cheque Pré-Datado (TJ/RJ)	20
Compra e Venda - Arras Penitenciais (TJ/PR)	21
Cédula de Crédito Industrial - Impenhorabilidade (STF)	23
Crime Contra a Fauna - Competência (TRF/1a. Reg.)	25
Aposentadoria - Continuidade no Emprego (TRT/12a. Reg.)	29
Concurso Público - Aptidão Física (TJ/DF)	31
Débito Fiscal/CGC/Inscrição (TRF/2a. Reg.)	35

EMENTÁRIO

Civil - Comercial	37
Imobiliário	38
Processo Civil	40
Penal - Processo Penal	41
Trabalhista - Previdenciário	44
Administrativo - Constitucional	46
Tributário	48
Eleitoral	50

LEGISLAÇÃO

Lei nº 10.426 - Alteração - Legislação Tributária	52
Lei nº 10.431 - Planos de Benefícios de Caráter Previdenciário	53
Lei nº 10.446 - Infrações Penais - Art. 144/CF	54
Lei nº 10.455 - Alteração - Lei 9099/95, art. 69	55
Decreto nº 4.199 - Informações - Partidos Políticos	55
Medida Provisória nº 38 - Parcelamento - Débitos Tributários	55

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A União Estável e o Dever de Prestar Alimentos	56
Thaís Helena Alves Rossa	

EVENTOS/NOTÍCIAS**CO-EDIÇÃO:**

AMATRA - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO - IX E XII
 ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ
 ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS CATARINENSES

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS

R. XV de novembro, 575 - 6º and. - CEP 80020-310 - Curitiba - PR
 home page: www.bonijuris.com.br

Administrativo - Comercial - Suporte de Informática

Fone-fax: (41) 323-4020
 e-mail: bonijuris@bonijuris.com.br

Jurídico - Pesquisa - Serviços de Apoio

Fone-fax: (41) 322-3835
 e-mail: juridico@bonijuris.com.br

APRESENTAÇÃO

Conforme já ressaltado em oportunidades anteriores, a *Revista Bonijuris* coloca-se sempre à disposição dos profissionais que desejarem fomentar o debate no cenário jurídico nacional. Prova disso é a variedade de artigos publicados na Seção destinada à doutrina desta edição do mês de junho.

Primeiramente, Carlos Alberto Pereira de Castro, Juiz do Trabalho em Santa Catarina, ao tratar da “Competência da Justiça do Trabalho no Dano Acidentário”, apresenta argumentos importantes a serem considerados na análise do tema, fundamentando, inclusive, a necessidade de uma mudança na legislação, ou mesmo da uniformização do posicionamento jurisprudencial por meio de um Enunciado.

Francisco Gonçalves Dias, advogado militante na área Trabalhista no Estado do Ceará, em seu artigo “Anotações sobre Inconstitucionalidades na Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001” chama a atenção para a violação da nova lei dos Juizados Especiais federais à Carta Magna, mormente no que diz respeito ao exercício do direito de ação pelo segurado da previdência social federal no foro do seu domicílio.

Ao escrever sobre a “Mora Rescisória: Artigo 467 e sua Distinção com o Artigo 477 da CLT”, o advogado e professor José Affonso Dallegrave Neto posiciona-se no sentido da inocorrência de *bis in idem* no caso de aplicação cumulada de ambas as normas, eis que o primeiro dispositivo possui um caráter administrativo/indenizatório, ao passo que a outra pode ser vista como autêntica sanção processual, nos termos do artigo 17, I, do CPC.

O artigo “Resenha sobre a Aplicação Subsidiária da Lei nº 9784/99 nos Processos Administrativos dos Tribunais de Contas”, de autoria de Cláudio Henrique de Castro, advogado, traz um apanhado doutrinário e jurisprudencial relativo à utilização do mencionado dispositivo na hipótese de inexistência ou insuficiência de norma que regule a questão administrativa.

Ao comentar sobre “Gestão Democrática e Audiências Públicas”, Ludimar Rafanhim, bacharel em Direito e em Filosofia, faz interessante explanação a respeito dos instrumentos de participação da sociedade preconizados pela legislação do meio ambiente, pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pelo Estatuto da Cidade, e destaca a importância desses mecanismos para o exercício da cidadania.

Ao findar a seção doutrinária, o advogado Umberto Luiz Borges D’Urso aborda de forma crítica o instituto da Detração Penal, considerando dever existir cautela em sua concessão, sob pena de se incorrer no errôneo raciocínio de existir um “crédito” em nome do acusado que foi mantido encarcerado cautelarmente.

A seção *Acórdão em Destaque* traz decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se deu provimento a recurso especial interposto em autos de ação demolitória de imóvel construído em logradouro público, determinando o pagamento de indenização a título de retenção de benfeitorias.

No espaço dedicado à legislação merece relevo a Lei nº 10.431/2002, que dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário, a Lei nº 10.446/2002, que trata das infrações penais para os fins do disposto no inciso I, do § 1º do artigo 144 da Constituição Federal, e a Lei 10.455/2002, que modifica o parágrafo único do artigo 69 da Lei 9099/95.

Thaís Helena Alves Rossa, bacharel em Direito e pesquisadora da *Revista Bonijuris*, na Seção *Como Decidem os Tribunais*, trata do tema “A União Estável e o Dever de Prestar Alimentos”. Além de enfatizar a falta de objetividade em que incorreu o legislador ordinário ao regulamentar o dispositivo constitucional relativo ao assunto (artigo 226, § 3º da CF), e destaca a disparidade de entendimentos jurisprudenciais nos tribunais pátrios.

A partir da presente edição Maximiliano Nagl Garcez deixa a Direção Jurídica da *Revista Bonijuris*, assumindo como assessor jurídico para assuntos trabalhistas na Câmara dos Deputados. Apesar de lamentarmos sua saída, somos gratos em comunicar que Maximiliano, que é Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, passa nesta data a integrar o Conselho Editorial Bonijuris.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO DANO ACIDENTÁRIO

Carlos Alberto Pereira de Castro

Juiz do Trabalho em exercício na 1a. Vara do Trabalho de São José/SC.

Professor de Direito Processual do Trabalho na Universidade

do Sul do Estado de Santa Catarina - UNISUL.

Professor de Direito Previdenciário do Curso de

Preparação à Magistratura do Trabalho e da

Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina.

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

1. Considerações iniciais

A competência da Justiça do Trabalho vem se alargando cada vez mais. Sem entrar na seara da Reforma do Judiciário, emperrada no Congresso Nacional em função de vários fatores, a jurisprudência vem fazendo seu papel na política jurídica, estabelecendo, com o dinamismo de suas decisões, as alterações que o clamor social vem exigindo, inclusive, no tocante à fixação da competência material dos órgãos do Judiciário. Este artigo visa apresentar breves digressões a respeito da competência da Justiça do Trabalho para as ações de indenização por danos, quando decorrentes da relação de emprego, especificamente no tocante a acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

2. Competência da Justiça do Trabalho na Constituição

Trata o art. 114 da Constituição da República da competência material da Justiça do Trabalho, preceituando que:

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Não resta dúvida, portanto, a nosso ver, que a competência da Justiça do Trabalho se fixa pelas partes envolvidas no litígio, vale dizer, de um lado o trabalhador, de outro, seu tomador de serviços. Nenhuma menção faz a Norma Constitucional a respeito de fixação de competência em razão da legislação aplicável à solução da lide.

Evidentemente, a competência da Justiça do Trabalho não pode ir além da solução de dissídios entre empregado e empregador, ou suas categorias, salvo por autorização legal, como no caso dos litígios entre pequeno empreiteiro e dono da obra, ou entre trabalhador avulso e tomador dos serviços. Não avança, contudo, a ponto de estabelecer-se competência para ação de cobrança de honorários advocatícios decorrente de contrato firmado entre o

advogado da parte e esta, ou discutir matéria tributária, como equivocadamente se dá, nas questões envolvendo a incidência do imposto sobre a renda, por ausência de amparo legal.

3. Competência em matéria de indenização por danos causados

Durante muito tempo quedou indiscutível - ou, pelo menos, indiscutida - a competência para apreciar litígios em que se postulava indenização por danos causados, com fundamento na noção de responsabilidade civil, havendo quase que uma unanimidade na fixação da competência da Justiça Estadual, ainda que se tratasse de relação entre empregado e empregador.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, em questões de conflito de competência entre a Justiça Estadual e a do Trabalho, em causas envolvendo matéria não prevista na legislação trabalhista, determinava a remessa dos autos ao Juiz de Direito, ante a necessidade de se julgar conforme a lei civil. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, em data bem recente, tinha o mesmo entendimento:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. COMPETÊNCIA PARA O SEU JULGAMENTO. CONSTITUIÇÃO, ART. 109, I.

I - Compete à Justiça comum dos Estados-membros processar e julgar as ações de acidentes de trabalho. C.F., art. 109, I.

II - Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(RE 127619-CE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 27.11.90)

Porém, com o passar do tempo, e até mesmo em função da maior celeridade empregada, em regra, pela Justiça Laboral, na fase de conhecimento, as causas de pedido de indenização passaram a ser mais freqüentes: assédio sexual, racismo, práticas como a “revista” de pessoal ao final do expediente, começaram a ser deflagradas em vários órgãos da Justiça do Trabalho, tendo os Juízes do Trabalho reconhecido a competência para tais controvérsias, paulatinamente.

Um acórdão do Supremo Tribunal Federal, porém, pode ser considerado “divisor de águas” neste ponto. No julgamento do Recurso

DOCTRINA

Extraordinário n. 238.737, sendo Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o STF reconheceu:

Justiça do Trabalho - competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.

Contudo, restava a controvérsia relativa ao dano decorrente de acidente de trabalho e eventos assemelhados, o que, a nosso ver, não guardava sentido. Seguindo o mesmo fundamento, o STF, em acórdão de 18.12.2000, sendo Relator o Ministro Nelson Jobim, decidiu, no RE 269.309-0:

TRABALHISTA. PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO DO STF.

Competência da Justiça do Trabalho para julgar a ação de indenização por danos materiais e morais, movida pelo empregado contra seu empregador, fundada em fato decorrente de relação de trabalho.

Essa é a questão posta no acórdão recorrido que se fundamentou em procedente do STF (RE 238.737, PERTENCE).

As razões do recorrente não impugnaram este fundamento.

Nego seguimento ao recurso.

Tendo a parte vencida interposto agravo regimental desta decisão, a mesma foi confirmada, com o seguinte teor:

Justiça do Trabalho.

Competência para julgar ação de indenização por acidente de trabalho. Acórdão recorrido assenta em fundamento suficiente não impugnado no RE. Precedente do STF. Incidência da Súmula 284. Regimental não provido.

4. Uma competência já muito antiga

Em verdade, a Justiça do Trabalho já decide causas de indenização por danos materiais e morais há muito tempo, talvez sem se dar conta disso. Explica-se. Digamos que um trabalhador, tendo laborado sem a Carteira de Trabalho assinada por mais de seis meses, e após dispensado sem justa causa, insatisfeito com o fato de não poder receber o benefício intitulado seguro-desemprego, ingressa em juízo para postular “indenização equivalente ao valor do seguro-desemprego não recebido, por culpa do empregador, que não registrou o contrato de trabalho na CTPS”. Caracterizada a conduta, tal como postulada, o Juiz do Trabalho certamente dará procedência ao pedido do autor. Questiona-se: qual o fundamento legal de tal decisão? A Lei n. 7.998/90 é omissa a respeito, bem como a CLT e toda a legislação trabalhista. Ocorre que o art. 8º da CLT estabelece que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho e, neste caso, *lex habemus*. O art. 159 do Código Civil é fundamento no direito positivo para a postulação. Então, noutras

palavras, o Juiz do Trabalho concedeu uma indenização por danos materiais, fundada na lei civil. A decisão do STF reconhecendo tal circunstância (RE 238.737) apenas retrata algo que é praticado diuturnamente nas Varas do Trabalho, em pedidos como “devolução de descontos indevidos”, “ressarcimento de despesas”, “indenização por não concessão de vale-transporte”, “indenização do salário-família” e tantas outras hipóteses.

E, quanto ao acidente de trabalho? O supedâneo do art. 109, inc. I, da Constituição não é, com a devida vênia, capaz de retirar a competência da Justiça do Trabalho. Com efeito, ali se trata da competência dos Juízes Federais de primeiro grau, excluindo as ações acidentárias daquelas envolvendo a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Ora, o INSS é uma autarquia, e assim sendo, caso não fosse ressalvada a matéria relativa a *benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho*, estes também seriam julgados

pela Justiça Federal, o que não foi o desejo do constituinte originário. Todavia, há que se separar a *ação acidentária*, em que são litigantes o segurado ou dependente deste e a instituição previdenciária, e a *ação de indenização* (art. 7º, XXVIII) deflagrada entre trabalhador e empregador, quando discutida hipótese de dolo ou culpa deste último. Esta causa não é “acidentária”, pois caso fosse, também o seria a que discute a estabilidade do acidentado, prevista no art. 118 da Lei de Benefícios da Previdência Social. Trata-se de causa a ser decidida pela Justiça do Trabalho, como decidiu, com sapiência, o Excelso Pretório.

**“E, quanto ao
acidente de trabalho?
O supedâneo do art.
109, inc. I, da
Constituição não é,
com a devida vênia,
capaz de retirar a
competência da
Justiça do
Trabalho.”**

Conclusão

À guisa de conclusão, impõe-se dizer que o entendimento aqui preconizado, de que a Justiça do Trabalho é competente para os litígios entre empregado e empregador, cuja pretensão seja de indenização por danos materiais ou morais fundados em acidente de trabalho ou doença ocupacional, em que se postula indenização por danos sofridos, já era por nós defendido antes mesmo da decisão aqui mencionada, *verbis*:

*Em se tratando de ação movida pelo trabalhador, não contra a instituição previdenciária, mas contra o empregador, buscando a indenização por danos sofridos em razão de acidente de trabalho, a Justiça do Trabalho é competente, conforme o art. 114 da Constituição Federal. (CASTRO e LAZZARI, *Manual de Direito Previdenciário*, 1a. ed., São Paulo: LTr, 2001, pág. 440).*

Deste modo, entendemos ter cumprido o desiderato de levar ao debate a alteração da competência da Justiça do Trabalho levada a curso pelas decisões da Corte Suprema, aguardando que, por via de Emenda Constitucional, ou mesmo por enunciado de Súmula de Jurisprudência Uniforme, venha a ser consolidado este posicionamento. ■

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE INCONSTITUCIONALIDADES NA LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001

Francisco Gonçalves Dias

Advogado militante na área trabalhista e previdenciária no Estado do Ceará.

“O Direito não serve, senão para se realizar. Então, não lhe basta uma pretensão normativa, é preciso que se lhe dê efetividade social.”

(Rudolf Von Ihering)

“A morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão, culminando por asseverar, muito lucidamente, que esta demora na prestação jurisdicional atinge muito mais de perto aqueles que possuem menos recursos”.

(Luiz Guilherme Marinoni)

Introdução

Finalmente, sensibilizado com as aspirações da sociedade no sentido de desburocratizar-se a Justiça Federal, o Legislativo da União cumpriu o disposto na CF/88, criando e regulamentando pela Lei nº 12.259, de 13.07.2001, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aqueles destinados a processar, conciliar e julgar as causas até o valor de sessenta salários mínimos e execução as suas sentenças e estes destinados ao processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, entendendo-se como tais aquelas cuja pena mínima não seja superior a dois anos ou multa.

A presente dissertação, pelos seus fundamentos, busca despertar a atenção para um processo de reflexão a respeito da discussão quanto às restrições impostas pelos artigos 20 e 25 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais, especialmente com relação às causas previdenciárias ajuizadas no foro do domicílio do segurado, no caso das Comarcas do interior do Estado, onde litigam pobres trabalhadores rurais ou deficientes físicos e mentais vítimas, na maioria das vezes, de abusos administrativos praticados por agentes do INSS.

O Juizado especial e a efetividade do processo

De há muito, vem se vislumbrando no elemento tempo um inimigo voraz da pacificação social (enfim, da prestação da jurisdição solucionando os conflitos de interesses). Se, por um lado, o decurso natural do tempo acaba por fazer perecer (ou desnaturalar) a relação de direito material que estava sendo discutida no processo - o bem da vida em controvérsia - por outro turno, este lapso temporal retira a credibilidade do processo.

A demora na prestação jurisdicional (que, muitas vezes, não é consequência do próprio respeito ao *due process of law*, garantido constitucionalmente) atenta, igualmente, contra a efetividade do processo, vez que deixa de garantir a entrega da solução judicial, através da tutela adequada. Afirma, com preciosismo, o insigne magistrado fluminense LUIZ FUX, forte na lição de CARNELUTTI, que “o tempo é um inimigo contra o qual

o juiz luta desesperadamente, no afã de dar a resposta judicial o mais rápido possível”.

Impede inferir-se, com segurança absoluta, que a demora na prestação jurisdicional é elemento nocivo na pacificação social, atingindo, inclusive, direito fundamental - garantido constitucionalmente - do cidadão que é o acesso à justiça, recebendo a tutela jurisdicional adequada.

O processo não pode servir de óbice à aplicação do Direito Substantivo. Ao revés, lhe deve ser meio, instrumento hábil, para se materializar nos conflitos de interesses concretamente existentes. Por isso, entre privilegiar formalismos processuais em detrimento da aplicação do direito e dar eficácia e efetividade à norma, olvidando-se procedimentos, opte-se por esta, fazendo valer o direito material, plano no qual se situam os interesses das partes.

O Juizado Especial Federal como meio de efetivação do processo

Dentro desse panorama de crise na prestação da jurisdição pelo Estado - necessidade de tutela efetiva (céler e eficaz) - exsurgem os Juizados Especiais Federais, com o fito de atuar nos conflitos de interesses com maior rapidez, imprimindo efetiva solução, especialmente naqueles feitos em que intervenha como parte órgão ou entidade da administração federal.

Com a regulamentação assentada na Lei nº 10.259/01, os Juizados Especiais Federais prevêem, a partir da constatação dos problemas sócio-judiciais decorrentes da demora na prestação jurisdicional, como elemento deteriorador do Direito Material que se discute (bem da vida) e como fonte de descrédito do processo e do Judiciário, novos procedimentos, dotados de técnica tendente a vencer os óbices para uma prestação jurisdicional efetiva.

Os Juizados Especiais Federais têm supedâneo no resguardo do amplo acesso à justiça, permitindo a igualdade constitucionalmente visada, no momento em que permite que todos possam, em igualdade de condições, levar seus anseios ao Judiciário, especialmente os mais “carentes”, expressão aqui entendida não apenas como a parcela menos favorecida economicamente da população, mas abarcando aqueles que se sintam desestimulados a recorrer ao Estado-Juiz para ver garantido o seu direito, em face da dificuldade do acesso à justiça.

Esse acesso à justiça através dos Juizados Especiais (em causas que, dificilmente, seriam levadas ao Judiciário, pela demora na distribuição da função jurisdicional) vem dar efetividade prática ao Direito, lhe aproximando da sociedade que lhe incumbe proteger e regular. No mesmo pensar, visualizando nos Juizados

Especiais essa aproximação com a comunidade, ERNÂNE FIDÉLIS DOS SANTOS, para quem “o direito que não se realiza, nenhuma utilidade prática tem para a sociedade”.

A competência do art. 109, § 3º da CF/88

Os critérios de determinação da competência da Justiça Federal para conhecimento, processamento e julgamento das ações propostas contra autarquias federais são regidas pelas normas gerais do Código de Processo Civil, com a exceção, apenas, das hipóteses previstas no inciso VIII e no § 3º do art. 109 da CF/88.

O art. 109, § 3º, da Constituição Federal, preceitua que “serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara de juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”. Tratando-se de Juiz Estadual investido na jurisdição federal delegada, compete ao TRF processar e julgar o recurso e outros conflitos. (art. 108, I, e, da mesma Carta Magna).

No sistema constitucional atual, o Juiz Federal e o Estadual são igualmente competentes para processar e julgar causas relativas a benefício previdenciário de natureza pecuniária. Satisfeitos os requisitos de pretensão de natureza previdenciária e inexistência de Vara Federal no domicílio da parte, resplandece a competência delegada (§ 3º do art. 109 da CF), de natureza absoluta, pois instituída em razão da pessoa (*ratione personae*) e não do lugar (*ratione loci*).

AÇÃO PREVIDENCIÁRIA - COMPETÊNCIA PARA PROCESSÁ-LA E JULGÁ-LA ORIGINARIAMENTE.

Ambas as Turmas desta Corte (assim, a título exemplificativo, nos RREE 239.594, 222.061, 248.806 e 224.799) têm entendido que, em se tratando de ação previdenciária, o segurado pode ajuizá-la perante o juízo estadual de seu domicílio ou perante as varas federais da capital do Estado-membro, uma vez que o artigo 109, § 3º, da Constituição Federal prevê uma faculdade em seu benefício, não podendo esta norma ser aplicada para prejudicá-lo. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE 284516 - 1a. T. - Rel. Min. Moreira Alves - DJU 09.02.2001 - p. 40).

PROCESSUAL CIVIL - PREVIDÊNCIA SOCIAL - COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL - FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR - ART. 109, § 3º, DA CF/88 - COMPETÊNCIA ABSOLUTA - PRECEDENTE DA 1a. TURMA

Nos termos do art. 109, § 3º, da CF/88, a competência funcional, in casu, é absoluta, insuscetível de modificação. Precedente da 1a. Turma (CCnº 96.01.32950-1/ MG, rel. Juiz Aloísio Palmeira). Apelo a que se dá provimento. (TRF 1a. R. - AC 199501246604 - MG - 1a. T.S. - Rel. Juiz José Henrique Guaracy Rebêlo - DJU 09.07.2001 - p. 13).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PRETENSÃO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DEDUZIDA NO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR, PERANTE JUIZ ESTADUAL EM COMARCA ONDE INEXISTE VARA FEDERAL - COMPETÊNCIA DELEGADA - § 3º DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Satisfeitos os requisitos de pretensão de natureza previdenciária inexistência de Vara Federal no domicílio da parte, resplandece a competência delegada (§ 3º do art. 109 da CF), de natureza absoluta. Competência dos Regionais Federais para decidir conflitos entre Juiz Federal e Juiz Estadual no exercício de competência delegada. Súmula nº 03 do STJ. Competência do Juiz do Direito da Comarca de Pedra Azul - MG, o Suscitado. (TRF 1a. R. - CC 01000803276 - MG - 1a. S. - Rel. Juiz Conv. Cândido Moraes Pinto Filho - DJU 13.03.2000 - p. 3).

Se “beneficiários” da previdência social são os segurados e dependentes (art. 10 da Lei nº 8.213/91) e se são segurados obrigatórios entre outros (art. 11), quem presta serviço de natureza rural como “trabalhador autônomo” (inciso IV), “trabalhador avulso” (inciso VI); e “segurado especial” (inciso VII), são causas de natureza previdenciária, incluídas no conceito do § 3º do art. 109 da Constituição, aquelas em que se reclama benefício, qualquer que seja o tipo, decorrente da relação jurídica obrigacional vinculadora, mesmo quando esta for dependente de provisão judicial declaratória. É o *status* de cidadão e de ser amparado pela Previdência Social (ainda que em tese) que predomina para estabelecer a competência do art. 109, § 3º, da CF/88.

O art. 109, § 3º, da Constituição Federal, instituiu uma prerrogativa em favor do segurado da previdência social e não pode ser interpretado em seu desfavor. Afinal, no Direito Social, vigora o princípio da proteção ao mais fraco. É hipótese de competência absoluta porquanto fixada em função da pessoa do segurado da Previdência Social. O domicílio do autor serve apenas como elemento delimitador da jurisdição entregue ao juiz estadual. Não pode a norma infraconstitucional divergir da norma constitucional: tratar desigualmente os iguais, ou igualmente os desiguais. A propósito, veja-se o que diz o CPC em seu artigo 99, parágrafo único, inciso II.

É caso de competência absoluta pois só decorre da matéria e da função, nesta incluída, respectivamente, a competência em razão da pessoa. Pois, trata-se de competência funcional, estabelecida em razão do interesse do Estado na descentralização. O Juiz Estadual apenas será relativamente incompetente se o domicílio do segurado estiver inserido em território de competência do Juízo Federal, quando lhe será facultada a opção.

A Lei nº 10.259/01 e o artigo 109, § 3º da CF/88

A lei instituidora dos Juizados Especiais Federais, notadamente nos dispositivos 20 e 25 impedem o exercício do direito de ação pelo segurado da previdência social federal no foro de seu domicílio, violando frontalmente

a norma constitucional (Art. 109, § 3º). Ou seja, se o segurado reivindica, por exemplo, pagamento de benefícios em atraso e que não ultrapassem os 60 salários mínimos, somente poderá fazê-lo perante a Capital do Estado (ou outra Comarca onde funcione o Juizado Especial Federal), mas nunca no Juiz Estadual da Comarca de seu domicílio.

A lei ordinária é inconstitucional quando afronta o dispositivo da Carta Magna diretamente: aqui a violação é gritante. Limita o exercício do direito de ação e de petição perante o Judiciário, impondo ônus ao segurado, parte mais fraca na relação processual (princípio da proteção ao hipossuficiente - *in dubio pro misero*), deixando em vantagem exatamente a outra parte, que já se beneficiara com a violação do direito do segurado. É a primeira vez que o direito ampara e protege o torpe.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - SEGURADO OU BENEFICIÁRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - AÇÃO CONTRA O INSS - COMPETÊNCIA

As ações de segurados ou beneficiários da Previdência Social contra o INSS devem ser processadas e julgadas pelos juízes estaduais da comarca do domicílio do autor (art. 109, I, parágrafo 3º, CF-88) ou pelos juízes federais (art. 109, I, CF-88) que tenham jurisdição sobre o local onde domiciliado o autor. Quando o segurado ou beneficiário for domiciliado em unidade federativa ou em comarca não compreendida na jurisdição do juízo federal, não tem este competência para processar e julgar a causa. O parágrafo 2º do art. 109 da CF de 88 só se aplica às causas intentadas contra a União, não abrangendo aquelas ajuizadas contra as autarquias federais. Agravo desprovrido. Apelo provido, para anular a r. sentença e determinar a remessa dos autos à vara de origem. (TRF 1a. R. - AC 01080895 - MG - 2a. T. - Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias - DJU 30.10.2000 - p. 68).

Igualmente, a restrição contida no artigo 25 da Lei nº 10.259/01, que veda a aplicação da lei às ações em curso, contrariando expressamente o princípio da imediatidate de vigência da lei processual nova, cuja acolhe todas as situações existentes na data de sua vigência e que ainda não tenham se constituído, vez que somente serão inatingíveis o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ora, se a lei veio para amenizar os problemas e aflições daqueles que litigam com entes federais (como as ações de natureza previdenciária) em uma causa de menor complexidade, não há razão plausível para excluir do alcance desta lei aquele que na data da entrada em vigor da lei referida, já havia buscado a proteção do Judiciário. Onde está o princípio da isonomia e da igualdade processual?

No sistema de direito positivo brasileiro, o princípio *tempus regit actum* se subordina ao do efeito imediato da lei nova, salvo quanto ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º). A lei nova, vedada a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, tem efeito imediato e geral, alcançando as relações jurídicas que lhes são anteriores, não, nos seus

“A lei nova, quando mais benéfica ao segurado do sistema previdenciário, aplica-se aos fatos ocorridos anteriormente à data da sua vigência, exceto no tocante aos efeitos patrimoniais, os quais não retroagem.”

efeitos já realizados, mas, sim, nos efeitos que, por força da natureza continuada da própria relação, seguem se produzindo, a partir da sua vigência.

A lei nova, quando mais benéfica ao segurado do sistema previdenciário, aplica-se aos fatos ocorridos anteriormente à data da sua vigência, exceto no tocante aos efeitos patrimoniais, os quais não retroagem. O disposto no art. 5º, XXXVI, da CF se aplica a toda e qualquer Lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre Lei de direito público e Lei de direito privado, ou entre Lei de ordem pública e Lei dispositiva.

Ademais, com as criações das Procuradorias Regionais da Previdência Social, descentralizando o seu contencioso, não tem o menor sentido estabelecer a competência especial de foro (C.P.C., art. 100), em razão do lugar, onde se encontra sua sede da pessoa jurídica de direito público (C.P.C., art. 100, IV, a), sendo, não só razoável, mas, também, correto, fixar a competência no lugar onde se acha sua agência ou sucursal, quanto às obrigações que contraiu (C.P.C., art. 100, IV, b) ou, ainda, onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento (C.P.C., art. 100, IV, d).

Essa compreensão tem a grande vantagem de atender plenamente aos interesses das partes, principalmente do segurado, que continua, em face da interpretação mais aceita que vem sendo dada ao artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, com a possibilidade de optar entre a justiça estadual e a justiça federal, quando a comarca do foro do seu domicílio não for sede de Vara Federal (C.F, art. 109, § 3º). Assim, não há como excluir a Lei nº 10.259/01 sua aplicabilidade pelos Juízes Estaduais.

Conclusão

A interpretação da Lei instituidora dos Juizados Especiais Federais, especialmente no tocante às causas de natureza previdenciária, ao restringir sua aplicabilidade às ações em curso e ao excluir de seu âmbito de alcance as causas propostas e em trânsito perante Juízes Federais e Estaduais (no caso de o domicílio do segurado não ser sede de Vara Federal) violam o princípio da igualdade processual, do amplo direito de petição, da proteção ao hipossuficiente e restringe o acesso ao Judiciário daqueles mais necessitados, que são os segurados da previdência social que moram longe da capital de seu Estado, especialmente no Nordeste do Brasil, onde apenas nestas cidades existirão as Varas Federais Especiais. ■

MORA RESCISÓRIA: ARTIGO 467 E SUA DISTINÇÃO COM O ARTIGO 477 DA CLT

José Affonso Dallegrave Neto

Advogado, Mestre e Doutorando em Direito pela UFPR, Professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Curitiba, Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros.

1. Prazo para pagamento das verbas rescisórias e o novo art. 467 da CLT

A Lei nº 10.272, de 05.09.2001 (DOU 06.09.01), alterou o cabeçalho do art. 467, da CLT, para assim constar: “Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinqüenta por cento”.

Do mesmo modo, através de Medida Provisória (originariamente a de nº 1.984-16, DOU de 07.04.2000, e, por último¹ a Medida Provisória n. 2180-35/01), foi acrescido o parágrafo único ao artigo 467 da CLT, determinando que: “O disposto no *caput* não se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às suas autarquias e fundações públicas”.

Assim, considerando as datas de início de vigência, conclui-se que às audiências trabalhistas realizadas a partir de 06.09.2001, aplica-se a nova redação do *caput* do art. 467 da CLT. Quanto à argüição de inaplicabilidade a todos os entes públicos, exceto as sociedades de economia mista e as empresas públicas, já se tornou possível desde a introdução original do parágrafo único do art. 467 em 7.4.2000 (MP 1984-16), época que ainda vigorava a redação antiga.

Parece-nos injustificável alijar as entidades da administração pública direta e fundacional, vez que o pagamento de verbas rescisórias constitui fato previsível², devendo a utilização do precatório executório ocorrer para casos excepcionais, conforme nova regulamentação dada pela Emenda Constitucional n. 30, de 13.9.2000, sobretudo quando já em vigor o § 3º do art. 100 da CF que determina a sua dispensa para as obrigações de pequeno valor.

Quanto às alterações do *caput* do art. 467 da CLT, são duas a serem destacadas:

Pela redação antiga, a multa era de 100% sobre a parcela incontroversa dos *salários*³. Agora, pela redação nova, a multa passa a ser de 50% sobre a parte incontroversa das *verbas rescisórias*. Registre-se que o que torna controverso o pleito não é a simples contestação genérica ou manifestamente infundada (art. 302, do CPC), mas aquela específica e provida de sustentação jurídica. Assim, é exemplo de contestação ineficaz, porque flagrantemente improcedente, refutar o pedido de saldo de salário sob a alegação de que o mesmo “é indevido em face da rescisão por justa causa”. Por outro lado, pode-se apontar como contestação capaz de tornar as verbas rescisórias controvertidas, a argüição, por exemplo, da Convenção n.

132 da OIT no que tange ao pedido de férias devidas na rescisão;

Antes, pela redação vetusta do art. 467 da CLT, só incidia a coima moratória nos casos de rescisão motivada pelo empregado ou pelo empregador. Atualmente, o aludido artigo não faz qualquer restrição, levando-nos a concluir que a multa moratória poderá recair sobre quaisquer formas de rescisão contratual: resilição, resolução, extinção, rescisão *stricto sensu*, força maior, aposentadoria e culpa recíproca⁴.

2. A distinção entre os artigos 467 e 477 da CLT

Registre-se a existência de duas regras determinando prazo para o pagamento das verbas rescisórias: a) Art. 477, § 6º, da CLT; b) Art. 467 da CLT.

Ainda que, *ab initio*, possa apresentar *bis in idem*, entendemos que ambas as normas são aplicadas de forma cumulativa, sem qualquer mácula ou restrição. Veja-se que o § 8º do art. 477 encerra duas cominações: uma administrativa, de índole preventiva (no valor de 160 BTNs por trabalhador), e outra em prol do empregado, tarifada (no valor de um salário) e de cunho indenizatório: visando compensar o prejuízo pela mora no pagamento. Ambas são pré-processuais.

Quanto à multa prevista no art. 467 da CLT, trata-se de autêntica sanção processual inspirada no art. 17, I, do CPC, que reputa litigante de má-fé, a parte que “deduzir defesa contra fato incontroverso”. Em face da natureza publicista do processo judicial, aludida multa poderá ser aplicada *ex officio* pelo julgador. Por outro lado, a multa indenizatória do § 8º do art. 477 da CLT só poderá ser concedida havendo postulação expressa do empregado, enquanto que a multa administrativa, também prevista no referido § 8º será aplicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Como se vê, além da multa do art. 467 recair sobre situação de mora agravada, se comparada com o prazo do art. 477, fato que de *per si* justificaria a intensificação da multa, ainda é de se considerar que ambas pesam sobre fatos geradores distintos, não havendo, portanto, que falar em *bis in idem*.

Caracteriza-se bi-tributação se, por exemplo, houver condenação da multa do art. 467 cumulada com outra por litigância de má-fé (art. 17, I, CPC), ambas pelo mesmo motivo: dedução de defesa sobre fato incontroverso. Ainda: restará configurado o *bis in idem*, caso a multa do art. 477 da CLT seja acumulada por outra multa prevista na Convenção Coletiva, ambas para o caso de mora no

“Ainda que, *ab initio*, possa apresentar *bis in idem*, entendemos que ambas as normas são aplicadas de forma cumulativa, sem qualquer mácula ou restrição.”

pagamento pré-processual das verbas rescisórias.

Por fim, registre-se outra distinção entre ambas: enquanto aos entes da Administração Pública Direta não se aplica a cominação do art. 467 da CLT⁵, o mesmo não se diga do disposto no art. 477 da CLT. Assim, nos termos da OJSDI-I, n. 238, do TST, “a multa do art. 477 da CLT é aplicável à pessoa jurídica de direito público”. ■

NOTAS

1 Nos termos da nova regulamentação das Medidas Provisórias, art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, esta MP não precisa ser reeditada, mantendo-se em vigor até que MP ulterior a revogue expressamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

2 GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O novo artigo 467 da CLT. Fonte: www.internetlex.com.br.

3 Pela redação antiga havia controvérsia doutrinária acerca da expressão “parte incontroversa dos salários”.

Determinada corrente minoritária defendia que a expressão salário se dava em seu sentido amplo, incluindo-se todas as verbas remuneratórias. Outra parcela majoritária da doutrina vinha entendendo que somente os denominados salários *stricto sensu* poderiam ser objeto da multa moratória.

4 Sobre as espécies de rescisão contratual, escrevemos em co-autoria *Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática*. SP: LTr, 2001.

5 Conforme prevê o parágrafo único do art. 467 em redação dada originariamente pela MP n. 1984-16 e, por último, pela MP n. 2180-35/01, assim: “O disposto no *caput* não se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e as suas autarquias e fundações públicas”.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática*. SP: LTr, 2001.

RESENHA SOBRE A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N° 9784/99 NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Cláudio Henrique de Castro

Advogado em Curitiba, Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR.
Professor de Direito Romano e História do Direito na UTP.

1. Legislação aplicável aos processos administrativos nos Tribunais de Contas

Grosso modo, o processo administrativo nos Tribunais de Contas é disciplinado pelo que lhe dispõe, por meio de princípios e regras, a Constituição Federal e a Constituição do Estado-membro, a lei orgânica, o regimento interno e a eventual legislação esparsa, v. g. provimentos, portarias etc.

Os princípios orientadores do processo administrativo se combinam com as garantias constitucionais do Direito Administrativo, sejam explícitos ou implícitos na Constituição Federal e Estadual.

Por exemplo, no Paraná, o art. 27 da Constituição Estadual prevê a aplicação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, já previstos no art. 37 da Constituição Federal. E mais ainda, o princípio da razoabilidade, da motivação e da economicidade, este último inserido pela Emenda n° 11 de 17.12.2001.

Em vários Estados da federação e/ou nos Tribunais de Contas se verifica a existência de diplomas legais que disciplinam minuciosamente os procedimentos administrativos, traçam-lhes princípios gerais, direitos, deveres, competências, forma dos atos processuais, hipóteses de anulação, revogação e convalidação, tratam dos recursos, prazos, sanções etc.

2. Recente julgado do Supremo Tribunal Federal

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de segurança, manifestou-se sobre a competência do Tribunal de Contas da União, conforme o art. 71, inciso IX da Constituição Federal, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do

contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

Neste julgado, Mandado de Segurança n° 23550-DF, publicado no Diário da Justiça n° 2050-3, p. 534, de 31.10.2001, do Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, ficou assentado, *verbis*:

(...) *A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.*” (grifamos)

Sem adentrar no mérito de decisão podemos vislumbrar claramente a utilização subsidiária da Lei n° 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Poder-se-ia afirmar que a lei federal, neste caso, somente seria aplicável subsidiariamente ao Tribunal de Contas da União. Todavia, como se trata de matéria de competência concorrente da União, dos Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 24, inciso XI da Constituição Federal, é possível defender a aplicação subsidiária da referida lei, nos Estados e Distrito Federal e por extensão, nos Tribunais de Contas dos Estados.

3. A pretendida aplicação subsidiária

A primeira indagação é se saber o que é aplicação subsidiária.

Subsidiário é aquilo que ajuda, diz-se de um elemento secundário que reforça outro de maior importância ou para este converge, que vem em reforço ou apoio do que se alegou ou se estudou (Novo Dicionário Aurélio Século XXI. São Paulo: Nova Fronteira, 1999).

No Direito Administrativo a aplicação subsidiária dar-se-á na ausência de norma legal que discipline a situação fática objeto da dúvida sobre a aplicação do Direito combinada, evidentemente, com os princípios constitucionais do *caput* do art. 37 da C.F.

No âmbito dos Tribunais de Contas, a aplicação subsidiária da lei federal se dará nas hipóteses de inexistência ou existência insuficiente de norma que regule

a matéria envolvida na *quaestio iuris*.

4. Conclusão

Na seara da doutrina os atualizadores (Azevedo, Eurico de Andrade e outros) da obra Direito Administrativo Brasileiro de Hely Lopes Meirelles (26a. edição, 2001, p. 644) já acertadamente concluíram:

“A Lei nº 9784/99 (...) a suas regras aplicam-se às três esferas de administração - Executivo, Legislativo e Judiciário (cf. § 1º do art. 1º) - e, obviamente, também ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas” (grifamos)

Em conclusão, a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 9784/99 na hipótese de ausência ou insuficiência de mandamento legal que discipline o *iter processual*, em se tratando dos Tribunais de Contas é perfeitamente cabível, aliás, necessária, na dicção do Supremo Tribunal Federal e da doutrina.■

GESTÃO DEMOCRÁTICA E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Ludimar Rafanhim

Bacharel em Direito e em Filosofia com especialização em História e Cidade.

Assessor na Câmara Municipal de Curitiba.

É inegável que, nos últimos anos, importantes instrumentos foram postos à disposição da sociedade para o efetivo controle dos atos da administração pública, e dos particulares, que têm repercussão na coletividade.

Entre esses instrumentos, surgem as denominadas audiências públicas. Elas estão previstas na legislação ambiental, na Lei de Licitações, na Lei de Responsabilidade Fiscal e, mais recentemente, no Estatuto da Cidade.

Vejamos como esses instrumentos de participação da sociedade se apresentam nos supramencionados diplomas legais:

1. LC 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal

Art. 9º § 4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

Art. 48 - Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

2. Lei 10.257/2001 - Estatuto da Cidade

Art. 40. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

II - debates, audiências e consultas públicas;

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão

orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população.

3. Legislação Ambiental

RESOLUÇÃO CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986

Art. 11 § 2º - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA,

RESOLUÇÃO/CONAMA/nº009, de 03 de dezembro de 1987

Art. 1º - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO/CONAMA/nº 001/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

Art. 2º - Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

4. Lei 8666/93 - Lei de Licitações

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

A previsão das retrocitadas audiências tem seu fundamento jurídico no princípio da publicidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e em constituições anteriores.

A forma como esse instrumento de participação social se apresenta nas diferentes normas, aparentemente, dá concretude ao já mencionado princípio da publicidade aplicável à administração pública. Todavia, é preciso que analisemos como efetivamente as audiências têm ocorrido e se elas têm cumprido a função para a qual foram criadas.

Quanto às audiências previstas na Legislação Ambiental, o que se constata é que elas são realizadas para cumprir a formalidade legal e, em muitas delas, a sociedade freqüenta como espectador ou, no máximo, como figurante de um grande espetáculo. Como assistentes, observam a exibição dos pontos positivos do empreendimento e as “inúmeras vantagens” para a sociedade. Não são raros os casos em que empresas poluidoras se convertem em fomentadoras do desenvolvimento social com significativas compensações para a sociedade local, após uma brilhante exposição de técnicos que usam linguagem inacessível e fantasiosa.

As audiências ambientais apenas tomam rumo diferente quando há organizações de ambientalistas ou outros setores que intervêm com maturidade, inserção social e competência técnica.

As audiências públicas previstas na Lei de Licitações são ainda mais frágeis e, quando realizadas, atingem um público diminuto que não raro se restringe aos licitantes interessados. Não há uma tradição de controle social rigoroso sobre os procedimentos licitatórios, tampouco, a imensa maioria da sociedade tem conhecimento da existência desse instrumento de controle sobre a contratação por parte da Administração Pública.

A Lei Complementar 101/2000 ampliou as possibilidades de audiências ao torná-las obrigatórias para a avaliação de metas fiscais, elaboração da Lei Orçamentária, Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias. Se realizadas com a amplitude e significado que a Lei previu estaríamos muito próximos de uma modalidade de democracia direta no que tange as finanças públicas.

Ocorre que numerosos administradores públicos se empenharam mais no desenvolvimento de instrumentos

para se defender dos efeitos das audiências, do que para aperfeiçoá-las assegurando a participação popular.

Dois anos após a sanção da LRF é preciso que sejamos muito críticos quanto à sua aplicabilidade, pois os administradores foram muito eficientes na geração de superávit primário, no pagamento das dívidas e na redução de gastos com pessoal. Por outro lado, restringiram a participação popular à assistência de demorados, complexos e inacessíveis relatórios da administração pública. Os salutares debates deixaram de existir até mesmo com os vereadores que compõem as Comissões de Economia do Legislativo.

As audiências, em regra não estão sujeitas a um regulamento que seja de todos conhecido, não ocorre em horários e locais acessíveis a qualquer munícipe; não se sabe o que fazer com eventuais divergências que surjam no decorrer da audiência.

Em síntese, essas também têm sido realizadas para cumprir uma formalidade e são mais um “show” do que um fórum de deliberação quanto às contas públicas e as políticas a serem realizadas pelo ente público.

Urge os Legislativos e Executivos regulamentarem a realização das audiências mencionadas na Lei Complementar 101, sob o risco dessas cairrem no esquecimento e passarem a ser realizadas no gabinete do prefeito ou do presidente da Câmara.

O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, dedicou todo um capítulo para o tema da gestão democrática da cidade. Entre os instrumentos utilizáveis nessa forma de gestão estão as audiências públicas. Elas devem ser realizadas nas definições das políticas públicas municipais, na definição do plano diretor, no processo de elaboração e aprovação da Lei Orçamentária e seus instrumentos. É nessas audiências públicas, por exemplo, que poderão ser definidos os critérios que aferirão a função social da propriedade urbana e da própria cidade, assim como definirão pela realização ou não de obra ou outra intervenção urbana.

A realização das audiências públicas, nos seus diferentes objetivos e finalidades, deve ser considerado como requisito de legalidade dos atos administrativos e, portanto, a sua não realização ou realização de forma defeituosa e viciada enseja a nulidade dos atos praticados.

As audiências públicas não podem continuar sendo uma forma desvirtuada de participação popular, onde a sociedade participa como mera espectadora.

É urgente a regulamentação das audiências públicas, sobretudo as formas mais recentes, quais sejam aquelas previstas na lei de Responsabilidade Fiscal e Estatuto da Cidade. Na regulamentação devem ser estabelecidas regras claras quanto ao tempo de duração, papel dos administrados e administradores, formas de registro e solução das eventuais divergências ocorridas na audiência, divulgação prévia dos documentos que serão apresentados.

A esses instrumentos tão importantes para a coletividade e exercício pleno da cidadania não pode ser dado um tratamento hipócrita. A tarefa de assegurar o verdadeiro sentido desses instrumentos é de toda a sociedade e dos administradores que querem tratar como público aquilo que por sua natureza público é. ■

“As audiências públicas não podem continuar sendo uma forma desvirtuada de participação popular, onde a sociedade participa como mera espectadora.”

DETRAÇÃO PENAL

Umberto Luiz Borges D'Urso

Advogado, Vice-Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo.
Mestre em Direito Penal pela Universidade Mackenzie.

O instituto da Detração Penal é comumente confundido com o da Remição da Pena, esta que significa remir a pena pelo trabalho, sendo destinada aos condenados no regime fechado ou semi-aberto, diminuindo-se um dia da pena a cada três dias trabalhado.

Já a Detração Penal é o abatimento do total da pena à ser cumprida, tanto na privação de liberdade como na medida de segurança, do período em que o sentenciado esteve preso administrativamente ou por força da prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, estando previsto no artigo 42 do Código Penal.

Antes da reforma da parte geral do Código Penal, a Detração estava prevista no artigo 34 do Código Penal. Uma das alterações da nova redação, foi a supressão da expressão preventiva, ficando apenas a expressão “prisão provisória”, pois antes da reforma penal o legislador estabelecia o tempo da prisão provisória e preventiva, o que era desnecessário, pois aquela absorve esta.

Muitos juristas assim entendem, que o artigo 42 do Código Penal ao referir-se somente a “prisão provisória”, o faz de forma ampla, como prisão processual; neste caso, estar-se-ia incluindo todas as prisões cautelares, compreendendo a prisão em flagrante, a prisão temporária, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia e aquela proveniente de sentença recorrível.

Outro problema solucionado com a nova redação do artigo da detração penal, foi a inclusão da medida de segurança, pois anteriormente, era estabelecida no texto somente para pena privativa de liberdade.

Vale salientar que a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal-STF, entende que não é possível a detração penal quando o delito for totalmente desvinculado do outro, isto é, só haveria autorização para a detração, caso houvesse vínculo entre os crimes examinados.

O artigo 111 da Lei de Execução Penal prevê que: “Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição”. Vale dizer que, nesta circunstância, descontado o tempo de detração ou remição o condenado poderá começar o cumprimento da pena em regime mais brando.

Segundo o Prof. *Julio Fabbrini Mirabete*¹, “Computa-se, também, por razões humanitárias, o tempo em que o condenado esteve internado em estabelecimento destinado ao desconto de medida de segurança, inclusive quando a transferência para esse estabelecimento decorreu da superveniência de doença mental”.

“(...) se partirmos da premissa que a prisão cautelar do acusado que for considerado inocente, poderá ser aproveitada para abater o tempo de prisão em outro delito diverso, estaremos incentivando o criminoso à prática do delito, pois este já terá um crédito carcerário ou prisional.”

Uma dificuldade apresentada, é que a lei é omissa com relação à contagem nas penas de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, do tempo de prisão provisória, por isso o Prof. *Mirabete*, reconhece que a detração penal nessa hipótese ocorre por medida de equidade.

Para fins de prescrição penal, a detração aplica-se quanto ao período em que o agente esteve preso provisoriamente, esse tempo deve ser entendido como pena cumprida para extinção da punibilidade.

Comenta sobre a detração penal, o Prof. *Weber Martins Batista*², que: “Na Itália, com a reforma de 1955, o Código de Processo Penal, resolveu, expressamente, o problema mais tormentoso que o tema suínta, que é o da possibilidade, e em que hipóteses, da detração da pena em consequência de prisão por outro fato - e o fez de modo mais liberal, dispondo que, ‘para os efeitos do art. 137 do Código Penal (que cuida da detração), a totalidade da custódia preventiva sofrida pelo réu se deduz, em qualquer caso, da duração da pena, mesmo se esta foi infligida por um crime diverso daquele de que resultou a custódia preventiva, ou em procedimento distinto, desde que o mesmo crime não tenha sido cometido depois da cessação da custódia preventiva’” (art.271)

“O Código Penal alemão, mesmo após a reforma de 1969 e, sobretudo, agora, depois da modificação da Parte Geral, continua tratando o tema com severidade, não permitindo suas disposições, uma interpretação mais benigna. A concessão ‘mais liberal’ que faz, é permitir que seja computada na pena imposta, a que foi cumprida, no todo ou em parte, pelo mesmo fato, em processo anterior”.

Estamos diante de um assunto interessante e pouco examinado, pois se partirmos da premissa que a prisão cautelar do acusado que for considerado inocente, poderá ser aproveitada para abater o tempo de prisão em outro delito diverso, estaremos incentivando o criminoso à prática do delito, pois este já terá um crédito carcerário ou prisional.

Diverge desta posição o membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, *Luiz Flávio Borges D'Urso*, que entende que cárcere é, *lato sensu*, resultado de um erro judiciário, porquanto erro do Estado, de forma a fazer com que este inocente seja credor do Estado por tal erro, assim, não sendo esta vítima do Estado indenizada, o mínimo que por ele poderia ser feito, é reservar-lhe o crédito de seus dias de cárcere, para eventual “armadilho do destino”.

Discordando dessa posição, penso que dentro da realidade de política criminal e até cultural, de nosso país, não existe qualquer possibilidade de êxito dessa tese no Brasil, em decorrência da nossa alta criminalidade e vejo como mais adequado, a forma da Detração Penal que hoje o nosso Código Penal consagra. ■

NOTAS

1 *Julio Fabbrini Mirabete, Direito Penal. Atlas*, pág. 264.

2 *Weber Martins Batista, Direito Penal e Processo Penal. Forense*, pág. 36.

ÁREA PÚBLICA - CONSTRUÇÃO CLANDESTINA - AÇÃO DEMOLITÓRIA - INDENIZAÇÃO - Incabimento

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 401.287

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJ 22.04.2002, pág. 178

Rel.: Min. José Delgado

Recorrente: (...)

Recorrido: (...)

EMENTA

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. IMÓVEL CONSTRUÍDO EM LOGRADOURO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. DIREITO DE RETENÇÃO. BENFEITORIAS. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual “*a construção procedida de forma ilegal e clandestina não pode beneficiar o infrator, possibilitando ser ele indenizado*”, em Ação de Demolição ajuizada pelo Município recorrido, para fins de condenar a ora recorrente a demolir imóvel destinado à residência e à exploração comercial construído em logradouro público.

2. De acordo com os arts. 63, 66, 490, 515 a 519, 535 V, 536 e 545, do Código Civil Brasileiro, a construção realizada não pode ser considerada benfeitoria, e sim como acessão (art. 536, V, CC), não cabendo, por tal razão, indenização pela construção irregularmente erguida. O direito à indenização só se admite nos casos em que há boa-fé do possuidor e seu fundamento sustenta-se na proibição do Ordenamento Jurídico ao enriquecimento sem causa do proprietário, em prejuízo do possuidor de boa-fé.

3. No presente caso, tem-se como clandestina a construção, a qual está em logradouro público, além do fato de que a sua demolição não vai trazer nenhum benefício direto ou indireto para o Município que caracterize eventual enriquecimento.

4. Não se pode interpretar como de boa-fé uma atividade ilícita. A construção foi erguida sem qualquer aprovação de projeto arquitetônico e iniciada sem a prévia licença de construção, fato bastante para caracterizar a má-fé da recorrente.

5. “*A construção clandestina, assim considerada a obra realizada sem licença, é uma atividade ilícita, por contrária à norma edilícia que condiciona a edificação à licença prévia da Prefeitura. Quem a executa sem projeto regularmente aprovado, ou dele se afasta na execução dos trabalhos, sujeita-se à sanção*

administrativa correspondente.” (Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra Direito de Construir, 7a. edição, editora Malheiros, pág. 251).

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 26 de março de 2002 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX - Presidente

MINISTRO JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): (...) insurge-se, via presente recurso especial, a) abrigo do art. 105, III, a, da Carta Magna, contra v. Acórdão assim ementado (fl. 62):

“EMENTA: *Civil e Processual Civil - Construção de natureza clandestina - Indenização - Impossibilidade - Sentença reformada.*

- *A construção procedida de forma ilegal e clandestina não pode beneficiar o infrator, possibilitando ser ele indenizado.*

- *Apelo provido.*”

O Município recorrido ajuizou Ação Demolitória, de procedimento sumário, para fins de condenar a ora recorrente a demolir imóvel destinado à residência e à exploração comercial construído em logradouro público.

O Juízo originário julgou procedente o pedido, autorizando a Municipalidade a demolir a obra referenciada, condicionando, contudo, a execução da sentença à justa indenização a ser paga pela autora e a ser apurada em liquidação.

Apelou o Município no que tange à indenização, tendo o egrégio Tribunal *a quo* dado provimento ao recurso para fins de afastar a indenização.

Nesta instância, rebela-se a recorrente contra o afastamento da indenização, a fim de que lhe seja garantido o direito de retenção por benfeitoria até o pagamento indenizatório, em face de sua boa-fé na construção do imóvel discutido. Aduz violação ao art. 516, do Código Civil Pátrio.

Apresentação de contra-razões pela manutenção do *decisum a quo*.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. IMÓVEL CONSTRUÍDO EM LOGRADOURO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. DIREITO DE RETENÇÃO. BENFEITORIAS. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual “a construção procedida de forma ilegal e clandestina não pode beneficiar o infrator, possibilitando ser ele indenizado”, em Ação de Demolição ajuizada pelo Município recorrido, para fins de condenar a ora recorrente a demolir imóvel destinado à residência e à exploração comercial construído em logradouro público.

2. De acordo com os arts. 63, 66, 490, 515 a 519, 535 V, 536 e 545, do Código Civil Brasileiro, a construção realizada não pode ser considerada benfeitoria, e sim como acessão (art. 536, V, CC), não cabendo, por tal razão, indenização pela construção irregularmente erguida. O direito à indenização só se admite nos casos em que há boa-fé do possuidor e seu fundamento sustenta-se na proibição do Ordenamento Jurídico ao enriquecimento sem causa do proprietário, em prejuízo do possuidor de boa-fé.

3. No presente caso, tem-se como clandestina a construção, a qual está em logradouro público, além do fato de que a sua demolição não vai trazer nenhum benefício direto ou indireto para o Município que caracterize eventual enriquecimento.

4. Não se pode interpretar como de boa-fé uma atividade ilícita. A construção foi erguida sem qualquer aprovação de projeto arquitetônico e iniciada sem a prévia licença de construção, fato bastante para caracterizar a má-fé da recorrente.

5. “A construção clandestina, assim considerada a obra realizada sem licença, é uma atividade ilícita, por contrária à norma edilícia que condiciona a edificação à licença prévia da Prefeitura. Quem a executa sem projeto regularmente aprovado, ou dele se afasta na execução dos trabalhos, sujeita-se à sanção administrativa correspondente.” (Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra Direito de Construir, 7a. edição, editora Malheiros, pág. 251).

6. Recurso não provido.

VOTO

OSR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): O acórdão hostilizado discutiu e decidiu que a recorrente, ré em ação demolitória promovida pelo Município recorrido e que foi considerada procedente, não tem direito à retenção do imóvel, até que seja indenizada da benfeitoria.

Defende a recorrente que, na forma da legislação civil, o direito de indenização e retenção por benfeitorias só acode àquele que constrói de boa-fé, o que é o caso em debate, não obstante ter o acórdão reconhecido, e a recorrente silenciado quando da prolação favorável da sentença, que a construção consumou-se sem qualquer ato de licenciamento da Prefeitura, sendo, portanto, clandestina e afastada das regras de postura municipal.

Nesse aspecto, a recorrente invoca o art. 516 do CC:

“O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção.”

O panorama formado pelos atos e discussões depositadas nos autos leva-me ao entendimento de que o recurso especial não merece ser provido.

Destaco, inicialmente, que, na contestação, não há pedido explícito nem implícito de condenação por benfeitorias, nem de retenção do bem até que os valores a elas relativos sejam pagos.

Registro, também, que o acórdão recorrido, adotando os fundamentos do Parecer do Parquet Estadual, assentou que a obra foi levantada sem qualquer autorização municipal, contrariando, portanto, a Lei de Postura, além de ter sido encravada em logradouro público.

O referido pronunciamento do Ministério Públíco, parte integrante e motivador do acórdão, encontra-se desenvolvido da seguinte forma (fls. 48/51):

“A apelada edificou construção destinada à sua residência e à exploração de atividade comercial, ferindo diversos dispositivos da Lei Municipal nº 7427/61 - Código de Urbanismo e Obras. Em 31 de março de 1992 a Edilidade, através do setor administrativo com atribuições para tal, procedeu a Vistoria Administrativa de que dá conta o documento de fls. 04, no qual são evidenciadas as irregularidades praticadas pela ré.

O Poder Públíco, ao invés de empregar o poder de polícia que detém, idôneo à consecução da demolição do imóvel, preferiu atuar na via judicial, quando obteve o provimento jurisdicional em tela.

A reclamação contida na irresignação cinge-se à pretensão de indenização, decorrente do direito de retenção, o que é absolutamente descabido. É de se ressaltar que caberia à apelada direito à indenização caso a Administração Pública houvesse concedido licença para a construção e, posteriormente, a revogasse. No caso, nada disso ocorreu.

Ademais, a relação entre as partes que motivou o litígio não guarda qualquer consonância com o direito de retenção, porquanto a questão vertente diz respeito a construção ilegal e clandestina, com afronta à regulamentação edilícia pertinente.

O *jus retentionis* é um dos efeitos da posse, previsto no art. 516, do Código Civil, valendo como esclarecimento o magistério seguinte:

“O direito de retenção é um dos vários direitos de defesa que a lei, excepcionalmente, confere ao titular de um direito. Consiste na prerrogativa concedida pela lei ao credor, de conservar a coisa alheia além do momento em que deveria restituir, em garantia de um crédito que tenha conta o credor e decorrente de despesas feitas ou perdas sofridas em razão da coisa” (Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. V., pág. 88)

No mesmo diapasão é o magistério assim transscrito:

“Direito de retenção. A quem tenha de devolver coisa alheia, reconhece o direito, em certos casos, recusar a restituição sob fundamento da existência de um crédito contra o que irá recebê-lo. *O ius retentionis* justifica-se em razão de eqüidade, que não se compraz em que o devedor da restituição tenha de efetuá-la, para somente depois ir reclamar o que lhe é devido. Permite-lhe opor-se à devolução até ser pago. Mas, se é seu fundamento a *aequitas*, e se é seu requisito a existência de um débito, nem por isso se nega que o direito de retenção seja efeito da posse, embora rodeada esta de outros elementos, pois certo é que, sem ele, não tem objeto o *ius retentionis*.” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil.*, v. IV, pág. 47).

Acompanhando o entendimento doutrinário em evidência, assim julgou a 4a. Câmara Cível dessa Corte de Justiça:

‘É procedente o pedido de demolição de barraca de madeira edificada sobre calçada que lhe serve de piso sem qualquer possibilidade de regularização, desde que, além de atropelar o fluxo de pessoas no local, não há como cogitar-se de consentimento do Município que implique em possível má-fé. Indevido o exercício do direito de retenção, posto que não se trata de benfeitoria ou acessão, mas de simples abuso de natureza pessoal, que traz em si a precariedade da ousada aventura.’ (Ac. Unânime, Ap. Cível nº 25607-5, DJ 09.11.95)

Do expediido, exsurge evidenciado que a lide presente não traz em si elementos aptos para a aplicação do direito de retenção em prol da apelante, motivo pelo qual opina este Órgão Ministerial pelo provimento da increpação.”

Dois pontos, portanto, estão incontrovertidos no *decisum* de segundo grau:

- a obra foi levantada sem licença da Prefeitura;
- o imóvel está encravado em logradouro público.

Considerando essa situação, filio-me às manifestações do recorrido, apoiadas em determinações legais. Transcrevo, por aceitar, integralmente, as suas razões. (fls. 86/87):

“Em verdade, descabida é a indenização determinada na referida sentença, com observância aos ditames do art. 516, do Código Civil. A construção levada a efeito pela Recorrente não pode ser considerada benfeitoria, vez tratar-se de acessão, na conformidade do disposto no art. 536, V, do mesmo Código.

Além do mais, impossível reconhecer boa-fé por parte da Recorrente, já que a mesma construiu em flagrante desrespeito às posturas municipais, de forma ilegal e clandestina, sem que se possa reconhecer eventual enriquecimento sem causa do Recorrido, já que o cumprimento das regulamentações edilícias interessa a toda coletividade.”

Outro não é o entendimento do Representante do Ministério Pùblico, conforme se depreende do Parecer de fls. 18 a 51.

‘A Reclamação contida na irresignação cinge-se à pretensão de indenização, decorrente do direito de retenção, o que é absolutamente descabido. É de se ressaltar que caberia à apelada direito à indenização caso a Administração Pública houvesse concedido licença para a construção e, posteriormente, a revogasse. No caso, nada disso ocorreu. Ademais, a relação entre as partes que motivou o litígio não guarda qualquer consonância com o direito de retenção, porquanto a questão vertente diz respeito a construção ilegal e clandestina, com afronta à regulamentação edilícia pertinente.”

Em outra oportunidade (REsp nº 245758/PE, 1a. Turma, julgado, à unanimidade, em 11.04.2000, DJ de 15.05.2000), apreciando questão idêntica à ora debatida, onde o acórdão recorrido havia deferido o pedido de retenção para fins de indenização, externei os seguintes fundamentos com base no decisório do Segundo Grau:

“Cabe também o recurso quanto ao ponto em que assegurou ao Recorrido o direito de retenção até o pagamento de indenização entendendo aquele Colegiado ter havido benfeitorias realizadas e de que estaria demonstrada a boa-fé em razão do argumento de que a construção teria sido erguida anteriormente a destinação do terreno à via pública. **Data vénia**, além de ir de encontro às provas produzidas nos autos, a decisão contraria frontalmente os arts. 63, 66, 490, 515 a 519, 535 V, 536 e 545 do Código Civil Brasileiro.

De acordo com os artigos supra, a construção realizada não pode ser considerada benfeitoria, e sim como acessão (art. 536, V, CC), não cabendo, por tal razão, indenização pela construção irregularmente erguida.

O direito à indenização só se admite nos casos em que há boa-fé do possuidor e seu fundamento sustenta-se na proibição do Ordenamento Jurídico ao enriquecimento sem causa do proprietário, em prejuízo do possuidor de boa-fé.

No presente caso a construção é clandestina e está inteiramente em logradouro público, além do fato de que a sua demolição não vai trazer nenhum benefício direto ou indireto para o Município que caracterize eventual enriquecimento, muito pelo contrário, já que se está em discussão é a desocupação de imóvel público de uso comum que, por tal natureza, além de inalienável, interessa a toda coletividade.

Nesse sentido, o acórdão recorrido afronta contra os referidos artigos da Lei Federal, pois não vislumbra consonância com o ordenamento qualquer condenação imposta ao Município com o intuito de constrangê-lo ao pagamento de indenização pela acessão clandestina em via pública, como condicionante a sua efetiva demolição.

O acórdão recorrido, *data vénia*, contrariou ainda de forma literal dispositivo do Código Civil, especialmente o Art. 517 daquele diploma:

Código Civil - Art. 517:

"Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; mas não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias."

Com efeito, a ação teve por objeto a demolição do imóvel caracterizado na inicial casa em alvenaria construída sem projeto aprovado e sem licença de construção, além de ter sido erguida em pleno logradouro público.

Durante a instrução do feito, restou comprovada a ilegalidade da obra em questão, sendo reconhecido pelo próprio demandado que a mesma não havia sido precedida de licença, projeto ou qualquer outro documento hábil, e em desobediência ao alinhamento fixado para a via.

Ora, é inconcebível a existência de benfeitorias de boa-fé, mormente porque o próprio Recorrido reconheceu a ilegalidade da obra quando não fez comprovar a legalidade da construção.

A discussão travada nos autos do julgamento da apelação e dos embargos declaratórios não produz qualquer influência à necessária caracterização de má-fé ou boa-fé para efeito de aplicação do art. 517 do Código Civil. Apreciou-se apenas o fato da construção ter sido erguida ou não em logradouro público, quando a clandestinidade da obra por si só já afasta qualquer questionamento acerca do propósito de um provável reconhecimento de direito à retenção de benfeitoria.

Não se pode interpretar como de boa-fé uma atividade ilícita. A construção foi erguida sem qualquer aprovação de projeto arquitetônico e iniciada sem a prévia licença de construção, fato bastante para caracterizar a má-fé do recorrido.

Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra *Direito de Construir*, 7a. edição, editora Malheiros, pág. 251, bem se reporta ao tema que, por sua pertinência, traz-se à colação, *verbis*:

'A construção clandestina, assim considerada a obra realizada sem licença, é uma atividade ilícita, por contrária à norma edilícia que condiciona a edificação à licença prévia da Prefeitura. Quem a executa sem projeto regularmente aprovado, ou dele se afasta na execução dos trabalhos, sujeita-se à sanção administrativa correspondente. (...)

Ao julgar provido parcialmente o recurso, para, contraditoriamente, condenar o próprio Autor a indenizar benfeitorias construídas ao arreio da lei, baseou-se decisão em elementos inexistentes nos autos.

Tais fatos foram comprovados durante a exaustiva instrução do processo, inclusive através de prova produzida pelo réu, sendo reconhecida pelo Recorrido a efetiva ilegalidade da construção.

Objetiva, pois, a demanda, a demolição de edificação ilegal, cujas benfeitorias não se

incorporarão por qualquer modo ao patrimônio do Município Recorrente.

Não se constitui objeto desta ação o direito possessório do imóvel referido, mas sim e unicamente o descumprimento de norma legal de interesse público, ou seja, o cumprimento de normas e posturas urbanas.

Ora, os Arts. 516, 517, 547 e 545 do Código Civil, que tratam do direito de indenização e do direito de retenção, vinculam, sempre, à existência da posse, definida como de boa-fé ou má-fé (490), ao exercício desses direitos.

Vale ressaltar, ainda, que a indenização prevista nos artigos supra baseia-se no princípio do impedimento ao enriquecimento sem causa do proprietário, em detrimento do possuidor. Neste caso, mesmo que a posse pudesse existir, em nada aproveitaria ao Recorrente, já que as benfeitorias serão simplesmente removidas, porque levantadas ao arreio da lei, e em pleno logradouro público.

Dispõe o Art. 490 do Código Civil:

'Art. 490 - É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa ou do direito possuído.'

Ora, o obstáculo impeditivo estava visível - a existência de via pública e das normas e posturas municipais, cujo desconhecimento não poderia ser argüido pelo Recorrido.

Dúvida não há que sobre os bens de uso comum, enquanto não forem desafetados, não pode o particular exercer o direito de propriedade e, consequentemente a posse.

A 6a. Câmara do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, em julgamento da Apelação nº 276453, considerou não ser possível a posse particular de bens públicos de uso comum, através da seguinte ementa:

'Tratando-se de bens públicos de uso comum não pode haver posse particular.'

Estão eles fora do comércio e, pois, sem potência passiva da apropriação.' (Revista dos Tribunais, vol. 556, pág. 108)

Desta forma, se não há posse, inexiste indenização ou direito de retenção.

Quanto à posse do Recorrido, entende o Município que a mesma nunca foi configurada. Com efeito, considera-se que a posse exterioriza o direito de propriedade. Possuidor é aquele que, em face de coisa, age como se fosse o proprietário.

A propósito ensina Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, Ed. Forense, 4a. ed. pág. 19:

'A posse, em nosso direito positivo, não exige, portanto, a intenção de dono, e nem reclama o poder: físico sobre a coisa. É a relação de fato entre a pessoa e coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. E a exteriorização da conduta de que procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio.'

Portanto, se a posse é a exteriorização da propriedade só se pode admiti-la quando for possível a propriedade.

Assim se o Município ficar obrigado a indenizar as construções clandestinas e de má-fé, tornar-se-á economicamente inviável o exercício de sua competência de regular a vida urbana, a ocupação do solo, além do que será um estímulo para a proliferação dessas construções.

É incabível, portanto, assegurar ao infrator direito de retenção.

A propósito da matéria destaca-se a seguir trechos do voto do relator Desembargador Carlos Xavier, nos autos da Apelação Cível nº 120584 desse Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco:

“O recurso em apreço ataca, apenas, parte da sentença apelada.

O Município do Recife açãoou a Ré, ora apelada, objetivando a demolição de uma benfeitoria ilegal e clandestinamente construída em plena via pública.

A parte atacada da decisão recorrida diz respeito ao reconhecimento, por parte do Dr. Juiz a quo, da boa-fé da Apelada em relação à posse da questionada benfeitoria.

Da maneira como foi decidida a demanda, sem solução ficou a ação proposta pelo Município do Recife, visto que sofreu também uma condenação, como seja, a de indenizar a benfeitoria da Ré-Apelada.

A clandestinidade da benfeitoria em apreço é incontestável, e, pela sua ilegalidade, foi edificada em plena via pública, não condição de regularidade.

Nesse ponto, a meu ver, tem razão o Apelante.

Dou, assim, provimento ao recurso de ofício para reformar a sentença recorrida na parte que assegurou o direito de retenção da benfeitoria clandestina, para dar provimento integral à ação, ficando prejudicado o apelo voluntário”.

No mesmo sentido, foi o Acórdão proferido na Apelação Cível nº 92.0000068-1, prolatado pela Segunda Câmara Cível do mesmo Tribunal, por unanimidade de votos, dando provimento parcial ao recurso do Município, para excluir da condenação o direito de retenção atribuído ao Recorrido.

Finalmente cumprido o entendimento desse Egrégio Tribunal sobre a matéria em comento, transcreve-se, por último, a decisão publicada em data de 01 de outubro de 1994:

0018991-1 Recife

APELAÇÃO CÍVEL

RECORREN: JUÍZO

APTE: MUNICÍPIO DO RECIFE

PROCDOR: HUMBERTO CABRAL VIEIRA DE MELO E OUTRO

APDO: MARIA JOSÉ DA SILVA

ADVOG: JOSÉ ALVES DE LIMA

DES. SUBS. REL: JUIZ ZAMAIR MACHADO FERNANDES

DECISÃO

UNANIMEMENTE, DEU-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE OFÍCIO, PARA REFORMAR A DECISÃO RECORRIDA NA PARTE QUE CONDENOU O MUNICÍPIO A INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS CLANDESTINAMENTE EDIFICADAS, E DE USAR DO DIREITO DE RETENÇÃO DAS MESMAS BENFEITORIAS PELA PARTE REQUERIDA, FICANDO PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

E ainda:

EMENTA: Ação Declaratória. Quem constrói infringindo disposições da Lei de Posturas Municipais, age de má-fé. As benfeitorias indenizáveis são as necessárias e de boa-fé. Não é devida qualquer indenização pelas benfeitorias feitas. Provado o Recurso Necessário para sua exclusão unânime. Apelação Cível nº 17.809-4 - 3a. Câmara Cível - Relator Des. Substituto Ivonaldo Pereira de Miranda. Também já decidiu recentemente nesse sentido, por unanimidade, a Colenda 2a. Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro Hélio Mosimann, que vale trazer à colação sua ementa, *verbis*:

‘RECURSO ESPECIAL, Nº 37.026 - PE - REGISTRO Nº 93/0020280-4.

RECORRENTE: MUNICÍPIO DO RECIFE

RECORRIDOS: SEVERINO JOÃO PEREIRA E CÔNJUGE

EMENTA: AÇÃO DEMOLITÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE NORMA LEGAL DE INTERESSE PÚBLICO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Não está o Município obrigado a indenizar as benfeitorias existentes em construções clandestinas, feitas de má-fé em logradouros públicos. Recurso Especial provido. Acórdão unânime da 2a. TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 01.04.96, Relator Ministro Hélio Mosimann, publicado no Diário da Justiça da União, em 29.04.96.”

Em face do exposto, NEGOU provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcao.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 26 de março de 2002.

DANOMORAL-CHEQUEPRÉ-DATADO- Apresentação antes do PRAZO estabelecido - INDENIZAÇÃO-Cabimento

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Apelação Cível n. 200100119059
Órgão julgador: 15a. Câm. Cív.
Fonte: DJ/RJ, 09.11.2001, págs. 165/167
Rel.: Des. Antonio Baldanha Palheiro
Apelante: (...)
Apelado: (...)

EMENTA.

CHEQUE PRÉ-DATADO. PRÁTICA COMERCIAL CONSOLIDADA. DESCARACTERIZAÇÃO DO INSTRUMENTO COMO ORDEM DE PAGAMENTO À VISTA POR CONVENÇÃO DOS CONTRATANTES. A APRESENTAÇÃO DO CHEQUE ANTES DA DATA AJUSTADA IMPORTA NO INADIMPLEMENTO DAS CONDIÇÕES PACTUADAS, À GERAR O RESSARCIMENTO DOS DANOS DECORRENTES. RELAÇÃO DE CONSUMO, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ARTIGO 6º, VIII DO CDC. OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR DEMONSTRAR QUE OS TRANSTORNOS ACARRETADOS AO CONSUMIDOR NÃO DECORRERAM DOS DEPÓSITOS EXTEMPORÂNEOS NA FORMA POR ESTE ADUZIDA, PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Ordinária de Responsabilidade Civil nº 2001.001.19059, proposta por José Nivaldo dos Santos em face da Óptica Boa Vontade Ltda.

Acordam os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do relator.

VOTO

A prática comercial reiterada, notadamente nas relações de consumo, consolidou a utilização do chamado cheque pré-datado para aquisição de bens e serviços, como instrumento de parcelamento do débito e pagamento de prestações futuras.

Constatamos evidente descaracterização do instituto do cheque como ordem de pagamento à vista, para utilização como promessa de pagamento, em substituição a nota promissória e outros instrumentos análogos.

Indiscutivelmente, a preferência na utilização do cheque pré-datado como promessa de pagamento é do fornecedor do produto ou serviço, em face da maior efetividade da cobrança, pela coercitividade que decorre do próprio instituto, com efeitos inclusive na esfera penal, além da simplificação e celeridade na materialização do ajuste.

O questionamento objetivo, ante controvérsias de tal natureza, recai em quem é o favorecido com prática semelhante, se o consumidor que pretende adquirir o bem e não dispõe de numerário suficiente para a compra à vista, ou o comerciante, que deseja incrementar suas vendas, sem as dificuldades inerentes aos parcelamentos regulares e ainda com a capacidade de pressão advinda de um cheque em caso de inadimplência.

Ao consumidor é indiferente a assinatura de cheque, nota promissória ou contrato de pagamento em prestações, mas para o fornecedor a conveniência é inquestionável.

Nesta vertente, transfigurado o instituto em promessa de pagamento futuro, a vinculação à data convencionada é inafastável, caracterizando inadimplemento o depósito antecipado, com inequívoca lesão à boa-fé objetiva do consumidor, pouco importando a existência da provisão de fundos na data da emissão, já que o vencimento da obrigação está delimitado por termo certo para o depósito ou desconto, e somente neste deve estar disponível o numerário correspondente.

Constatada assim a infração contratual, irrefutável o dever de reparar os danos consequentes, materiais e morais.

No caso examinado, o consumidor por duas vezes foi solicitado a emitir os cheques para pagamento futuro e em ambas o comerciante não honrou o pactuado, em demonstração afrontosa de desorganização ou desrespeito ao adquirente, daí advinda a obrigação de indenizar.

A comprovação material dos fatos vem irrefutavelmente lastreada nos documentos de fls. 20/27, enquanto a defesa do réu limita-se a negar o parcelamento invocando a nota fiscal, o que é absurdo.

O fato de terem sido os cheques compensados em contas distintas é irrelevante, posto que a circulação de tais instrumentos é prática usual do comércio através de endosso.

O dano moral é consequência do embaraço e constrangimento acarretados pela negativação da conta-corrente, em circunstâncias a que o correntista não deu causa e nem mesmo para tal contribuiu.

Independente da comprovação, demonstrada a infração contratual e aduzidas as consequências danosas, a desconstituição ficaria ao encargo do fornecedor, em face da inversão do ônus da prova regulamentada no artigo 6º - VIII da Lei 8078/80, do que não se desincumbiu.

A descrição do impacto moral e psicológico sofridos pelo consumidor é verossímil e vem agravados pela reiteração, militando a seu favor a presunção legal, corroborada ainda pela inequívoca vulnerabilidade e hipossuficiência emergentes do desequilíbrio das partes.

“Outrossim, o valor da reparação deve ser sopesado de forma ponderada, contemplando-se a extensão da infração e das conseqüências produzidas, de forma a não ensejar desproporção e possível locupletamento, pelo que considero adequada a fixação de valor correspondente a 50 (cinquenta) salários mínimos a título de danos morais vigentes na data do efetivo pagamento.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para condenar a ré (...) ao pagamento de 50

(cinquenta) salários mínimos a título de danos morais, condenando-a ainda ao pagamento das custas judiciais e honorários de advogado que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2001.
DES. MILTON MONDEGO DE CARVALHO LIMA
PRESIDENTE
JDS. DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RELATOR

IMOBILIÁRIO

COMPRA E VENDA - IMÓVEL - ARRAS PENITENCIAIS - Não caracterização

Tribunal de Justiça do Paraná
Apelação Cível n. 110.721-9
Órgão julgador: 3a. Câm. Cív.
Fonte: DJ 01.04.02, pág. 20
Rel.: Desa. Regina Afonso Portes
Apelante: (...)
Apelado: (...)

EMENTA

APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - ARRAS PENITENCIAIS - RECIBO DE SINAL DE NEGÓCIO PACTUADO SEGUNDO O DISPOSTO NOS ARTIGOS 1094 E 1097 DO CÓDIGO CIVIL - COMPROVAÇÃO DE INSERÇÃO DE DECLARAÇÃO UNILATERAL - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DAS PARTES INDEMONSTRADO - PREVALENCIMENTO DAS NORMAS REFERENTES ÀS ARRAS CONFIRMATÓRIAS. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.
Quando não se atribui às arras expressamente outra função, devem ser consideradas confirmatórias.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 110.721-9 de Almirante Tamandaré - Vara Única, em que é Apelante (...) e (...).

1. Trata-se de Ação de Cobrança de Arras Penitenciais ajuizada por (...) contra (...), alegando a requerente sinteticamente, que firmou 'Recibo de Sinal de Negócio e Princípio de Pagamento' em 21.02.95 com o requerido, para a aquisição de dois lotes de terreno, situados no lugar denominado Cachoeira, município de Almirante Tamandaré-Pr., num total de 2400 m², matriculados sob nºs 12.505 e 12.506, junto ao Registro de Imóveis da Comarca de Rio Branco do Sul; que o valor pago como sinal de negócio foi de R\$ 6.750,00 (seis mil, setecentos e cinquenta reais), de um preço global de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais); que ficou ajustado que o saldo restante seria pago no prazo de 10 (dez) dias (01.03.95), quando então seria assinada a escritura pública definitiva dos imóveis; que como os formais de partilha dos terrenos não tinham sido registrados até a data aprazada, não foi pago o preço restante. Contudo, no dia 10.03.95 o promitente vendedor entabulou a venda dos imóveis à empresa (...), perante o Cartório Sciarra, em Colombo-Pr.; que no dia 20.03.95 foi restituído à

requerente, unilateralmente, o valor aceito como sinal de negócio, face a alegada falta de pagamento no dia 01.03.95. Argumenta a requerente, que a transação não se efetivou devido a incapacidade do promitente vendedor em outorgar-lhe a escritura pública dos imóveis, ficando evidenciado o arrependimento do requerido. Desse modo, requer a restituição do sinal de negócio conforme o disposto no artigo 1095 do Código Civil, acrescido de juros e correção monetária.

Em contestação, o requerido argui em preliminar incidente de falsidade do documento acostado às fls. 14 (no seu verso), face a requerente ter inserido declaração não existente e ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que o negócio não se realizou em razão do inadimplemento da requerente; que a devolução do valor do sinal de negócio foi por pura liberalidade. Requer a improcedência do feito.

Impugnação à contestação (fls. 29/34).

Pelo despacho de fls. 39, foi rejeitada a preliminar de ilegitimidade de parte, ensejando o Agravo Retido de fls. 50, manejado pelo requerido, ora apelado.

As fls. 73, foi indeferido o incidente de falsidade documental, determinando-se o prosseguimento do processo.

Realização de audiência de instrução e julgamento, com inquirição de testemunhas (fls. 110/118).

Apresentação de memoriais, às fls. 120/127 e 128/132, respectivamente.

Por sentença foi julgado improcedente o pedido.

Inconformada, apela a requerente às fls. 144/155, repisando os argumentos anteriormente deduzidos. Pugna pela reforma da sentença.

Contra-razões do apelado (fls. 158/170), na qual aduz preliminarmente a deserção do recurso e no mérito, pleiteia a manutenção do *decisum*.

Instada a apelante a complementar o preparo das custas, complementou o depósito (fls. 176/178).

Os autos foram remetidos ao Tribunal de Alçada, porém, consoante o aresto nº 12.153 da 5a. C.C., relatado pelo Juiz Tufi Maron Filho, foi determinada a sua remessa a esta Corte de Justiça.

É, em síntese, o relatório.

DECIDO

2. Versam os autos sobre Ação de Cobrança, objetivando o recebimento da devolução das arras em dobro, segundo o disposto no art. 1095 do Código Civil.

Preliminarmente, ressalto que o Agravo Retido interposto pelo ora apelado, não é objeto de análise no

presente recurso, face o disposto no § 1º do art. 523 do Código de Processo Civil.

Consta do caderno processual que a Autora-apelante, firmou 'Recibo de Sinal de Negócio e Princípio de Pagamento' com o Requerido-apelado, no valor de R\$ 6.750,00, para aquisição de dois lotes de terrenos situados na localidade Cachoeira, cujo preço total ajustado foi de R\$ 18.000,00 (doc. de fls. 14). Que não tendo a compradora pago o restante do valor convencionado na data de 01.03.95, o promitente vendedor restituiu-lhe a quantia paga a título de sinal de negócio, implicando no desfazimento da avença. Daí o manejo da presente demanda.

Sustenta a recorrente que o negócio não se realizou face o arrependimento do vendedor, que acabou alienado os imóveis a terceiro por melhor preço.

A Dra. Juíza julgou improcedente o pedido deduzido na exordial, entendendo incabível *in casu* a regra do art. 1095 do C.C., em virtude de sua não estipulação no mencionado 'Recibo de Sinal de Negócio', bem como incorreto a hipótese de inadimplemento contratual por parte do apelado.

Incontinenti, apela a promitente compradora, pugnando pela reforma da sentença.

Em acurado exame à instrução processual colacionada aos autos, entendo que merece confirmação a bem lançada decisão singular.

Primeiramente, verifica-se pelo documento de fls. 14 taxativamente, a incidência das normas atinentes às arras confirmatórias, pois está consignado, *in verbis*, ... Este recibo, feito em duas vias de igual teor, vale como sinal ou arras e se rege pelo disposto nos Artigos 1.094 e 1.097 do Código Civil Brasileiro. Além do que, não paira dúvida sobre o consenso de tal estipulação, diante da assinatura de ambos os pactuantes apostas no documento.

Importante esclarecer, quanto a declaração inserta no verso do referido 'Recibo de Sinal de Negócio', não obstante a ausência de prova pericial para atestar o incidente de falsidade argüido pelo apelado, a sua aposição posterior, de forma unilateral, pela apelante.

A julgadora *a quo* com propriedade dispôs: ... No que tange à anotação procedida no segundo parágrafo do verso do recibo em exame, onde há referência à pretensão da Requerente de receber arras penitenciais constantes no recibo de sinal de negócio, é de se ver que esta anotação foi evidentemente inserida entre as duas assinaturas (do Requerido e da Requerente), posteriormente. Tal inserção foi feita pela advogada da Requerente (esta o admite em seu depoimento de fls. 111.) (sic-fls. 138).

Ora, a apelante em seu depoimento pessoal de fls. 111/112, afirma precisamente que a malfadada declaração foi apostada posteriormente a avença original. O que implica na sua inadmissão, visto a inexistência de consenso. Senão vejamos, *in verbis*: ... que quando foi feito o negócio, ou seja foi entregue o sinal e feito o recibo, a depoente se encontrava acompanhada de advogado; que em face da informação prestada pelo cartório através do telefonema a depoente dirigiu-se ao cartório; acompanhada de advogado; que chegando ao local a depoente embora não concordasse com o desfazimento do negócio, acabou por receber o cheque no valor do sinal que havia dado; que a depoente não se recorda do

primeiro parágrafo da anotação do verso do recibo de fls. 37; que lembra-se apenas do segundo parágrafo onde consta que a venda se deu por arrependimento dos vendedores; que ao chegar no local, recebeu o cheque com devolução e foi procedida uma anotação no verso do recibo, dando conta que a venda se deu por arrependimento dos vendedores; só então a depoente assinou na linha própria; ... que o requerido não se encontrava no cartório neste dia; ... que quem datilografou a anotação constante no 2º parágrafo de fls. 37 verso, foi a advogada da depoente; que o cartorário estava junto mas que quem datilografou foi sua advogada... (sic-fls. 111) (grifei).

Outro fato relevante a considerar, é que na realização do recibo de sinal de negócio, o qual dispôs unicamente sobre arras confirmatórias, a apelante estava acompanhada de sua procuradora, como ela mesma afirmou em seu depoimento, não podendo assim, alegar qualquer vício de consentimento.

Por outro lado, a testemunha Pedro Paulo Caron, irmão da apelante, asseverou ... que parece para o depoente, que a requerente não assinou nenhum documento, quando do recebimento do cheque em devolução pela não concretização do negócio; que no dia que a requerente recebeu o cheque em devolução do valor que havia pago, o depoente não assinou como testemunha; ... que em nenhuma ocasião, o depoente assinou como testemunha em qualquer papel; que mostrado ao depoente o documento de fls. 37 e verso, recorda-se agora de haver assinado no verso, como testemunha; que não sabe informar se ambas as anotações constantes no verso do documento, ali constavam, mas acredita que sim; que a segunda anotação foi feita na hora e o depoente não se recorda quem a confeccionou... (sic-fls. 115) (grifei)

Sendo assim, não há como se admitir a incidência dos ditames do art. 1095 do Código Civil, que preceitua sobre arras penitenciais.

Segundo o doutrinador Orlando Gomes, *in Contratos*, editora Forense, 19a. ed., 1999, a função do sinal não é determinada uniformemente nas legislações, que ora se filiam ao sistema confirmatório ora ao sistema penitencial. De acordo com o primeiro, o sinal serve, unicamente, para a firmeza do contrato, tornando-o obrigatório. Pelo segundo, para assegurar às partes o direito de arrependimento. As duas funções podem ser admitidas alternativamente, prevalecendo a confirmatória, se não for estipulado, expressamente, que o sinal é dado para permitir o arrependimento... Quando não se atribui às arras expressamente outra função, devem ser consideradas confirmatórias. (grifei)

Outrossim, o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra *Direito das Obrigações* (parte especial), editora Saraiva, 4a. ed., 2000, preconiza que a jurisprudência estabeleceu algumas hipóteses em que a devolução do sinal deve ser pura e simples e não em dobro: a) havendo acordo neste sentido; b) havendo culpa de ambos os contratantes (inadimplência de ambos ou arrependimento recíproco); c) se o cumprimento do contrato não se efetiva em razão de caso fortuito ou

outro motivo estranho à vontade dos contratantes.

No caso em deslinde, observa-se a aplicação da regra da devolução do sinal pura e simples, posto que originalmente as partes convencionaram somente as arras confirmatórias, consoante consta do documento de fls. 14.

Aliado ao fato da não comprovação inequívoca do inadimplemento contratual, por parte da apelante ou do apelado. E isto porque inexiste nos autos elementos autorizadores para se atribuir a culpa pelo desfazimento do negócio a qualquer das partes.

Como bem ponderou o juízo singular, ... o Recibo de Sinal de Negócio nada menciona acerca da necessidade de registro do formal de partilha para a outorga da escritura. Além disso, o registro do Formal de Partilha extraído dos autos de inventário pelo falecimento de (...) e (...) foi procedido, de fato, em 14.03.95 (fls. 11 verso e 12 verso, respectivamente); todavia, não se comprovou que em 01.03.95 não estava apto a ser levado, o Formal referido, a registro e que, nesta data, a Requerente estava com o numerário avençado para efetuar o restante do pagamento.

De outro vértice, também não se comprovou a culpa da apelante pelo não pagamento do valor restante do imóvel, na data fixada. Já que segundo ela, sua advogada mantinha contato com o cartório e este, no testemunho

acostado às fls. 117, afirmou que ... recorda-se que a procuradora da requerente ligou algumas vezes no cartório, a respeito da escritura; que recorda-se que estava faltando a certidão no cartório de registro de imóveis, para a lavratura da escritura; que não se recorda a data em que foi afirmado que os formais estavam registrados... (sic-fls. 117).

Assim, considerando a clareza do pactuado pelas partes no documento de fls. 14, a respeito das arras confirmatórias; considerando também a carência de esclarecimentos sobre os reais acontecimentos que nortearam o desfazimento do negócio, máxime pela falta de comprovação do sobrepreço alegado pela apelante, mister se faz confirmar a decisão recorrida.

Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores NÉRIO SPESSATO FERREIRA (Presidente com voto) e RUY FERNANDO DE OLIVEIRA.

Curitiba, 12 de março de 2002.
Desa. REGINA AFONSO PORTES
Relatora

PROCESSO CIVIL

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BEM - CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - IMPENHORABILIDADE

Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário n. 230.517-5 - São Paulo

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DJU I, 01.02.2002, pág. 98

Rel.: Min. Néri da Silveira

Agravante: (...)

Agravado: (...)

EMENTA: Impenhorabilidade de bens alienados fiduciariamente. 2. Violiação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, quanto ao direito do recorrente no sentido de não ter penhorado o bem que lhe foi dado em garantia vinculada à cédula de crédito industrial e, ainda, ao respeito ao ato jurídico perfeito, em face da cédula de crédito industrial e da garantia sobre o imóvel cuja penhora ora combate. Precedentes. 3. Agravo regimental provido, passando, desde logo, ao julgamento do recurso extraordinário. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental. Passando ao julgamento do recurso extraordinário, dele conhecer e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 27 de novembro de 2001.

MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE E
RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - (Relator):

Ao apreciar o RE n. 230.517/SP, neguei-lhe seguimento, por despacho de fls. 178/181, nos seguintes termos:

“DESPACHO: Vistos. Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista em que se pretende discutir a penhorabilidade de bem vinculado a cédula de crédito industrial em embargos de terceiro em execução de crédito trabalhista.

2. Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido contraria frontalmente normas constitucionais, entre elas: o princípio da legalidade (art. 5º, II); o direito à prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV); o respeito à coisa julgada (art. 5º, XXXVI); os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da ampla defesa (art. 5º, LV).

3. Por despacho do Senhor Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 164/165), o recurso foi admitido na origem.

4. O recurso não pode prosperar.

5. No que respeita à violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, não há prequestionamento. Com efeito, este dispositivo constitucional tido como violado não foi debatido pelo acórdão recorrido, de modo que a matéria não pode ser apreciada por falta de oportuno prequestionamento do tema. Os embargos de declaração, à sua vez, não podem inovar a causa, ou suscitar questões novas não debatidas anteriormente. Incidem, aqui, as Súmulas 282 e 356.

6. O Supremo Tribunal Federal, apreciando questão relativa ao prequestionamento, assim se manifestou: “O simples fato de determinada matéria haver sido veiculada em razão de recurso não revela prequestionamento. Este pressupõe o debate prévio e, portanto, a adoção de entendimento explícito pelo órgão investido do ofício judicante, sobre a matéria. Para dizer - se do enquadramento do extraordinário no permissivo legal cotejam-se não as razões do recurso julgado pela Corte de origem com o preceito constitucional, mas sim o teor do próprio acórdão proferido e que se pretende alvejar” (AIn. 135.005-9-PA, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 26.10.90, p. 11.979).

7. Não é de se acolher, na espécie, a alegação de negativa de prestação jurisdicional. A demanda foi regularmente processada e julgada. A circunstância de o recorrente não ver atendida sua pretensão deduzida em juízo, à evidência, não implica ofensa ao princípio maior.

8. Por outro lado, a dnota Procuradoria-Geral da República, em parecer fls. 170/173, opinou pelo não conhecimento do recurso, citando precedentes que pertinem ao presente caso, de cujo teor extrai-se o seguinte trecho:

“...Quanto à ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II), essa Suprema Corte adotou orientação no sentido de que ‘cumpre ao Judiciário, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei. Se o Judiciário, nessa operação, interpreta a lei de forma razoável ou até desarrazoada, a questão continua sendo de legalidade, que se esgota no contencioso infraconstitucional e que, por isso mesmo, não autoriza o recurso extraordinário’” (AG [AgRg] n. 153.943, Rel.: Min. Carlos Velloso, Lex JSTF 215/89).

Quanto à alegação de infringência a normas de direito processual, sustentando violação ao dispositivo constitucional acima mencionado, esse Colendo Tribunal tem orientação no sentido de que:

“- Temas de direito processual - como aqueles pertinentes à alegada irregularidade no ato de intimação da decisão judicial e à tempestividade do recurso trabalhista - não se revestem de estatura constitucional, subtraindo-se, em consequência, ao estrito domínio temático de recurso extraordinário.

- É inadmissível o recurso extraordinário nas hipóteses em que o recorrente, para caracterizar a contrariedade ao texto da Constituição, necessita demonstrar a prévia ofensa à lei ordinária (RTJ 94/462), especialmente à legislação de caráter processual (RTJ 143/1003)” (AG [AgRg] n. 153.147, Rel.: Min. Celso de Mello, RTJ 159/328).

Também não se verifica a alegada negativa de prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV) quando a “decisão emanada do Poder Judiciário, ainda que errônea ou insatisfatória, não deixa de configurar-se embora sujeita ao sistema de controle recursal instituído pelo ordenamento positivo - como resposta do Estado-Juiz à invocação da tutela jurisdicional do Poder Público. A resolução judicial do conflito, que se revela contrária ao interesse de quem a postula, não se equipara e nem se identifica, para efeito de acesso à via recursal extraordinária, com a ausência de prestação jurisdicional.” (AG [AgRg] n. 145.985, Rel.: Min. Celso de Mello, Lex JSTF 213/84. No mesmo sentido, AG (AgRg) n. 153.147, Rel.: Min. Celso de Mello (RTJ 159/328).

A respeito da alegação de ofensa à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), esse Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AG [AgRg] n. 143.712, Rel.: Min.

Sepúlveda Pertence (RTJ 159/682), decidiu assim:

“Recurso Extraordinário: Matéria Constitucional: Coisa Julgada. Só quando partir a decisão recorrida de erro conspícuo quanto ao conteúdo e à autoridade, em tese, da coisa julgada é que se terá questão constitucional a resolver em recurso extraordinário; não porém, quando o reconhecimento da ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição, depender do exame, *in concreto*, dos limites objetivos da coisa julgada.”

No julgamento do AG [AgRg] n. 163.067, Rel.: Min. Ilmar Galvão, DJ 17/11/95, p. 39.214, a Primeira Turma desse Supremo Tribunal Federal decidiu que a alegada ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV, caso ocorresse, dar-se-ia “de forma indireta, ou reflexa, seja, em face de eventual interpretação equívoca de normas alusivas aos pressupostos de admissão do recurso.

...”

9. Ademais, em questão semelhante a dos autos, a Segunda Turma desta Corte, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 226887/PE, interposto pelo Banco do Brasil S/A, Relator Ministro Carlos Velloso, (DJ. 11.12.98), assim decidiu:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COISA JULGADA. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL.

I - O recurso de revista, na execução de sentença, somente pode ser admitido no caso de ofensa direta à Constituição (Lei 7.701/88, art. 12, § 4º), o que, de resto, ocorre relativamente ao recurso extraordinário, somente cabível na hipótese de ofensa direta à Constituição.

II - Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional. C.F., art. 5º, XXXV.

III - Coisa julgada: a ofensa ocorre no caso de ocorrer erro conspícuo quanto ao conteúdo e à autoridade, em tese, da coisa julgada. Se o reconhecimento da ofensa ao art. 5º, XXXV, C.F., depender do exame *in concreto*, dos limites da coisa julgada, não se tem questão constitucional que autorizaria a admissão do recurso extraordinário: Ag 143.712, Pertence, RTJ 159/682.

IV - O tema - penhora de bem vinculado à cédula de crédito industrial - não integra o contencioso constitucional autorizador do RE, mesmo porque para se chegar à questão constitucional invocada, primeiro teríamos que examinar a questão sob o ponto de vista das normas infraconstitucionais pertinentes.

V - R.E. inadmitido. Agravo não provido.”

10. Do exposto, com base no art. 38, da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso.”

Banco do Brasil S.A. interpôs o agravo regimental de fls. 183/186, em que sustenta:

“Porém, o v. despacho desconsiderou precedente atual, tentando impor questões processuais para o não conhecimento do recurso extraordinário, questões processuais sem qualquer relevância com o mérito atinente ao recurso extraordinário.

Ademais, há precedente atualíssimo do Eg. STF, precisamente da 2a. Turma dessa Suprema Corte brasileira, estando assim ementado, conforme o sempre brilhante voto do Ministro Marco Aurélio, *recurso extraordinário n. 163000-1, publicado em 14 de agosto de 1998, em anexo:*

“CÉDULA INDUSTRIAL - PENHORA DO BEM -

Configura violência ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal a admissibilidade de penhora de bem alvo de cédula industrial. Precedente: Recurso Extraordinário n. 114.940-0/PA, Primeira Turma, Relator Ministro Néri da Silveira, Diário da Justiça de 16 de fevereiro de 1990'.

(...)

Porém salienta - se que do ponto de vista da natureza jurídica das garantias vinculadas à CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL, não há diferença, pois tanto a alienação pura e simplesmente, como uma garantia prestada em Cédula possuem a mesma natureza jurídica.

A cédula de crédito industrial, como ato jurídico perfeito e sua vinculação a qualquer garantia em virtude de penhora realizada, é ato jurídico perfeito que não comporta tal atitude de desconstituição sob pena de infringência do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, bem como o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II)."

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR): Examinando-se, detidamente, o recurso de revista interposto pelo ora agravante, verifica-se que, efetivamente, houve alegação de ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, quanto ao direito do recorrente no sentido de não ter penhorado o bem que lhe foi dado em garantia vinculada à cédula de crédito industrial (art. 57 do Decreto-Lei nº 413/69 e 648 do CPC) e ainda ao respeito ao ato jurídico perfeito, em face da cédula de crédito industrial e a garantia sobre o imóvel cuja penhora ora combate (fls. 125).

No agravo de instrumento interposto do despacho que não admitiu a revista, o TST não teve como configurada a ofensa ao art. 5º, II e XXXVI, da Lei Maior (fls. 150).

Dou, assim, provimento ao agravo regimental. Passo, desde logo, ao julgamento do recurso extraordinário, para

dele conhecer e lhe dar provimento.

De fato, é correta a invocação pelo recorrente dos precedentes do STF, quanto à matéria, no RE 158.655-9, rel. Ministro Marco Aurélio, D.J. de 2.5.97, pág. 16.567, que, à sua vez, refere precedente da 1a. Turma de que fui relator, no RE 114.940-0, a 27.11.1987, estando o arresto assim ementado:

"Recurso extraordinário. Embargos de terceiro. Impenhorabilidade de bens alienados fiduciariamente, por meio de cédula de crédito industrial vencida e não paga. Matéria constitucional. Direito de propriedade. Alienação fiduciária. Art. 153, § 22, da Emenda Constitucional nº 1/1969. Bens penhorados que haviam sido alienados fiduciariamente ao Banco embargante e ora recorrente, como garantia de financiamento, por meio de cédula de crédito industrial, permanecendo a posse com o financiado e alienante. Precedente do STF no sentido de que o bem alienado fiduciariamente não pode ser penhorado, pois não é propriedade do devedor e, sim, do credor. Muito embora seja proprietário resolúvel e possuidor indireto, dispõe o credor das ações que tutelam a propriedade de coisas móveis. Regular prequestionamento do art. 153, § 22, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Recurso conhecido e provido."

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por unanimidade, a Turma deu provimento ao agravo regimental. Passando ao julgamento do recurso extraordinário, dele conheceu e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim. 2a. Turma, 27.11.2001.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Sub-procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

PENAL - PROCESSO PENAL

CRIME CONTRA A FAUNA - RESERVA INDÍGENA - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL - ART. 109/CF, IV

Tribunal Regional Federal da 1a. Região
Recurso Criminal n. 2001.43.00.001815-3/TO
Órgão julgador: 3a. Turma
Fonte: DJUII, 15.03.2002, pág. 104
Rel.: Juiz Plauto Ribeiro
Recorrente: (...)
Recorridos: (...)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL. CRIME CONTRA A FAUNA. RESERVA INDÍGENA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.

1 - O meio ambiente é bem de todos, pertencente a pessoas indeterminadas, cujo direito há de ser exercido por quem legalmente está investido de tal mister, dependendo das peculiaridades do caso concreto.

2 - Se o crime está no âmbito da União, a competência para processar e julgar a respectiva ação penal, é da Justiça Federal; se, no âmbito dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, a competência é da Justiça local.

3 - Com o afastamento da Súmula nº 91 - STJ, o e.g. Superior Tribunal de Justiça não declarou a incompetência da Justiça Federal para o julgamento de todos os crimes ambientais. Em geral, com a edição da Lei nº 9.605, de 1998, os crimes ambientais, dada à natureza de delito comum, são da competência da Justiça Estadual, a não ser que exista, efetivamente, no caso concreto, bens da União a serem protegidos.

4 - Muito embora os peixes sejam coisa de ninguém, eles devem ser protegidos com a finalidade de preservação das espécies e, dependendo das águas em que se encontrem, merecem especial atenção do Estado, seja na esfera federal ou na esfera local.

5 - A Lei nº 9.605, de 1998, no artigo 19, remete a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal aos tipos penais enumerados na lei. Sendo

assim, nos termos do artigo 70, do Código de Processo Penal, o local, que teria sido cometido o crime, torna-se, então, de vital importância para definição da competência, já que, no presente caso, as reservas indígenas têm especial disciplina na Constituição Federal.

6 - Se as terras indígenas fazem parte do acervo de bens da União (art. 20, inc. XI, da Constituição Federal), cabendo a ela, União, a demarcação e a preservação de suas riquezas, também a ela cabe a titularidade de sua proteção e de tudo que nelas há.

7 - Tal o contexto, consoante o artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, “...as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União...” serão processadas e julgadas perante a Justiça Federal, razão pela qual deve ser acolhida a irresignação do Ministério Público Federal.

8 - Recurso em sentido estrito provido para que a ação penal tenha prosseguimento perante o Juízo Federal recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1a. Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto do Juiz Relator.

Brasília-DF, 06 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Juiz PLAUTO RIBEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ PLAUTO RIBEIRO (RELATOR): Cuida-se de recurso em sentido estrito (cf. fls. 10/23), interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão proferida pelo ilustre Juízo da 2a. Vara da Seção Judiciária de Tocantins (cf. fls. 108/111), que, afirmando a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar crime contra a fauna, tal como descrito na denúncia, determinou a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual.

Sustenta, em síntese, o Ministério Público Federal que, não obstante o cancelamento da Súmula nº 91, do eg. Superior Tribunal de Justiça, em virtude da edição da Lei nº 9.605/1998, a competência para o feito é, efetivamente, da Justiça Federal, eis que a fauna silvestre, *in casu*, o pescado apreendido dentro dos limites de reserva indígena, nos termos do artigo 231 e parágrafo 2º, da Constituição Federal, está inserida no âmbito dos bens pertencentes à União.

Recebido o recurso (cf. fl. 06), subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso (cf. fls. 120/128).

É o relatório.

VOTO

OEXMO. SR. JUIZ PLAUTO RIBEIRO (RELATOR): Como se viu do relatório, cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pelo ilustre Juízo da 2a. Vara da Seção Judiciária de Tocantins, que, afirmando a incompetência

da Justiça Federal para processar e julgar crime contra a fauna, tal como descrito na denúncia, determinou a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual.

A competência da Justiça Federal para processar e julgar está disciplinada na Constituição Federal e, na espécie, o artigo 109, inciso IV, da referida Carta, assim dispõe, *verbis*: “IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.” (cf. art. cit.).

Pois bem, a denúncia ofertada pelo douto representante do Ministério Público Federal descreve a conduta delituosa da seguinte maneira:

“Noticiam os autos de inquérito policial anexo, que por volta das 21:00 horas, do dia 03 de maio do ano de 2000, no Município de Formoso do Araguaia, estado do Tocantins, Agentes do Instituto Natureza do Tocantins - NATURATINS, após abordarem a camionete D-20, cor branca, placa MV 9664, apreenderam em poder do condutor, o ora acusado (...), 135 Kg (cento e trinta e cinco quilogramas) de peixe da espécie pirarucu, dispostos sob a condição de mantas salgadas, e, ainda, 20 Kg (vinte quilogramas) de pescados diversos, posto que transportados de forma irregular.

Ainda em poder do acusado foi encontrado (1) uma tarrafa e 1 (uma) rede de pesca de malha 14.

Durante o apuratório, a Polícia Federal identificou que o acusado (...) agiu por ordem e desígnio do também acusado (...), que atualmente exerce o cargo de Administrador Regional da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, na cidade de Gurupi, estado de Tocantins.

Registra-se que a caminhonete utilizada para o transporte do pescado e do material de captura é de propriedade da FUNAI, sendo todos os animais capturados no interior do Parque Indígena do Araguaia.

A conduta dos acusados constitui não só desrespeito à legislação ambiental como também o dispositivo constitucional que assegura aos indígenas, de maneira exclusiva, o usufruto das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes...” (cf. fls. 28/29)

Ora, vê-se do relato acima transcrito, se devidamente comprovado, que a matéria em exame se refere à competência para processamento e julgamento de crimes contra o meio ambiente, em especial, contra a fauna.

A proteção ao meio ambiente, hoje muito difundida, é alvo de disposições constitucionais específicas. Reza o artigo 225, *caput* e parágrafo 1º, inciso VII, da Carta Magna, *verbis*:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

...VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.” (cf. art. cit. - grifei).

Nessa perspectiva, o meio ambiente é bem de todos, pertencente a pessoas indeterminadas, cujo direito há de ser exercido por quem legalmente está investido para tal mister, dependendo das peculiaridades do caso concreto.

Nesse assunto, também por previsão constitucional, a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é *comum*, tanto na hipótese de proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas (cf. art. 23, inc. VI) e à preservação das florestas, da fauna e da flora (cf. art. 23, inc. VII); quanto a de legislar sobre esses temas (cf. art. 24).

Deste modo, existente a lesão ao meio ambiente, ou seja, ocorrido um determinado crime ambiental, o bem jurídico protegido, então violado, pode ser particular ou público e, no caso, como visto, pode estar na alçada da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal.

Se o crime está no âmbito da União, a competência para processar e julgar a respectiva ação penal é da Justiça Federal; se, no âmbito dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, a competência é da Justiça local.

Na hipótese, os réus foram denunciados pela prática de delito previsto na Lei nº 9.605, de 1998, relativo à pesca (art. 34, inc. III, c.c./art. 2º). Os artigos 34 e 35, da citada Lei nº 9.605/1998, estão assim concebidos:

“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. In corre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

Art. 35. Pescar mediante a utilização de:

I - explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;

II - substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente:

Pena - reclusão de um ano a cinco anos.” (cf. arts. cit.)

O MM. Juiz Federal, no caso, declinou da competência para processamento e julgamento do feito para Justiça Comum estadual, em virtude do cancelamento da Súmula nº 91, do eg. Superior Tribunal de Justiça, que, antes, afirmara: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna” (cf. Súm. cit.).

Essa súmula foi editada antes da edição da Lei nº 9.605/1998, na égide da Lei nº 5.197, de 1967, que atribuía à União os bens pertencentes à fauna silvestre, diante da combinação de seu artigo 1º, com as disposições dos artigos 20 e 109, inciso IV, da Carta Magna.

Ocorre que o eg. Superior Tribunal de Justiça, ponderando acerca da afastabilidade da aludida Súmula nº 91, em determinada situação, assim se pronunciou:

“É certo que em dado instante o Superior Tribunal

de Justiça sumulou (verbete nº 91): ‘Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna’.

Todavia, fê-lo em momento anterior ao advento da Lei 9.605, de dezembro de 1998, que, como acertadamente observa o Prof. Roberto Rosas, em seu Direito Sumular, ‘não prevê competência’.

Em relação à norma penal em branco debuxantes dos crimes de pesca irregular (arts. 34 e 35, da Lei 9.605, de 12.2.98), eis que o escólio Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, especialistas em Direito Ambiental:

‘Regra geral, esses crimes serão da competência da Justiça Estadual. No entanto, poderão ser da atribuição federal quando o crime for praticado nas 12 milhas do mar territorial brasileiro (Lei 8.167, de 04.11.93), os lagos e rios pertencentes à União (internacionais ou que dividam Estados - art. 20, inc. II) e nas unidades de conservações da União (por exemplo, Parque Nacional do Iguaçu)’ - (Crimes contra a natureza, p. 53, São Paulo, 6a. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2000)’

Ora, segundo a denúncia de fls. 2/3, palco do fato a que se reportam os autos foi o Córrego Bela Vista, na Comarca de Santa Rosa de Viterbo, do Estado de São Paulo.” (CC nº 29.508/SP, Rel. Min. FONTES DE ALENCAR, D.J./I de 27.11.2000)

Em outra oportunidade, a Terceira Seção da referida Corte Superior, julgando o Conflito de Competência nº 27.848/SP (Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, D.J./I de 19.2.2001), orientou-se, *verbis*:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES CONTRA A FAUNA. SÚMULA 91/STJ. INAPLICABILIDADE APÓS O ADVENTO DA LEI 9.605/98. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Conflito de competência entre as Justiças Estadual e Federal que se declaram incompetentes relativamente a inquérito policial instaurado para a apuração do crime de comércio irregular de animais silvestres.

2. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.

3. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União (artigo 109 da CF), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora.

4. Inaplicabilidade da Súmula nº 91/STJ, editada com base na Lei 5.197/67, após o advento da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998.

5. Conflito conhecido para que seja declarada a competência do Juízo de Direito da 2a. Vara Criminal do Foro Regional V - São Miguel Paulista - São Paulo/SP,

o suscitado.” (CC nº 27.848/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ/I de 19.2.2001, pág. 135)

Ora, do que pude perceber, o eg. Superior Tribunal de Justiça não afastou completamente a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento de crimes ambientais, diante da edição da Lei nº 9.605, de 1998, a qual, aliás, não disciplina, especificamente, matéria relativa a tal competência.

O que ficou claro para mim é que, em geral, os crimes ambientais, dada a natureza de delito comum, são da competência da Justiça Estadual, a não ser que exista, efetivamente, no caso concreto, bens da União a serem protegidos.

Necessário, a meu ver, que se analise, *in casu*, a questão referente à natureza do bem a ser protegido, se da União ou não.

Por oportuno, repito, o *pescado* foi apreendido em *reserva indígena*.

Com efeito, os peixes, como asseveram os já citados VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS (*in “Crimes contra a natureza”*, 6a. edição, Editora Revista dos Tribunais, 2000), “...são res nullius, ou seja, coisa de ninguém. Não são considerados propriedade do Estado, como espécimes da fauna silvestre. Segundo o art. 3º do Código de Pesca (Decreto-Lei 221, de 28.02.1967), o Estado possui o domínio público dos animais e vegetais que se encontrem nas águas dominiais. Isto significa caber ao Estado regular a pesca, preservando-a e protegendo-a. Regra geral, esses crimes são da competência da Justiça Estadual. No entanto, poderão ser da atribuição federal...” (cf. ob. cit. - grifei).

Muito embora os peixes sejam coisa de ninguém, eles devem ser protegidos com a finalidade de preservação das espécies e, dependendo das águas em que se encontrem, merecem especial atenção do Estado, seja na esfera federal ou na esfera local.

O material do crime - o pescado -, objeto da presente ação penal, na hipótese, foi apreendido “...no interior do Parque Indígena do Araguaia...” (cf. fl. 29).

A propósito, no ponto, cabe uma observação: a Lei nº 9.605, de 1998, no artigo 19, remete a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal aos tipos penais enumerados na lei. Sendo assim, o assunto relativo à competência para julgamento segue as regras disciplinadas no artigo 70, do Código de Processo Penal, que estabelece: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução” (cf. art. cit.).

O local, que teria sido cometido o crime, torna-se, então, de vital importância para definição da competência, já que, no presente caso, as reservas indígenas têm especial disciplina na Constituição Federal, que, em seu artigo 231, assim dispõe:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as

imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.” (cf. art. cit.)

Não se está aqui falando de crime contra indígena ou cometido por indígena, que, em tese, poderia afastar a competência da Justiça Federal, nem tampouco, no caso, de tutela de natureza civil, que, sem sombra de dúvida, seria cometida à União.

A situação em exame é peculiar, pois se reporta a crime praticado em detrimento da fauna existente em terras indígenas.

O doutrinador JOSÉ AFONSO DA SILVA (*in “Curso de Direito Constitucional Positivo”*, 12a. edição, 1996), ao tratar dos direitos indígenas, assim deduziu, *verbis*:

“...esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os direitos de propriedade e os direitos de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas.

Declara-se, em primeiro lugar, que essas terras são bens da União (art. 20, XI). A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos indígenas sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

São terras da União vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, reconhecidos pela Constituição como direitos originários (art. 231), que, assim, consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2º, quanto estatui que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes...” (cf. ob. cit. - grifei)

Se as terras indígenas fazem parte do acervo de bens da União, cabendo a ela, União, a demarcação e a preservação de suas riquezas, também a ela cabe a titularidade de sua proteção e de tudo que nelas há.

Consoante já disse, o artigo 109, inciso IV, da referida Carta, dispõe que “...as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União...” serão processadas e julgadas perante a Justiça Federal, razão pela qual deve ser acolhida a presente irresignação do Ministério Públíco Federal.

Em face do exposto, dou provimento ao presente recurso em sentido estrito, cassando a decisão recorrida, para que a ação penal tenha prosseguimento perante o Juízo Federal ora recorrido.

É o voto.

CONTRATO DE TRABALHO - EMPRESA PÚBLICA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO - Continuidade no EMPREGO - CONCURSO PÚBLICO - Necessidade

Tribunal Regional do Trabalho da 12a. Região
Recurso Ordinário n. 6732/2001
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DJSC, 25.01.2002, pág. 127
Rel.: Juíza Sandra Márcia Wambier
Recorrente: (...)
Recorrido: (...)

APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. A aposentadoria voluntária é causa da extinção do contrato de trabalho. A permanência do trabalhador nas empresas públicas e sociedades de economia mista exige o atendimento aos requisitos do art. 37, XVI, da Constituição Federal e está condicionada à prestação de concurso público.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO, provenientes da 2a. Vara do Trabalho de Chapecó, SC, sendo recorrente (...) e recorrida (...).

Interpõe recurso ordinário a empresa ré, inconformada com a sentença às fls. 161/163, complementada pela decisão de embargos declaratórios às fls. 192/193.

Nas suas razões às fls. 167/176 e aditamento às fls. 197/201, a recorrente invoca a preliminar de coisa julgada e, no mérito, insurge-se contra a reintegração no emprego e o pagamento dos salários e consectários do período de afastamento. Sucessivamente, pleiteia que, quanto ao tempo de afastamento, sejam pagos somente os salários em sentido estrito. Por fim, ataca a concessão dos honorários assistenciais.

Contra-razões são oferecidas às fls. 186/188 e complementadas à fl. 207.

A dnota representante do Ministério Público do Trabalho, às fls. 213/217, pugna pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento, afirmando que a aposentadoria da autora lhe retirou eventual direito à garantia de emprego prevista em instrumento coletivo.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso e das contra-razões.

PRELIMINAR DE COISA JULGADA

Na ação trabalhista anteriormente ajuizada, a autora pleiteou a nulidade da dispensa ocorrida em 31 de janeiro de 1998, que foi motivada pela sua aposentadoria espontânea e a alegada adesão a plano de demissão incentivada. Procedente o pedido e reintegrada no emprego, a autora foi novamente despedida em 30 de setembro de 1999, dessa vez tendo como causa de

afastamento o término do contrato, o que motivou o ajuizamento desta ação.

Portanto, as duas ações versam sobre rescisões contratuais distintas, fundamentadas em fatos também distintos. Embora óbvia a interligação entre ambas, não há entre elas a necessária identidade de objeto, não podendo ser reconhecida a ocorrência de coisa julgada. De resto, as questões suscitadas pela recorrente nesta preliminar são atinentes ao mérito da causa.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

1 - REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO E PAGAMENTO DOS DIAS DE AFASTAMENTO

No seu parecer às fls. 213/217, a dnota representante do Ministério Público do Trabalho assevera que a autora não tem direito à manutenção do emprego, uma vez que quando da rescisão *sub judice* ela já havia se aposentado espontaneamente, o que importou na automática extinção do vínculo empregatício. Afirma que a sua permanência na empresa-ré depois da aposentadoria é ilegal, ofendendo o que dispõe o art. 37, II, da Constituição.

Essa questão já foi analisada neste egrégio Regional, quando do julgamento da ação trabalhista ajuizada anteriormente pela autora, tendo sido decidido que a jubilação não extinguia o vínculo de emprego (fl. 23). Entretanto, não contemplada essa matéria no dispositivo do acórdão proferido na primeira ação (fl. 27), tem razão a Exma. Procuradora do Trabalho ao afirmar que ela pode ser aqui reavivada, uma vez que os motivos de fato e de direito não são atingidos pela coisa julgada, “ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (art. 469 do CPC), possibilitando ao julgador a livre apreciação dessa matéria nesta ação (art. 131 do CPC).

A aposentadoria voluntária extingue o contrato de trabalho. Não obstante o fato de o § 1º do art. 453 da CLT - que permite que os empregados das empresas públicas e de sociedades de economia mista que se aposentassem sejam readmitidos “desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inc. XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público” - estar com sua eficácia preliminarmente suspensa pelo colendo STF até o julgamento final da ADIn nº 1.770-4, os ditames do *caput* do citado dispositivo continuam em pleno vigor, e a sua redação torna evidente que, no ordenamento jurídico trabalhista, a aposentadoria é causa da extinção do contrato de trabalho. Esse entendimento é majoritário, gerando a atual Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI do colendo TST¹.

Se numa empresa privada poderia o empregado continuar trabalhando, iniciando um novo vínculo empregatício, no caso da (...), sociedade de economia mista, a sua permanência exige novo concurso público, desde que não implique em acúmulo de funções proibido pela Constituição da República.

Acordos coletivos ou individuais de trabalho, regulamentos de planos de demissão e outras convenções firmadas entre as partes não têm o condão de estar acima dos cogentes preceitos legais e constitucionais aplicáveis.

Posto isso, é certo que a nulidade do contrato de trabalho após a aposentadoria exclui o pretenso direito da autora à garantia de emprego consubstanciada nas normas coletivas acostadas aos autos.

Por falar em nulidade, é igualmente nula a norma coletiva que contempla a garantia de emprego em face da indispensabilidade de sua aprovação pelo Conselho de Política Financeira do Estado de Santa Catarina.

Dispõe o Decreto Estadual nº 6.310, de 26.12.90, *in verbis*:

Art. 1º. Ao Conselho de Política Financeira - CPF, órgão integrante da estrutura básica do Gabinete do Governador do Estado, além de outras competências que lhe forem conferidas, cabe:

.....
III - coordenar as atividades das empresas estatais que envolvam recursos e dispêndios globais passíveis de ajustamento à programação governamental, tendo em vista os objetivos, as políticas e as diretrizes prefixadas.

Parágrafo Único. Consideram-se empresas estatais para os efeitos deste Decreto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, direta ou indiretamente controladas pelo Estado. (grifei)

Art. 2º. No exercício da coordenação referida no item III do artigo anterior, cabe, ainda, ao Conselho de Política Financeira:

.....
IX - autorizar a criação e o provimento de cargos, empregos e funções, e, bem assim, alterações a contratos de trabalho que por qualquer forma impliquem aumento de despesa, nos casos e sob as condições que vier a estipular. (grifei).

Sendo a (...) uma sociedade de economia mista, não tem ela autonomia para estabelecer vantagem a seus servidores não prevista na lei ou no seu Regulamento de Pessoal, sem a indispensável aprovação pelo Conselho de Política Financeira do Estado.

Em recentes casos análogos, tem decidido este egrégio Regional como segue:

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EMPRESA ESTATAL. É nula e ineficaz qualquer cláusula de acordo coletivo de trabalho firmado por empresa estatal, ainda que de economia mista, que outorgue a seus servidores vantagens não previstas em Lei ou no regulamento de pessoal da empresa, sem prévia audição do CNPS, na órbita federal, ou do órgão próprio de controle das estatais no estadual. (RO-V 8005/2000, acórdão nº 4522/2001, Rel. Juiz Luiz Garcia Neto, publicado em 14.5.2001).

PROMOÇÕES. ACORDO COLETIVO. CASAN. O acordo coletivo firmado entre sindicatos patronal e profissional sem a aprovação do Conselho de Política Financeira - CPF, indispensável em se tratando de ato jurídico composto, implica a sua invalidade quanto à promoção pretendida. (RO-V 4388/2001, acórdão nº 9962/2001, Rel. Juíza Lourdes Dreyer, publicado em 05.10.2001).

ACORDO COLETIVO. EMPRESA PÚBLICA. O Conselho de Política Financeira do Estado de Santa Catarina é órgão deliberativo e não meramente consultivo. Não pode o Sr. Governador do Estado homologar acordo

coletivo de trabalho celebrado com empresa pública sem ouvi-lo previamente, sob pena de nulidade. Tratando-se de ato complexo, a assinatura do Chefe do Executivo não supre a ausência de manifestação do CPF. (RO-V 4887/2001, acórdão nº 9539/2001, Rel. Juiz José Ernesto Manzi, publicado em 24.9.2001).

A autora foi dispensada em 30 de setembro de 1999, quando vigente, segundo ela, a garantia de emprego prevista na cláusula 20 do ACT de 1998/1999. Nada há nos autos que indique que esse instrumento coletivo tenha tido a indispensável aprovação pelo Conselho de Política Financeira. A única remissão ao órgão encontra-se no Acordo Coletivo de 2000/2001, em cujo intrígo consta que o acordo teve a interveniência do CPF (fl. 71). Entretanto, o campo reservado à assinatura do Presidente do Conselho está em branco (fl. 76).

Embora nenhuma das partes e nem a representante do Ministério Pùblico tenha ventilado a questão *sub examine*, trata-se de análise de requisito essencial à validade da norma coletiva que ampara o objeto desta ação, prevista em norma estadual válida (Decreto nº 6.310/90), cuja apreciação pode se dar de ofício pelo julgador.

Não bastassem esses argumentos, entendo que a cláusula 20 do ACT de 1998/1999 (fl. 59), cuja redação foi repetida nos instrumentos coletivos subsequentes, não tem a abrangência defendida pela autora. De seus termos exsurge se tratar de dispositivo que impede a empresa-ré de proceder a despedidas em massa ou sistematizadas, mas não implica em garantia ampla e geral de emprego. É sim, norma de caráter essencialmente programático, na qual se busca precípua fixar diretrizes, mas que não retirou da empregador a potestade de dispensar sem justa causa seus empregados.

Em consequência, dou provimento ao recurso da empresa-ré para julgar improcedentes os pedidos, revogando a reintegração liminar deferida às fls. 80/81.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 1a. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12a. Região, por unanimidade de votos, CONHECER DO RECURSO; por igual votação, rejeitar a preliminar de coisa julgada. No mérito, por unanimidade de votos, DAR-LHE PROVIMENTO para julgar improcedente a ação.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 20 de novembro de 2001, sob a Presidência do Exmo. Juiz Gerson Paulo Taboada Conrado, os Exmos. Juízes Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira e Lourdes Dreyer (Revisora). Presente a Exmo. Dr. Paulo Roberto Pereira, Procurador do Trabalho. As Exmas. Juízas Maria Aparecida Caitano e Sandra Márcia Wambier (Relatora), proferiram voto na sessão anterior.

Florianópolis, 7 de janeiro de 2002.

SANDRA MÁRCIA WAMBIER

Relatora

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

¹⁴ A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria."

CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA MILITAR - APTIDÃO FÍSICA - REPROVAÇÃO - MATRÍCULA no CURSO de formação - Possibilidade

Tribunal de Justiça do Distrito Federal
Apelação Cível e Remessa *Ex Officio* n. 1999011068233-6
Órgão julgador: 3a. Turma Cível
Fonte: DJU III, 17.04.2002, pág. 110
Rel.: Des. Jeronymo de Souza
Apelante: Distrito Federal
Apelado: (...)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO POLICIAL DA PMDF. EDITAL N. 234/98. REPROVAÇÃO DE CANDIDATO NO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE LIMINAR. APROVAÇÃO NAS DEMAIS ETAPAS, MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO E EFETIVA COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO FÍSICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 333, INC. I, DO CPC, INACOLHIDA. PEDIDOS EM AÇÕES CAUTELAR E PRINCIPAL PROCEDENTES. RECURSO PRINCIPAL E REMESSAS OFICIAIS IMPROVIDOS. I - É de ser reconhecida a consolidação da situação fática, em se tratando de candidato do concurso público para admissão no Curso de Formação Policial da Polícia Militar do DF, regido pelo Edital n. 234/98, que, beneficiado por liminar, embora inicialmente reprovado em teste de aptidão física, logrou suplantar as demais fases do certame, foi matriculado no aludido Curso de Formação e demonstrou, na academia e em prova pericial do juízo, a capacidade física exigida para o exercício das atribuições da função policial militar. II - Nestas circunstâncias, a aplicação da chamada teoria do fato consumado, reconhecida pela jurisprudência, não implica malferimento aos princípios da legalidade e da igualdade (arts. 5º, *caput* e inciso II, e 37, *caput*, ambos da CF/88), mormente em se considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, inerentes ao atendimento das finalidades das normas e atos administrativos em geral. III - Inexiste, ademais, violação ao disposto no art. 333, inciso I, do CPC, porquanto o reconhecimento da aptidão física do candidato deu-se com base na prova efetivamente colhida nos autos. IV - Recurso voluntário e remessas oficiais improvidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JERONYMO DE SOUZA - Relator, VASQUEZ CRUXÊN - Revisor e LÉCIO RESENDE sob a presidência do Desembargador LÉCIO RESENDE, em CONHECER. NEGAR-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIO E OFICIAL. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de março de 2002.
LÉCIO RESENDE
Presidente
JERONYMO DE SOUZA
Relator

RELATÓRIO

Adoto, à guisa de parcial exposição, o contido no relato da sentença recorrida (fls. 103/104 dos autos principais):

“(...) ajuizou a presente ação de conhecimento sob o rito comum ordinário, precedida de ação cautelar, em face do Distrito Federal, visando a confirmação da liminar deferida na cautelar em apenso e consequente anulação do ato do Distrito Federal que o eliminou do certame, por tê-lo considerado fisicamente inapto.

Alega que inscreveu-se (sic) no Concurso Público de Admissão no Curso de Formação Policial com Graduação de Soldado Policial Militar/99 da Polícia Militar do Distrito Federal, edital nº 234/98. Obteve aprovação nas provas objetivas (1º fase) e foi aprovado em 972º lugar, sendo por conseguinte convocado para realizar teste de aptidão física, com caráter eliminatório - não logrou êxito. Alega ter feito várias flexões, mas, somente quatro foram computadas a seu favor, sendo que o mínimo estabelecido era de cinco flexões. Requer os benefícios da justiça gratuita; a anulação do ato do Distrito Federal que o eliminou do certame por tê-lo considerado fisicamente inapto, com a confirmação da liminar deferida na cautelar, para que possa permanecer no concurso e, em sendo aprovado nas demais etapas, tenha sua matrícula deferida para o curso de formação policial, bem como seja nomeado e tome posse. Juntou documentos.

A gratuidade da justiça foi deferida à fl. 42.

Regularmente citado, o Distrito Federal ofereceu contestação às fls. 47-55. Aduz, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de descabrer ao Poder Judiciário o reexame do mérito administrativo. No mérito, assevera que os candidatos concorrentes ao referido concurso público, estão vinculados ao edital e, portanto sujeitos a ele. Ressalta que o autor ao submeter-se à Prova de Aptidão Física - TAF, foi considerado inapto por não ter atingido a performance mínima exigida, qual seja, flexionar simultaneamente os braços até ultrapassar com o queixo a parte superior da barra, por cinco vezes, como determina o subitem 7.7 do edital. Esclarece que somente foram computadas a favor do candidato as execuções perfeitas. Requer o acolhimento da preliminar suscitada, e, caso superada a improcedência da pretensão do autor. Juntou documentação.

Réplica às fls. 64-66.

À fl. 70, o autor informa que encontra-se (sic) freqüentando o curso de formação de soldado, sendo Soldado de 2a. Classe.

Facultada a especificação de provas, o autor pugnou pela produção de prova pericial, deferida à fl. 79, quando determinou-se (sic) a expedição de mandado de verificação. Às fls. 94-95, a Diretoria de Pessoal - Seção de Recrutamento e Seleção informa que o autor, após reavaliação, foi considerado apto.

Alegações finais às fls. 96 e 97-101.

Na ação preparatória cautelar, em apenso, o autor pleiteia concessão de liminar para que prossiga no certame até o final da decisão da ação principal, com a determinação ao réu que adote as necessárias providências para mantê-lo no concurso, com a matrícula no curso e, em sendo aprovado nas demais etapas, inclusive sua efetivação nas fileiras da PMDF. A liminar foi deferida à fl. 30.

O Distrito Federal ofereceu contestação às fls. 35-44. Suscitando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, haja vista entender que o Judiciário não pode adentrar no mérito administrativo. No mérito, pela improcedência dos pedidos. Réplica às fls. 47-48. A ação aguarda julgamento em conjunto.”

O MM. Juiz *a quo*, afastando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, julgou, em apreciação conjunta, procedentes os pedidos da ação ordinária e cautelar, tornando sem efeito o ato que eliminou o autor do certame, determinando, em consequência, sua permanência em todas as etapas do concurso, bem como garantindo sua nomeação e posse, em caso de aprovação no Curso de Formação, obedecida a ordem de classificação (fls. 103/107 da ação principal e fls. 58/65 da cautelar).

Apela o Distrito Federal nos autos da ação principal (fls. 109/119), invocando os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade (arts. 5º, II, e 37, *caput*) para afirmar que não poderia a Polícia Militar considerar apto um candidato que não lograra aprovação no exame de aptidão física, pois a exigência fora estabelecida no edital de maneira igual para todos os candidatos, dizendo, ainda, que não há prova de que a administração tenha extrapolado os limites da legalidade no ato discricionário em causa e que é incontrovertido o fato do apelado não ter cumprido os exercícios exigidos na norma editalícia.

Conclui que a sentença desconsiderou critério válido, apoiado no princípio da legalidade e em harmonia com os comandos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do DF e da Lei n. 7.289/84, e deu guarida a pretensão despida de prova, em flagrante violação ao disposto no art. 333, I, do Código de Processo Civil. Assevera não ser aplicável ao caso a teoria do fato consumado e, ao final, requer o provimento do apelo.

Remetidos os autos em diligência à instância de origem, para intimação pessoal do Defensor Público (despacho de fl. 124 dos autos principais), este não se manifestou em face do apelo voluntário, consoante certidão cartorária de fl. 126-v e ciência de fl. 63-v da cautelar em apenso.

Autuada e distribuída a ação cautelar, em razão da remessa oficial, ambos os autos a mim foram remetidos.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador JERONYMO DE SOUZA - Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e das remessas oficiais nos feitos cautelar e principal.

Conforme consta do relatório, a r. sentença recorrida julgou, em apreciação conjunta, procedentes os pedidos formulados em sede de ações ordinária e cautelar por (...) em

face do DISTRITO FEDERAL, tornando sem efeito o ato que o eliminou o autor do Concurso Público de Admissão no Curso de Formação Policial com Graduação de Soldado Policial Militar da PMDF (Edital n. 234/98), por não ter logrado aprovação no Teste de Aptidão Física - TAF, determinando, em consequência, sua permanência em todas as etapas do concurso, bem como garantindo sua nomeação e posse, em caso de aprovação no Curso de Formação, obedecida a ordem de classificação.

No apelo voluntário (fls. 109/119 da ação principal), sustentou o réu, em suma, que houve afronta aos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade (arts. 5º, II, e 37, *caput*), não haver prova de que a Administração tenha extrapolado os limites da legalidade no ato discricionário, pois o apelado não realizou a quantidade mínima de flexões corretas exigidas no teste dinâmico de barra (item 7.7.1 do Edital), bem como ter ocorrido violação ao disposto no art. 333, I, do CPC, e não ser aplicável ao caso a teoria do fato consumado.

Sucintamente repisadas as questões da causa, passo a sua análise, examinando em conjunto as ações cautelar e principal.

Tenho que o decisório singular não está a merecer reparo, pois deu a solução mais justa ao caso.

Como salientado e conforme se constata do exame dos documentos da ação principal, o autor-recorrido fora eliminado por não ter alcançado aprovação no teste dinâmico de barra (fl. 26), integrante do Teste de Aptidão Física (TAF), tendo o mesmo recorrido contra o resultado provisório (fls. 21/22), mas não logrado êxito nas suas justificativas (fl. 23), circunstância esta ensejadora da propositura da presente demanda. Consta, ainda, nas razões de decidir da sentença guerreada a seguinte síntese fática da causa, *verbis*:

“Verifica-se em verdade, que a liminar deferida em sede de ação cautelar apresentou-se como satisfativa, isto é, garantiu-lhe o prosseguimento nas demais fases do concurso. Constata-se que o autor foi convocado para prosseguir nas demais fases do concurso. À fl. 78 informa que realizou Exame Médico, conforme previsto no edital normativo do concurso em questão, sendo considerado apto. À fl. 51/53 dos autos da ação cautelar informa que foi considerado recomendável no Exame de Avaliação Psicológica, e, ainda à fl. 52 dos autos da ação cautelar acosta o resultado final da investigação social e funcional do concurso, convocando-o para admissão na PMDF. Às fls. 71/74 da Ação principal colaciona uma declaração do Comandante do CFAP, informando que está freqüentando o Curso de Formação de Soldado Policial Militar e que obteve média 8,6, no primeiro teste de aptidão física. Outrossim, tendo sido determinada a expedição de mandado de verificação, constatou-se, conforme depreende-se do ofício expedido pela Diretoria de Pessoal - Seção de Recrutamento e Seleção da PMDF, que ao autor foi aplicado o Teste de Aptidão Física - TAF, tendo sido considerado APTO. (...).”

Diante destas circunstâncias, tenho que a resolução do presente litígio encontra sustentação na aplicação da teoria do fato consumado, cujo acolhimento, diferentemente do que afirma o réu-apelante, a jurisprudência tem respaldado em casos similares ao presente.

Nos termos do Edital n. 234, publicado no DODF de 27/11/98, o concurso em causa destinava-se à convocação

para admissão (incorporação) na Polícia Militar do Distrito Federal e matrícula no Curso de Formação Policial, com a graduação de Soldado Policial Militar/99 da PMDF, em consonância com o art. 10 da Lei n. 7.289/84 (*Estatuto dos Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal*), no qual consta que o ingresso na Polícia Militar é facultado a todos os brasileiros, mediante inclusão, matrícula ou nomeação.

A exigência de capacidade física para a matrícula nos estabelecimentos de ensino policial militar destinados à formação de praças, mediante o qual se dá o ingresso no cargo de policial, encontra respaldo no art. 11 do aludido Estatuto e na norma editalícia regente do certame (itens 5.1 e 7).

Não obstante as alegações do recorrente de que o candidato se beneficiou da situação criada por decisão liminar judicial, apontando malferimento dos princípios da legalidade e igualdade, resta patente nos autos que o mesmo se encontra em perfeitas condições de capacidade física para o desempenho de suas atribuições.

Com efeito, a situação consolidada que urge reconhecer nestes autos é o fato do recorrido preencher o requisito legal da capacidade física, pois, além de ter suplantado as demais fases do concurso de admissão, foi aprovado em testes físicos no Curso de Formação e em prova pericial determinada pelo juízo (confiram-se fls. 71 e 94/95 dos autos principais, respectivamente).

Embora ainda haja entendimentos jurisprudenciais contrários ao reconhecimento da consolidação fática, oriento-me, no presente caso, pelos seguintes precedentes:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA REPROVADA EM EXAME FÍSICO. REALIZAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO."

- Em tema de Concurso Público, as condições estabelecidas no Edital, por expressarem a lei do certame, sujeitam à Administração Pública e impedem a invocação do juízo de conveniência e oportunidade.

- Concluído com aprovação o segundo exame de capacitação física realizado por candidata considerada inapta com suporte em liminar, mormente quando não consta das regras editalícias qualquer restrição quanto ao meio utilizado para a aprovação no teste, impõe-se o reconhecimento da consolidação da situação de fato para assegurar o direito à nomeação e posse no cargo.

- Recurso especial conhecido e provido."

(STJ-RESPN. 226.018/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 14/02/2000).

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO NÃO HABILITADO NA PROVA DE HERDAÇÃO. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. BANCA EXAMINADORA. INGRESSO NO CARGO FORÇA DE LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO."

- Em tema de Concurso Público, é vedado ao Poder Judiciário reapreciar as notas de provas atribuídas pela Banca Examinadora, limitando-se o judicial control à verificação da legalidade do edital e do cumprimento de suas normas pela comissão responsável.

- Se o candidato foi investido no cargo para o qual prestou concurso de ascensão com suporte em liminar, impõe-se o reconhecimento da consolidação da situação de fato para assegurar o direito de permanecer no exercício

das funções, ainda que reconhecida a validade do critério de correção da prova que o excluiu da relação de aprovados.

- Recurso especial conhecido e provido."

(STJ-RESPN. 251.391/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 27/11/2000).

"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CURSO DE FORMAÇÃO DE POLICIAIS MILITARES - CONCESSÃO DE LIMINAR - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DO FATO CONSUMADO - JURISPRUDÊNCIA DO STF/STJ."

I - A Administração Pública tem o poder de anular seus próprios atos quando eivados de vício. Tal faculdade, porém, é abrandada quando uma situação fática, estabelecida por decisão judicial, se consolida em face do decurso do tempo. Embora, aparentemente, se esteja indo de encontro ao princípio da legalidade, impõe-se aí a prevalência do princípio da proteção ao interesse público que visa, exatamente, a preservar uma situação mais benéfica, não só ao indivíduo, mas também à coletividade. Súmula 473 do STF.

II - Candidato que se encontra no último ano do Curso de Formação de Policiais Militares, com exemplar aproveitamento, inclusive manifestação explícita da vontade da Administração em mantê-lo no seu quadro, deve ser mantido na Corporação, em homenagem à Teoria do Fato Consumado."

(TJDFT-APC/RMON. 1998.01.1.077642-8, 3a. Turma Cível, Rel. Des. Wellington Medeiros, Acórdão n. 119.294, DJ de 24/11/99).

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO NO EXAME MÉDICO. EM RAZÃO DE LIMINAR CONCEDIDA, REALIZOU AS DEMAIS ETAPAS DO CERTAME ESTENDO INCORPORADO NO EFETIVO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL DESDE AGOSTO DE 1997. INCIDÊNCIA DA TEORIA DO FATO CONSUMADO."

Se o apelante, através de liminar, cumpriu todas as etapas exigidas, estando exercendo a função de policial militar desde agosto de 1997, o reconhecimento da incidência da Teoria do Fato Consumado é medida que se impõe. O fato de ter sido considerado inapto em alguns dos exames médicos realizados cede em face desta teoria pois, não seria nada recomendável, do ponto de vista do interesse da própria Corporação, que uma pessoa que já se encontra trabalhando sem que haja nenhuma notícia de que exerce seu trabalho de maneira insatisfatória por questões de saúde, fosse abruptamente dali desalojada e tivesse mesmo uma modificação na sua situação profissional e econômica, com consequências irreversíveis."

(TJDFT-APCN. 2000.01.5.004020-6, 1a. Turma Cível, Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, Acórdão n. 132.415, DJ de 06/12/2000).

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO POLICIAL MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. EXAME MÉDICO. INAPLIDÃO FÍSICA DO CONCURSADO AFASTADA MEDIANTE PROVAS ROBUSTAS. NULIDADE ATO ADMINISTRATIVO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APELO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS - UNÂNIME."

O exame médico, realizado na forma prevista no edital, prevalece sobre qualquer outro resultado, a não ser

se proveniente da regular colheita de provas.

O ato administrativo goza da presunção de legalidade e, por isto mesmo, normalmente, é válida a exclusão de candidato que em exame médico realizado, nos moldes previstos no edital de concurso, foi considerado inapto.

Entretanto, essa presunção é afastada em face de prova robusta - colhida sob o crivo do contraditório - como, de fato, ocorreu na hipótese dos autos, cujo relatório de exame clínico médico pericial atesta inequivocamente a aptidão física do concursado.

Incide a teoria do fato consumado se o apelado, mediante liminar, concluiu, com aproveitamento, as demais etapas do certame, estando a exercer, normalmente, as funções de policial militar."

(TJDFT-APC/RMON.1998.01.1.014461-9, 4a. Turma Cível, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, Acórdão n. 136.270, DJ de 10/04/2001).

Destarte, o acolhimento da teoria do fato consumado, uma vez que o candidato-apelado na prova pericial produzida em juízo e no Curso de Formação Policial demonstrou perfeitas condições físicas para investidura no cargo público, faz com se afastem os malferimentos pretendidos pelo recorrente aos princípios da legalidade e da igualdade (arts. 5º, *caput* e inciso II, e 37, *caput*, ambos da CF/88).

Não há ilegalidade na manutenção do candidato nas fileiras da PMDF porquanto o requisito da aptidão física fora plenamente satisfeito, nem tampouco há violação ao princípio da isonomia, uma vez que, embora não implementado o requisito necessário ao tempo da realização da prova física nos moldes dispostos no edital, sentindo-se prejudicado com a avaliação de sua capacidade física, o candidato pode se valer do princípio constitucional da inafastabilidade da função jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), que não deve ser esquecido na presente causa.

Outra consideração que faz respeito à incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que dão ensejo, em última instância, ao atendimento da finalidade da lei, razão ontológica de sua criação. A meu ver, não seriam prestigiados tais princípios em se determinando a exclusão de pessoa que demonstrou efetiva capacidade de desempenhar as funções do cargo, mormente após todo custo despendido pela Administração em promover sua formação profissional. Sobre estes princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello, ilustre administrativista pátrio, leciona, *litteris*:

"Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e portanto jurisdicionalmente invalidáveis - as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador

certa liberdade (margem de discrição) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seu humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o Administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar distates à própria regra de direito. (...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado." (in Curso de Direito Administrativo, 8a. ed., Malheiros Editores, pág. 63/64).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, arremata o ilustre professor:

"Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem se validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. (...)

Logo, o plus, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menos cabô pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, em sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado." (ob.cit., págs. 65/66).

Da lição doutrinária extrai-se, além da conclusão de que o ato não conforme aos princípios citados atenta com a própria finalidade da lei, ou seja, ao critério da legalidade, que ao Poder Judiciário é permitido, sim a análise de atos administrativos que, embora dotados de certa dose de discricionariedade, não estejam atendendo aos pressupostos de legitimidade (finalidade, razoabilidade e proporcionalidade).

Em suma, tenho que razão não há para atender-se ao pedido de exclusão do recorrido do certame, pois tal providência constituir-se-ia, diante das circunstâncias fáticas presentes, em ato sem razoabilidade e desproporcional aos interesses da própria coletividade, que tem por representante a Administração Pública.

Por fim, a alegação de ter-se dado guarida à pretensão destituída de provas e, por isso, em suposta violação ao disposto no art. 333, inciso I, do CPC, não tem a menor consistência, bastando lembrar que a prova produzida em juízo, bem como a certificação fornecida pela própria PMDF, atestaram ter o candidato a aptidão física necessária à função policial militar.

Forte nestas razões, nego provimento aos recursos, voluntário e oficial, este em ambos os feitos (cautelar e principal), mantendo-se íntegra a r. sentença recorrida.

O Senhor Desembargador VASQUEZ CRUXÈN - Revisor

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos, assim também das remessas oficiais.

Trata-se de recursos contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nas ações ordinária e cautelar propostas pelo apelado, determinando a sua permanência em todas as etapas do Concurso Público para a carreira de Soldado Policial Militar da PMDF, bem como garantindo sua nomeação e posse, em caso de aprovação no Curso de Formação, tornando sem efeito a sua eliminação do certame por não ter obtido aprovação

no teste de aptidão física.

Este Tribunal, acompanhando o entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça, tem aplicado a casos análogos a teoria do fato consumado, segundo a qual são respeitadas as situações consolidadas pelo decurso do tempo, mormente se geradas por determinação judicial. Ressalte-se que tal teoria leva em consideração o interesse público e não necessita da aquiescência da Administração para que sua aplicação seja válida.

Conforme se afere dos autos, o apelado preenche o requisito legal da capacidade física, porquanto além de ter logrado êxito nas demais fases do concurso de admissão, foi aprovado em testes físicos no Curso de Formação e em prova pericial determinada em juízo.

Acha-se, portanto, configurada uma situação de fato cuja desconstituição é desaconselhada pelo princípio da razoabilidade, especialmente em se considerando a inexistência de prejuízo para a Administração.

Por tais motivos, nego provimento aos recursos em ambos os feitos, assim também às remessas, mantendo incólume a r. sentença guerreada.

É como voto.

O Senhor Desembargador LÉCIO RESENDE - Vogal Com a Turma.

DECISÃO:

“CONHECIDO. NEGOU-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIO E OFICIAL. UNÂNIME.”

TRIBUTÁRIO

DÉBITO FISCAL - CGC - INSCRIÇÃO negada a EMPRESA - SÓCIO integrante de outra SOCIEDADE - IMPOSTO DE RENDA - Pendência - Negativa de inscrição - Impossibilidade

Tribunal Regional Federal da 2a. Região
Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.02.02706-7
Órgão julgador: 6a. Turma Cível
Fonte: DJ 12.03.2002, págs. 287/289
Rel.: Juiz Sergio Schwaitzer
Apelante: (...)
Apelado: (...)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - REGISTRO NO CGC NEGADO - PENDÊNCIAS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA - INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF nº 82/97 - VIOLAÇÃO AO ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

I - É vedado à Administração impedir o exercício de atividade econômica de empresa, negando-lhe a inscrição no CGC, em virtude de um dos seus sócios figurar no quadro social de pessoa jurídica que se encontra em débito com a Receita Federal pela não apresentação da declaração do Imposto de Renda.

II - A Instrução Normativa SRF nº 82/97 (art. 5º, § 1º, alíneas a e b) fere o preceito contido no art. 170, parágrafo

único, da Constituição Federal, bem como extrapola o seu caráter essencialmente regulamentador oriundo da delegação contida no art. 5º da Lei nº 5.614/70, estabelecendo, por via transversa e ilegítima, sanção ao descumprimento de obrigação tributária acessória, sanção esta que, em face do princípio da reserva legal, mormente por se tratar de questão de natureza tributária, deve ser instituída por lei.

III - Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2a. Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa oficial, tida como feita, nos termos do voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2001 (data de julgamento).

SÉRGIO SCHWAITZER
JUIZ RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela (...) em ataque à sentença proferida pelo MM. Juízo da 2a. Vara Federal de Volta Redonda - RJ, nos autos de mandado de segurança impetrado por (...), visando compelir a autoridade

impetrada a proceder sua inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF.

Alega a Impetrante, na exordial, que após ter obtido o registro em cartório do seu contrato social, requereu junto à Agência da Receita Federal de Volta Redonda sua inscrição no CGC, pleito este que lhe foi negado, sob o argumento de que uma de suas Sócias, Sra. Ana Sheila Peres Prado, encontra-se em débito com o Fisco, eis que a empresa (...), na qual também figurava como sócia, deixou de entregar declaração de Imposto de Renda em períodos pretéritos (exercícios de 1993 a 1996).

Ressalta a Impetrante que a referida empresa encerrou seus serviços em 1979, acrescentando que o procedimento adotado pela autoridade impetrada, além de contrariar o princípio da reserva legal, viola a garantia prevista no art. 170 da Lei Maior.

Reporta-se, outrossim, à jurisprudência em prol da sua tese.

Em suas informações, esclarece a autoridade impetrada, em suma, que agiu em conformidade com as disposições contidas no art. 5º, § 1º, alíneas *a* e *b*, da Instrução Normativa SRF nº 82/97.

O MM. Juízo de primeiro grau concedeu a segurança requerida, por considerar ilegal o emprego de qualquer meio coercitivo para o adimplemento de obrigações tributárias que implique em restrição à atividade econômica.

Sustenta a Apelante, em resumo, a constitucionalidade e o acerto da providência adotada pela autoridade impetrada, requerendo, por conseguinte, o provimento do recurso para que seja denegada a segurança.

Contra-razões protestando pela confirmação da sentença.

Parecer do d. representante do *parquet* federal opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 39, IX, do Regimento Interno desta Corte.

SERGIO SCHWAITZER
JUIZ RELATOR

VOTO

Conforme relatado, pretende a Impetrante, por meio da presente ação mandamental, obter sua inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF (atual Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ), indeferida pela autoridade coatora face à existência de pendências de índole tributária de uma de suas sócias - Ana Sheila Peres Prado - para com o fisco, referentes à não apresentação da declaração do Imposto de Renda dos exercícios de 1993 a 1996 da empresa (...), na qual também figurava como sócia.

O MM. Juízo *a quo* concedeu a segurança requerida, asseverando a impossibilidade de o fisco empregar qualquer meio coercitivo para o adimplemento de obrigações tributárias que implique em restrição à atividade econômica da impetrante.

Não merece reparo a r. decisão recorrida, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Com efeito, a autoridade impetrada, ao negar à

Impetrante a inscrição no CGC, violou a regra contida no art. 170, parágrafo único, da Carta Magna, que assegura a todos o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A Instrução Normativa nº 82/97, expedida pela Secretaria da Receita Federal, além de ferir o preceito constitucional supracitado, extrapolou, à toda evidência, seu caráter essencialmente regulamentador oriundo da delegação contida no art. 5º da Lei nº 5.614/70, estabelecendo, por via transversa e ilegítima, sanção ao descumprimento de obrigação tributária acessória, sanção esta que, em face do princípio da reserva legal, mormente por se tratar de questão de natureza tributária, deve ser instituída por lei.

Por outro lado, impende salientar que a apresentação da declaração de Imposto de Renda, à luz do Código Tributário Nacional, é procedimento que, por sua natureza, constitui-se como obrigação tributária acessória (art. 113, § 2º). O contribuinte que se omite quanto a esta obrigação de fazer está sujeito a processo administrativo, bem como às penalidades daí decorrentes, previstas em lei, sendo lícita sua autuação pelo órgão fiscalizador competente. Ademais, cabe salientar que a multa porventura aplicada e não recolhida poderá ser exigida por meio da via executiva fiscal, nos termos da Lei nº 6.830/80.

Como se observa, detém a União Federal outras formas de exigir os seus créditos, sendo correto afirmar-se que o cerceamento do exercício da atividade econômica não é o procedimento adequado para tal desiderado.

Veja-se, a título ilustrativo, a seguinte ementa, colhida ao acaso dentre inúmeras outras consagradoras da mesma tese jurídica ora sustentada:

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO NO CNPJ (ANTIGO CGC/MF). INSTRUÇÕES NORMATIVAS. RESTRIÇÕES ÀS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS QUE SE ENCONTRAM COM PENDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA LEGAL."

1 - *Não pode o fisco estabelecer meios coercitivos indiretos de cobrança de tributo impedindo a inscrição no CNPJ, que substitui o antigo CGC/MF, com base em instrução normativa que extrapola a letra da lei, caso tenha o contribuinte débito para com a Fazenda Pública.*

2 - *Com o advento da Constituição de 1988, somente é possível estabelecerem-se sanções ou restrições a direitos, através de lei formalmente editada, resultante do processo legislativo, sob pena de ferir-se o princípio da reserva legal.*

3 - *Os documentos exigidos quando do registro comercial dos atos constitutivos das empresas estão dispostos no art. 37 da Lei nº 8.934/94, sendo vedada, em seu parágrafo único, qualquer outra exigência.*

4 - *Apelação e remessa oficial não providas.*

(TRF-3a Reg.; 4a Turma - Rel. Juiz Andrade Martins; AC nº 1999.03.99.108433-5/SP; julg. em 27.06.01; DJU de 05.10.01, p. 610)

Face ao exposto, nego provimento ao recurso e à remessa oficial, que tenho como feita.

É como voto.

ACIDENTE DE TRÂNSITO - CULPA do RÉU - ÔNUS DA PROVA do AUTOR - Ficha de acidente - Não vinculação - LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Responsabilidade civil: acidente de trânsito. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Ônus da prova. Sentença que infirma procedimento administrativo de interpretação de ficha de acidente de trânsito. I - O autor tem o ônus de provar a alegação de que o acidente ocorreu por culpa do réu. II - As conclusões da 'interpretação de ficha de acidente de trânsito' não vinculam o juiz. III - Em princípio, à falta de outros elementos, a culpa de acidente de trânsito deve ser atribuída ao condutor do veículo que vem por via secundária e atravessando via preferencial, colide com veículo que transita por esta. IV - Recurso improvido. V - Remessa oficial prejudicada. (TRF/1a. Reg. - AC n. 96.01.46180-9 - Distrito Federal - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Juiz Wilson Alves de Souza - Fonte: DJU II, 22.03.2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE DEPÓSITO - RESPONSABILIDADE - SÓCIO - LEGITIMIDADE PASSIVA

Alienação fiduciária - Ação de depósito - Legitimidade passiva - Sócio da empresa - Infração contratual e legal - Ocorrência - Condição de depositário no contrato - Inexigibilidade - Desconsideração da personalidade jurídica - Reconhecimento. O fato de os sócios da empresa não figurarem como depositários dos bens dados em garantia, não tem o condão de afastar a responsabilidade que lhes toca face aos atos praticados em violação ao contrato e à lei, pois esta decorre da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, na medida em que restar indiscutível a prática de infração contratual e legal. (2º TACív./SP - Agravo de Instrumento n. 700.081-00/8 - 1a. Câm. Cív. - Rel: Juiz Linneu de Carvalho - j. em 16.10.2001 - Fonte: DOESP, 03.05.2002).

ALIMENTOS - FILHO MAIOR - DEFICIENTE FÍSICO - Obrigatoriedade

Alimentos. Pensionamento a filho maior deficiente físico. Obrigatoriedade. O filho maior, sem condições de prover a própria subsistência em razão de problemas de saúde, faz jus ao recebimento de pensão alimentícia. Alimentos fixados em 25% sobre os rendimentos líquidos do alimentante, com observância do critério da razoabilidade e do binômio necessidade/possibilidade. Desprovimento do recurso. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2001.001.11943 - Ac. unân. - 18a. Câm. Cív. - Rel: Desa. Cássia Medeiros - j. em 04.09.2001 - Fonte: DOERJ, 07.02.2002).

DANO MORAL - FIRMA INDIVIDUAL - INSCRIÇÃO no SERASA - INDENIZAÇÃO única

Firma individual - Pessoa civil do comerciante - Indenização por danos morais - Inscrição do nome no SERASA - Prova suficiente - Dano moral

caracterizado - Indenização estabelecida a partir da situação das partes. Tratando-se de firma individual, não há porque estabelecer duas indenizações. A simples juntada de documento demonstrando a inscrição no SERASA representa prova suficiente para a caracterização dos danos morais. Provimento parcial da apelação, para reduzir indenização. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0113510-8 - Comarca de Francisco Beltrão - Ac. 21495 - unân. - 1a. Câm. Cív. - Rel: Des. Antonio Prado Filho - j. em 16.04.2002 - Fonte: DJPR, 29.04.2002).

FALÊNCIA - PEDIDO fundado em TÍTULO protestado por indicação - DUPLICATA - Ausência de PROVA da remessa ao sacado - Impossibilidade - DECRETO-LEI 7661/45, art. 13

Processual civil. Comercial. Pedido de falência. Art. 1º da lei de quebras. Prova da remessa da duplicata ao sacado não demonstrada. Protesto por indicação. Impossibilidade. Petição inicial indeferida. Ausência de título executivo. - Indefere-se a inicial com a extinção do pleito falimentar, sem julgamento do mérito, quando, desde logo, restar indemonstrada a executividade do título que embasa o pedido, cuja comprovação é condição da ação. - Hipótese em que a parte interessada não se desincumbiu do ônus de provar a remessa da duplicata ao sacado, não sendo suficiente o simples protesto por indicação do credor, que não se exime, em relação à triplicata, do procedimento notarial quando o título embasa a ação falimentar. O protesto por simples indicação, somente tornar-se-á eficaz nestes casos desde que acompanhado de prova da remessa do título ao sacado. Inteligência do art. 13 da L.F. (TJ/DF - Ap. Cível n. 19990110021804 - Ac. 151717 - unân. - 5a. T. Cív. - Rel: Des. Dácio Vieira - Fonte: DJU III, 30.04.2002, pág. 131).

INVENTÁRIO - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - CREDOR de HERDEIRO - Impossibilidade - ART. 1017/CPC

Inventário. Pedido de habilitação de crédito. Credor de herdeiro. Descabimento. Tem legitimidade para postular habilitação de crédito quem é credor do espólio e não de um dos herdeiros, já que tal via se presta para saldar as dívidas do espólio e não de herdeiro, nos termos do art. 1.017 do CPC. Recurso desprovido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70002560274 - Comarca de Bagé - Ac. 7a. Câm. Cív. - Rel: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - Fonte: DJRS, 22.03.2002, pág. 46).

PESSOA CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - ALIMENTOS - CUMULAÇÃO - CITAÇÃO - VÍCIO

Processual Civil e Família. Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Eventual víncio de citação suprido pelo comparecimento do investigado nos autos. Inexistência de prejuízo ao

réu. Exame pericial - DNA. Prova robusta, que conta com altíssimo percentual de certeza na indicação da paternidade. Alimentos. Necessidade da minoração de tal parcela, para adequá-la ao binômio possibilidade do alimentante/necessidade do alimentado. Recurso parcialmente provido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 220105-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Pinheiro Lago - Fonte: DJMG, 10.05.2002).

RESPONSABILIDADE CIVIL - OBRA - BURACO na calçada - Queda de PEDESTRE ocasionando traumatismo craniano - EMPREITEIRO - CULPA - Caracterização - INDENIZAÇÃO - Cabimento - LEI 4591/64 - ART. 1245/CC

Responsabilidade Civil - Buraco na calçada derivado de obra em prédio - Queda de mãe e filha recém-nascida, com traumatismo craniano na criança - Culpa do empreiteiro e responsável caracterizada, impondo-se seu dever resarcitório, nos termos da Lei n. 4591/64, art. 159 e 1245 do Código Civil - Indenização por dano moral que, considerando as circunstâncias fáticas e econômicas, inclusive a ocorrência afirmada pela prova oral de outros incidentes, se revela excessiva - Recurso parcialmente provido. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2000.001.15197 - Ac. unân. - 14a. Câm. Cív. - Rel: Des. Edson Scisinio - Fonte: DOERJ, 11.10.2001).

SEGURO SAÚDE - RECÉM-NASCIDO - DESPESAS - Não cobertura - Impossibilidade - INDENIZAÇÃO - Cabimento

Ação indenizatória. Empresa de seguro saúde que

se recusa a pagar despesas efetivadas com recém-nascido, sob alegação que sua inscrição como associado se deu após a realização das despesas. Sucumbência. Valor da indenização pelo dano moral. Cobrindo o plano de saúde o parto, nisso se incluem as despesas efetivadas com o recém-nascido, sendo abusiva qualquer cláusula contratual que o contrário previsse. O quantum indenizatório do dano moral é de livre arbitramento pelo juiz, não acarretando sucumbência recíproca não lograr o autor da ação obter toda a quantia por ele sugerida. Provimento parcial do adesivo, para atribuir à ré da ação a integralidade dos ônus sucumbenciais. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2001.001.15814 - Ac. unân. - 15a. Câm. Cív. - Rel: Des. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz - j. em 10.10.2001 - Fonte: DOERJ, 07.02.2002).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente

Relator, Des. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, a seguinte lição: "O primeiro recorrente adesivo era associado da apelante e as despesas são referentes ao nascimento de seu filho e seu tratamento, bem como da esposa, não podendo, portanto, a empresa alegar desconhecer que a criança havia nascido. A obstetrícia é coberta pelo contrato (fls. 23) e seria abusiva qualquer cláusula que, cobrindo o contrato o parto, excluisse o atendimento ao recém-nascido. Para tanto não há previsão contratual, é verdade, porque nem seria necessário, tamanha a sua evidência. Logo, não poderia ter recusado-se a apelante a cobrir as despesas daí resultantes e, como foi essa recusa que gerou o depósito do cheque, foi dessa conduta que resultou o dano, o que a obriga a indenizar."

IMOBILIÁRIO

COMPRA E VENDA - IMÓVEL - PROMESSA - RESCISÃO unilateral oportunizada apenas ao fornecedor - CLÁUSULA ABUSIVA - Caracterização - ART. 51/CDC

Rescisão de contrato/perdas e danos. Promessa de compra e venda. Imóvel residencial. Inadimplemento do consumidor. Cláusulas abusivas. Procedência parcial. Decisão confirmada. Em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, são consideradas abusivas as cláusulas que prevêm que apenas o fornecedor tem direito à rescisão unilateral do contrato, sem que o mesmo direito seja dado ao fornecedor, por violar o artigo 51, inc. XI, do CDC, e a que estipula elevado valor de multa, em caso de atraso no pagamento de parcela do preço, por colidir com o artigo 51, inc. IV, do CDC. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0113724-2 - Comarca de Curitiba - Ac. 20431 - unân. - 2a. Câm. Cív. - Rel: Des. Accácio Cambi - j. em 27.02.2002 - Fonte: DJPR, 18.03.2002).

COMPRA E VENDA - IMÓVEL - RESCISÃO CONTRATUAL - SINAL - DEVOLUÇÃO em DOBRO - Cabimento

Rescisão contratual - Compra e venda de imóvel - Documentos - Transferência do financiamento - Impossibilidade - Sinal - Restituição em dobro - Atualização monetária - Recurso improvido - Maioria. Demonstrada a culpa da proprietária do imóvel, que não propiciou meios à

outorga da escritura pública por não apresentar documentos que lhe competia, negando-se inclusive a negociar novo acordo possível à consumação do negócio entabulado, correto o *decisum* que determinou a restituição, em dobro, do sinal que lhe fora destinado, atualizado monetariamente. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20000110258850 - Ac. 152022 - maioria - 3a. T. Cív. - Rel: Juiz Lécio Resende - desig. - j. em 21.02.2002 - Fonte: DJU III, 24.04.2002, pág. 16).

NOTA BONIJURIS: Extraímos trecho do voto do

eminente relator que diverge da decisão final: "Não há, contudo, como se determinar que o sinal pago pelos Apelados seja devolvido em dobro, pois as partes não contrataram tal cláusula penal e a hipótese não se encontra compreendida nos dispositivos legais invocados pelas partes no instrumento de contrato. O Código Civil somente prevê devolução do sinal em dobro por parte do promitente vendedor para o caso de arrependimento, conforme consta da parte final do artigo 1.095, que não se identifica com o instituto da resolução contratual, mais conhecido nos meios forenses como "rescisão contratual". O artigo 1.097 do Código Civil, por outro lado, somente estabeleceu a prefixação de perdas e danos, sob a forma de perda do sinal dado, em hipótese de resolução contratual por causa atribuída àquele que as deu, sendo que a resolução contratual por fato atribuído a quem recebeu arras, além da devolução simples, acarretará, em tese, a incidência do disposto no artigo 1.056 do Código Civil."

CONDOMÍNIO - VAGA de GARAGEM instituída em pátio interno - USO COMUM - ASSEMBLÉIA GERAL - Deliberação

Direito Civil. Condomínio predial. Admite a ordem jurídica, por se tratar de bem condonial de uso comum, que regular manifestação da assembléia geral destine somente aos proprietários residentes no prédio as vagas em garagem instituída em área destinada originariamente ao pátio interno. Inexiste direito de utilização exclusiva do condômino quanto à vaga de garagem que não lhe é designada no registro imobiliário, posto que decorrente a vaga de obra comum para a qual todos os condôminos contribuíram. Provimento do primeiro recurso. Prejudicado o recurso adesivo. (*TJ/RJ - Ap. Cível n. 2001.001.06746 - Ac. unân. - 9a. Câm. Cív. - Rel: Des. Nagib Slaibi Filho - j. em 27.08.2001 - Fonte: DOERJ, 08.11.2001*).

CONSTRUTOR - INCORPORADORA - DANO causado a prédio vizinho - RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Direito de vizinhança - Dano em prédio urbano - Indenização - Construtor - Comunicação ao incorporador sobre problemas no solo - Irrelevância - Responsabilidade objetiva e solidária - Incorporador e construtor - Reconhecimento - Inaplicabilidade do artigo 1245 do Código Civil. Alegação da Construtora de haver alertado a Incorporadora para os problemas existentes no solo, visando eximir-se de responsabilidade. Inviabilidade. Exegese do artigo 1245, parte final, do Código Civil. Dispositivo superado, pela legislação superveniente, reguladora das profissões de engenheiro e de arquiteto. Danos em prédio vizinho, que tiveram como causa a construção do Edifício Glasgow Park. Responsabilidade objetiva solidária, das Incorporadoras e da Construtora. (*2º TACív./SP - Ap. s/ Rev. n. 678.245-00/9 - 1a. Câm. Cív. - Rel: Juiz Magno Araújo - j. em 27.11.2001 - Fonte: DOESP, 03.05.2002*).

DESPETO - FALTA DE PAGAMENTO - FIADOR - LEGITIMIDADE PASSIVA - COTA SOCIAL cedida a TERCEIRO - Irrelevância

Despejo - Falta de pagamento - Cumulação com cobrança de aluguéis e encargos - Legitimidade passiva - Fiador - Quotas sociais da empresa locatária cedidas à terceiro - Irrelevância - Reconhecimento. Os fiadores são parte legítima para o pedido de cobrança, independentemente de terem cedido as quotas sociais da firma locatária para terceiro. (*2º TACív./SP - Ag. de Instrumento n. 713.034-00/2 - 11a. Câm. Cív. - Rel: Juiz José Malerbi - j. em 01.10.2001 - Fonte: DOESP, 15.03.2002*).

DESPESAS CONDOMINIAIS - COBRANÇA - ARREMATANTE - LEGITIMIDADE PASSIVA - OBRIGAÇÃO *propter rem*

Condomínio - Despesas condominiais - Cobrança - Substituição processual - Arrematante - Admissibilidade. Tratando-se de obrigação *propter rem*, consubstanciada em despesas condominiais, plenamente científica a arrematante que se valeu de parte de seu crédito na arrematação, perfeitamente admissível a substituição processual do primitivo réu pelo arrematante, nos termos do

parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 4591/64. (*2º TACív./SP - Ag. de Instrumento n. 716.896-00/0 - 7a. Câm. Cív. - Rel: Juiz Paulo Ayrosa - j. em 04.12.2001 - Fonte: DOESP, 15.03.2002*).

MANUTENÇÃO DE POSSE - Desforço possessório - Excesso - Impossibilidade - EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES

Apelação cível - Ação de manutenção na posse - Posse e turbação comprovadas - Exercício arbitrário das próprias razões - Legítima defesa da posse desconfigurada - Procedência - Recurso desprovido. A teor do art. 502 do CC, o possuidor turbado ou esbulhado e sua posse poderá manter-se ou restituir-se por sua força, contanto que o faça logo, pois os atos de defesa, ou desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse. (*TJ/SC - Ap. Cível n. 1998.011905-7 - Comarca da Capital - Ac. unân. - 2a. Câm. Cív. - Rel: Des. Anselmo Cerello - Fonte: DJSC, 07.03.2002, pág. 13*).

REGISTRO DE IMÓVEIS - CAUTELAR - AVERBAÇÃO da existência de DISSOLUÇÃO de UNIÃO ESTÁVEL - Possibilidade

Agravo de instrumento. Averbação no registro de imóveis. Ciência de ação de reconhecimento, dissolução de união estável e partilha. I. Prospera pedido cautelar incidental para averbar no registro imobiliário a existência de ação de reconhecimento e dissolução de união estável e partilha de patrimônio, para fins de cautela e preservação de direitos do agravante, pois esses bens foram omitidos na ação principal, e, no curso da demanda, alienados. Agravo provido. (*TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20010020023112 - Ac. 151843 - unân. - 4a. T. Cív. - Rel: Desa. Vera Andrigi - j. em 22.11.2001 - Fonte: DJU III, 30.04.2002, pág. 122*).

SFH - FINANCIAMENTO - QUITAÇÃO - HIPOTECA - LEVANTAMENTO - Cancelamento da AVERBAÇÃO no REGISTRO

Civil. SFH. Caução de crédito hipotecário. Quitação do financiamento. Cancelamento da averbação. I. Inexistindo qualquer prova de irregularidade na caução de créditos hipotecários pelo agente financeiro, não há fundamento para a anulação da averbação desta garantia no Registro de Imóveis. 2. Sendo necessário, para o cancelamento da averbação da garantia, o repasse dos valores referentes à caução ao credor hipotecário, após a quitação do financiamento, não se pode exigir do mutuário que aguarde indefinidamente esta providência por parte do agente financeiro. 3. A liberação do saldo de conta vinculada ao FGTS para a aquisição da casa própria somente pode ocorrer na hipótese de inexistir outro imóvel em nome dos correntistas. 4. A celebração de contratos de promessa de compra e venda por parte do mutuário é feita por sua conta e risco, não havendo qualquer responsabilidade do agente financeiro ou do credor hipotecário por eventuais prejuízos financeiros. 5. Agravo de instrumento parcialmente provido. (*TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento nº 2001.04.01.057387-6 - Rio Grande do Sul - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler - j. em 26.02.2002 - Fonte: DJU II, 13.03.2002, pág. 975*).

AÇÃO MONITÓRIA - EMBARGOS DE TERCEIRO-Ausência de CITAÇÃO do embargado - NULIDADE - Caracterização

Apelação cível - Embargos de terceiro em ação monitória - Ausência de citação - Nulidade - Aplicação analógica dos arts. 57, 316 e 1.057, parágrafo único, do CPC - Inadmissibilidade - Recurso provido. 1. O ato processual da citação é imprescindível para formar a relação processual, pois objetiva levar ao conhecimento do sujeito passivo que contra ele foi ajuizada demanda ou procedimento de jurisdição voluntária, a fim de que possa tomar conhecimento do conteúdo da inicial e, querendo, vir se defender ou se manifestar. 2. Indispensável a citação do embargado para responder à inicial dos embargos de terceiro, embora não explícito o art. 1.053 do CPC. A simples intimação do advogado é insuficiente para instaurar a relação jurídica processual. (*TJ/PR - Ap. Cível n. 0107906-7 - Comarca de Maringá - Ac. 8729 - unân. - 6a. Câm. Cív. - Rel: Des. Leonardo Lustosa - Fonte: DJPR, 29.04.2002*).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PESSOA JURÍDICA - Possibilidade

Processo civil. Pessoa jurídica. Assistência judiciária. Cabimento. Orientação atual. Recurso desprovido. - Nos termos da jurisprudência atual da Segunda Seção, é possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo. (*STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 325583 - Rio Grande do Sul - Ac. 0058839-0/2001 - unân. - 4a. T. - Rel: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. em 20.11.2001 - Fonte: DJU I, 18.02.2002, pág. 456*).

EXECUÇÃO - FRAUDE - Não caracterização - ALIENAÇÃO realizada após a PENHORA - VENDA realizada por TERCEIRO - Não conhecimento do estado de INSOLVÊNCIA do PROPRIETÁRIO anterior

Execução - Fraude - Alienações posteriores não realizadas pelo executado - Ausência de registro da penhora - Presunção de boa-fé dos terceiros adquirentes - Descaracterização. A penhora não registrada é ineficaz em relação a terceiros. Não há fraude de execução na aquisição feita por terceiro de boa-fé, que compra o bem de outro, que não o executado, antes da penhora, sem prova de que o adquirente sabia da existência da demanda capaz de levar o primitivo proprietário à insolvência. (*2ºTACív./SP - Ap. c/Rev. n. 612.742-00/3 - 10a. Câm. Cív. - Rel: Juiz Gomes Varjão - j. em 31.10.2001 - Fonte: DOESP, 15.03.2002*).

FORO DE ELEIÇÃO - CONTRATO DE ADESÃO - CLÁUSULA - Invalidade - ACESSO ao Judiciário - Dificuldade - Comprovação

Competência. Contrato de adesão. Foro. Eleição. Validade e eficácia. 1. A invalidade e ineficácia de cláusula de eleição de foro para dirimir conflitos oriundos de

contrato de adesão, sob o império do Código do Consumidor, conforme orienta-se a jurisprudência do STJ, manifestam-se quando: (a) no momento da celebração, a intenção do aderente era insuficiente para compreender "as consequências e o sentido" dessa cláusula; (b) essa estipulação inviabilize ou especialmente dificulta o acesso ao Judiciário; e (c) for serviço prestado com exclusividade por uma empresa. 2. A comprovação de que o foro eleito dificulta o acesso do Judiciário autoriza a declaração de invalidade da cláusula de eleição do foro, devendo prevalecer o foro do domicílio do consumidor. (*TJ/RJ - Ag. de Instrumento n. 2001.002.04756 - Ac. unân. - 11a. Câm. Cív. - Rel: Des. Milton Fernandes de Souza - j. em 07.11.2001 - Fonte: DOERJ, 14.02.2002*).

HIPOTECA JUDICIÁRIA - Constituição e REGISTRO - Existência de RECURSO - Irrelevância

Hipoteca judiciária - Constituição e registro - Independência quanto a atos processuais subsequentes à prolação da sentença - Possibilidade de registro antes do trânsito em julgado e independentemente do efeito que será dado ao recurso - Admissibilidade. A sentença é ato processual do juiz e, de imediato, com a prolação, constitui, no plano do direito material (real de garantia) a hipoteca judiciária, para cujo registro se exige determinação judicial. O efeito que será atribuído ao recurso, interposto contra a sentença, é irrelevante para a consignação da hipoteca judiciária. (*2ºTACív./SP - Agravo de Instrumento n. 709.764-00/5 - 3a. Câm. Cív. - Rel: Juiz Aclibes Burgarelli - j. em 05.02.2002 - Fonte: DOESP, 03.05.2002*).

LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS - CONTESTAÇÃO intempestiva - REVELIA - Caracterização - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO - Aplicação - ART. 609/CPC

Processual civil. Liquidação por artigos. Revelia. Decretação. Cabimento. Por força do art. 609 do CPC, aplica-se o procedimento comum à liquidação por artigos. Daí que, em tal procedimento, cabe o reconhecimento e o decreto de revelia, com todos os efeitos que dela advém. A contestação intempestiva induz à revelia do réu e à presunção da veracidade dos fatos alegados, fatos esses que restaram devidamente comprovados pela prova testemunhal produzida. Sentença confirmada. Apelo improvido. (*TJ/RS - Ap. Cível n. 70002258291 - Comarca de Casca - Ac. 10a. Câm. Cív. - Rel: Des. Antônio Kretzmann - j. em 04.10.2001 - Fonte: DJRS, 15.03.2002, pág. 41*).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Antônio Kretzmann, a seguinte lição: "Inobstante a revelia da ré, que reconhecida faz introduzir presunção relativa, cabe ao magistrado agir segundo seu livre convencimento, inclusive julgando contra aquele que se beneficiou processualmente com a presunção declarada. Poderá, também, determinar a realização de qualquer tipo de prova que entender cabível. Sustenta-se, no caso, no princípio do livre convencimento e da necessidade de realização da prova. O magistrado

prolator da decisão permitiu a produção de prova testemunhal, sendo que esta roborou a assertiva inicial da autora, relativa aos ganhos do falecido marido. Concluindo, seja pela aplicação dos efeitos da revelia, seja pela prova testemunhal produzida, tem-se como comprovados os fatos que dão sustento ao direito da parte autora, da credora da obrigação.”

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PESSOA JURÍDICA - IRREGULARIDADE - Não caracterização

Civil e processual civil - Ação de reparação de danos - Indeferimento da inicial - Pessoa jurídica - Prova quanto à regularidade da representação processual - Apresentação do estatuto social - Desnecessidade - Recurso provido. - A argüição de irregularidade na representação processual de pessoa jurídica, em face da não apresentação dos estatutos sociais da empresa, não tem pertinência se não há dúvida fundada a esse respeito e constando dos autos o respectivo mandato com poder geral para o foro habilitando o advogado a atuar judicialmente, constando do respectivo instrumento a firma devidamente reconhecida dos representantes legais da empresa, existindo, também, à disposição da serventia do juízo elementos de prova neste sentido. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20000110136187 - Ac. 151887 - unân. - 5a. T. Cív. - Rel: Des. Dácio Vieira - Fonte: DJU III, 30.04.2002, pág. 133).

SUBSTABELECIMENTO - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - INTIMAÇÃO do substabelecido - Inocorrência - Não comparecimento - EXTINÇÃO DO PROCESSO - Inadmissibilidade - ART. 267/CPC

Intimação. Validade. Substabelecimento com reserva de poderes. Audiência de instrução e julgamento. Não comparecimento do autor. Art. 267 do Código de Processo Civil. Extinção do processo. Inadmissibilidade. Art. 330 do mesmo Código. Julgamento antecipado. Hipótese não configurada. Anulação da sentença. 1. Se o substabelecimento foi feito com reserva de poderes, e não houve requerimento expresso no sentido de que as novas intimações passassem a ser feitas na pessoa do advogado substabelecido, é válida a intimação feita pelo Diário da Justiça em nome, apenas, do advogado substabelecente, que, para todos os efeitos, continuou a patrocinar os interesses da parte no processo. 2. A circunstância isolada de não ter o autor comparecido à audiência de instrução e julgamento não enseja, por si, a extinção do processo, não configurada nenhuma das hipóteses do art. 267 do mesmo Código. 3. Tendo a própria sentença reconhecido a necessidade de produção de provas, mostra-se equivocado o julgamento antecipado do processo, não configurada hipótese do art. 330 do Código de Processo Civil, devendo ser anulada a sentença recorrida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 110051-2 - Comarca de Mandaguaçu - Ac. 19987 - unân. - 4a. Câm. Cív. - Rel: Des. Dilmar Kessler - j. em 06.03.2002 - Fonte: DJPR, 25.03.2002).

PENAL - PROCESSO PENAL

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CONDENAÇÃO exclusivamente com base na palavra da VÍTIMA - Existência de DÚVIDA - ABSOLVIÇÃO - Cabimento - ART. 386/CPP, VI

Apelação criminal. Atentado violento ao pudor. Sentença condenatória com fundamento na palavra da vítima. O valor da palavra da vítima deve aferir-se em si mesmo e pelo confronto com as demais provas, verificando-se compatibilidade e concordância. Quando, em si mesma, expõe-se a dúvida, e quando inexistem outros elementos de convicção com que possa ser confrontada, a absolvição e a melhor solução e medida que se impõe, com fundamento no art. 386, inc. VI, do CPP. (TJ/RS - Apelação-Crime n. 70000605790 - Comarca de Cachoeirinha - Ac. Câm. de Férias Crim. - Rel: Des. Carlos Cini Marchionatti - Fonte: DJRS, 22.03.2002, pág. 46).

CRIME AMBIENTAL - DESMATAMENTO - AUTORIZAÇÃO do IBAMA - Inexistência - JUSTIÇA COMUM ESTADUAL - COMPETÊNCIA - LEI 9605/98

Crime contra o meio ambiente: competência da Justiça Estadual. Penal e Processual Penal. Crime contra o meio ambiente (Lei 9.605/98). Desmatamento de cerrado (área particular) sem autorização do Ibama. Competência da Justiça Estadual. I - A proteção e preservação do meio ambiente, para o presente e para o futuro, são responsabilidade e obrigação de todo ser humano,

constituindo matéria de condomínio legislativo entre União, Estados e Municípios (CF, art. 23), não se justificando, desde aí, a exclusiva competência da Justiça Federal na repressão aos delitos ambientais. II - À míngua de previsão legal específica (o proposto parágrafo único do art. 26 da Lei 9.605/98, que previa a competência privativa da Justiça Federal, foi vetado e o veto mantido), aplica-se a regra geral da repartição de competência, em que a competência da Justiça Estadual é ampla e residual, reservados à Justiça Federal os crimes em que caracterizada lesão a, ou em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (CF, art. 109, IV), especificamente pertinentes e objetivamente demonstrados. III - Se desde a Lei 9.605/98, que revogou a Lei 5.197/67, os animais silvestres (art. 1º) não mais se consideram propriedade da União, opção legislativa mais coerente com a atual concepção da co-responsabilidade de todos pelo meio ambiente, a fauna e a flora não são reservas federais exclusivas, salvo quando respeitantes a relação direta e substancial com os entes federais, razão pela qual ilegais desmatamentos, transportes de madeira, de carvão, etc. não se afetam à Justiça Federal pelo só fato de ausência de autorização do órgão federal, por isso que tais atividades se sujeitam à atividade estadual. IV - 'Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o art. 255, § 4º, da Constituição Federal, bem da União. Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da

Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União. Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum Estadual'. (STF, RE 300.244-9/SC, Rel. Min. Moreira Alves, T1, ac. un., DJ de 19/12/2001) V - Precedentes: do STJ (CC 31.759/MG; CC 27.591/RO; CC 30.540/MG; CC 27.848/SP) e do TRF1 (RCCR 2001.43.00.001740-4/TO; RCCR 2001.43.00.001750-6/TO; RCCR 2001.43.00.001745-8/TO; RCCR 2001.43.00.001759-0/TO; RCCR 2001.43.00.001776-6/TO). VI - Recurso não provido. VII - Peças liberadas pelo Relator em 20/02/2002 para publicação do acórdão." (TRF/1a. Reg. - RCCR n. 2001.43.00.002061-4 - Tocantins - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Juiz Luciano Tolentino Amaral - Fonte: DJU II, 22.03.2002).

CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - FINANCIAMENTO - DESVIO DE FINALIDADE - APLICAÇÃO das VERBAS em desconformidade com o CONTRATO - CRIME - Caracterização - LEI 7492/86

Crime do Colarinho Branco. Desvio de finalidade de financiamento. Penal e Processual Penal. Desvio de finalidade de financiamento (art. 20 da Lei 7.492/86): Crime do Colarinho Branco. Rejeição da denúncia por atipicidade da conduta. Não demonstração da aplicação do dinheiro em outra atividade: desnecessariedade. Recurso provido. I - A Lei 7.492/86, que define os 'Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional', chamados de 'Crimes do Colarinho Branco', revela, em seu art. 20, norma penal em branco, completada por lei ou, como no caso, pelo contrato do financiamento ao desenvolvimento rural obtido junto ao Banco do Estado do Maranhão S/A, que prevê a aplicação do recurso obtido na aquisição de 8 matrizes bovinas. II - Captar recurso subsidiado pelo Estado para a atividade rural e não aplicá-lo devidamente conforme o contrato, mas utilizá-lo para pagar dívidas pessoais ou em qualquer outra modalidade, como simplesmente deixá-lo parado na conta bancária, até mesmo sem qualquer remuneração financeira, é fato típico definido no art. 20 da Lei 7.492/86. Nesse diapasão, estão presentes os requisitos necessários (obrigatórios) da denúncia (art. 41 do CPP) e ausente qualquer hipótese da sua rejeição (art. 43 do CPP). Deve o juiz recebê-la, mesmo porque a comprovação do real destino do financiamento constitui prova material a ser produzida na instrução criminal. IV - Recurso provido: denúncia recebida. V - Peças liberadas pelo relator em 09/04/2002 para publicação do acórdão." (TRF/1a. Reg. - RCCR n. 2000.37.00.003256-1 - Maranhão - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Juiz Luciano Tolentino Amaral - Fonte: DJU II, 26.04.2002).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Luciano Tolentino Amaral, a seguinte lição: "A Lei nº 7.492/86, que os define, revela, em seu artigo 20, norma penal em branco, completada por lei ou, como no caso, pelo contrato do financiamento, de que é parte integrante o próprio 'projeto' apresentado pelos tomadores. Relembro o artigo 20 da Lei nº 7.492/86: 'Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou

contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo.' A maneira ardilosa e complexa da sua prática, não raras vezes com aparência de legalidade ou regularidade, desenvolvida com alto grau de sofisticação da conduta, acabou por denominá-los, não de forma gratuita, ou jocosa, de 'crimes do colarinho branco'. Instado a explicar-se, o denunciado alegou apenas dificuldades financeiras e nas contra-razões do apelo invocou inexistência do dolo e de 'elementos indicativos da materialidade e da autoria delitiva imputada, somente o não cumprimento de cláusula contratual' .(fl. 68) (grifei) Infelizmente, em face dos inúmeros casos de lesão ao erário e de desvios do dinheiro público, que, por vezes, não se conseguem recuperar nem se conseguem punir, a prática desses crimes ganha ares de legalidade, por mais absurdo que isso possa parecer. Captar recurso subsidiado pelo Estado, advindo do contribuinte, para a atividade rural e não aplicá-lo devidamente conforme o contrato, mas utilizá-lo para pagar dívidas pessoais ou em qualquer outra modalidade, como simplesmente deixá-lo parado na conta bancária, até mesmo sem qualquer remuneração financeira, é fato típico definido no art. 20 da Lei nº 7.492/86. Nesse diapasão, estão presentes os requisitos necessários (obrigatórios) da denúncia (art. 41 do CPP) e ausente qualquer hipótese da sua rejeição (art. 43 do CPP)."

CRIME SOCIETÁRIO - Descrição do modo de agir - Inexistência - INÉPCIA DA DENÚNCIA - TRANCAMENTO - Possibilidade

Penal. Processual. Crime societário. Inépcia da denúncia. Ação penal. Trancamento. *Habeas corpus*. Recurso especial. 1. Nos chamados crimes societários, imprescindível que a denúncia descreva, pelo menos, o modo como os co-autores concorreram para o crime. 2. A invocação da condição de sócio, gerente, administrador, ou funcionário, sem a descrição de condutas específicas, não basta para viabilizar a peça acusatória, por impedir o pleno direito de defesa. 3. Recurso Especial conhecido, mas não provido. (STJ - Rec. Especial n. 247522 - São Paulo - Ac. 0010454-0/2000 - unân. - 5a. T. - Rel: Min. Edson Vidigal - j. em 05.03.2002 - Fonte: DJU I, 08.04.2002, pág. 259).

HOMICÍDIO CULPOSO - MORTE em virtude de complicações em procedimento anestésico - ANESTESISTA - Ausência injustificada da sala de cirurgia - NEGLIGÊNCIA - Caracterização - ART. 121/CP, § 4º

Homicídio culposo. Morte por complicações em procedimento anestésico. Negligência. - Comete o crime de homicídio culposo, com o aumento de pena previsto no § 4º do art. 121 do Código Penal, o médico que, depois de aplicar anestesia em paciente, ausenta-se injustificadamente da sala cirúrgica, vindo ele a falecer em decorrência da falta de vigilância de suas funções vitais. (TJ/DF - Ap. Criminal n. 20010750040360 - Ac. 152064 - unân. - 2a. T. Crim. - Rel: Des. Getulio Pinheiro - j. em 14.03.2002 - Fonte: DJU III, 24.04.2002, pág. 21).

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - QUALIFICADORA - Simultaneidade - Possibilidade

Homicídio qualificado e ao mesmo tempo privilegiado. Compatibilidade das duas modalidades. O privilégio pode, perfeitamente, concorrer com as qualificadoras objetivas do homicídio, não sendo permitido que se o faça com as subjetivas. O Conselho de Sentença não ultrapassando os limites das teses ofertadas pela acusação e a defesa, pode aconchegá-las sem que ocorra a manifestação contrária à prova dos autos para dar ensejo ao novo julgamento. (TJ/RJ - Ap. Criminal n. 2001.050.02701 - Ac. unân. - 8a. Câm. Crim. - Rel: Des. Liborni Siqueira - j. em 01.11.2001 - Fonte: DOERJ, 20.02.2002).

LATROCÍNIO - Chamada de CO-RÉUS - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - Caracterização

Crime contra o patrimônio - Latrocínio - Confissão extrajudicial - Chamada do co-réu - Reconhecimento efetuado pela vítima - Autoria e a materialidade comprovadas - Condenação mantida - Adequação da reprimenda. "O reconhecimento firme, escorreito e convicto do agente por testemunha presencial do crime, quando observadas as formalidades e modos procedimentais do artigo 226 do CPP, é prova suficiente para a condenação, especialmente se existem outros indícios nos autos que demonstram a autoria do crime pelo acusado. "A clássica chamada do co-réu que, implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz, principalmente quando acompanhada de indícios e circunstâncias confirmam o delito, constitui valioso elemento de prova (Apelação Criminal n. 99.008544-9, de São José, Relator: Des. Genésio Noll). (TJ/SC - Ap. Criminal n. 2001.016193-1 - Comarca de Balneário Camboriú - Ac. unân. - 2a. Câm. Crim. - Rel: Des. Torres Marques - Fonte: DJSC, 22.03.2002, pág. 14).

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - PENA-BASE fixada no mínimo legal - APLICAÇÃO de REGIME FECHADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - Caracterização

Processo penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstância atenuante. Causa de aumento. Compensação. Regime inicial do cumprimento da pena. CPP, art. 33, § 3º. 1. A menoridade não permite que a pena seja aplicada abaixo do mínimo legal, tampouco impede a aplicação de acréscimo relativo à causa especial de aumento. 2. A gravidade genérica do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado, sendo de rigor a observância dos critérios previstos no Código Penal, art. 59. 3. Configura constrangimento ilegal a fixação do regime inicial fechado, quando a dosagem da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, tendo sido consideradas todas as circunstâncias judiciais (CP, art. 59), no momento da fixação da pena-base, favoráveis ao réu. 4. Ordem de *Habeas Corpus* parcialmente deferida, para fixar o regime semi-aberto. (STJ - Rec. Ordinário em *Habeas Corpus* n. 12107 - São

Paulo - Ac. 0169818-6/2001 - unân. - 5a. T. - Rel: Min. Edson Vidigal - j. em 05.03.2002 - Fonte: DJU 1, 08.04.2002, pág. 233).

PRONÚNCIA - QUALIFICADORA - Subtração em sede de RECURSO - Impossibilidade

Recurso em sentido estrito - Sentença de pronúncia - Recurso que objetiva a extirpação das qualificadoras do motivo fútil e uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima - Impossibilidade - Indícios e dúvidas quanto a suas existências - Aplicação do princípio *in dubio pro societate* - Decisão mantida - Recurso desprovido. - Não se pode excluir a qualificadora do motivo fútil pelo simples fato dos autos noticiarem a existência de discussões anteriores entre acusado e vítima, isto porque, para sua averiguação, necessário auferir-se o grau e a intensidade de animosidade entre as partes e sua evolução até a eclosão do evento fatídico o que, caso não reste indubitável durante a instrução criminal, acarretará sua inclusão na pronúncia ante o princípio *in dubio pro societate*. - A existência de calorosa briga entre o acusado e vítima pode acarretar a expurgação da qualificadora da surpresa, entretanto, sua efetiva retirada dependerá da análise do contexto probatório acostado aos autos que, caso incidente lapso temporal entre o início das agressões mútuas e aquele em que a vítima, já fora do bar, dele retirando-se, vindo a aparecer o acusado de posse de arma de fogo, desferindo-lhe os tiros que ceifaram sua vida, gera uma dúvida quanto a previsibilidade da conduta do acusado que foi armar-se, passível de aplicação do princípio *in dubio pro societate* que acarreta a inserção da qualificadora em estudo na sentença de pronúncia e submissão de sua apreciação pelo Tribunal do Júri. (TJ/SC - Rev. Criminal n. 2001.020813-0 - Comarca de Gaspar - Ac. unân. - 2a. Câm. Crim. - Rel: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz - Fonte: DJSC, 22.03.2002, pág. 17).

QUALIFICADORA - PRONÚNCIA - Afastamento - Impossibilidade - MOTIVO FÚTIL - Existência de INDÍCIO

Recurso em sentido estrito - Homicídio qualificado - Motivo fútil - Pronúncia - Exclusão da qualificadora - Inconformismo do *parquet* - Presentes indícios do motivo fútil, a qualificadora deve permanecer e ser dirimida pelo conselho de sentença, sob pena de usurpação de competência máxima do *in dubio pro societate* recurso provido. - Para que a qualificadora seja admitida na pronúncia, faz-se necessário a presença de indícios e para que possa ser afastada exige-se prova cabal da improcedência. Isso porque, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se por um lado, a qualificadora exige, para a sua admissão na pronúncia, de indícios, por outro lado, a sua rejeição não pode decorrer de dúvida ou de falta de clareza quanto ao suporte fático. (REsp 120.109/GO, 5a. Turma, rel. Min. Felix Fischer, DJU 06.10.97, p. 50.029). (TJ/PR - Rec. em Sent. Estrito n. 110978-8 - Comarca de Maringá - Ac. 14009 - unân. - 1a. Câm. Crim. - Rel: Des. Oto Luiz Sponholz - j. em 22.08.2001 - Fonte: DJPR, 11.03.2002).

ACORDO COLETIVO - CONTRATO DE TRABALHO - FLEXIBILIZAÇÃO - LIMITE - SINDICATO-DEFESA do INTERESSE COLETIVO - ART. 8º/CF, III e VI

Acordo coletivo de trabalho. Flexibilização de direitos. Limites. A autonomia coletiva privada reflete-se como expressão da soberania democrática da assembléia, traduzindo a vontade do Conjunto de trabalhadores interessados na determinação das condições de seus contratos individuais de trabalho. A partir da deliberação da assembléia, cumpre ao sindicato a defesa dos interesses coletivos definidos (CF, arts. 8º, III e 9º), que não pode ser afastado das negociações coletivas (idem, art. 8º, VI). A convenção coletiva tem reconhecimento constitucional (CF, art. 7º, XXVI). Logo, a nulidade de cláusula convencionada, supõe, necessariamente, sua invocação por pessoa para tanto legitimada, apontando o prejuízo sofrido. (TRT/2a. Reg. - RO-20010019540 - Ac. 20020142107 - 8a. T. - Rel: Juiz José Carlos da Silva Arouca - Fonte: DOESP, 26.03.2002).

AUXÍLIO-ACIDENTE - TERMO INICIAL - APRESENTAÇÃO do LAUDO PERICIAL - REQUERIMENTO administrativo - Inexistência-

Previdenciário. Comunicação do acidente ao INSS. Auxílio-acidente. Termo inicial. Laudo pericial. I - O ajuizamento de ação acidentária prescinde da juntada da Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT pelo segurado, tendo em vista que tal medida é obrigação do empregador. (Precedentes). II - O termo inicial do auxílio-acidente, se não houve requerimento na via administrativa, é a data da apresentação em juízo do laudo pericial em que se constatou a doença. Recurso parcialmente provido. (STJ - Rec. Especial n. 402421 - São Paulo - Ac. 0000038-7/2002 - unân. - 5a. T. - Rel: Min. Felix Fischer - j. em 13.03.2002 - Fonte: DJU I, 08.04.2002, pág. 285).

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - PRORROGAÇÃO - AVERBAÇÃO no contrato - ANOTAÇÃO na CTPS - Desnecessidade - ART. 443/CLT - ART. 451/CLT

Contrato de experiência - Prorrogação escrita - Não-anotação da CTPS. Havendo termo escrito da prorrogação do contrato de experiência assinado pelas partes, é desnecessário exigir a sua anotação na CTPS. Segundo a melhor doutrina, provar a própria existência do contrato de experiência não exige a anotação na Carteira de Trabalho. Assim, com muito mais razão ainda, não seria exigível tal registro para comprovar sua prorrogação. Nesse sentido cabe mencionar os artigos 443 e 451 da CLT e outros precedentes do TST. Recurso de Revista conhecido e a que se nega provimento. (TST - RR-664434/2000 - 1a. Reg. - Ac. unân. - 5a. T. - Rel: Min. João Batista Brito Pereira - j. em 20.03.2002 - Fonte: DJU I, 26.04.2002).

DIÁRIA - PAGAMENTO - NATUREZA INDENIZATÓRIA-INTegração ao SALÁRIO - Não configuração

Diárias - Integração ao salário. As diárias, quando pagas na sua verdadeira natureza jurídica, de resarcimento

com despesas decorrentes do trabalho, não se integram ao salário, em face da natureza indenizatória e não salarial. O pagamento pelo valor médio das despesas não descharacteriza a natureza jurídica da parcela, pois visa tão-só facilitar a prestação de contas. (TRT/9a. Reg. - RO-09569/2001 - Vara do Trabalho de União da Vitória - Ac. 06448/2002 - unân. - 3a. T. - Rel: Juiz Roberto Dala Barba - Fonte: DJPR, 05.04.2002).

DONO DA OBRA - RESPONSABILIDADE - Não caracterização

Recurso de revista. Dono da obra. Responsabilidade pela satisfação do crédito obreiro. Divergência jurisprudencial comprovada. Provimento. Não poderá o dono da obra ser responsabilizado pela satisfação do crédito obreiro, a cargo do empreiteiro, o verdadeiro empregador do Reclamante. A empresa Reclamada, na condição de dona da obra, não executa qualquer atividade ligada ao ramo da construção civil ou da incorporação, ficando impedida a sua responsabilização. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR-418550/1998 - 1a. Reg. - Ac. unân. - 2a. T. - Rel: Juíza Maria de Assis Calising - conv. - j. em 03.04.2002 - Fonte: DJU I, 26.04.2002).

ESTABILIDADE - PERÍODO anterior à APOSENTADORIA - DESPEDIDA - JUSTA CAUSA - Ausência - INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA - Configuração

Estabilidade pré-aposentadoria. Dispensa sem justa causa obstativa à aquisição do direito. Presume-se obstativa a dispensa sem justa causa de trabalhador que está às vésperas da aquisição do direito à estabilidade convencional. Não se cogita de atribuir a dispensa apenas ao exercício do poder potestativo do empregador, tanto menos quando se trata de empregado de conduta irrepreensível, a quem faltam pouco mais de seis meses para implemento das condições para aquisição do direito à estabilidade prevista em norma coletiva. Configurada a criação de óbice, pelo empregador, impõe-se sua condenação em indenização substitutiva do período estabilizatório previsto convencionalmente. (TRT/9a. Reg. - RO-05312/2001 - 1a. Vara do Trabalho de Maringá - Ac. 06761/2002 - unân. - 2a. T. - Rel: Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu - Fonte: DJPR, 05.04.2002).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto da eminente Relatora, Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu, a seguinte lição: "O reclamante foi contratado em 02.01.70, e dispensado em 07.05.97, projetando o término do contrato de trabalho para 07.06.97, dada a integração do aviso prévio indenizado ao tempo de serviço, do que incontroversamente resultou em 27 anos, 05 meses e 06 dias de trabalho prestados exclusivamente ao mesmo empregador, no caso, o reclamado. Portanto, faltava aproximadamente 06 meses para que o reclamante adquirisse o direito à estabilidade no emprego (por 24 meses), até sua aposentadoria, o que representa menos de 10% do total da condição exigida pela norma convencional correspondente a 28 anos completos de trabalho para o mesmo empregador. Diante destas circunstâncias, não se pode admitir que o empregador

dispense o empregado sem sequer alegar algum motivo, até mesmo de ordem financeira ou econômica, que justifique tal a dispensa sem justa causa, sob pena de presumir-se que efetivamente visou obstar maliciosamente o implemento de condição necessária à aquisição de um direito, razão pela qual referida condição deve ser considerada satisfeita. Respaldo este entendimento citando o disposto no artigo 120 do Código Civil Brasileiro: Art. 120 do C.C.B.: "Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorece". Interpretação análoga permite o entendimento sufragado no verbete sumular nº 26 do TST, que presume obstativa à aquisição da estabilidade decenal a dispensa de empregado com nove anos de serviço, ou seja, para quem faltasse 10% do prazo estabelecido pela lei como condição para a aquisição do direito."

LICENÇA-PRÊMIO - INDENIZAÇÃO - Impossibilidade - NORMA COLETIVA - PREVISÃO - SUBSTITUIÇÃO - Possibilidade - ENUNCIADO 186/TST

Licença-prêmio. Indenização. Possibilidade. A teor do Enunciado nº 186 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a licença-prêmio não pode ser convertida em pecúnia salvo se expressamente admitida a conversão no regulamento da empresa. Adquirido o direito e obstado o seu gozo, havendo previsão expressa em norma coletiva de possibilidade de negociação em caso de demissões, faz jus o obreiro à percepção dos valores a referentes aos meses em que não houve prova da concessão do benefício. No caso concreto, todavia, ficou demonstrado que o Autor usufruiu regularmente das licenças-prêmio, não fazendo jus à indenização substitutiva. Recurso da Reclamada a que se dá provimento. (TRT/23a. Reg. - RO-0616.2001.000.23.00-4 - 3a. Vara do Trabalho de Cuiabá - Ac. 0209/2002 - unân. - TP - Rel: Juíza Maria Berenice Carvalho Castro Souza - j. em 05.02.2002 - Fonte: DJMT, 01.04.2002, pág. 34).

PENHORA - CRÉDITO FUTURO - VALIDADE - ART. 655/CPC

Penhora. Créditos futuros junto a terceiros. Validade do ato judicial em que se determina a penhora de créditos futuros perante terceiros. Possibilidade de penhora desses créditos, já que equivalente à penhora em dinheiro, restando obedecida pelo juízo da execução a ordem prevista no artigo 655 do Código de Processo Civil. Recurso a que se nega provimento. (TRT/23a. Reg. - AP-3087.2001.000.23.00-0 - 1a. Vara do Trabalho de Cuiabá - Ac. 0234/2002 - unân. - TP - Rel: Juíza Maria Berenice Carvalho Castro Souza - j. em 05.02.2002 - Fonte: DJMT, 01.04.2002, pág. 32).

PENSÃO POR MORTE - BENEFICIÁRIO - MAIORIDADE-Irrelevância-DECRETO 89312/84

Pensão por morte. Maioridade da beneficiária: irrelevância. Previdenciário, Pessoa designada. Pensão por morte do segurado. Irrelevância da maioridade da beneficiária. CLPS, art. 10, II, por exclusão. Honorários advocatícios. I - Falecido o segurado na vigência da CLPS, aprovada pelo Decreto 89.312/84, nada impede que a

beneficiária designada seja maior de 21 (vinte e um) anos, por inexistir limite etário, para beneficiária do sexo feminino, no art. 10, II da consolidação. II - Possível inscrição de dependente após óbito do segurado. CLPS/84, art. 14 § 1º. III - Conta bancária conjunta da autora com o segurado, indicação da autora como dependente do segurado na declaração do Imposto de Renda e comprovação de domicílio comum, são provas suficientes a demonstrar dependência econômica, justificadora do direito de pensão. IV - Honorários advocatícios que devem ser reduzidos para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, consoante a praxe da Turma. V - Apelação parcialmente provida (item IV). (TRF/1a. Reg. - AC n. 93.01.35405-5 - Minas Gerais - Ac. unân. - 2a. T. - Rel: Juiz Jirair Aram Meguerian - Fonte: DJU II, 15.03.2002).

PENSÃO POR MORTE - COTA - ALTERAÇÃO - BENEFÍCIO concedido antes da CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - Inaplicabilidade - LEI 8213/91, art. 144

Previdenciário. Pensão por morte. Cota familiar. Alteração. Lei nº 8.213/91, arts. 75a, e 144. Recurso especial. 1. Nos termos da Lei 8.213/91, art. 144, todos os benefícios de prestação continuada concedidos entre 05.10.88 e 05.04.91 devem ter sua renda mensal recalculada, inclusive a pensão por morte, para se adequarem ao disposto no art. 75, a, que majorou a cota familiar de 50% para 80%, mais tantas parcelas de 10% quantos forem os dependentes, até o máximo de dois. Determinação que não abrange as pensões por morte concedidas antes do advento da atual Constituição Federal. Precedentes. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 370030 - Paraná - Ac. 0136396-8/2001 - unân. - 5a. T. - Rel: Min. Edson Vidigal - j. em 05.03.2002 - Fonte: DJU I, 08.04.2002, pág. 275).

PERÍODO ELEITORAL - DESPEDIDA - Possibilidade - AVISO PRÉVIO - PROJEÇÃO - Casos políticos - Inadmissibilidade - LEI 9504/97, art. 73, V - ART. 5º/LICC

Dispensa em período eleitoral. Possibilidade. Com a projeção do aviso prévio, o reclamante entra no período em que o inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 vedava dispensas injustas. Entretanto, a referida norma tem de ser interpretada de acordo com sua finalidade social e com as exigências do bem comum (art. 5º da LICC), que indicam justamente a impossibilidade da dispensa em casos políticos, que não é a hipótese vertente. É possível, portanto, a dispensa. (TRT/2a. Reg. - RO-20010080591 - Ac. 20020109096 - 3a. T. - Rel: Juiz Sérgio Pinto Martins - Fonte: DOESP, 19.03.2002).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - EXECUÇÃO - BENS do primeiro EXECUTADO - Inadmissibilidade

Agravo de petição. Responsabilidade subsidiária. Execução sobre os bens da 2a. reclamada. É de se inacolher a pretensão do devedor subsidiário de que sejam executados primeiramente os bens da devedora principal, considerando que inexistem meios de se prosseguir a execução contra a 1a. reclamada, não tendo o 2º reclamado sequer esboçado iniciativa de indicar o paradeiro ou bens passíveis de

penhora da 1a. reclamada. Assim, passa-se a executar os bens do patrimônio do responsável subsidiário. (TRT/17a. Reg. - AP-535/2001 - Ac. 2738/2002 - 5a. Vara do Trabalho de Vitória - unân. - Rel: Juiz José Carlos Rizk - Fonte: DOTRT-17a. Reg., 02.04.2002).

SUCESSÃO TRABALHISTA - ESTABELECIMENTO-TRANSFERÊNCIA-EXEQÜENTE-Não comprovação - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - SUCESSOR - Não configuração - Empresas ativas

Sucessão. Não há falar em sucessão de empresas quando o exequente não comprova ter havido entre elas transferência de estabelecimento; principalmente se não houve a prestação de serviços para a suposta sucessora, e permanecem ambas ativas. (TRT/17a. Reg. - AP-1242/2001 - Ac. 2755/2002 - Vara do Trabalho de Colatina - unân. - Rel: Juíza Maria Francisca dos Santos Lacerda - Fonte: DOTRT-17a. Reg., 02.04.2002).

SUCESSÃO TRABALHISTA - BANCÁRIO - CONTRATO DE TRABALHO - RESCISÃO CONTRATUAL - RESPONSABILIDADE do sucessor-BANCO CENTRAL - INTERVENÇÃO - Irrelevância - ART. 10/CLT - ART. 448/CLT

Recurso de revista. Sucessão. Contrato de trabalho rescindido antes da negociação. A análise da questão está restrita à responsabilidade pelo crédito trabalhista originário do contrato de trabalho rescindido antes da sucessão de empregadores. É sabido da polêmica em torno das implicações da sucessão de empregadores de que tratam os artigos 10 e 448 da CLT, em relação ao empregado ou empregados dispensados antes da sua ocorrência. Malgrado os que dela excluem o sucessor, inspirados na literalidade dos preceitos legais - e aqui se encontram na contramão da interpretação teleológica -, que preside as regras de hermenêutica, é preciso enfatizar que a sucessão, no Direito do Trabalho, é considerada, segundo Evaristo de Moraes Filho, modalidade de assunção de débito e crédito, obrigatória por força de lei, na qual o sucessor subentra nas relações do sucedido, respondendo com seu patrimônio por todos os direitos trabalhistas pendentes. Por conta dessa sua marcante singularidade é que a responsabilidade do sucessor alcança indiferentemente os débitos provenientes dos contratos em vigor à época do trespasso da empresa e

aqueles alusivos aos contratos resilidos anteriormente. É que, de acordo com Evaristo de Moraes Filho, "as relações jurídicas passadas e presentes permanecem as mesmas, com todos os seus efeitos, pelo que os débitos constituídos antes da cessão, ao tempo do primitivo titular, passam para o patrimônio do novo titular" (in Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa, p. 254, vol. II). Sendo assim, é inegável o fato de ter o Banco HSBC sucedido ao Banco Bamerindus, tornando-se responsável incondicional pelos créditos devidos à recorrida, não obstante tenham sido contraídos à época em que trabalhara para o Banco Bamerindus. Recurso conhecido e desprovido. Lei nº 6024/74. Aplicação. A decretação de intervenção de entidade financeira não implica suspensão das ações na Justiça do Trabalho, tendo em vista o caráter privilegiado do crédito trabalhista, não se vislumbrando as ofensas aos arts. 6º e 18, letra d, da Lei nº 6024/74. Recurso não conhecido. Juros de Mora. A parte final do Enunciado nº 304 deste Tribunal estabelece que não incidem juros de mora sobre os débitos trabalhistas, em se tratando de empresas sujeitas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial. Recurso conhecido e provido. (TST - RR-577551/1999 - 9a. Reg. - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Min. Antônio José de Barros Levenhagen - j. em 13.03.2002 - Fonte: DJU I, 05.04.2002).

TRABALHADOR AVULSO - PORTUÁRIO - CONTRATAÇÃO de capataz - CADASTRO - Desnecessidade - LEI 8630/93 - LEI 9719/98

Administrativo. Trabalhador Portuário Avulso. Contratação para serviço de capatazia. Intervenção do OGMO. Desnecessidade. 1. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, anulando as penalidades impostas, pois a interpretação sistemática entre o art. 26 da Lei nº 8.630/93 e o art. 11 da Lei nº 9.719/98 é no sentido de que sejam contratados dentre os profissionais cadastrados apenas quando se trata de "estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício a prazo indeterminado"; tal exigência, portanto, não se aplica aos serviços de capatazia. 2. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF/4a. Reg. - Ap. em Mandado de Segurança n. 2001.70.00.013702-4 - Paraná - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler - j. em 12.03.2002 - Fonte: DJU II, 03.04.2002, pág. 541).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

ÁREA PÚBLICA - INVASÃO - CONSTRUÇÃO irregular - DEMOLIÇÃO - LEGALIDADE

Administrativo - Mandado de segurança - Invasão de área pública - Demolição - Ausência de direito líquido e certo - Legalidade do ato. 1. Sendo a área pública, a invasão ilegal e tendo o impetrante consciência de tais fatos, resta clara a ausência de direito líquido e certo a permanecer no local. 2. O ato que determina a demolição de barraco situado em invasão de área pública não possui qualquer vício de ilegalidade ou abuso de poder, constituindo-se em emanação do poder de polícia da administração pública. 3. Negou-se provimento. Unânime. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20000110181338 - Ac. 151723 -

unân. - 5a. T. Cív. - Rel: Des. Romeu Gonzaga Neiva - j. em 13.12.2001 - Fonte: DJU III, 30.04.2002, pág. 133).

CÂMARA MUNICIPAL - PRESTAÇÃO DE CONTAS-PREFEITO-Ausência de INTIMAÇÃO - Irrelevância - AMPLA DEFESA - ART. 5º/CF, XXXV e LV - CONTRADITÓRIO - Existência - PODER JUDICIÁRIO - REEXAME - Incabimento

Ação de anulação de ato jurídico. Prestação de contas do poder executivo municipal. Controle externo exercido pela câmara de vereadores com auxílio do Tribunal de Contas. Exegese do art. 5º, inc. XXXV e LV da CF. Improcedência. Decisão confirmada. 1. O julgamento das

contas do Poder Executivo Municipal, pela Câmara de Vereadores, com auxílio de parecer prévio do Tribunal de Contas Estadual, tem natureza política, fazendo-se mediante votação nominal de cada vereador, que apenas acolhe ou rejeita as contas. Com efeito, não há litígio, acusação formal nem a instauração de um processo administrativo disciplinar, na medida em que não se está julgando o Prefeito, mas as contas do Executivo Municipal. Deste modo, a falta de intimação do ex-prefeito, pela Câmara de Vereadores, antes da realização do julgamento político, sobretudo se o agente político teve assegurado o contraditório e a ampla defesa, quando da apreciação técnica das contas pelo Tribunal de Contas, não implica a violação do artigo 5º, inciso LV da CF. 2. Não cabe ao Judiciário reexaminar a decisão política da Câmara de Vereadores ou, mesmo, a conclusão técnica do Tribunal de Contas, mas apenas a regularidade formal do procedimento que culminou nessas deliberações, sob pena de invadir a competência constitucional atribuída ao Legislativo, infringindo o princípio da separação de poderes, contido no artigo 2º do Texto Constitucional. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0110967-5 - Comarca de Terra Boa - Ac. 20329 - unân. - 2a. Câm. Cív. - Rel: Des. Accácio Cambi - j. em 20.02.2002 - Fonte: DJPR, 04.03.2002).

CONSELHO PROFISSIONAL - ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS- INSCRIÇÃO - Desnecessidade

Administrativo. Conselho regional de administração. Registro. Administrador de imóveis - Desnecessidade da inscrição. As administradoras de imóveis não estão obrigadas a se registrarem nos Conselhos Regionais de Administração, por não exercerem função exclusiva de administrador. (TRF/4a. Reg. - Rem. Ex-Ofício em MS n. 2001.04.01.057884-9 - Rio Grande do Sul - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Des. Federal Amaury Chaves de Athayde - j. em 14.02.2002 - Fonte: DJU II, 13.03.2002, pág. 1009).

EXERCÍCIO DA PROFISSÃO - MÚSICO - ART. 5º/CF, III - ART. 170/CF - Ordem dos músicos - FISCALIZAÇÃO apenas sobre os profissionais diplomados - LEI 3857/60, art. 28

Administrativo. Ordem dos Músicos. Fiscalização profissional. 1 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendida as qualificações profissionais que a lei estabelecer. 2 - O legislador pode definir as profissões e ofícios que necessitam de qualificações profissionais, desde que haja razoabilidade na definição, sempre atendendo às exigências técnicas visando a proteção de bens como a vida, saúde, segurança, liberdade entre outros. 3 - Eventuais atos arbitrários praticados pela Ordem dos Músicos, como vício no exame de ingresso, maculam sua imagem, mas não conduzem à constitucionalidade da lei que a criou. 4 - Os músicos passíveis de fiscalização pelo Conselho são os músicos profissionais diplomados, que não apenas exercem a atividade de músico, mas atuam em atividades especiais, como magistério, ensino superior, maestro, dentre outros, para as quais a diplomação em curso superior é exigível. 5 - Músicos que atuam em segmentos para os quais a formação superior é dispensável não dependem de inscrição na Ordem dos Músicos, porquanto afronte ao

direito de liberdade de expressão. Inteligência do art. 5º, III e 170, ambos da Constituição Federal, combinado com o art. 28 da Lei nº 3857/60. 6 - Há razoabilidade na criação de um conselho de fiscalização profissional para os músicos na medida em que estes são agentes e promotores da cultura em diversos níveis de compreensão. 7 - Apelo e remessa oficial parcialmente providos. (TRF/4a. Reg. - Ap. Cível nº 2000.70.00.024200-9 - Paraná - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Juiz João Pedro Gebran Neto - j. em 07.02.2002 - Fonte: DJU II, 13.03.2002, pág. 989).

FGTS - CORREÇÃO do SALDO - EXTRATO - FORNECIMENTO pelo BANCO - Obrigatoriedade

Administrativo. Execução de sentença. Correção das contas vinculadas ao FGTS. Extratos. Responsabilidade pelo fornecimento. 1. Os bancos depositários são responsáveis pelo fornecimento dos extratos das contas vinculadas ao FGTS dos períodos anteriores à centralização na Caixa Econômica Federal, respondendo apenas por aquelas nas quais atuou como banco depositário. 2. Contudo, ressalvado o ponto de vista acima, ficou acordado entre os integrantes da 3a. Turma, que a CEF deve diligenciar para trazer aos autos os extratos, desde que os fundistas informem previamente o número da conta, qual o banco ou bancos e períodos em que tiveram depósitos junto ao FGTS. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 2001.04.01.063306-0 - Rio Grande do Sul - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler - j. em 23.10.2001 - Fonte: DJU II, 07.11.2001, pág. 775).

LICITAÇÃO - CONTRATO - PRORROGAÇÃO - Possibilidade - LEI 8666/93, art. 57 - Realização de pesquisa de mercado - Irrelevância

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação prorrogação de contrato. Pesquisa de preços de mercado. Possibilidade. Desconstituição do contrato. Descabimento do *mandamus*. A prorrogação do contrato de prestação de serviços pode ser realizada de acordo com o inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/93. A pesquisa de mercado realizada para tal finalidade não caracteriza licitação. Inexistindo processo licitatório, não há que se falar no preterimento de proposta mais vantajosa. Eventual irregularidade no contrato prorrogado não pode ser discutida em sede de mandado de segurança, porquanto inexistente direito líquido e certo de titularidade do impetrante. (TRF/4a. Reg. - Ap. em Mandado de Segurança n. 2000.04.01.089313-1 - Santa Catarina - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Juiz Eduardo Tonetto Picarelli - j. em 26.02.2002 - Fonte: DJU II, 03.04.2002, pág. 508).

SERVIDOR PÚBLICO - LICENÇA para concorrer a CARGO ELETIVO - VENCIMENTOS - Percepção da REMUNERAÇÃO integral - Possibilidade - LEI 6745/85, art. 76

Administrativo - Servidor público - Licença para concorrer a cargo eletivo - Direito à percepção dos vencimentos - Remuneração - Mandado de segurança - Efeitos pretéritos. Ao servidor público estadual que concorre a cargo eletivo é garantido direito à licença com remuneração integral (Lei 6.745/85, art. 76). Se impetrado o mandado de segurança quando já em curso a licença, os efeitos patrimoniais da concessão não retroagem para

alcançar “período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria” (STF, Súmula 271). (TJ/SC - Mand. de Segurança n. 2000.016780-0 - Comarca da Capital - Ac. unân. - Grupo de Câmara de Direito Público - Rel: Des. Newton Trisotto - Fonte: DJSC, 07.03.2002, pág. 17).

SERVIDOR PÚBLICO - LICENÇA-PRÊMIO - CONTAGEM em DOBRO - APOSENTADORIA - Cabimento - LEI 8.112/90

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público civil. Lei nº 8.112/90. Licença-prêmio. Contagem em dobro para aposentadoria. Emenda Constitucional nº 20/98. Os servidores celetistas que passaram a estatutários têm direito à contagem do tempo de serviço celetista para o cômputo de licença-prêmio. O servidor tem direito adquirido em proceder a contagem em dobro de licenças-prêmio, tendo em vista que implementou a condição indispesável à sua aquisição, na forma da Lei nº 8.112, de 1990, observada a legislação em vigor até 15 de outubro de 1996. A proibição de contagem fictícia de tempo de serviço contida na Emenda Constitucional nº 20/98, deve ser aplicada após a sua vigência, respeitando, dessa forma, o direito adquirido. (TRF/4a. Reg. - Ap. em Mandado de Segurança n. 2000.72.00.002567-2 - Santa Catarina - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Juiz Eduardo Tonetto Picarelli - j. em 26.02.2002 - Fonte: DJU II, 20.03.2002, pág. 1288).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Eduardo Tonetto Picarelli, a seguinte lição: “Quanto a contagem em dobro das licenças-prêmio

não gozadas para fins de aposentadoria, inobstante a Administração Pública sustentar a sua impossibilidade com base no parágrafo 10, do art. 40 da CF, acrescido pela Emenda Constitucional nº 20/98, analisando-se a matéria, resta claro que a própria Emenda determina a forma de proceder até o advento da nova lei, em relação ao tempo de contribuição a ser considerado para efeito de aposentadoria. Assim determina o Art. 4º da Emenda 20/98: ‘*Observado o disposto no art. 40, par. 10 da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição*’. Desta sorte, verifica-se o direito adquirido do impetrante em proceder a contagem em dobro de licenças-prêmio, tendo em vista que implementou a condição indispesável à sua aquisição, conforme garantia a legislação então em vigor.”

SERVIDOR PÚBLICO INATIVO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ISENÇÃO-EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98

Mandado de segurança - Servidores públicos inativos - Contribuição previdenciária - Isenção - EC 20/98 - Inconstitucionalidade. Com a promulgação da EC 20/98, os pensionistas e servidores inativos estão isentos do recolhimento da contribuição previdenciária. (TJ/SC - Mand. de Segurança n. 2001.005351-9 - Comarca da Capital - Ac. unân. - Grupo de Câmara de Direito Público - Rel: Des. Newton Trisotto - Fonte: DJSC, 07.03.2002, pág. 19).

TRIBUTÁRIO

AÇÃO CAUTELAR FISCAL - DEPÓSITO JUDICIAL - OPÇÃO pelo REFIS - LEVANTAMENTO do DEPÓSITO - LEI 9.964/2000, art. 3º

Depósito judicial: excesso de garantia. Processual Civil e Tributário. Ação cautelar fiscal. Depósito judicial. Excesso de garantia. Opção pelo Refis. Levantamento parcial da garantia. Impossibilidade. I - Afirma a Fazenda Nacional que ‘o apelado, nos cinco anos anteriores à propositura da presente ação cautelar, dedicou parte de seu esforço administrativo a executar um planejamento tributário que consistiu em transferir paulatina e continuamente - sob o manto de cisão - o seu ativo imobilizado (imóveis), seu patrimônio (resultados positivos da atividade), e, por fim, sua marca, para empresas criadas especialmente para esse fim e, bem assim, que os pagamentos efetuados em razão do Programa Refis, são de tal forma irrisórios, em relação ao seu débito, que não chegou nem mesmo a amortizar o valor dos juros acrescidos mensalmente. II - A opção pelo Refis não autoriza o levantamento de numerário depositado em garantia de ação cautelar fiscal, a teor do disposto no § 3º do art. 3º da Lei 9.964/2000, que determina ‘a manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal’ e, bem assim, do inciso IV do mesmo dispositivo legal que sujeita a pessoa jurídica optante pelo Refis à ‘aceitação plena e

irretratável de todas as condições estabelecidas’. Excesso de garantia não configurado. III - Agravo regimental desprovido.” (TRF/1a. Reg. - AgRegAC n. 2000.01.00.069736-3 - Minas Gerais - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Juiz Mário César Ribeiro - Fonte: DJU II, 28.02.2002).

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO - Alegação da PRESCRIÇÃO do CRÉDITO-SÓCIO - RETIRADA anterior à execução - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

1. Crédito tributário executado em época posterior a retirada do sócio. Ilegitimidade *ad causam* deste para postular a prescrição do referido crédito em favor da sociedade executada. 2. A prescrição intercorrente, por versar sobre direito patrimonial, não pode ser decretada de ofício, sendo seu reconhecimento vinculado a alegação da parte a quem aproveita. Referência Legislativa: Código Civil, artigos 162 e 166; Código de Processo Civil, artigos 3º, 6º, 128 e 219, § 5º; Código Tributário Nacional, artigo 134 e 174. (TJ/PR - Ap. Cível e Reexame Necessário n. 0114659-4 - Comarca de Uraí - Ac. 21468 - unân. - 1a. Câm. Cív. - Rel: Des. Ulysses Lopes - j. em 16.04.2002 - Fonte: DJPR, 29.04.2002).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO suscinta - NULIDADE - Não caracterização

Embargos à execução - Ação de execução fiscal -

ICMS não recolhido - Autuação - Divergência entre a mercadoria constante da documentação fiscal, apresentada à fiscalização, e a mercadoria efetivamente transportada - Impugnação administrativa formulada perante o conselho de contribuintes - Improcedência - Julgamento antecipado da lide e improcedência dos embargos - Apelação a que se nega provimento. Exarada em termos sucintos, objetivos e precisos, a sentença não padece de nulidade, por suposta falta de fundamentação, se ao relatório se seguiram as razões do convencimento do Julgador no sentido da improcedência dos embargos. Também não há falar em cerceamento de defesa quando, exauridos os meios de defesa, no âmbito administrativo, e opostos os embargos à execução fiscal, a embargante não se valeu da oportunidade de especificar e produzir prova idônea da alegada inexistência da obrigação fiscal consubstanciada na certidão de dívida ativa que instrui a inicial da execução embargada. (TJ/MG - Ap. Cível n. 243374-6/00 - Comarca de Contagem - 1a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Fonte: DJMG, 08.05.2002).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EX-SÓCIO - Não caracterização - ART. 135/CTN

Tributário. Embargos à execução fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Art. 135, inciso III, do CTN. Responsabilidade tributária. Ex-sócio. Ausência de prova de atuação com excesso de poderes ou de infração à lei. 1. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. 2. Nos termos do art. 135, inciso III, do CTN, os sócios-gerentes são responsáveis, por substituição, pelos débitos tributários da sociedade comercial, quando tenham agido com excesso de poderes ou com infração à lei ou estatuto. 3. Não havendo provas nos autos, inexiste a responsabilidade tributária do ex-sócio. 4. Agravo Regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 242532 - Minas Gerais - Ac. 0115664-5/1999 - unân. - 2a. T. - Rel: Min. Laurita Vaz - j. em 05.03.2002 - Fonte: DJU I, 08.04.2002, pág. 170).

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - DEPOSITÁRIO - PRISÃO CIVIL - Possibilidade - ART. 5º/CF, LXVII

Agravo de instrumento - Execução fiscal - Prisão civil do depositário dos bens penhorados. A Constituição Federal de 1988, no inciso LXVII de seu artigo 5º, autoriza a prisão civil do depositário infiel, e não parece ser possível afirmar, no estágio atual da jurisprudência, que alguma norma de tratado internacional subscrita, ratificada e vigente no Brasil, tenha derrogado na Constituição a regra da prisão civil do depositário infiel. (TJ/MG - Ag. de Instrumento n. 260976-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - 1a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Fonte: DJMG, 08.05.2002).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminentíssimo Relator, Des. Francisco Lopes de Albuquerque, a seguinte lição: "O sistema jurídico brasileiro, e a aplicação da lei brasileira, em particular, buscam haurir-se nas quatro fontes clássicas do Direito, que se citam, aqui, em ordem de primazia, embora nesta ou naquela circunstância uma fonte possa prevalecer em relação à outra: a lei escrita; a jurisprudência dos tribunais; a opinião da doutrina; e a

elaboração dos costumes. A Constituição, que se encontra no ápice de todas as fontes, tanto mais ainda prevalece em relação a todas as demais escritas, sejam de ordem internacional (convenções, tratados), sejam de ordem interna (lei complementar e lei ordinária, leis federais, estaduais e municipais, leis de caráter genérico - códigos de leis -, ou leis específicas). Acresce que, sendo a Constituição a Lei Maior do ordenamento jurídico, também se lhe reconhece atemporalidade, porque precede a todas as demais leis e tratados, independentemente do termo inicial de vigência de umas e outras, bem como prevalência em relação a todas as demais leis e tratados supervenientes à nova ordem constitucional. Na espécie contemplada neste agravo, sendo de 1966 e de 1969, respectivamente, os dois pactos internacionais invocados pela agravante sucumbiriam esses tratados se contrariassem o que dispõe, em 1988, a nova Constituição da República. E, se os atos de aprovação legislativa e de ratificação por decreto presidencial daqueles tratados se deram em 1992, reputar-se-iam inconstitucionais as respectivas normas que se revelassem infensas à Carta Magna. Ademais disso, força é convir que, no caso dos autos, não se trata de prisão por dívida em sentido próprio, pois a devedora é a agravante, e não o depositário."

ICMS-IMPORTAÇÃO-EQUIPAMENTO médico - LEASING - INCIDÊNCIA apenas quando da OPÇÃO de COMPRA - LEI COMPLEMENTAR 87/96, art. 3º

Apelação Cível. ICMS. Importação de equipamentos médicos mediante contrato de arrendamento mercantil (*leasing*). Não incidência do tributo, por inexistente circulação da mercadoria, já que, no *leasing*, enquanto não exercida a opção de compra, há apenas a locação do bem ao arrendatário, não fazendo dito bem parte do ativo fixo do mesmo nem se destinando ao consumo (art. 155, par. 2º, IX, a, da CF/88). Imposto que, nos termos da Lei Complementar n. 87/96, art. 3º, VIII, só será devido se exercida, efetivamente, a opção de compra do bem arrendado. Precedentes inúmeros deste E. Tribunal e do STJ. Recurso desprovido. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2001.001.03951 - Ac. unân. - 18a. Câm. Cív. - Rel: Des. Binato de Castro - j. em 06.11.2001 - Fonte: DOERJ, 14.02.2002).

IMPOSTO DE RENDA - EMPRESA RURAL - OMISSÃO de RECEITA - ARBITRAMENTO - Possibilidade

Imposto de Renda: omissão de receita. Tributário e Processual Civil. Imposto de Renda. Lucro arbitrado. Omissão de receita. Suprimento de caixa. Tributação das empresas rurais. Cerceamento de defesa afastado. I - Não se pode, em nome de uma verdade formal, preterir a busca da verdade material dos fatos, cabendo ao juiz inclusive a determinação de provas de ofício, a teor do art. 130 do CPC. Não cabe, entretanto, à vista do princípio do dispositivo, a produção de um meio de prova em contrariedade à manifestação da parte no processo. II - O arbitramento da receita, obedecidos o devido processo legal e os critérios normativos, é legítimo e tem cabimento sempre que comprovada, por qualquer meio de prova, a configuração de omissão de receita. III - Omissão de

receita não descaracterizada à míngua de meios de prova consistentes no sentido da demonstração da origem dos recursos e da efetividade da sua transferência do sócio para a pessoa jurídica, bem como da ocorrência de erro na aplicação de alíquota incidente na venda de imóveis pelas empresas rurais. IV - O fato de as propriedades da autora estarem situadas em área da Sudene não a torna titular de isenção do IR. V - Apelação improvida. (TRF/1a. Reg. - AC n. 96.01.29984-0 - Minas Gerais - Ac. unân. - 2a. T. Supl. - Rel: Juíza Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz - Fonte: DJU II, 11.03.2002).

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA-PREVIDÊNCIA PRIVADA - Matéria constitucional - ART. 150/CF, VI

Tributário. Entidades de previdência privada. Imunidade. Matéria constitucional. Impossibilidade de apreciação na via especial. 1. A questão referente à imunidade tributária das entidades de previdência privada é matéria que refoge ao âmbito do recurso especial, porquanto o tema é de cunho eminentemente constitucional. 2. Na espécie, o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, embora tenha considerado que a Agravante preenche os requisitos constantes do art. 14 do Código Tributário Nacional, entendeu que ela não faz jus à imunidade em face do disposto no art. 150, inciso VI, alínea *c*, da Constituição Federal. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n.

204340 - Pernambuco - Ac. 0015353-7/1999 - unân. - 2a. T. - Rel: Min. Laurita Vaz - j. em 26.02.2002 - Fonte: DJU I, 08.04.2002, pág. 168).

TRIBUTAÇÃO-APURAÇÃO do VALOR devido

- Inexistência de escrituração fiscal - ARBITRAMENTO - Possibilidade - ART. 150/CTN, § 6º

Arbitramento: incidência nas hipóteses onde inexiste escrita oficial. Tributário. Arbitramento. Técnica de apuração da tributação. Incidências nas hipóteses onde inexiste escrita fiscal independentemente da licitude da conduta do sujeito passivo. CTN, art. 148. Decreto 85.450/85, art. 399. Caráter de estrita legalidade da isenção. Constituição Federal, art. 150, § 6º. CTN, art. 97, VI c/c o art. 176. I - O arbitramento consiste em técnica fiscal de apuração da tributação sendo adequado não somente nas circunstâncias em que as informações do sujeito passivo não mereçam fé, mas também no caso de a escrita fiscal não existir em razão de caso fortuito ou força maior. II - A inexistência ou deficiência da escrita fiscal, ainda que em razão de fato inevitável e imprevisível, não se constitui em causa de isenção. A isenção requer lei em sentido formal, não autorizando a Teoria da Imprevisibilidade. III - Apelação provida. Remessa oficial prejudicada. (TRF/1a. Reg. - AC n. 96.01.12745-3 - Goiás - Ac. unân. - 2a. T. Supl. - Rel: Juíza Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz - Fonte: DJU II, 11.03.2002).

ELEITORAL

CAMPANHA ELEITORAL - SERVIDOR PÚBLICO - CESSÃO - CONDUTA vedada - LEI 9504/97, art. 73

Recurso Eleitoral. Conduta vedada aos agentes públicos em campanha eleitoral. Art. 73, inciso III, da Lei nº 9.504/97. Cessão de servidor público para prestar serviços em campanha eleitoral. Preliminar. Illegitimidade passiva do servidor público cedido, que não é agente da infração. Mérito. Insuficiência do conjunto probatório. Recurso não provido. (TRE/MG - Rec. Eleitoral n. 34722000 - Patos de Minas - MG - Ac. 59/2002 - unân. - Rel: Maria das Graças S. Albergaria S. Costa - j. em 22.02.2002 - Fonte: DJMG, 15.03.2002, pág. 77).

CRIME ELEITORAL-CORRUPÇÃO-DENÚNCIA - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - Possibilidade - LEI 9099/95

Crime eleitoral - Denúncia - Corrupção eleitoral (art. 299 CE) - Recebimento - Lei n. 9.099/1995 - Requisitos preenchidos - Suspensão condicional do processo. Recebe-se denúncia que descreve crime eleitoral em tese e vem sustentada em elementos contidos em inquérito policial. Preenchidos os requisitos legais exigidos e feita a proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público Eleitoral, deve ela ser formalizada, delegando-se a realização da audiência respectiva ao Juízo Eleitoral do local de domicílio do denunciado. (TRE/SC - Proc. Crime Eleitoral Originário n. 399 - Florianópolis - SC - Ac. 17200 - unân. - Rel: Genésio Noll - j. em 20.03.2002 - Fonte: DJSC, 01.04.2002, pág. 169).

CRIME ELEITORAL - PREFEITO - HABEAS CORPUS - FORO ESPECIAL - TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL- COMPETÊNCIA-ART. 29/CF, X - APLICAÇÃO analógica

Habeas corpus. Competência. Prerrogativa de foro especial assegurada aos prefeitos municipais, tendo em vista o disposto no inciso X do artigo 29 da Constituição da República, que estatui o julgamento dos prefeitos, por crimes comuns, perante os tribunais de justiça dos estados. Por analogia, consubstanciada em precedentes jurisprudenciais, em se tratando de crimes de cunho eleitoral praticados por prefeitos, é competente, originariamente, o Tribunal Regional Eleitoral. Inquéritos policiais instaurados a partir de comunicação de pessoa jamais localizada pela delegacia da polícia federal. Vício de ilegitimidade. Notícia-crime flagrantemente obscura. Fatos não comprovados, inexistindo, sequer, indícios. Ausência de justa causa a justificar o prosseguimento dos inquéritos. Concessão da segurança, determinando-se o arquivamento dos autos dos procedimentos. (TRE/RJ - *Habeas Corpus* n. 39 - São Gonçalo - RJ - Ac. 21817 - unân. - Rel: Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião - j. em 15.03.2002 - Fonte: DOERJ III, 22.03.2002, pág. 3).

DIREITO DE RESPOSTA - PREFEITO - CONCESSÃO de ENTREVISTA - EMISSORA DE RÁDIO - CONDENAÇÃO - DEFESA - Inexistência - EXTINÇÃO DO PROCESSO - LEI 9504/97, art. 45, § 2º

Pedido de direito de resposta. Veiculação de

entrevista concedida por prefeito municipal, através de emissora de rádio. Julgado procedente o pedido com condenação de radialista e prefeito em multa com fulcro no art. 45, § 2º da Lei nº 9504/97. Recursos. Imposição de multa a radialista e prefeito municipal pelo juízo *a quo* sem que fosse dada oportunidade para apresentar defesa. É nula a decisão quando se verificar que esta foi proferida sem conceder aos requeridos a possibilidade do contraditório e ampla defesa. Extinção do feito sem julgamento do mérito. (TRE/PR - Rec. Eleitoral n. 25420 - Assaí - PR - Ac. unân. - Rel: Joel Ilan Paciornik - j. em 10.12.2001 - Fonte: DJPR, 05.02.2002).

FILIAÇÃO PARTIDÁRIA - MILITAR - INATIVIDADE - Não inclusão na lista partidária - ERRO sanável

Filiação partidária de militar em situação de inatividade. Partido que deixou de incluir na lista o nome do filiado em tempo hábil por entender que o militar da ativa não necessitava se filiar um ano antes da eleição. Erro de fato. Situação de inatividade desconhecida do Partido. Erro sanável. Prova de filiação partidária. Recurso provido. Decisão unânime. (TRE/RJ - Rec. Eleitoral n. 2220 - Nilópolis - RJ - Ac. 21.812 - unân. - Rel: Marco Aurélio Bellizze Oliveira - j. em 11.03.2002 - Fonte: DOERJ III, 22.03.2002, pág. 3).

INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - CANDIDATO a PREFEITO - ABUSO DO PODER ECONÔMICO - CANDIDATO a VICE-PREFEITO - CITAÇÃO - Ausência - NULIDADE - Inexistência - LEI 9504/97

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Ação de investigação judicial eleitoral ajuizada contra candidato a prefeito. Abuso de poder econômico. Art. 41-a da Lei nº 9.504/97. Acórdão do TRE que extinguiu o processo por ausência de citação do vice-prefeito. Hipótese em que a ausência de citação de vice-prefeito, em ação de investigação judicial eleitoral ajuizada contra candidato a prefeito, para a apuração de abuso de poder econômico, não constitui nulidade apta a extinguir o processo sem o julgamento do mérito. Precedentes. Agravo improvido. (TSE - Rec. Especial Eleitoral n. 19342 - Barro - CE - Ac. 19342 - unân. - Rel: Min. Nelson Azevedo Jobim - j. em 04.04.2002 - Fonte: DJU I, 26.04.2002, pág. 184).

PROPAGANDA ELEITORAL - Adesivo colado em ÔNIBUS escolar - IRREGULARIDADE - MULTA - Cabimento - LEI 9504/97, art. 37

Representação - Veiculação de Propaganda Eleitoral em Ônibus Escolar - Vedaçāo - Irregularidade - Caracterização - Multa - Aplicação - Recurso Provido Parcialmente. A teor do disposto no art. 37 da Lei n. 9.504/1997, é vedada a afixação de adesivos de propaganda eleitoral em ônibus destinado ao transporte escolar, cabendo, via de consequência, a aplicação da multa prevista no § 1º do mesmo dispositivo caso haja a infração. (TRE/SC - Rec. em Representação n. 780 - São Domingos - SC - Ac. 17197 - unân. - Rel: Genésio Nolli - j. em 13.03.2002 - Fonte: DJSC, 19.03.2002, pág. 107).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Genésio Nolli, a seguinte lição: "A meu

ver, os veículos em questão, embora não utilizados exclusivamente para o transporte escolar, não estão eximidos da proibição legal. A exemplo dos ônibus e táxis, aos proprietários é vedado veicular propaganda eleitoral em forma de adesivos, seja ela colocada dentro ou fora dos veículos, durante o turno de trabalho ou mesmo quando utilizado o veículo para fins particulares. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, a jurisprudência desta Corte, consubstanciada no Acórdão n. 16.559 de 11.9.2000, Rel. Juíza Angela Regina da Cunha Leal, e no Acórdão n. 16.860 de 6.12.2000, Rel. Juiz Francisco Barreiros Fortes. A doutrina, com relação a ônibus e táxis, é pacífica nessa direção. Olivar Conegiani expressamente diz que adesivo em táxi. É proibido. O táxi é de uso comum e depende de concessão ou autorização do poder público. (Propaganda Eleitoral. 3a. ed, revista e ampliada de acordo com a Lei n. 9.504/1997. Curitiba: Juruá, 1998. pág. 248)."

PROPAGANDA PARTIDÁRIA - PROMOÇÃO pessoal - Caracterização - CASSAÇÃO de metade do tempo de propaganda destinado ao PARTIDO POLÍTICO - LEI 9504/97, art. 36

Propaganda partidária. Utilização parcial do espaço de propaganda partidária para simples promoção pessoal de filiado detentor de mandato eletivo, desvinculada de qualquer intuito de demonstração concreta do ideário político da agremiação, de transmissão de mensagens sobre atividades congressuais ou divulgação da posição do partido em relação a temas político-comunitários. Impossibilidade de cumulação da pena de multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97, em razão de propaganda eleitoral antecipada, ao final, não caracterizada. Precedentes do TSE. Procedência parcial da representação. Cassação de metade do tempo a que faria jus o partido representado para transmissão de propaganda partidária em rede estadual no Rio Grande do Norte, a ser imposta no primeiro semestre de 2003, em face da proibição de propaganda partidária no segundo semestre do ano da eleição (art. 36, § 2º, Lei nº 9.504/97). (TSE - Representação n. 338 - Natal - RN - Ac. 338 - unân. - Rel: Min. Jacy Garcia Vieira - j. em 19.02.2002 - Fonte: DJU I, 26.04.2002, pág. 184).

REPRESENTAÇÃO - REPORTAGEM publicada em dias diversos - LITISPENDÊNCIA - Não caracterização - RECURSO - PRAZO - CONTAGEM da INTIMAÇÃO - LEI 9504/97

Termo inicial do prazo previsto no art. 96, § 8º, da Lei nº 9.504/97. Representações versando sobre reportagens publicadas em dias diferentes. Ausência de litispêndencia. No caso de a decisão não ter sido publicada em cartório, conforme determina o art. 96, § 8º, da Lei nº 9.504/97, o prazo para a interposição de recurso começará a contar da efetiva intimação das partes. Não há litispêndencia em relação a representações versando sobre reportagens publicadas em dias diferentes, pois, por configurarem fatos diversos, a causa de pedir também é diferente. Recurso não conhecido. (TSE - Recurso Especial Eleitoral n. 18450 - Boa Vista - RR - Ac. 18450 - unân. - Rel: Min. Ellen Gracie Northfleet - j. em 19.02.2002 - Fonte: DJU I, 26.04.2002, pág. 184).

ATOS DO PODER LEGISLATIVO ALTERAÇÃO - LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

LEI N° 10.426, DE 24 DE ABRIL DE 2002

Altera a legislação tributária federal e dá outras providências.

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 16, de 2001, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Ramez Tebet, Presidente da Mesa do Congresso Nacional, para os efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Em relação ao estoque de ações existente em 31 de dezembro de 2001, fica facultado à pessoa física e à pessoa jurídica isenta ou sujeita ao regime de tributação de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, efetuar o pagamento do imposto de renda incidente sobre ganhos líquidos em operações realizadas no mercado à vista de bolsa de valores, sem alienar a ação, à alíquota de dez por cento.

§ 1º O imposto de que trata este artigo:

I - terá como base de cálculo a diferença positiva entre o preço médio ponderado da ação verificado na Bolsa de Valores de São Paulo, no mês de dezembro de 2001, ou no mês anterior mais próximo, caso não tenha havido negócios com a ação naquele mês, e o seu custo médio de aquisição;

II - será pago pelo contribuinte de forma definitiva, sem direito a qualquer restituição ou compensação, até 31 de janeiro de 2002;

III - abrangerá a totalidade de ações de uma mesma companhia, pertencentes à optante, por espécie e classe.

§ 2º O preço médio ponderado de que trata o § 1º:

I - constituirá o novo custo de aquisição, para efeito de apuração do imposto quando da efetiva alienação da ação;

II - será divulgado por meio de relação editada pela Secretaria da Receita Federal.

Art. 2º O disposto no art. 1º aplica-se também no caso de ações negociadas à vista em mercado de balcão organizado, mantido por entidade cujo objeto social seja análogo ao das bolsas de valores e que funcione sob a supervisão e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. A Secretaria da Receita Federal divulgará também relação contendo os preços das ações negociadas na entidade de que trata este artigo, que serão avaliadas pelo mesmo critério previsto no inciso I do § 1º do art. 1º.

Art. 3º As aplicações existentes em 31 de dezembro de 2001 nos fundos de investimento de que trata o § 6º do art. 28 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, com as alterações introduzidas pelos arts. 1º e 2º da Medida Provisória nº 2.189-49, de 23 de agosto de 2001, terão os respectivos rendimentos apropriados *pro rata tempore* até aquela data.

§ 1º No resgate de quotas referentes às aplicações de que trata este artigo serão observados

os seguintes procedimentos:

I - se o valor de aquisição, acrescido dos rendimentos apropriados até 31 de dezembro de 2001, for inferior ao valor de resgate, o imposto de renda devido será o resultado da soma das parcelas correspondentes a dez por cento dos rendimentos apropriados até aquela data e a vinte por cento dos rendimentos apropriados entre 1º de janeiro de 2002 e a data do resgate;

II - se o valor de aquisição, acrescido dos rendimentos apropriados até 31 de dezembro de 2001, for superior ao valor de resgate, a base de cálculo do imposto será a diferença positiva entre o valor de resgate e o valor de aquisição, sendo aplicada alíquota de dez por cento.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se também aos clubes de investimento que mantenham em suas carteiras percentual mínimo de sessenta e sete por cento de ações negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou de entidade referida no art. 2º.

Art. 4º Relativamente às entidades fechadas de previdência complementar optantes por regime especial de tributação, não serão consideradas, para fins de determinação do limite do valor do imposto de renda a ser pago, as contribuições extraordinárias da pessoa jurídica, relativas ao custeio de déficit de serviços passados, conforme dispuser o regulamento.

Art. 5º As entidades fechadas de previdência complementar ficam isentas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2002.

Art. 6º As perdas apuradas no resgate de quotas de fundo de investimento poderão ser compensadas com rendimentos auferidos em resgates ou incidências posteriores, no mesmo ou em outro fundo de investimento administrado pela mesma pessoa jurídica, desde que sujeitos à mesma alíquota do imposto de renda, observados os procedimentos definidos pela Secretaria da Receita Federal.

Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica e Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (Dirf), nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal, e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

II - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na DCTF, na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou na Dirf, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega destas

Declarações ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

III - de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas.

§ 1º Para efeito de aplicação das multas previstas nos incisos I e II do *caput*, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo originalmente fixado para a entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, da lavratura do auto de infração.

§ 2º Observado o disposto no § 3º, as multas serão reduzidas:

I - à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício;

II - a setenta e cinco por cento, se houver a apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I - R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de pessoa física, pessoa jurídica inativa e pessoa jurídica optante pelo regime de tributação previsto na Lei nº 9.317, de 1996;

II - R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

§ 4º Considerar-se-á não entregue a declaração que não atender às especificações técnicas estabelecidas pela Secretaria Receita Federal.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o sujeito passivo será intimado a apresentar nova declaração, no prazo de dez dias, contados da ciência à intimação, e sujeitar-se-á à multa prevista no inciso I do *caput*, observado o disposto nos §§ 1º a 3º.

Art. 8º Os serventuários da Justiça deverão informar as operações imobiliárias anotadas, averbadas, lavradas, matriculadas ou registradas nos Cartórios de Notas ou de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos sob sua responsabilidade, mediante a apresentação de Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI), em meio magnético, nos termos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1º A cada operação imobiliária corresponderá uma DOI, que deverá ser apresentada até o último dia útil do mês subsequente ao da anotação, averbação, lavratura, matrícula ou registro da respectiva operação, sujeitando-se o responsável, no caso de falta de apresentação, ou apresentação da declaração após o prazo fixado, à multa de 0,1% ao mês-calendário ou fração, sobre o valor da operação, limitada a um por cento, observado o disposto no inciso III do § 2º.

§ 2º A multa de que trata o § 1º:

I - terá como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo originalmente fixado para a entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, da lavratura do auto de infração;

II - será reduzida:

a) à metade, caso a declaração seja apresentada antes de qualquer procedimento de ofício;

b) a setenta e cinco por cento, caso a declaração seja apresentada no prazo fixado em intimação;

III - será de, no mínimo, R\$ 500,00 (quinhentos reais).

§ 3º O responsável que apresentar DOI com incorreções ou omissões será intimado a apresentar declaração retificadora, no prazo estabelecido pela Secretaria da Receita Federal, e sujeitar-se-á à multa de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por informação inexata, incompleta ou omitida, que será reduzida em cinquenta por cento, caso a

retificadora seja apresentada no prazo fixado.

Art. 9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, em 24 de abril de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

Senador RAMEZ TEBET

Presidente da Mesa do Congresso Nacional

(D.O.U, Seção I, de 25.4.2002, pág. 1).

TRIBUTAÇÃO - PLANOS DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIO

LEI N° 10.431, DE 24 DE ABRIL DE 2002

Dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário.

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 25, de 2001, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Ramez Tebet, Presidente da Mesa do Congresso Nacional, para os efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º A opção, pelo regime especial de tributação instituído pela Medida Provisória nº 2.222, de 4 de setembro de 2001, por entidade aberta ou fechada de previdência complementar, sociedade seguradora ou administrador do Fundo de Aposentadoria Programada Individual - FAPI, instituídos a partir de 1º de janeiro de 2002, quando efetivada no próprio ano-calendário de sua instituição, produzirá efeitos a partir do trimestre-calendário da opção até 31 de dezembro do referido ano-calendário.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, às hipóteses de instituições resultantes de cisão, total ou parcial, incorporação e fusão.

Art. 2º O regime especial de tributação de que trata o art. 2º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001:

I - relativamente aos planos assistenciais, alcança, exclusivamente, os vinculados às entidades fechadas de previdência complementar submetidos às normas estabelecidas no art. 76 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001;

II - terá o imposto ali referido imputado às provisões, reservas técnicas e fundos dos respectivos planos.

Parágrafo único. Os prazos de opção a que se referem o *caput* e o § 1º do art. 3º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, ficam prorrogados, relativamente ao último quadrimestre de 2001 e ao ano-calendário de 2002, para o último dia útil do mês de janeiro de 2002, produzindo efeitos, na hipótese do:

I - *caput*, para todo o ano calendário de 2002;

II - § 1º, para o período de 1º de setembro de 2001 a 31 de dezembro de 2002, observado o disposto no § 2º

daquele artigo.

Art. 3º O resultado negativo apurado em um trimestre-calendário, na forma do art. 2º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, poderá ser compensado nos trimestres-calendário seguintes, enquanto o optante estiver submetido ao regime especial de tributação.

Art. 4º Para efeito do disposto no § 3º do art. 2º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, quando houver transferência de participante de plano de benefícios de caráter previdenciário para outro plano da mesma espécie, operado pela mesma ou outra entidade, manter-se-á, para o participante transferido, como data de ingresso, aquela de sua admissão no plano original.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo:

I - não poderá haver qualquer disponibilidade de recursos para a pessoa jurídica patrocinadora ou instituidora, bem assim para o participante, nem mudança na titularidade do plano;

II - a transferência terá obrigatoriamente de ser efetuada entre planos operados por entidade aberta de previdência complementar ou por sociedade seguradora.

Art. 5º O disposto no art. 4º da Medida Provisória nº 16, de 27 de dezembro de 2001, aplica-se às entidades abertas de previdência complementar, na hipótese de migração ou transferência de planos oriundos de entidades fechadas de previdência complementar.

Art. 6º O pagamento ou parcelamento na forma do art. 5º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, alcança, inclusive, os débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, ajuizados ou a ajuizar, relativos:

I - a processos judiciais ajuizados até 31 de dezembro de 2001, com vencimento previsto, na legislação em vigor, até 31 de janeiro de 2002;

II - na hipótese de entidade fechada de previdência complementar, à Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e à Contribuição para a Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre a totalidade de suas bases de incidência, a serem determinadas na forma estabelecida pelos §§ 5º, 6º, inciso III, e 7º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, independentemente da data de ocorrência dos respectivos fatos geradores, observado o disposto no inciso I deste artigo e no § 3º do art. 5º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001.

Art. 7º A desistência de ações judiciais referida no § 1º do art. 5º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, alcança, obrigatoriamente, todas aquelas cujos débitos serão pagos ou parcelados na forma do referido artigo.

§ 1º Para os fins do disposto no *caput*, admitir-se-á a desistência parcial, desde que o débito correspondente possa ser distinguido daquele que se vincular à ação remanescente.

§ 2º O pedido de conversão em renda ao juiz do feito onde exista depósito com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito, ou garantir o juízo, equivale, para os fins do gozo do benefício, ao pagamento.

§ 3º O gozo do benefício e a correspondente baixa do débito envolvido pressupõe requerimento administrativo ao dirigente do órgão da Secretaria da Receita Federal ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional responsável pela sua administração, instruído com a prova do pagamento ou do pedido de conversão em renda.

§ 4º No caso do § 2º, a baixa do débito envolvido

pressupõe, além do cumprimento do disposto no § 3º, a efetiva conversão em renda da União dos valores depositados.

§ 5º Se o débito estiver parcialmente solvido ou em regime de parcelamento, aplicar-se-á o benefício previsto neste artigo somente sobre o valor consolidado remanescente.

§ 6º O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas, nem compensação de dívidas.

§ 7º As execuções judiciais para cobrança de créditos da Fazenda Nacional não se suspendem, nem se interrompem, em virtude do disposto neste artigo.

Art. 8º Deverão, também, ser objeto de desistência os processos administrativo-fiscais, instaurado nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, relativos a débitos a serem pagos ou parcelados na forma do art. 5º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, observadas as condições estabelecidas em seu § 1º, bem assim, no que couber, o disposto no art. 7º desta Lei.

Art. 9º As desistências referidas nos arts. 7º e 8º poderão ser formalizadas até o último dia útil do mês de fevereiro de 2002, desde que efetuado o pagamento integral ou da primeira parcela no prazo estabelecido no caput do art. 5º da Medida Provisória no 2.222, de 2001.

Art. 10 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, em 24 de abril de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

Senador RAMEZ TEBET

Presidente da Mesa do Congresso Nacional

(D.O.U, Seção I, de 25.4.2002, pág.22).

INFRAÇÕES PENais - ART. 144/CF, § 1º, I

LEI N° 10.446, DE 8 DE MAIO DE 2002

Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição.

OPRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

I - seqüestro, cárcere privado e extorsão mediante seqüestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;

II - formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e

III - relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e

IV - furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação.

Parágrafo único. Atendidos os pressupostos do *caput*, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 8 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Miguel Reale Júnior

(D.O.U, Seção I, de 9.5.2002, pág. 2).

ALTERAÇÃO - LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

LEI N° 10.451, DE 10 DE MAIO DE 2002 *

Altera a legislação tributária federal e dá outras providências.

(D.O.U, Seção I, de 13.5.2002, pág. 1).

ART. 69 - LEI 9099/95 - ALTERAÇÃO

LEI N° 10.455, DE 13 DE MAIO DE 2002

Mensagem de veto que modifica o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 69 (...)

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima."(NR)

Art. 2º (VETADO)

Brasília, 13 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Miguel Reale Júnior

(D.O.U, Seção I, de 14.5.2002, pág. 4).

INFORMAÇÕES - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PARTIDOS POLÍTICOS

DECRETO N° 4.199, DE 16 DE ABRIL DE 2002

Dispõe sobre a prestação de informações institucionais relativas à Administração Pública Federal a partidos políticos, coligações e candidatos à Presidência da República até a data da divulgação oficial do resultado final das eleições.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a prestação de informações institucionais relativas à Administração Pública Federal a partidos políticos, coligações e candidatos à Presidência da República até a data de divulgação oficial do resultado final das eleições.

Art. 2º Qualquer solicitação de informações

institucionais relativas à Administração Pública Federal poderá ser feita por partido político ou coligação.

§ 1º Após a escolha de candidato a que se refere o art. 8º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, as informações relativas à Administração Pública Federal do interesse de partido político ou coligação com candidato à Presidência da República deverão ser formalizadas pelo candidato registrado do partido ou coligação.

§ 2º Na hipótese do § 1º, qualquer que seja a natureza da informação pleiteada, as solicitações deverão ser requeridas por escrito ao Secretário-Executivo da Casa Civil da Presidência da República.

§ 3º O Secretário-Executivo da Casa Civil da Presidência da República poderá requisitar a órgão, entidade ou servidor os dados necessários à satisfação da solicitação.

§ 4º O órgão, a entidade ou o servidor instado a se manifestar deverá fazê-lo no prazo de dez dias, salvo determinação diversa do Secretário-Executivo da Casa Civil da Presidência da República.

Art. 3º As informações serão prestadas por escrito no prazo máximo de quinze dias, contados da data de protocolo da solicitação.

Art. 4º As informações serão prestadas a teor de critérios estabelecidos pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

§ 1º Informações e dados estatísticos de domínio público constantes de estudos já finalizados poderão ser prestados a qualquer tempo.

§ 2º Em nenhuma hipótese, serão prestadas informações relativas a segredo de Estado ou protegidas por sigilo bancário, fiscal ou de justiça.

Art. 5º Poderá ser constituído, no âmbito da Secretaria-Executiva da Casa Civil da Presidência da República, grupo de trabalho destinado à consecução do disposto neste Decreto.

Art. 6º Quaisquer dúvidas no cumprimento deste Decreto serão dirimidas pelo Secretário-Executivo da Casa Civil da Presidência da República.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília, 16 de abril de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Parente

(D.O.U, Seção I, de 17.4.2002, pág. 2).

ATOS DO PODER EXECUTIVO

DÉBITOS TRIBUTÁRIOS - PARCELAMENTO

MEDIDA PROVISÓRIA N° 38, DE 14 DE MAIO DE 2002

Dispõe sobre o parcelamento de débitos tributários de Estados, do Distrito Federal, de Municípios e de empresas públicas e privadas em processo de falência ou de liquidação, institui regime especial de parcelamento da contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, restabelece prazos para pagamento de débitos tributários, inclusive do imposto de renda incidente sobre lucro inflacionário, concede benefícios fiscais à instalação, ampliação ou modernização de unidades industriais e tratamento tributário isonômico entre produção nacional e a importação de papel-jornal, altera a legislação aduaneira e a relativa à cobrança de direitos antidumping e compensatórios, e dá outras providências.

(D.O.U, Seção I, de 15.5.2002, pág. 4).

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A UNIÃO ESTÁVEL E O DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS

Thaís Helena Alves Rossa

Bacharel em Direito e pesquisadora da Revista Bonijuris.

Apesar das grandes modificações ideológicas verificadas na contemporaneidade, a unidade familiar ainda pode ser entendida no contexto social como um de seus pilares fundamentais.

Porém, não se pode deixar de considerar que, na medida em que houve a evolução dos padrões morais e um maior desapego às formalidades excessivas, as causas que se encontram na “base da formação de relações familiares fora do modelo estruturado pela organização estatal e pela Igreja”¹ deixaram de consistir tão-somente no casamento segundo os moldes já preconizados.

Por consequência lógica, a união estável ocorrida entre um homem e uma mulher sem a constituição de regular matrimônio começou a ser enxergada como opção de vida e não mais como mera infringência de regras sociais.

Aliás, referida situação de convivência passou a ser tão comumente verificada, que serviu (e serve) de alternativa, não só àquelas pessoas solteiras que não dão valor à instituição legal do casamento, mas também àquelas que já vieram de um casamento legal mal sucedido, desfeito judicialmente, e que passaram a conviver maritalmente com alguém solteiro (ou também separado judicialmente ou mesmo divorciado), sem a devida regularização do seu novo estado matrimonial.

De sua parte, a ordem jurídica também não poderia se manter alheia a essa realidade, pois, conforme ressalta Iara de Toledo Fernandes, valendo-se das palavras de Virgílio de Sá Pereira, “a família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza. Quando um homem e uma mulher se reúnem sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, ali está uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural”².

Diante dessa realidade fática, o constituinte originário buscou tutelar a união estável e, assim, o artigo 226, § 3º da Carta Magna determinou que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Posteriormente, com o fito de regulamentar o dispositivo constitucional, foram editadas as primeiras normas específicas acerca do tema, e, desta feita, com o advento das Leis 8971/94 e 9278/96 restou assegurado o reconhecimento da união estável pela lei, bem como o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão.

Entretanto, para que determinada situação de convivência enquadre-se nos parâmetros delineados pela lei e goze, assim, de suas prerrogativas, é mister que se atente para determinados requisitos, a saber:

“1. Convivência *more uxorio* - esta convivência será constituída pelo aspecto material de coexistência diária desenvolvida habitualmente pelos laços do casamento.

2. Ausência de toda formalidade - a constituição da união livre depende exclusivamente da vontade e do mútuo consentimento dos companheiros, que se presume continuamente renovado pelo requisito, também, exigido, da coabitacão.

3. Cumprimento voluntário dos deveres matrimoniais. O dever de fidelidade - a convivência *more uxorio* -, deve estar fundamentada em um dever moral de fidelidade mútua, com a mesma responsabilidade espiritual e interna dos cônjuges no casamento. Mas, não se lhe confere caráter obrigatório, mas, apenas, para os efeitos de atribuir consequências jurídicas

concretas.

4. Comunidade de vida - se a convivência há de ser como a dos cônjuges, não pode ser exigido, em boa lógica, mais aos companheiros do que aos esposos.

5. Comunidade de vida estável e duradoura - deve ser fixado um prazo como índice de estabilidade das uniões livres.

6. Heterossexualidade - a união livre deve ser entre o homem e a mulher.

7. Relação monogâmica - deve ser excluída a relação extramatrimonial que seja simultânea ao casamento, salvo se este estiver desfeito ou em estado de separação, inexigível em tais casos o dever de fidelidade.

8. Relação sexual - esta converte a mera convivência em união livre, qualquer que seja o tempo em que aquela tenha sido realizada. Os conviventes que por qualquer motivo, não possam continuar mantendo o contato sexual iniciado, mas continuem vivendo juntos não devem ser excluídos.

9. Procriação - não pode negar-se que a filiação aperfeiçoa e estabiliza a união livre. Porém, o essencial é a relação dos conviventes, independentemente da existência ou não de filhos.

10. Idade - para que os conviventes desenvolvam espontaneamente os deveres de fidelidade e ajuda mútua, e até mesmo para um definitivo desenvolvimento sexual, deve ser fixada uma idade mínima que coincida, quando menos, com a maioridade dos conviventes no momento de iniciar-se a relação.

11. Affectio: portal deve entender-se a amizade autêntica, o afeto recíproco entre os companheiros, a origem espontânea da solidariedade e responsabilidade dos conviventes. Vem a ser, de fato, a causa primeira da união extramatrimonial e, assim, o resto dos requisitos analisados não são mais do que suas consequências. Representa o fundamento último das uniões livres, sem o qual elas não poderiam sobreviver.”³

Desta forma, fora das condições acima, ao menos em tese, não se admite a existência da união estável para efeito de fruição dos benefícios previstos em legislação.

Mais especificamente no que tange ao dever de prestar alimentos, destaque-se que este decorre essencialmente do dever de caridade e solidariedade, consistente na assistência e socorro, resultante do vínculo familiar, pois se a Constituição passou a considerar o concubinato como entidade familiar, não há porque este dever de solidariedade não atuar igualmente entre os concubinos.

Por tal motivo, antes mesmo da vigência da legislação ordinária atinente, alguns tribunais pátrios, por entenderem pela cogência e aplicabilidade imediata do artigo 226, §3º, decidiram pela concessão dos alimentos em caso de união estável. Veja-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prolatada no ano de 1990:

Alimentos a concubina. Com o advento da nova carta constitucional, que deferiu a união estável proteção estatal, comprovada sua existência, exsurge a obrigação alimentar entre ambos. Recurso provido, por maioria. (Apelação Cível nº 590069308, 8a. Câmara Cível, TJRS, Relator: Desa. Maria Berenice Dias, julg. em 20/12/90)

Por outro lado, diverso foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao julgar questão semelhante, à mesma época:

Ação de alimentos, baseada no art. 226 da Constituição Federal. Extinção do processo, sem exame do mérito. Decisão

correta, pois a união concubinária não gera direito a alimentos. (Apelação Cível nº 1990.001.03099, 2a. Câmara Cível, TJRJ, Relator: Des. Rebello de Mendonça, julg. em 20/11/1990)

No que pertine à prova hábil para a demonstração da existência da união estável e à possibilidade jurídica do pleito de alimentos provisórios, muito embora parte da doutrina entenda que, consoante os termos da Lei 9279/96, “sempre que possível, o credor deve apresentar documento comprobatório da união, (...) nem devendo se argumentar da possibilidade da prova unicamente testemunhal (...)”⁴, e que não se mostra cabível qualquer justificação prévia, devendo ser observado o rito ordinário, encontram-se na jurisprudência entendimentos contrários:

*Direito Administrativo - Mandado de Segurança - Pensão militar - Companheira - 1. Impetração que visa ato do Tribunal de Contas do Distrito Federal que recusou registro de pensão da impetrante e determinou o seu cancelamento - Legitimidade passiva das autoridades impetradas do Tribunal para responderem ao mandamus - 2. Mérito - Bombeiro-Militar solteiro que, ao falecer, não deixa beneficiários (parágrafo terceiro, art. 69, Lei 6.022/74) - Companheira que, através de justificação judicial (arts. 861 e 866, CPC) comprova a existência de convivência *more uxorio* mantida com o militar falecido durante quatorze anos - Ao dispor o parágrafo terceiro do art. 55 da Lei 8.213/91, que a justificação judicial só produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, dirige-se à própria Lei 8.213/91, que rege os Planos de Benefícios da Previdência Social - Inaplicabilidade à relação jurídica funcional, dos bombeiros-militares, que se rege por legislação própria - A Lei número 3.765/90, no seu art. primeiro, dispõe que a pensão militar defere-se à viúva, mas o art. primeiro da Lei número 8.971/94, reza que a companheira comprovada de um homem solteiro, que com ele viva há mais de cinco anos, poderá valer-se do disposto na Lei número 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove necessidade - Direito reconhecido a alimentos, mas o art. segundo dispõe sobre a participação da companheira na sucessão do companheiro, especificando os casos do direito, que pode chegar à totalidade da herança - O parágrafo terceiro do art. 226 da CF assegura proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher - O art. 51, parágrafo segundo, letra i, da Lei 7.479/86, considera como dependente do bombeiro-militar “a companheira, desde que viva, no mínimo há cinco anos, sob a sua exclusiva dependência econômica, comprovada mediante justificação judicial” - Direito líquido e certo da impetrante ao recebimento da pensão - Segurança concedida - Maioria. (Mandado de Segurança nº 615995, Conselho Especial, TJDF, Relator: Des. Campos Amaral, julg. em 18/06/1996)*

Outrossim, cabe mencionar a falta de clareza da Lei 9278/96, que, ao tratar do conceito jurídico de união estável, valeu-se da expressão “convivência duradoura”, noção esta de caráter eminentemente subjetivo.

Também, ao dispor acerca das circunstâncias em que ocorre sua dissolução, apesar de ter sido empregado o vocábulo rescisão (artigo 7º, *caput*), não restou especificado qual o contrato a ser celebrado entre os conviventes, apto a estabelecer o marco inicial ou final de uma união estável.

A título de ilustração, veja-se a dissonância de posicionamentos dos tribunais relativamente aos critérios adotados quanto à formação e extinção do concubinato e mesmo quanto à conceituação do instituto:

UNIÃO ESTÁVEL - NÃO RECONHECIMENTO - PARA QUE CONFIGURADA A UNIÃO ESTÁVEL SE IMPÕE A DEMONSTRAÇÃO DE PRESSUPOSTOS LEGAIS - É necessária a comprovação da convivência pública, duradoura, contínua que vem demonstrada pela continuidade da relação, exclusividade e publicidade da relação, relacionamento sexual e fidelidade recíproca rumo a formação de uma família - Art. 1º da Lei nº 9.278/96 - Pretensão indenizatória. O não reconhecimento da união estável implica afastamento da pretensão indenizatória

“(...) cabe mencionar a falta de clareza da Lei 9278/96, que, ao tratar do conceito jurídico de união estável, valeu-se da expressão “convivência duradoura”, noção esta de caráter eminentemente subjetivo.”

decorrente dos serviços prestados pela autora. Apelação improvida. (Apelação Cível. Ac. 599006376, 2a. Câmara Cível de Férias, TJRS, Relator: Des. Jorge Luís Dallagnol, julg. em 20.04.1999)

JUSTIFICAÇÃO PARA RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUBINOS - ALIMENTOS - UNIÃO ESTÁVEL - INEXISTÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - Inexistência de união concubinária estável, uma vez que a prova não revela a existência de vida em comum. Incomprovada qualquer forma de participação na formação do patrimônio do réu. Recurso provido. (TJRJ - AC. 4987/96 - (Reg. 221196) - Cód. 96.001.04987 - 2a. C. Cív. - Rel. Des. Roberto Wider - j. 08.10.1996)

AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO E PARTILHA DE BENS - ALIMENTOS PROVISÓRIOS FIXADOS EM FAVOR DA EX-COMPANHEIRA - POSSIBILIDADE - EXEGESE DO ARTIGO 7º, DA LEI Nº 9.278/96 - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO - “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos” (art. 7º, da Lei nº 9.278/96). (TJSC - AI 98.013201-0 - SC - 3a. C. Cív. Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra - j. 17.11.1998)

Evidentemente, na falta de uma redação transparente da lei, os magistrados obrigam-se a supri-la de alguma forma. Oportuno aqui, os comentários de Ney da Fontoura Bocanera⁵: “por consequência, a pobreza de técnica legiferante do novo texto legal vem de transferir a responsabilidade de apreciação de todas as lacunas e a vaguidade de expressões cometidas pelo legislador para o juiz, o qual, por sua vez, decidirá subjetivamente com a liberdade de sua própria consciência, segundo lhe confere a lei”.

Assim sendo, além de registro da crítica à falta de critérios objetivos existentes nas Leis 8971/94 e 9278/96, evidencia-se a necessidade de uma complementação do texto legal, com vistas a dirimir as contradições doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao tema.

Por fim, ressalte-se que a correção da legislação regulamentar interessa a toda a coletividade que almeja um sistema constitucional efetivo e, principalmente, aos que se encontram em situação de união estável e necessitam por algum meio comprová-la para fazer jus à percepção dos alimentos.

NOTAS

1 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, trad. de Maria Cristina de Cicco, 1.ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 253.

2 FERNANDES, Iara de Toledo. União estável: aspectos cívicos e processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 95, pág. 103-118, jul./set. 1999.

3 PINTO, Antonio Henrique de Carvalho. *Como caracterizar a união estável entre o homem e a mulher, não casados legalmente, para garantir a ambos os efeitos legais do casamento*, retirado do site: www.wmulher.com.br.

4 BRUM, Jander Maurício. *Comentários à lei de alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, pág. 73.

5 BOCCANERA, Ney da Fontoura. A indefinição da lei do concubinato. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, pág. 233-235, jul./set. 1996.

EVENTOS/NOTÍCIAS

PREVIDÊNCIA SOCIAL, ENTENDA A NOVA LEGISLAÇÃO

Data: 4 de junho/2002 - Rio de Janeiro/RJ

7 de junho/2002 - Porto Alegre/RS

28 de junho/2002 - Recife/PE

Local: Diversos, conforme o local onde se realiza

Informações: Mission Desenvolvimento Profissional - <http://www.mission.com.br> - Toll Free: 0800 14 30 40

Contato: Tel.: (0xx11) 3067.6700 - Fax: 0800143041

telemarketing@mission.com.br

contemporáneo, La moderna problemática de los sujetos del Derecho del Trabajo, Régimen jurídico del sistema multilateral de comercio, Propiedad industrial, Problemas actuales del Derecho Tributario, Derecho actual de la empresa, Derecho del autor y derechos conexos, El ambiente como función del derecho. Para mais informações: Dra. Andrea Triolo, Coordenadora Acadêmica da área de Cursos Intensivos, Universidade de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Posgrado. Tel/fax: (54 11) 4809.5610 - cursopos@fder.uba.ar - www.fder.uba.ar.

TERCEIRIZAÇÃO - COMO EVITAR RISCOS E PROBLEMAS LEGAIS

Local: Grande Hotel Ca'D'oro

Rua Augusta, 129 - Bela Vista - São Paulo - SP

Data: 25 de junho de 2002

Promoção: Academia de Desenvolvimento Profissional e Organizacional

Informações: (11) 3031 6777 ou pelo e-mail: adpo@adpo.com.br.

IFÓRUM BRASILEIRO SOBRE A REFORMA DO ESTADO

Local: Centro de Convenções do Pestana Carlton Bahia Hotel - Salvador/BA

Data: de 15 a 17 de agosto de 2002

Contato: Tel.: (71) 264-1000 - Fax: (71) 264-9592

E-mail: moinhodeeventos@hotmail.com

METODOLOGIA DO ENSINO JURÍDICO

Data: 17 de agosto de 2002

Local: Av. Vereador José Diniz, n. 2088, Brooklyn Paulista, São Paulo/SP

Promoção: Instituto Internacional de Direito.

Informações: Tel.: (11) 5542 1303 / 5561 3473

NOVO CÓDIGO CIVIL - CURSO DE ATUALIZAÇÃO - MÓDULO V - DIREITO EMPRESARIAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Data: 24 e 31 de agosto de 2002

Instituição: Instituto Internacional de Direito.

Local: Av. Vereador José Diniz, n. 2088, Brooklyn Paulista, São Paulo/SP.

Informações: Tel.: (11) 5542 1303 / 5561 3473

XXI JORNADAS DEL INSTITUTO LATINO AMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO - ILADT

Local: Gênova - Itália

Data: 2 a 6 de setembro de 2002

Contato: Anna Nicolini, tel.: ++39 010 8318871, fax ++39 010

E-mail: studioge@uckmar.com

NORMAS EDITORIAIS PARA ENCAMINHAMENTO DE ARTIGOS À REVISTA

1. As opiniões emitidas nos artigos não refletem, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial da Revista, sendo de exclusiva responsabilidade de seus autores.

2. A remessa e o recebimento de matérias não implicam a obrigatoriedade de publicação.

3. Dá-se preferência a trabalhos inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, seminários, palestras, etc.).

4. Solicita-se que o autor envie os artigos por e-mail ou por disquete de computador, em arquivo Word, onde conste também sua qualificação profissional/acadêmica e endereço.

Endereço para correspondência:

Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris

Rua XV de novembro, 575 - 6º and. - CEP 80020-310 - Curitiba - PR

Fone-fax: (41) 322-3835 - e-mail: juridico@bonijuris.com.br

Para anunciar seu produto, serviço ou publicação entre em contato conosco.

Fone-fax: (41) 323-4020 ou e-mail: bonijuris@bonijuris.com.br

CONHEÇA A MANEIRA MAIS FÁCIL DE CONSULTAR TEXTOS JURÍDICOS E OBTER INFORMAÇÕES ATUALIZADAS.

REVISTA BONIJURIS

BONIJURIS

- Doutrina
- Jurisprudência Selecionada
- Legislação Recente
- Acórdãos na Íntegra

DIREITO

- Administrativo e Constitucional
- Civil e Comercial
- Eleitoral
- Imobiliário
- Penal e Processual Penal
- Processual Civil
- Trabalho e Previdenciário
- Tributário

TODOS OS BANCOS DE DADOS
ESTÃO ORGANIZADOS POR ÁREAS,
SENDO POSSÍVEL PESQUISAR
POR CADA ÁREA.

DOCTRINA

DOCTRINA

- Administrativo e Constitucional
- Civil e Comercial
- Eleitoral
- Imobiliário
- Penal e Processual Penal
- Processual Civil
- Trabalho e Previdenciário
- Tributário

TODAS AS PEÇAS PROCESSUAIS
UTILIZADAS NO PRODUTO
TRAMITARAM NOS JUÍZOS
COMPETENTES.



Requisitos Básicos: PC 486 DX - 8 MB de RAM
drive de CD-ROM Windows 95 ou superior

Bonijuris Publicações Dirigidas Ltda.

Rua XV de novembro, 575 - 6º andar
80.020-310 - Curitiba/PR
Fone/Fax: (41) 323-4020
E-mail: bonijuris@bonijuris.com

Novos E-mails

Juridico@bonijuris.com.br
suporte@bonijuris.com.br
bonijuris@bonijuris.com.br

PRODUTO INFORMATIZADO

BANCO DE DADOS

- Jurisprudência
- Legislação
- Doutrina
- Peças Processuais

LEGISLAÇÃO

CÓDIGO

- Civil
- Comercial
- de Defesa do Consumidor
- de Ética e Disciplina da O.A.B
- de Pesca
- de Processo Civil
- de Processo Penal
- de Processo Penal Militar
- de Trânsito Brasileiro Anexo I
- Eleitoral
- Florestal
- Penal
- Penal Militar
- Tributário Nacional
- CLT (Consolidação das Leis do Trabalho)
- Constituição Federal
- e Legislação esparsa



Desejo receber maiores informações
dos seguintes produtos:

- Revista Bonijuris
- Banco de Dados de Jurisprudência
- Banco de Dados de Jurisprudência Trabalhista

Nome: _____

Empresa: _____

Cargo: _____

Endereço: _____

Cidade: _____ Estado: _____

CEP: _____ Tel.: () _____ Fax: () _____

Data: ____/____/____ Assinatura: _____

Preencha o cupom e envie ainda hoje para o Bonijuris
por fax (41) 323-4020 ou gratuitamente pelo correio.

PRT/DR/PR - 0722/94
UP - JOÃO NEGRÃO
DR / PR

CARTA-RESPOSTA
NAO É NECESSÁRIO SELAR

O selo será pago por

BONIJURIS

80099-999 - CURITIBA - PR