

Sumário

CONSELHO EDITORIAL

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

DIRETOR

Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO DE PESQUISADORES

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
Halime El-Tassé
José Lúcio Glomb
Joseph Ernst Gardemann Filho
Julio Góes Militão da Silva
Lilian Giovanela Baggio
Luciano Augusto de Toledo Coelho
Luiz Carlos da Rocha
Luiz Salvador
Maria de Lourdes Cardon Reinhardt
Maria Gomes Sampaio
Rogério Distéfano
Roland Hasson
Sérgio de Aragon Ferreira
Solange Roessle
Yoshihiro Miyamura

DOCTRINA

A Garantia da Imparcialidade do Órgão Jurisdicional e as Hipóteses de Aparente Parcialidade	05
<i>Mário Helton Jorge</i>	
Proteção Trabalhista ao Deficiente Físico	11
<i>Luiz Divino Ferreira</i>	
A Teoria da Redução do Módulo da Prova Como Instrumento de Concretização dos Princípios do Devido Processo Legal e da Igualdade Substancial	20
<i>Vicente Higino Neto</i>	
O Conceito de Bem Jurídico Penal Difuso	21
<i>Gianpaolo Poggio Smanio</i>	
Assistência Judiciária e Prova da Necessidade	24
<i>Alex Sandro Ribeiro</i>	

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

Dano Moral - Ofensa Praticada pela Imprensa (STF)	26
---	----

INTEIRO TEOR

Aparelho com Defeito - Impossibilidade de Ressarcimento por Dano Material (TJ/RS)	28
Locação - Fiança - Ausência de Outorga Uxória - Nulidade do Ato (STJ)	28
Execução - Remição - Possibilidade até a Assinatura do Auto de Arrematação (STJ)	30
Revisão Criminal - Impossibilidade - Homicídio Duplamente Qualificado (TJ/MG)	32
Doméstico - Direito às Férias Proporcionais - Art. 147/CLT (TST)	34
Concurso Público - Prova de Títulos - Impossibilidade de Mandado de Segurança (STJ)	35
IPTU - Impossibilidade de Progressividade Extrafiscal (TA/PR)	36

EMENTÁRIO

Civil - Comercial	39
Imobiliário	41
Processo Civil	42
Penal - Processo Penal	44
Trabalhista - Previdenciário	45
Administrativo - Constitucional	48
Tributário	49
Eleitoral	51

LEGISLAÇÃO

Lei nº 10.931 - Disponibilização do Patrimônio de Afetação dos Institutos Imobiliários	53
Decreto nº 5.171 - Contribuição PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação	55
Decreto nº 5.173 - Alíquota do IPI - Produto Relacionado no Decreto 4.995/2004	56

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A Prática de Atividade Jurídica nos Concursos	57
<i>Hugo Nigro Mazzilli</i>	

EVENTOS/NOTÍCIAS	58
-------------------------------	----

REPOSITÓRIO OFICIALIZADO

TST Nº 24/2001
STF Nº 34/2003

Revista Bonijuris
Ano XVI - Nº 490
Edição Mensal - Setembro/2004
Circulação Nacional
Tiragem: 5.000 Exemplares

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

CO-EDIÇÃO:

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

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS

R. Marechal Deodoro, 344 - 3º and. - CEP 80010-010 - 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: (41) 322-3835

e-mail: juridico@bonijuris.com.br

APRESENTAÇÃO

Abre-se a seção *Doutrina* desta edição com o artigo do magistrado Mário Helton Jorge, que escreve sobre a garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente parcialidade. Segundo o autor, a imparcialidade decorre da exigência de igualdade de tratamento dispensado às partes na relação processual, sendo que esta não deve ser confundida com a neutralidade, que pode ser entendida como um dado subjetivo que liga o juiz-cidadão-social e sua visão geral de mundo, no seio da comunidade e da ciência. A imparcialidade não significa o desinteresse pelo desfecho do processo, devendo o juiz realizar as atividades indispensáveis de controle e de regulação, impondo rapidez no desenvolvimento do processo. No entanto, existem situações onde o ordenamento jurídico admite que o órgão jurisdicional atue *ex-officio*, decidindo matérias denominadas de ordem pública e pedidos implícitos, caracterizando desta forma uma aparente parcialidade.

Proteção trabalhista ao deficiente físico é o tema escolhido pelo juiz do Trabalho Luiz Divino Ferreira. O presente tema faz uma abordagem da proteção ao mercado de trabalho do deficiente, especificadamente no âmbito trabalhista, buscando a identificação da natureza jurídica desta proteção, que possui controvérsias, apresentando duas correntes para a definição da matéria, bem como o seu alcance quanto aos trabalhadores protegidos e empregadores abrangidos pela norma jurídica. Os destinatários da proteção normativa são os beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, e o devedor da obrigação jurídica é a empresa que possuir cem ou mais empregados. O principal objetivo da proteção é a integração do deficiente ao mercado de trabalho, onde o fundamento legal da proteção jurídica está pautado na Lei 8.213/91.

O advogado Vicente Higino Neto comenta sobre a teoria da redução do módulo da prova como instrumento de concretização dos princípios do devido processo legal e da igualdade substancial, que significa que a prova plena há de ser atenuada dependendo de cada situação particular, ou seja, não se pode exigir a mesma prova em todas as situações, em especial quando há leis protetoras de determinadas categorias. Desta forma, em inúmeras situações, o rigorismo do art. 333 do CPC, deve ser mitigado para que se possa alcançar uma Justiça eficiente e que atenda aos novos anseios da sociedade moderna. Esta teoria representa um avanço no que diz respeito à matéria de hermenêutica constitucional e é compatível com o princípio do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

O professor Gianpolo Poggio Smanio coloca em pauta o conceito de bem jurídico penal difuso, fazendo uma distinção entre os bens jurídicos penais difusos e os de interesse coletivo, onde estes seriam os que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção, já aqueles estão relacionados aos conflitos de massa que estão presentes em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais na sua realização. O articulista também propõe uma tríplex classificação dos bens jurídicos penais de natureza individual, de natureza coletiva e de natureza difusa, concluindo que somente em face do caso concreto, é possível afirmar qual bem jurídico penal foi atingido.

Encerrando a seção *Doutrina*, o advogado Alex Sandro Ribeiro escreve sobre a assistência judiciária e prova da necessidade. O texto coloca em questão a diferença entre assistência judiciária e justiça gratuita, pois um instituto não se confunde com o outro, uma vez que a assistência consiste na obrigação de o Estado assumir as despesas e os honorários do patrono que é nomeado pelo Juízo ou pela OAB, já a gratuidade da justiça está relacionada com o fato da isenção ser suportada pelo Estado, que se restringe às despesas processuais, sendo o patrono escolhido, constituído e remunerado pelo próprio cliente. Sendo assim, conclui-se que o deferimento do benefício deve ser concedido independentemente da prova de sua necessidade.

A seção *Acórdão em Destaque* é ocupada por decisão do Supremo Tribunal Federal relativa ao dano moral em relação à ofensa praticada pela imprensa, em que o recorrente interpôs recurso com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 5º, V, X, do mesmo diploma legal. No referido acórdão foi conhecido o recurso e dado provimento, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Na seção *Legislação*, destaca-se o Decreto nº 5.171, de 6 de agosto de 2004, que dispõe sobre a contribuição para o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação. Salienta-se também o Decreto nº 5.173, de 6 de agosto de 2004, que altera as alíquotas do IPI incidentes sobre produtos relacionados no Decreto nº 4.955/2004 e a Lei 10.391, de 3 de agosto de 2004, que dispõe a respeito do patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de câmbio imobiliário, cédula de crédito imobiliário, cédula de crédito bancário, altera o Decreto-Lei 911/1969, a Lei 4.591/1964, a Lei 4.728/1965 e a Lei 10.406/2002.

Finalizando, na seção *Como Decidem os Tribunais*, o professor Hugo Nigro Mazzilli escreve sobre a prática de atividade jurídica nos concursos. Está em discussão a reforma do Judiciário, que, entre outras propostas, passa a exigir três anos de atividade jurídica do candidato aos concursos de ingresso na Magistratura e no Ministério Público. Esta efetiva prática de atividade jurídica deve ser interpretada, segundo ele, de forma ampla, compreendendo também as assessorias jurídicas, as atividades desenvolvidas nos Tribunais, nos Juízos de primeira instância, com as dos funcionários, e até o exercício de estágio nas faculdades de Direito.

A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JURISDICIONAL E AS HIPÓTESES DE APARENTE PARCIALIDADE

Mário Helton Jorge

Juiz Substituto em 2º Grau, no Estado do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Mestre em Direito (PUC/PR)

1. Introdução

A inafastabilidade do controle jurisdicional, como garantia formal ao direito de ação, de nada valeria se o sistema não assegurasse a independência dos juízes, a fim de preservar a sua imparcialidade¹, significando afirmar, ainda, que não se devem imiscuir onde não foram provocados a atuar, além de dispensar a igualdade de tratamento para os envolvidos no processo (isonomia).

A imparcialidade decorre da exigência de igualdade no tratamento dispensado às partes na relação processual. Juiz parcial não é juiz, porquanto não dispensa tratamento equânime a cada uma das partes. A imparcialidade significa sua impessoalidade.

No entanto, não se pode confundir juiz imparcial com juiz neutro. Existe a distinção, porquanto o juiz será imparcial enquanto não tiver interesse no julgamento. Interesse no julgamento é todo o interesse próprio do juiz, ou de pessoa que viva sob sua responsabilidade. A neutralidade é um dado subjetivo que liga o juiz-cidadão-social e sua visão geral de mundo, no seio da comunidade e da ciência. Enquanto a imparcialidade busca ressaltar o juiz do comprometimento com a parte (atitude omissiva), a neutralidade, ao contrário, leva a comportamento comprometido (atitude comissiva)².

Teresa Arruda Alvim Wambier³, ao se referir à neutralidade do juiz, afasta-a daquela relacionada à sua passividade:

“De fato, não raramente deve o juiz agir (positivamente) para restabelecer o equilíbrio entre as partes, para que estas possam litigar em condições de real igualdade. Fala-se em neutralidade no sentido de não envolvimento e conseqüentemente não favorecimento de uma das partes, em especial, em detrimento da outra.

Pensamos, pois, que é ilegítimo qualquer exercício de criatividade do juiz, sem que este seja absolutamente neutro. Qualquer comprometimento que tiver com o interesse de uma das partes envolvidas, seja pessoal, seja ideológico, torna ilegítima a criação de norma para solucionar aquele caso.

Aquele que pretende ser parcial deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é a de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico, assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento estão contidos.”

O juiz, no ato típico de proferir decisões, permeia a interpretação e a aplicação da lei com valores que possui, seus pré-conceitos, sua formação moral e filosófica, hauridos da sociedade em que vive, adaptando as normas à realidade de seu tempo.

A imparcialidade não significa o desinteresse pelo desfecho do processo, devendo o juiz realizar as atividades indispensáveis de controle e de regulação, imprimindo rapidez no desenvolvimento do processo, impondo prazos e isenções, além de determinar a realização de provas, para o escopo da jurisdição (político, jurídico e social).

A imparcialidade do juiz é um pressuposto processual, prevendo o sistema de nulidade do julgamento por juiz impedido, possibilitando ao prejudicado o manuseio de ação rescisória (art. 485, II, CPC), para rescindir a sentença.

Emerge do princípio da imparcialidade o princípio dispositivo em sentido substancial, a ser respeitado, deixando exclusivamente às partes a iniciativa de instaurar o processo e determinar-lhe o conteúdo. A propósito, a *res iudicanda* inclui a alegação dos fatos essenciais à determinação da *causa petendi*.⁴

No entanto, não se pode desconhecer que existem determinadas situações em que o próprio ordenamento jurídico admite que o órgão jurisdicional atue *ex-officio*, no curso da relação processual, sem que caracterize a sua imparcialidade, conhecendo e decidindo matérias denominadas de ordem pública e pedidos implícitos, como se pretende demonstrar.

2. Das matérias de ordem pública

No início da década passada, foi editada a Lei nº 8.078, de 11.09.1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, estando disposto em seu artigo 1º que “o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Recentemente, foi editada a Lei nº 10.406/2002, o novo Código Civil brasileiro, com vigência a partir de 13.01.2003, sendo previsto no artigo 2.035, § único, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

No âmbito do Direito Processual Civil, importantíssimas modificações também ocorreram no artigo 461, inclusive com a introdução do artigo 461-A, consagrando-se o Princípio da Efetividade da Jurisdição, no campo material, autorizando atividades jurisdicionais, além dos limites tradicionalmente impostos pelos art. 2º, 128, 460 e 463, do CPC, em consonância com os cânones do Princípio Democrático de Direito.

Importante, pois, investigar elementos de definição de norma de ordem pública e sua repercussão na atividade jurisdicional.

Paulo Dourado de Gusmão⁵, ao se referir a direito coercitivo, ou impositivo, afirma que “é aquele obrigatório, inderrogável pelas partes, constituindo um limite à autonomia da vontade”, mais especificamente, na liberdade de contratar, constituindo-se tanto por normas de direito privado, tuteladoras de interesse social (ex: direito de família), quanto de normas absolutas de direito público (exemplo: licitação), que não admitem ampliação.

O direito cogente apresenta-se através de normas preceptivas e proibitivas; as preceptivas ordenam uma ação, impõem a prática de ato, determinam o regime jurídico, obrigações etc, de forma imperativa (exemplos: a maioridade; a prescrição; a decadência etc.), enquanto que as proibitivas são as que vedam determinada ação, ato jurídico (exemplo: casamento entre ascendentes e descendentes; doação integral dos bens, sem reserva). As conseqüências da não observância das normas são as de que os efeitos dos atos praticados não são reconhecidos juridicamente.

Paralelamente, coexiste o direito dispositivo, que é formado por normas de natureza supletiva, que também é aplicado, imperativamente, desde que as partes não se manifestem de forma diversa, alterando, integrando ou interpretando suas vontades, no negócio jurídico, isto é, auxiliam ou suprem a vontade (exemplos: art. 1639 CC; 1640CC).

Maria Helena Diniz⁶ esclarece que:

“as normas dispositivas são supletivas quando suprem a falta de manifestação de vontade das partes; só se aplicam, então, na ausência da declaração de vontade dos interessados. Se estes nada estipularem, em determinadas circunstâncias, a norma o faz em lugar deles”, servindo de exemplo: Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo estipulação em contrário (art.327, 1ª parte, CC).”

Certo é que a distinção entre normas coercitivas e dispositivas nem sempre se apresenta sem dificuldades, pois há possibilidade de as normas de direito privado e as de direito público serem derogáveis pelas partes, nos casos de nulidades sanáveis. No entanto, as disposições ou convenções que violarem os preceitos de direito cogente são fulminadas de nulidade, porque prevalece o interesse geral (ex: normas de proteção da personalidade, da família), enquanto que no direito dispositivo prevalece a vontade das partes, a individualidade.

Dentre as normas coercitivas, Paulo Dourado Gusmão⁷ destaca as normas de ordem pública.

“Normas de ordem pública são as que disciplinam instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos personalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz ou pelas partes por deverem ter certa duração. São normas de “ordem pública” as de direito público, as que organizam a família, as que disciplinam a capacidade, a incapacidade, nome, prescrição, nulidade de atos etc.”

Como visto, as normas que dispõem sobre a conduta dos indivíduos, ou da organização da sociedade coercitivamente, formam o direito cogente, de observância obrigatória, não sendo passíveis de derrogação, ou a

subtração das suas conseqüências pelas partes. Em suma, as normas cogentes estabelecem limites à autonomia da vontade, pela imposição ou proibição da livre manifestação.

Carvalho Santos⁸ reconhece que as normas de ordem pública estabelecem limite à liberdade contratual, destacando que essas normas se devem à predominância, em certas situações, do interesse público sobre o interesse particular.

“Onde quer que se vislumbre, portanto, um interesse de ordem pública, desaparece a liberdade de ação das partes contratantes, que se devem cingir às determinações legais. A liberdade tem seus limites, não resta dúvida, e de acordo com os princípios sociais que dominam o direito hodierno, justificam-se todas essas restrições impostas no interesse da coletividade, ou da ordem pública, sem que, por isso, deixem de ser considerados contratos os atos jurídicos praticados sob o império dessa coação legal.”

Clóvis Beviláqua⁹ define leis de ordem pública “as que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito.”

Na classificação das normas jurídicas, quanto à imperatividade, Maria Helena Diniz identifica as de imperatividade absoluta e as de imperatividade relativa.

As normas de imperatividade absoluta, ou impositivas, também chamadas absolutas, são as que ordenam ou proíbem alguma coisa (obrigação de fazer ou de não fazer) de modo absoluto; as que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer iniciativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta.

As normas imperativas podem ser afirmativas ou negativas. Exemplos: art. 1.245 CC: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante a transcrição do título traslativo no Registro de Imóveis”; art. 426 CC: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Miguel Reale¹⁰ também expressa seu entendimento acerca das normas de ordem pública, destacando que não raramente trazem confusões, porque são confundidas com regras de Direito Público.

“Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível (sic) de alteração pela vontade dos obrigados. Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa.”

Orlando Gomes¹¹, ao se referir à distinção entre normas de direito privado e de direito público, afirma que não se podem dispensar os princípios de ordem pública, para uma classificação mais rigorosa, por serem da maior repercussão social.

“Os princípios de ordem pública não chegam a constituir direito público, por faltar participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a

finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, os princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes fundada analogia com o direito público, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.”

E, no mesmo sentido, segue o magistério de Luis Recaséns Siches¹²:

“Las normas taxativas son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de los obligados, de modo que no es lícito derogarlas ni absolutamente ni relativamente, en vista al fin determinado que los sujetos se propongan alcanzar; porque la realización de este fin está cabalmente disciplinada por la norma misma. Si suele decir en este contexto que las normas de interés público no pueden ser cambiadas por los pactos de los particulares.”

Em síntese, a noção de “normas de ordem pública” decorre de intervenção, de caráter geral, das políticas públicas do Estado¹³, no sentido de alcançar todos os indivíduos, cujos destinatários não as podem descumprir, embora não se possa deixar de registrar que tanto ordem pública como interesse geral são expressões extremamente fluidas e imprecisas.

Tanto é assim que as normas nem sempre deixam inteiramente à vontade os interessados para configurarem relações jurídicas; por vezes, preestabelecem-nas de modo claro e irremovível; outras vezes, criam alguns tipos de relações jurídicas, dentre as quais se pode escolher o que convém. Numa situação, a cogência é absoluta; noutra, a cogência é relativa, de imperatividade relativa – não ordenam nem proíbem de modo absoluto, pois permitem ação ou abstenção, ou suprem manifestação de vontade não existente –, pois a escolha entre os tipos de relações jurídicas fica ao critério da vontade preferir uma ou outra, respeitados os limites, conforme identificado por Pontes de Miranda:¹⁴

“(a) Sempre que a regra jurídica estabelece a impotência da vontade para a configuração de negócio jurídico, ou faz em termos de vedação, ou em termos de insuficiência, ou em termos só de deficiência. Acolá, o negócio jurídico não pode ser obtido (é o caso dos jogos proibidos); ali, outro elemento volitivo, ligado ao elemento insuficiente, obtê-lo-á, ou poderia obtê-lo; aqui, o negócio jurídico perfez-se, deficitariamente.

Sempre que a regra jurídica não exclui o negócio jurídico (=não no diz não-existente ou não o diz negócio extrajurídico), negócio jurídico há, ainda que deficiente o suporte fático. A deficiência pode concernir aos sujeitos (deficiência subjetiva), ou ao objeto, ou às vontades, ou a outro elemento do suporte fático, como a forma e o assentimento de terceiro.

(b) As regras jurídicas cogentes, quanto às conseqüências da sua violação, dividem-se em: a) regras cogentes repelentes ou pré-excludentes, regras que negam existência ao fato jurídico, inclusive ao negócio jurídico, b) regras cogentes nulificantes, ou que dão ensejo à nulidade do ato jurídico, inclusive negócio jurídico, c) regras cogentes anulativas, que têm como conseqüências a anulabilidade, d) regras cogentes não-invalidantes, que são aquelas de que resultam conseqüências que não são a de inexistência, nem a de não-validade (reparação do dano, caducidade de algum direito, medidas disciplinares, óbices ao exercício de algum direito, rescindibilidade). As regras jurídicas b) e c) são as regras jurídicas cogentes invalidantes.

a) As regras jurídicas cogentes pré-excludentes repelem do mundo jurídico suportes fáticos que tentem penetrar; não se transforma esses em fatos jurídicos, porque as regras jurídicas, que incidiram sobre eles e os fariam fatos jurídicos, precisamente lhe negam existência no mundo jurídico, ou, referindo-se a outra regras jurídicas, não deixam que elas incidam sobre o suporte fático. Às vezes, a razão está em insuficiência do suporte fático, porém ali a atitude do sistema jurídico ocorre mais enérgica.

b) As regras jurídicas cogentes nulificantes param na negação que contêm, antes do plano da existência: admitem que exista o negócio jurídico, porém nulamente.

As *leges perfectae*, conceito que se tira do texto de Ulpiano (Frag., I § 2), seriam as regras jurídicas *nulificantes*, mas a *nullitas* era o mesmo que a inexistência; e o texto de Ulpiano precisa de maior estudo. Nem sempre se pode traduzir por *nulo o nullus* do direito romano, porque *nullus* era inexistente.

c) As regras jurídicas cogentes anulantes são as que permitem a propositura da desconstituição do negócio jurídico, ou do ato jurídico; não repelem do mundo jurídico o suporte fático, nem nulificam ao to jurídico.

As regras jurídicas cogentes não-invalidantes deixam existir e valer o negócio jurídico, mas a violação acarreta pena (*minus quam perfecta lex*) ou outra conseqüência (*leges imperfectae*). Aqui surge o problema da rescindibilidade que tantas vezes temos discutido. O rescindível existe, e vale. Tem-se a chave para abrir, para cindir; enquanto não se rescinde, o negócio jurídico lá está, – é e vale. Não é nulo, nem anulável.”

Não basta, apenas, a afirmação de que a norma é de ordem pública para vingar a sua obrigatoriedade; é indispensável identificar quais os efeitos previstos para o seu descumprimento, no ordenamento jurídico, conforme se pode aprender com Pontes de Miranda¹⁵.

“As normas devem ser examinadas em sua função e em seu alcance, se não cabe, desde logo, por serem cogentes, outras que como tais foram apontadas, o argumento *a contrario*. Às vezes, a regra jurídica, em lugar de aludir a manifestação de vontade, alude à possibilidade de se excluírem os efeitos; ou de algum ou alguns serem incluídos; ou a serem tais e tais, se não se dispôs

diferentemente. As maiores dificuldades de interpretação surgem quando o legislador usou de expressões que mais serviram ao direito cogente, ou ao direito interpretativo, ou são próprias do direito cogente, ou do direito interpretativo.”

Portanto, sendo descumpridas as normas cogentes pré-excludentes (por exemplo, a usura ou agiotagem) ou as nulificantes (por exemplo, incapacidade absoluta) a consequência é a da inexistência e da nulidade absoluta do ato praticado, respectivamente.

O que se apresenta plausível de sustentar, para o exercício da atividade jurisdicional *ex-officio*, é que o juiz, quando enfrentar situações jurídicas que envolvam normas de ordem pública – assim identificáveis as de efeito pré-excludentes ou nulificantes –, está autorizado a aplicá-las, porque prevalece, no caso, o interesse do Estado¹⁶, sendo insuscetível a invocação do Princípio Dispositivo, eis que está presente o controle difuso da nulidade absoluta dos negócios e das cláusulas viciadas¹⁷.

E Arlete Inês Aurelli¹⁸ expressa o que se entende por matéria de ordem pública.

“Entende-se como sendo matéria de ordem pública aquela cujo vício não atinge só o puro interesse particular das partes, e sim o interesse de toda a coletividade, de toda a ordem jurídica, ou seja, o interesse público. É justamente por isso que pode e deve ser conhecida independentemente da alegação das partes. As nulidades absolutas de índole processual se incluem no rol das matérias de ordem pública.”

Ainda, Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁹ confirma que “as nulidades absolutas são questões de ordem pública porque a violação do modelo legal atinge não apenas o interesse da parte, mas também, e sobretudo, o interesse público, a ordem jurídica”.

A imperatividade absoluta de algumas normas é justificada pela necessidade de proteção de determinadas relações sociais ou estados da vida social que não podem ficar exclusivamente ao arbítrio individual, pela perspectiva de acarretarem prejuízos para a sociedade²⁰.

Portanto, as situações onde o juiz pode exercer a atividade jurisdicional *ex-officio*²¹ estão permeadas no direito, tanto na esfera privada, quanto na esfera pública, com destaque para a decretação das nulidades previstas no artigo 166 do Código Civil, no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, no artigo 267, § 3º do CPC²², no artigo 301, § 4º do CPC, no reconhecimento dos juros legais (art. 293, CPC), nas prestações periódicas (art. 290, CPC), nas objeções de direito material (pagamento, decadência), na conversão do pedido de concordata preventiva em falência, na fungibilidade de demandas (art. 920, CPC), na inscrição de hipoteca judiciária (art. 466, CPC) etc., desde que seja instaurada a demanda, para fazer vingar o comando imperativo da norma estatal.

Não há que se falar em invasão do Princípio Dispositivo – de matérias de interesse privado –, eis que, em matéria de ordem pública, prevalece o interesse geral.

3. Dos pedidos implícitos

Se, por um lado, existe o ônus de o autor da demanda formular pedido certo e determinado (art. 286, do CPC), contraditoriamente a regra de interpretação estrita do pedido, prevista no artigo 293 do CPC, ampliou o conhecimento do objeto litigioso posto em juízo, ao

considerar compreendido “no principal os juros legais”, denominado de “pedido implícito”, *a contrario sensu* das ampliações já autorizadas pelos artigos 289 e 290 do CPC.

Milton Paulo de Carvalho²³ define pedidos implícitos como sendo “os que, embora por sua natureza pudessem constituir pedidos autônomos, a lei considera-os compreendidos no pedido simples ou qualificado, ou presume neles compreendidos como decorrência objetiva da sucumbência processual”, destacando nessa ordem o reembolso das despesas (custas, indenização de viagem, diárias de testemunhas, remuneração do assistente técnico) ao vencedor, o pagamento de honorários de advogado (art. 20, CPC), as prestações vincendas à época da propositura da demanda (art. 290, CPC), os juros legais, e por construção pretoriana, a correção monetária e os alimentos em dissolução de sociedade conjugal.

No mesmo sentido, posiciona-se Dinamarco²⁴, considerando que “a regra de interpretação estrita do pedido recebe ressalvas legais e sistemáticas relativas aos chamados pedidos implícitos”. Identifica como pedidos implícitos os juros legais, as prestações periódicas, a correção monetária, as despesas do processo e com advogado e “a tutela jurisdicional relacionada com as obrigações de fazer ou de não fazer (art. 461, *caput*, e §§)”.

Em que pese o amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial de que os juros legais, prestações de trato sucessivo, a correção monetária, as despesas processuais com a demanda e os honorários advocatícios são *pedidos implícitos*, há necessidade de uma reflexão mais detida sobre o tema (se realmente se tratam de “pedidos implícitos”).

Os juros legais, que podem ser de mora e compensatórios, de acordo com os artigos 406 do CC, 670, 869, 833, 1762, do CC, respectivamente, não estando aí contemplados os juros remuneratórios nem os de mora convencionais, são verdadeiros acessórios da obrigação principal. Portanto, poderiam ser objeto de pedidos autônomos, através de ações acessórias (de alimentos, de guarda de filhos etc.), nos termos do artigo 108 do CPC. Decorrem de relação jurídica substancial.

Quanto às prestações periódicas, ou de trato sucessivo, originam-se da mesma causa de pedir, sendo passíveis de pedidos autônomos, também através de ações próprias. É o caso de cobrança de alugueres, de taxas de condomínio etc. Decorrem também de relações jurídicas de direito substancial.

A correção monetária nada mais é do que a recomposição do poder aquisitivo da moeda corroída pela inflação. Portanto, no valor da obrigação principal insere-se o *quantum* de correção monetária. A correção monetária é representativa da obrigação principal. Não se trata de acessório, que poderia ser objeto de ação acessória, nos moldes do artigo 108 do CPC, embora possa ser objeto de pedido autônomo. Decorre também de relação jurídica de direito substancial. Mas, tendo em vista que são vários os índices praticados de correção monetária, no País, aqui deve prevalecer o índice legal, previsto no Decreto nº 1.544/95, que adotou o INPC-IGP-DI. A correção monetária defluente de índices convencionais não deve ser conhecida *ex-officio*.

As despesas de processo, as de honorários de advogado e as matérias relativas à efetividade das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa são decorrentes de relação jurídico-processual, nos termos dos artigos 20 e 461, *caput*, e §§, e 461-A e §§, do CPC.

Como já visto, o pedido é decorrente de relação de direito substancial, requerendo a correspondente *causa de pedir*, onde ficam evidenciadas as condições da ação. Assim, os juros legais, a correção monetária oficial e as prestações periódicas seriam passíveis de pedidos de prestação jurisdicional. Entretanto, as despesas do processo e as de honorários advocatícios não são tecnicamente pedidos, porque não têm relação com o direito substantivo, razão pela qual não fazem parte da pretensão formulada; são decorrentes dela, quer em face da sucumbência, quer em face da necessidade de o Estado coagir indiretamente o demandado para dar efetividade à tutela concedida na sentença, nas hipóteses das matérias previstas no artigo 461, do CPC.

Portanto, é equivocado qualificar esses fatos processuais como “pedidos implícitos”, que de implícitos nada têm, pois não estão subentendidos em outro de natureza substancial, os quais têm realmente núcleo próprio. O que não discrepa é que esses “pedidos implícitos” são passíveis de conhecimento tão-só porque existe previsão legal para que o juiz possa pronunciá-los, independente de pedido explícito do demandante.

E se o juiz pode praticar a atividade *ex-officio* é porque a norma é de ordem pública, cogente, obrigatória, sob pena de a omissão caracterizar *error in procedendo*, capaz de viciar a prestação jurisdicional.

Portanto, é imprópria a qualificação de “pedidos implícitos” quando a norma processual, de ordem pública, dispensa a formulação do pedido pelo demandante. Aliás, com propriedade Dinamarco²⁵ registra esse entendimento:

“Conceitualmente, não há lugar para a existência de pedidos implícitos. Simplesmente, a lei e o sistema dispensam o pedido em algumas hipóteses, investindo o juiz do poder de pronunciar-se sobre juros, correção monetária, astreintes *etc.*, ainda quando não hajam sido pedidos pelo demandante. Mais que exceções à regra da interpretação estrita, são ressalvas à proibição de conceder tutela extrapolante ao pedido feito (arts. 128 e 460). Todas elas contam com bom apoio legitimador da tendência universal a deformalizar o processo e da consciência da necessidade de promover a efetividade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça (particularmente as exceções relacionadas com as obrigações de fazer ou não-fazer); mas falar em pedido implícito é valer-se arbitrariamente de uma desnecessária ficção legal, porque basta reconhecer que todos esses são casos em que o pedido é dispensável, não havendo por que fingir que ele haja sido deduzido.”

Mas seria possível “interpretar” o pedido da demanda e daí entender que o autor pediu mais do que realmente ali consta, à luz do artigo 293 do CPC?

O artigo 293 do CPC estabelece que os pedidos serão interpretados restritivamente, o que significa que o juiz não pode alargar a sua abrangência através de qualquer regra de interpretação.

O pedido reflete a manifestação da vontade do demandante²⁶, através da petição inicial (art. 282, incisos III e IV, CPC), que também delimita a atividade jurisdicional, para a entrega da prestação do serviço. Portanto, o juiz tem de ater-se ao limite estabelecido pelo autor, quando da formulação da demanda, não sendo legítimo, por ocasião do julgamento, expandi-lo, sob pena de descumprir as molduras legais, previstas nos artigos 128 e 460 do CPC.

Como bem definido por Araken de Assis²⁷: “Não cabe ao juiz, atrelado à demanda, reescrever aquilo que o autor efetivamente pediu, ou extrair das entrelinhas o que, na verdade, o autor não pediu, embora pudesse tê-lo feito.”

A vontade do autor está materializada no pedido expresso. Não há espaço para a interpretação do pedido, no sentido da compreensão de que além do pedido certo e determinado existam outros pedidos, sob pena de surpreender o demandado, por ocasião do julgamento.

Milton Paulo de Carvalho²⁸ ainda destaca que a interpretação do pedido não é de interesse apenas do juiz, mas “o é também do réu, que é o outro sujeito do contraditório”, levando-se em conta que o réu também deverá interpretar o pedido para apresentar sua resposta. O réu não pode ser surpreendido pelo provimento de pedido não constante da demanda, tanto que a entrega de prestação jurisdicional abrangendo “pedidos implícitos” está fundamentada em

normas de ordem pública, razão pela qual não causa surpresa aos jurisdicionados, pelo simples fato de serem as normas de domínio público.

Isso não obstante, sem que haja ampliação do pedido formulado na petição inicial, existe a possibilidade de serem providos pedidos verdadeiramente implícitos²⁹, isto é, (a) aqueles decorrentes de efeitos jurídicos que são conseqüentes do pedido formulado, (b) os que integrem virtualmente o objeto litigioso do processo e, ainda, (c) os que sejam pressupostos para a apreciação do pedido expresso.³⁰

Exemplo clássico de pedido implícito está na formulação do pedido de despejo por infração de cláusula contratual, dentre as hipóteses identificadas na Lei n. 8245, de 18.10.1991. A locação de imóvel nada mais é do que a cessão do uso e do gozo do bem (posse) ao locatário pelo locador, por prazo determinado ou indeterminado, mediante o pagamento de uma remuneração periódica, denominado aluguel. O locatário passa a ser o legítimo possuidor direto do bem e o locador o possuidor indireto, por força de acordo de vontades (contrato). Em face de inadimplemento no pagamento dos alugueres, pode o locador requerer o despejo do locatário para reaver o seu imóvel, de acordo com o artigo 9º, inciso III c.c. 59 da L.I.

O pedido de despejo tem por objetivo a restituição da posse do imóvel. Ocorre que, existindo uma relação contratual, escrita ou verbal, entre o locador e o locatário, ela deve ser previamente resolvida, antes do decreto do despejo (= reintegração da posse), justamente para retirar a legitimidade da posse por parte do locatário.

“E se o juiz pode praticar a atividade *ex-officio* é porque a norma é de ordem pública, cogente, obrigatória, sob pena de a omissão caracterizar *error in procedendo*, capaz de viciar a prestação jurisdicional.”

Assim, embora o autor formule, na petição inicial, apenas o pedido de despejo, com fundamento em inadimplemento do pagamento dos alugueres, por ocasião da entrega da prestação jurisdicional, o juiz decretará a resolução do contrato de locação e o respectivo despejo. A resolução do contrato é resposta ao pedido implícito, eis que integra o objeto litigioso do processo (o artigo 62-I, da Lei nº 8.245/91, estabelece que nas ações de despejo fundadas em falta de pagamento de aluguel e dos acessórios da locação, o pedido de rescisão contratual poderá ser cumulado com o de cobrança dos alugueres). Na mesma seara, poderá ocorrer o pedido de resolução do contrato de aluguel, sem o pedido de despejo. Uma vez provida a resolução, poderá ser decretado o despejo (= reintegração da posse do imóvel ao locador), que seria o pedido implícito.

Situação análoga pode ocorrer com pedido de reintegração de posse, em decorrência de contrato de comodato, por infração de cláusula contratual. O pedido de reintegração de posse, com fundamento em esbulho por parte do comodatário, que, uma vez notificado, não restituiu o bem ao seu titular, pressupõe, antes, a rescisão do contrato de comodato.

Destaca-se, ainda, outra hipótese de pedido implícito, quando ocorrer saque de duplicata simulada levada a protesto, por falta de pagamento. O autor pode pedir a nulidade do título, por ausência de *causa debendi*. Se for provido o pedido de nulidade do título, a sentença poderá contemplar o pedido implícito de cancelamento do protesto, que nada mais é do que o efeito do decreto de nulidade.

Pode-se ainda identificar pedidos implícitos nas seguintes situações: a) pedido de nulidade de escritura de compra e venda de imóvel. Se provido o pedido, poderá ser contemplado o pedido implícito de cancelamento do registro imobiliário; b) pedido de investigação de paternidade. Se provido, poderá ser contemplado o pedido implícito do registro civil de nascimento (inclusão do nome do pai); c) pedido de resolução de compromisso de compra e venda de imóvel. Se provido, poderá ser contemplado com o pedido implícito da reintegração de posse etc.

Por se caracterizar exceção ao princípio da congruência, a prestação jurisdicional de pedidos implícitos não desatende o princípio da imparcialidade.

4. Conclusões

Os princípios da imparcialidade e do dispositivo não limitam a atividade *ex-officio* do órgão jurisdicional, nas matérias de ordem pública e nos pedidos implícitos.

À vista dos artigos 128 (princípio da adstrição) e 460 (princípio da correspondência) do Código de Processo Civil, as atividades *ex-officio* revestem-se de aparente parcialidade, porque representam os limites formais à atuação do órgão jurisdicional.

Em que pese a rigidez do sistema processual, ficaram demonstradas as exceções aos princípios da demanda, da adstrição e da correspondência, pela possibilidade do pronunciamento judicial sobre os pedidos implícitos e as matérias de ordem pública. ■

NOTAS

1 No dizer de Ada Pellegrini Grinover, “a imparcialidade do juiz, mais do que um simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, a imanência do juiz no processo, pela simples jurisdicionalização deste, leva à re-elaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mas visto como pressuposto para a sua própria existência. Eis, assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial, em núcleo essencial da função jurisdicional”. (GRINOVER, A. P. *O princípio do juiz natural*. O processo em sua unidade II, pp.3-4).

2 PORTANOVA. *Princípios...* Op. cit., p. 78.

3 WAMBIER, T. A. A. *Controle das decisões judiciais*. p. 106.

4 CAPPELLETTI, M. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. Revista de Processo. São Paulo, n. 65, p. 129.

5 GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed, 1.tir, rev. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp.122-123.

6 DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 345.

7 GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp.122-123.

8 SANTOS, J. M. C. *Código civil brasileiro interpretado*. 8a.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1975, p.11 v. XV.

9 BEVILÁQUA, C. *Teoria geral do direito civil*, 2a.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1929, pp.14-15.

10 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p.131.

11 GOMES, Orlando. *Instituições de direito civil*. 6a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.17 v. I.

12 SICHES, L. R. *Introducción al estudio del derecho*, 7a.ed. Porrúa, México: [s.e], 1985, p.180.

13. A expressão política pública designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação do Estado e sociedade. O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçado pela dicotomia direito público-direito privado. Daí por que se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que confere sentido às afirmações de que ele “intervém” e cumpre papel de “regulação” da economia. (GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3a.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 21.

14 MIRANDA, J. C. P. de. *Tratado de direito privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, pp. 56-58.

15 *Ibid.*, p. 61.

16 Ricardo Luis Lorenzetti, ilustre jurista, discorre sobre as normas de intervenção, como garantia subjetiva processual ao consentimento pleno, mister sobre a ordem pública de proteção, ordem pública de coordenação e de direção. (*Fundamentos do direito privado*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, pp.547-556).

17 TJ-RS. ApCív. 70003425147. 14a. Câm. Civ. rel. Aymoré Roque Pottes de Mello. j. 25.4.2002.

18 AURELLI, A. I. *Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento*. Revista de Processo n. 89, pp. 267-280.

19 TEIXEIRA, S. de F. *Prazos e nulidades do processo civil*, p. 56.

20 DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. p. 345.

21 A expressão *ex-officio* deriva do latim, de *op ficium*, *officium*, significando obrigação, dever, tudo que se deve fazer por obrigação, ou realização de um dever, tendo, mais tarde, o significado evoluído para realização de dever funcional. É a soma de atribuições ou deveres impostos à pessoa do juiz em virtude do cargo por ele exercido. É o que se faz por iniciativa própria,

sem pedido de alguém, somente porque se está na obrigação ou no dever legal de assim proceder.

22 Teresa Arruda Alvim Wambier insere dentre as nulidades de fundo (absolutas) as condições da ação, os pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos negativos e as de forma, quando expressamente previstas em lei (art. 243 c.c. 244). (*Nulidades...*, pp. 157-159.)

23 CARVALHO, M. de P. de. *O pedido no processo civil*. p. 101.

24 DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, p. 137. v.II.

25 *Ibid.*, p. 137. v.II.

26 TJ/PR - Ap. Cível n. 113176-6 - Comarca de São José dos Pinhais - Ac. 21376 - unân. - 1a. Câm. Cív. - Rel: Des. Antonio Prado Filho - j. em 19.03.2002 - Fonte: DJPR, 15.04.2002: Rescisão de contrato. Reintegração de posse. Indenização pela utilização do imóvel. Pedido. Interpretação restritiva. Ao formular o pedido o autor deve incluir tudo o que obter, pois sua interpretação será restritiva (art. 293, 1a, parte, CPC). Em havendo alguma omissão o autor poderá aditar o pedido antes da citação do réu (art. 294, CPC). De acordo com o princípio da oportunidade, formada a relação processual, não poderá mais o autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento dos réus (art. 264, CPC). Recurso não provido.

27 ASSIS, A. *Cumulação de ações*, pp. 246-247.

28 *O pedido no processo civil*. Ob. cit. p. 113.

29 Decisões que contemplam pedidos implícitos: STJ-REsp nº 1109-MG (registro civil, em investigação de paternidade); TARJ-Apeleação 3.690/84, in RT 595/238-239 (condenação ao pagamento dos réus das custas dos serviços de consertos do apartamento dos autores e a removerem as causas das infiltrações); STJ-REsp 11139, em 02.10.91 (admissão do pedido implícito de pensão que deflui logicamente da análise conjuntiva dos autos); STF - RE n. 111.668-4/SP - Ac. unân. da

2a. Turma - j. em 10.12.87 - Rel: Min. Aldir Passarinho (É cabível ter-se como implícito, no pedido formulado na inicial também o de pretenderem os autores a revogação do ato administrativo se o pleito é no sentido de que lhes seja reconhecido direito que teria sido cancelado por aquele ato. Se determinado pedido há de ser tido como implícito na postulação mais ampla, sob pena de esta não poder ser atendida ou quedar inócua, não se há de dizer que o juiz prestou tutela jurisdicional sem que a tenha a parte requerido); TRF - Ap. Cível nº 1.751 - Rio Grande do Norte; Ac. por maioria da 2a. Turma - 5a. Região - j. em 08.08.90 - p. em 30.11.90 -Rel: Juiz Nereu Santos (Sistema Financeiro de Habitação. Pedido de resolução do contrato de financiamento, com consequente indenização das prestações pagas. Pedido implícito de manutenção do Plano de Equivalência Salarial. Ausência de julgamento *extra petita* na sentença que adequou a solução jurídica do problema, adaptando o pedido ao direito. A essência do PES é que o salário mínimo constitui o limite para atualização do valor das prestações da casa própria); STJ - Rec. Especial n. 68.668 - São Paulo - Ac. 2a. T. - unân. - Rel: Min. Ari Pargendler - j. em 05.02.96 - Fonte: DJU I, 04.03.96, pág. 5396 (Indenização de danos, por efeito de responsabilidade civil do Estado. Interpretação extensiva, sem necessidade de pedido expresso quanto aos danos estéticos. Quando os danos funcionais se refletem esteticamente, a indenização do ato ilícito deve ser ampla, a modo de cobrir também os prejuízos estéticos. Hipótese em que, não tendo o autor limitado o pedido de ressarcimento, a condenação podia abranger os danos estéticos sem necessidade de pedido expresso. Recurso especial não conhecido).

30 Cabe a apreciação do pedido implícito, desde que pressuposto para a apreciação do pedido expresso. Aprovado por maioria. ENUNCIADO 18/I ENCONTRO/SP - PEDIDO implícito - JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - Cabimento. In BONIJURIS Jurisprudência - CD-Rom - 37004.

PROTEÇÃO TRABALHISTA AO DEFICIENTE FÍSICO

Luiz Divino Ferreira

Juiz do Trabalho Substituto e professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista do TRT/24a. Região

1. Introdução

O presente artigo não tem como objetivo, obviamente, esgotar a discussão acerca do tema, mas apenas fazer uma análise, ainda que sucinta, da proteção ao mercado de trabalho do deficiente, especificamente no âmbito trabalhista, buscando a identificação da natureza jurídica desta proteção, bem como o seu alcance quanto aos trabalhadores protegidos e empregadores abrangidos pela norma jurídica, renovando, assim, a discussão a respeito da matéria, porquanto, a par de sua importância social, pouca atenção tem despertado nos estudiosos do Direito do Trabalho. Espera-se que o presente estudo, com suas reflexões embrionárias, possa contribuir para o aprofundamento do debate.

2. Competência

2.1. Legislativa

O artigo 24, XIV, da Carta Federal, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, para legislar sobre a proteção e a integração social das pessoas portadoras de deficiência. Não há atribuição de competência legislativa sobre essa matéria para os Municípios.

2.2. Políticas públicas

Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência (CF, art. 23, II), cabendo ao Poder Público Federal, nos termos da Lei Complementar nº 7.853/89, conferir-lhes atendimento prioritário e apropriado, a fim de que lhes seja, efetivamente, assegurado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

2.3. Jurisdicional

Embora de matriz social, a proteção jurídica dispensada ao trabalhador somente poderá ter vida dentro de um contrato de trabalho. Por essa razão, o destinatário da proteção jurídica é o trabalhador; o devedor, o empregador; seu campo de atuação, o contrato de trabalho. Havendo controvérsia sobre esse tema, tendo o empregado como postulante da proteção em face do empregador, e o contrato de trabalho como campo de realização desse direito, a competência é da Justiça do Trabalho, nos precisos termos do artigo 114¹ da Constituição Federal, pois estão presentes todos os elementos descritos pelo constituinte: conflito de interesses entre empregado e empregador.

3. Proteção legal ao deficiente físico

3.1. Generalidades

A sociedade, de um modo geral, ao longo da história, pouco se envolveu com o problema da deficiência física, suportando-o diretamente os familiares. Não obstante, desde há muito, o Estado tem sido provocado a enfrentar a questão.

O assistencialismo², que por muito tempo foi a resposta encontrada pelo Estado para proteger (amparar) o deficiente físico, com o Renascentismo³ ⁴, foi substituído pela integração da pessoa à comunidade, com o objetivo de possibilitar a participação ativa do deficiente no meio social⁵.

A Emenda Constitucional nº 17, de 17.10.1978, deu, no Brasil, o primeiro passo no sentido de conferir proteção jurídica aos portadores de deficiência, ao assegurar aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante a educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica do país; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao serviço público e aos salários, e possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

A Constituição da República, de 05.10.1988, alargou essa proteção, com a aprovação de diversos dispositivos que temem vista assegurar direitos aos deficientes, conferindo-lhes tratamento diferenciado em relação aos não-deficientes, visando, em última análise, à concreção do princípio da igualdade, na sua verdadeira acepção, identificada por Rui Barbosa: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”.

Como diretrizes fundamentais, o constituinte adjetivou o Estado como “Democrático de Direito”, assegurando, com isso, a participação de todos os indivíduos na sua realização (art. 1º). Assegurou, também, como fundamentos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; para garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I, II, III e IV) a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos II, III e IV).

As diretrizes fundamentais foram complementadas com outras regras de proteção ao portador de deficiência: proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão (arts. 5º, *caput*, e 7º, inciso XXXI); reserva de cargos públicos, a serem preenchidos através de concurso, para pessoas portadoras de deficiência física (art. 37, VII); habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência física e a promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV) e adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência física (artigos 227, § 2º, e 244).

Em se tratando de normas programáticas, a regulamentação no plano infraconstitucional é indispensável para a sua eficácia e realização de seus objetivos, e, assim, diversas normas jurídicas vieram à luz, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Pode-se destacar a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social e sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, e seu Decreto Regulamentar nº 914/2000.

O Estado brasileiro conferiu nível razoável de proteção legislativa às pessoas portadoras de deficiência física, não se podendo atribuir à ausência de leis a não-proteção e realização de direitos por esse conjunto de cidadãos. As causas são mais amplas e envolvem visão social-cultural do problema⁶, sendo que, somente por meio de engajamento efetivo da sociedade, notadamente por meio de entidades organizadas, como de fato vem começando a ocorrer, poder-se-á alcançar a efetivação dos objetivos procurados pela normatização.

Eis a natureza da proteção legislativa: seguridade social, saúde, jurídica e ao mercado de trabalho.

3.2. Seguridade social

A seguridade social, conforme o artigo 194 da Constituição Federal, é um conjunto de ações estatais que compreende a proteção dos direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, fundados no princípio da solidariedade, e será prestada a quem dela necessitar (art. 203). Quanto ao deficiente, esse preceito constitucional, expressamente, lhe assegura habilitação e reabilitação profissional e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV), bem como garantia de um salário mínimo mensal àquele (deficiente) que comprovar não possuir meios próprios de manutenção ou de tê-la provida pela família (inciso V). Esses direitos encontram-se regulamentados pelos artigos 88 e seguintes da Lei nº 8.213/91, que tratam do serviço social, e pela Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da assistência social.

3.3. Saúde

Na área da saúde, o legislador preocupou-se com a prevenção, ao estabelecer como obrigação a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência (CF, art. 227, § 1º e incisos, e Lei nº 7.853/89, art. 2º, inciso II, alínea a).

3.4. Jurídica

A proteção jurídica assegura legitimação aos órgãos estatais, inclusive Ministério Público, e de representação coletiva⁷ ⁸ para a defesa judicial dos direitos difusos e coletivos das pessoas portadoras de deficiência. Os direitos difusos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; e os coletivos, aqueles transindividuais de natureza indivisível de que seja titular de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Quanto à inserção no mercado de trabalho, há proteção no setor público e no setor privado. Segundo o artigo 37, VIII, da Constituição Federal, a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão. O Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90) dispõe, em seu art. 5º, § 2º:

“às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso”.

No setor privado, o artigo 7º, inciso XXXI, da Constituição Federal, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência física.

A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 91, introduziu o sistema de cotas no preenchimento de cargos e condicionou a dispensa do empregado reabilitado ou habilitado (portador de deficiência) à contratação de outro empregado de condição semelhante (§ 1º).

O tema central desse trabalho é a proteção dispensada ao trabalhador na iniciativa privada, de forma que, embora relevante, foge do objetivo deste o aprofundamento no debate quanto às proteções concernentes à seguridade social, jurídica e do trabalho no setor público.

4. Natureza jurídica da proteção trabalhista

4.1. Origem

A proteção jurídica ao mercado de trabalho do empregado portador de deficiência física encontra sua matriz na Lei nº 8.213/91, que assim dispõe:

“Art. 91 – A empresa com cem ou mais empregados está abrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados 2%

II – de 201 a 500.....3%

III – de 501 a 1.000.....4%

IV – de 1.001 em diante.....5%

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.”

4.2. Críticas

A lei em referência dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, e, tão logo foi publicada, recebeu críticas por incluir em norma de caráter previdenciário regra tipicamente de natureza trabalhista.

Entendemos desarrazoadas as críticas, isto porque as regras de proteção ao mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiência física, reabilitadas ou habilitadas a trabalhar, não têm natureza estritamente trabalhista, sendo mais abrangentes, porquanto sua vida, efetivamente, emerge no contrato de trabalho, mas sua raiz é social, pois o principal objetivo da proteção é a integração do deficiente à sociedade, fazendo-o por meio de sua inserção ao mercado de trabalho. O direito tem natureza político-social, assegurando-se aos portadores de deficiência, com a inclusão no mercado de trabalho, a concreção dos direitos fundamentais para a realização do Estado Democrático de Direito preconizado pelo artigo 1º da Constituição Federal, pois não há democracia com a exclusão das minorias⁹. Sendo trabalhista na sua existência, mas social na sua origem, o seu tratamento em regra de natureza previdenciária, cuja finalidade em última análise é o bem-estar do trabalhador, com forte marca social, tem-se a compatibilidade entre a natureza da norma jurídica e a da proteção nela inserida. Consigne-se que se trata de

proteção coletiva ao mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiência e não proteção individual ao contrato de trabalho do deficiente, pois a norma em epígrafe não confere estabilidade ao empregado portador de deficiência. Essa proteção, de natureza social e coletiva, tem por finalidade a realização dos direitos fundamentais de cidadania, dignidade da pessoa humana e bem-estar social.

4.3. Natureza jurídica

A natureza da proteção jurídica conferida ao trabalhador deficiente (habilitado ou reabilitado) tem sido motivo de controvérsia. Eis, aqui, o ponto central de interesse do tema.

Dois correntes logo se apresentaram na definição da matéria: a) ausência de interesse individual do empregado dispensado, pois a proteção é apenas coletiva e não individual, não cabendo a esse empregado deficiente, dispensado, qualquer direito, seja de reintegração (provisória nem mesmo definitiva) ou de indenização; e b) ao condicionar a dispensa do empregado deficiente à contratação de outro de condição semelhante, a norma jurídica impõe requisito para a validade do ato jurídico, e, uma vez não observado, há nulidade daquele, cujo corolário lógico é a restituição das partes ao *status quo ante*, ou seja, a reintegração ou indenização substitutiva.

4.3.1. Ausência de interesse individual

Não é jurídico entender que inexistente interesse individual a ser protegido. A proteção jurídica dispensada pela norma visou, inegavelmente, ao coletivo, pois materializada no parágrafo primeiro do artigo 91, que instituiu porcentagens de deficientes que deverão ser mantidos pelas empresas no quadro de empregados. A única leitura possível do parágrafo é no sentido de compatibilidade com o *caput* do artigo, pois a ele está vinculado¹⁰. É como se fosse um grupo familiar com sua hierarquia genealógica. É a leitura genealógica de uma família jurídica, podemos afirmar. Entretanto, a par de sua natureza coletiva, ao atribuir obrigação ao empregador em benefício do conjunto de pessoas portadoras de deficiência e que estejam habilitadas ao trabalho, o seu descumprimento, indiscutivelmente, pode ocasionar benefício a um habilitado apenas, notadamente aquele ex-empregado habilitado ou reabilitado, dispensado sem justa causa. Trata-se de ônus impellido ao empregador para cumprir o comando legal que assegura proteção ao mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiência, embora habilitadas ao trabalho. A proteção pode ser conferida a um trabalhador para proteger o interesse coletivo do grupo destinatário da norma jurídica, não apenas para diferenciá-lo dos demais pares no aspecto do interesse individual.

Ao condicionar a dispensa do deficiente à contratação de outro de condição semelhante, buscou o legislador criar instrumento de eficácia da norma que visa à inserção dos deficientes ao mercado de trabalho. Razoável que a norma não assegurasse indenização a todos os supostamente prejudicados, ante a manifesta dificuldade de

“O direito tem natureza político-social, assegurando-se aos portadores de deficiência, com a inclusão no mercado de trabalho, a concreção dos direitos fundamentais para a realização do Estado Democrático de Direito preconizado pelo artigo 1º da Constituição Federal, pois não há democracia com a exclusão das minorias.”

materialização de seu objetivo. Revertendo o benefício em favor do empregado habilitado que será dispensado, assegura-se, pelo menos em tese, a provocação do cumprimento da norma pelo empregador, levando à eficácia do preceito normativo. Por essas razões, persiste interesse individual a ser protegido, ou seja, é facultado ao deficiente dispensado sem justa causa provocar o cumprimento da norma pelo empregador, buscando judicialmente a imposição da obrigação a ele.

4.3.2. Ilicitude do ato

Ao não cumprir a exigência legal – não contratar outro empregado de condição semelhante –, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, o empregador deixa de cumprir condição indispensável para a validade do ato jurídico, sem a qual o mesmo é nulo, e o seu corolário é a restituição das partes ao *status quo ante*. A leitura é correta, pois o texto da norma assim foi materializado: “A dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”. Dispõe a norma que a dispensa só poderá ocorrer após a contratação de outro empregado de condição semelhante. Na oração, o vocábulo só tem função de advérbio e significa apenas, unicamente, somente. Já o vocábulo *após* funciona como preposição e significa *depois de*. Assim, a correta interpretação da norma é esta: depois de contratar um empregado de condição semelhante, o empregador poderá dispensar o empregado deficiente. No campo jurídico, há restrição ao direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho. O exercício desse direito é condicionado à existência de outro ato jurídico: a contratação de outro empregado de condição semelhante. Portanto, para dispensar um empregado deficiente (habilitado ou reabilitado), deve primeiro o empregador contratar outro empregado de condição semelhante.

4.4. Efeitos

Ao descumprir essa obrigação, quais os direitos coletivos e individuais são violados e qual a proteção jurídica específica que nasce nos aspectos individual e coletivo? Quais são as obrigações impostas ao empregador que descumprir esse preceito?

A violação é apenas coletiva, pois a norma tem caráter social, protegendo o mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes inserção no mercado de trabalho e, em última análise, no meio social, possibilitando a concreção dos direitos à cidadania e dignidade da pessoa humana, consagrados como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Não há violação de direito individual, assim entendido como direito de um trabalhador deficiente individualmente considerado.

No plano coletivo, é facultada aos legitimados a utilização das ações coletivas para a defesa de interesses difusos e coletivos, para provocar o Judiciário a obter ordem para impelir o empregador a cumprir a obrigação, ou seja, manter o número de empregados deficientes, de acordo com os percentuais obrigatórios, com a cominação de multa pelo não-cumprimento da ordem.

Ainda no plano coletivo, mas do ponto de vista do caráter público da norma, os órgãos estatais encarregados da fiscalização do trabalho podem impor as multas administrativas legalmente previstas¹¹.

No aspecto individual, conforme já registrado, é manifesto o interesse jurídico do empregado deficiente dispensado; porém, entendendo que não se trata de reintegração ao emprego. Embora não se possa falar em violação a direito individual, para proteção coletiva, é legitimada a atuação individual na busca da eficácia da norma jurídica. Ocorre que a norma não protege o contrato de trabalho desse empregado¹²⁻¹³. Não é essa a interpretação que pode ser feita do texto normativo, muito menos foi a vontade do legislador. A proteção é coletiva; apenas se autoriza a atuação individual com o fim de buscar a eficácia da norma jurídica. A reintegração não cumpre o objetivo da norma, pois esta não protege aquele contrato de trabalho, mas sim aquela vaga de trabalho que deve ser destinada ao conjunto de trabalhadores que, segundo o legislador, necessita de proteção jurídica. A proteção é destinada a todos os trabalhadores habilitados e reabilitados. Aquele deficiente que foi dispensado pode, diante do ilícito do empregador, por violar a lei ao dispensar empregado sem contratar outro de condição semelhante, buscar uma indenização. A indenização tem como objetivo não o aumento patrimonial do empregado dispensado, mas sim impor ônus ao empregador para desmotivá-lo a reincidir na prática ilícita, conferindo, desse modo, plena eficácia à norma jurídica. O aumento patrimonial (indenização) do empregado deficiente dispensado é apenas instrumento de motivação para sua atuação em busca da eficácia da norma jurídica protetora do grupo.

A reintegração encontra barreiras de ordem prática. O empregador que é condenado a reintegrar o empregado dispensado pode, ao cumprir a obrigação, ato contínuo, contratar outro de condição semelhante e resilir o contrato do reintegrado. A reintegração ao emprego, sem manutenção da proteção ao contrato de trabalho, gera forte insegurança e intranquilidade ao trabalhador, com fortes abalos psíquicos e emocionais. É a estabilidade da instabilidade. São inegáveis os prejuízos, das mais diversas naturezas (psicológicos, emocionais, quicá financeiros), suportados por esse empregado reintegrado e dispensado em seguida. É o que popularmente se chama de vitória-de-pirra: ganha mas não leva. A garantia de eficácia da norma jurídica requer atuação individual proporcional aos benefícios revertidos em favor do indivíduo. Não é razoável exigir tanto sacrifício de um indivíduo em favor do grupo social ao qual pertence, sem qualquer compensação individual. É tradição da jurisprudência trabalhista assegurar apenas indenização substitutiva quando a reintegração dever proceder-se em período não alcançado pela estabilidade¹⁴.

Portanto, por não se revelar benéfica ao empregado dispensado, a reintegração pode se traduzir em fator de desmotivação para a atuação na defesa da eficácia da norma protetora, uma vez que não assegura, efetivamente, mesmo em caso de vitória, algum benefício individual.

Ainda como barreiras para a reintegração, diversas situações jurídicas podem ocorrer: partindo da premissa de que o comando da coisa julgada assegura proteção ao contrato de trabalho somente até o cumprimento da condição, poderá o empregador provar, na execução, que já contratou outro empregado de condição semelhante, impedindo, assim, a realização do comando jurisdicional. Pode, ainda, não raras vezes, acontecer de ser o empregador constituído de grupo econômico com empresas ou estabelecimentos em diversas cidades ou Estados da Federação e, uma vez considerado esse conglomerado para a fixação do número de empregos reservados para os deficientes, comprovar, a qualquer tempo

(fase processual de conhecimento ou de execução), que contratou, para qualquer daqueles estabelecimentos ou filiais, empregado de condição semelhante, ou mesmo que houve redução de seu quadro de empregados, com a conseqüente redução do número de empregos protegidos, traduzindo-se em fato impeditivo à reintegração ou, quando muito, assegurando-se ao empregador o exercício do direito de dispensa, logo depois de cumprida a obrigação. Já em assegurando indenização ao empregado dispensado, sem prejuízo da proteção jurídica coletiva, com a aplicação de multas administrativas e utilização dos instrumentos judiciais de defesa dos direitos coletivos (ação civil pública), a oportunidade de o empregador comprovar que cumpriu a obrigação fica reduzida ao prazo para apresentação da defesa, de forma a incentivar o trabalhador que assume os riscos de sua atuação individual na busca da eficácia de norma de caráter coletivo e social a: desistir da ação, desde logo, se comprovada a ausência de ilícito pelo empregador, seja pela contratação de outro empregado de condição semelhante em qualquer outro estabelecimento, seja pela redução geral do número de empregados; ou prosseguir na defesa do direito com a certeza de, se vitorioso for, algum benefício receber em resposta à sua reivindicação, sem que isso possa produzir-lhe intranquilidade ou prejuízos de ordem emocional.

Outra barreira para a reintegração pode ser encontrada quando houver incompatibilidade entre o empregado e o empregador ou, ainda, quando o empregado dispensado estiver incapacitado para a execução do contrato de trabalho. Na primeira hipótese, o artigo 496 da CLT¹⁵ autoriza o julgador a substituir a reintegração pela indenização; porém, se entender que havia direito à reintegração, qual o prazo para servir de parâmetro para a indenização substitutiva? No segundo caso, a incapacidade do empregado para o trabalho impede a reintegração e não autoriza a indenização substitutiva, ante a impossibilidade jurídica e material de execução do contrato de trabalho. Com a indenização substitutiva, num e no outro caso, persistem os incentivos para o empregado dispensado não se manter inerte na defesa da eficácia da norma jurídica.

Por todas essas razões, a garantia de indenização revertida ao empregado deficiente, dispensado sem o cumprimento da obrigação do empregador de contratar outro de condição semelhante, revela mais forte instrumento de eficácia da norma jurídica, seja pela possibilidade de se alcançar com mais segurança vantagem econômica individual, seja pela diminuição do encargo a ser suportado pelo indivíduo em favor do coletivo.

4.4.1. Valor da indenização

A indenização não pode ser fixada em valor que possa revelar enriquecimento sem causa do empregado dispensado nem, por outro lado, ser irrisória a ponto de, pela insignificância, não produzir o efeito pedagógico sustentado. Não poderá, também, divorciar-se da origem: contrato individual do trabalho e as demais circunstâncias que o cercam. O salário é o primeiro fator a ser considerado na base para o cálculo da indenização, e o segundo é um prazo a ser definido.

O artigo 118 da Lei nº 8.213/91 assegura estabilidade no emprego, durante o prazo de 12 meses após o retorno do empregado afastado por período superior a 15 dias por força de acidente de trabalho ou doença equiparável.

Não obstante tratar-se de prazo fixado pela mesma norma jurídica, os objetivos dos artigos 93 e 118 são distintos e inconfundíveis. No primeiro, assegura-se proteção coletiva ao mercado de trabalho dos portadores de deficiência; e, no segundo, a proteção é individual, garantindo-se ao empregado, vitimado por acidente de trabalho ou doença equiparável, a estabilidade no emprego, pelo prazo de 12 meses, destinado à completa recuperação de suas condições laborativas. São institutos diferentes. Por essas razões, não há como aplicar, por analogia¹⁶, a

regra do artigo 118 da Lei nº 8.213/91. Há completo silêncio do legislador¹⁷, cabendo ao julgador fazer uso da equidade, para fixar esse prazo (CPC, art. 127, c/c CLT, arts. 8º e 769).

A equidade, segundo Aristóteles, é a justiça do caso concreto. Por equidade, pode-se entender também o equilíbrio, a proporcionalidade, a benignidade, a razoabilidade¹⁸⁻¹⁹. Embora sejam conceitos abertos²⁰, o senso de justiça orienta o julgador a impor os limites de atuação a esses vocábulos.

Diante disso, o prazo de manutenção do contrato do empregado deficiente dispensado sem justa causa, para efeito de base da indenização substitutiva, deve ser equivalente ao

razoável para o empregador contratar outro de condição semelhante. Considerando as condições atuais de organização da sociedade, por meio de entidades públicas e privadas que buscam a inserção dos deficientes no mercado de trabalho, organizando esse grupo e facilitando o contato por parte dos empregadores, um prazo entre cinco e 10 meses é suficiente para o cumprimento da condição pelo empregador, sem resultar em benefício que o empregado dificilmente alcançaria por outros meios, nem ser insignificante, de forma a neutralizar o efeito pedagógico da indenização.

5. Destinatários da proteção legal

5.1. Destinatários

São titulares da proteção normativa os beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. Habilitados são empregados deficientes que estão, apesar da deficiência, aptos a executar determinados trabalhos. Beneficiários reabilitados são empregados que, em razão de acidente de trabalho ou doença profissional, sofreram redução na capacidade laborativa; porém, ainda assim, após a estabilização das seqüelas, revelam-se aptos a executar alguma atividade.

Os empregados que sofreram acidente do trabalho ou foram vitimados por doença profissional e que, em razão desses fatores, tiveram redução da capacidade de trabalho e foram readaptados, devem ser equiparados aos portadores de deficiência habilitados, para efeitos de aplicação tanto do *caput* do artigo 93, para observância dos percentuais obrigatórios da reserva de mercado, bem como para efeitos do parágrafo primeiro, na qualidade de beneficiários da obrigação imposta ao empregador. Uma vez dispensado o

empregado readaptado, se ele sofreu redução da capacidade de trabalho que o deixou na condição de deficiente físico, passa a integrar o grupo de deficientes habilitados a trabalhar, estando compreendido no grupo social a cuja proteção se destina. Assim, mesmo antes de sua dispensa, se já apresenta redução da capacidade de trabalho, de forma a estar inserido no conceito de deficiente físico habilitado, desde logo pode exercer esses direitos, cuja consequência é autorizar o empregador a incluir esse empregado no grupo de deficientes, para efeitos de cumprimento das cotas, bem como autorizar sua dispensa somente após a contratação de outro de condição semelhante.

5.2. Deficiente. Conceito

O artigo 7º, inciso XXXI, da Carta Constitucional, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, impondo-se a utilização do princípio da máxima eficácia do preceito constitucional, de forma que a definição de deficiente deve ser a mais ampla, ante o caráter social-protetor da norma.

De acordo com a Portaria MPAS nº 4.677/98, artigo 1º, § 2º, que regulamentou o artigo 93 da Lei nº 8.213/91, “Consideram-se pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, aquelas não vinculadas ao RGPS, que se tenham submetido a processo e reabilitação profissional desenvolvido pelo INSS ou por entidades reconhecidas legalmente.”

O presente conceito é restritivo e não atende o objetivo da Constituição Federal, nem mesmo o da Lei nº 8.213/91. Necessário se faz alargar esse conceito, utilizando-se das diversas normas que tratam da proteção ao deficiente, para possibilitar o efetivo alcance pretendido pelo legislador.

O artigo 3º do Decreto nº 914/93, que regulamenta a Lei nº 7.853/89, a qual dispõe sobre apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, traz o seguinte conceito de deficiente físico:

“Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.”

A Lei Orgânica da Assistência Social (nº 8.742/93), em seu artigo 20, § 2º, define a pessoa portadora de deficiência como “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Já o Decreto nº 1.744/95, que regulamenta a lei citada, diz em seu art. 2º, inciso II, que pessoa portadora de deficiência é “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho.”

A Portaria nº 01/01 do Ministério dos Transportes, que regula a concessão de passe-livre às pessoas portadoras de deficiências, apresenta as seguintes definições:

“Art. 3º Para efeitos desta Portaria, considera-se:

I – omissis

II – Deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

III – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos;

IV – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.”

Por sua vez, o artigo 4º da mesma portaria apresenta conceitos específicos de pessoas deficientes:

“É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que produzam dificuldades para o desempenho de funções.”

A citada norma ainda conceitua a deficiência auditiva como sendo a “perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras variando de graus e níveis” conforme específica; a deficiência visual como “acuidade visual igual ou menor que 200/200 no melhor olho, após melhor correção, ou campo visual inferior a 20% (tabela Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações”; a deficiência mental como “funcionamento intelectual significativamente inferior à média com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas” especificadas (comunicação, cuidado pessoal, saúde e segurança, habilidades acadêmicas e outras).

Do conjunto de preceitos normativos que buscam a integração das pessoas portadoras de deficiências à sociedade, podemos identificar como destinatário dessas normas jurídicas o deficiente, ou seja, a pessoa portadora de deficiência física, auditiva, visual ou mental. Especificamente, a proteção do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 destina-se aos portadores de deficiência física, auditiva, visual ou mental que se encontram aptos a executar alguma atividade laboral, seja pela adaptação, readaptação ou reabilitação, ainda que essa aptidão não seja obtida por meio de processo de habilitação profissional desenvolvido pelo INSS ou por outras entidades. Sendo a pessoa portadora de deficiência e com alguma aptidão para o trabalho, está ela inserida no grupo protegido.

5.3. Não-beneficiados

Aqueles completamente inaptos ao trabalho não são objeto da proteção, de forma que não é dado ao empregador contratar deficiente dessa natureza (inapto), pagando-lhe salário sem a correspondente prestação de trabalho. O fim pretendido não é remuneração com caráter assistencial ao deficiente, pois essa prestação já está assegurada em outro preceito normativo, que o contempla com um salário mínimo mensal (CF, art. 203, V), mas sim a inserção do deficiente ao meio social, possibilitando-lhe executar atividades compatíveis com sua condição pessoal, decorrente da redução da capacidade. Não pode, também, o empregador contratar deficiente apto e deixá-lo em casa, sem trabalhar, porquanto, como já ressaltado, o fim almejado pela norma não é

remuneração (assistência) ao deficiente, mas sim a sua integração social por meio da inserção ao mercado de trabalho. O direito é o de trabalhar, não o de ser remunerado apenas. A empresa que age dessa forma viola os fins sociais da norma. O interesse econômico não deve prevalecer frente ao interesse social.

Por outro lado, a possibilidade de total correção da redução laborativa mediante utilização de aparelho, de que natureza for, com a restituição integral das funções da pessoa, retira-lhe a condição de deficiente, razão pela qual não poderá o empregador contratar empregados que façam usos de óculos corretivos para cumprir a cota estabelecida para deficientes. Há de persistir restrição para alguma atividade, para integrar-se o trabalhador ao grupo dos deficientes.

6. Empregador alcançado pela norma

6.1. Devedor da obrigação

O devedor da obrigação jurídica definida pela norma é a empresa que possui 100 (cem) ou mais empregados. A quantidade de empregados reabilitados ou deficientes habilitados a ser observada pelas empresas tem como base o total deles:

- I – até 200 empregados ..2%
- II – de 201 a 500.....3%
- III – de 501 a 1.000.....4%
- IV – de 1.001 em diante...5%

Isso quer dizer que a empresa que possui exatos 100 (cem) empregados, considerando-se o percentual de reserva para os deficientes de 2%, pode ter 98 empregados normais e outros dois deficientes. Já a empresa que possui 98 (ou até 99) empregados está fora do alcance da norma mencionada.

O total de empregados, para servir como base de cálculo, deve considerar os normais e os deficientes, sob pena de impor ao empregador obrigação superior àquela definida na norma jurídica. Com efeito, o empregador que possui 300 empregados deve manter 3% de deficientes, ou seja, nove empregados nessa condição, o que quer dizer no mínimo nove deficientes e 291 normais. Se assim não fosse, ou seja, se além dos 300 normais fosse o empregador obrigado a contratar 9 deficientes, estaria a norma obrigando aquele empregador a possuir 309 empregados, aumentando o número geral de contratados, quando se sabe que o objetivo é apenas proteger o mercado de trabalho dos deficientes, sem que isso possa traduzir, necessariamente, um aumento do número de empregados por empresa.

6.2. Empresa. Conceito

O conceito jurídico de empresa, termo utilizado pelo legislador no artigo 93 da Lei nº 8.213/91, deve ser entendido na forma do artigo 14 da mesma norma, *in verbis*:

“Consideram-se:

I – empresa – a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;”

Sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, para a norma citada, não é tida como o

estabelecimento apenas, mas também o conjunto de empresas (e estabelecimentos) que integram o grupo. Nesse sentido, o artigo 30, inciso IX, da Lei 8.212/91, que dispõe sobre a organização e institui Planos de Custeio da seguridade social, assim dispõe:

“As empresas que integram o grupo econômico, de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.”

Incluída a proteção do mercado de trabalho do deficiente dentro do contexto normativo da seguridade social, o conceito de empresa deve considerar todo esse arcabouço jurídico.

Por essas razões, empresa quer dizer empregador, e empregador quer dizer aquele que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de trabalho (CLT, art. 2º), equiparando-se a esse o grupo econômico, assim considerado o conjunto

de empresas que – embora cada uma tenha personalidade jurídica própria – estejam sob a direção, controle ou administração de outra (CLT, art. 2º, § 2º). Esses preceitos consolidados complementam o conceito de empresa utilizado pelo legislador da seguridade social, notadamente quando se tratar de relação jurídica entre empregado e empregador e o direito postulado emergir do contrato de trabalho.

Por isso, a quantidade de empregados para definir a aplicabilidade do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 não se restringe a um estabelecimento, devendo-se considerar o conjunto de estabelecimentos do empregador, ou seja, todo o conglomerado econômico

(grupo econômico).

Disso decorrem diversos reflexos: o primeiro, naturalmente, é o de considerar a quantidade de empregados de todo o grupo econômico para fixação dos empregos reservados aos deficientes; o segundo é a faculdade de o empregador, ao fechar qualquer dos estabelecimentos ou empresas integrantes do grupo econômico, reduzindo a quantidade geral de empregados, adequar o número de deficientes ao novo padrão, bem como, ser-lhe facultado dispensar o deficiente de um estabelecimento ou filial e contratar outro de condição semelhante em outra filial ou estabelecimento, mesmo sediado/a em outra cidade ou Estado.

As empresas integrantes da administração pública indireta, mesmo que mantenham empregados sob o regime trabalhista, não estão sujeitas a essa obrigação, porquanto a contratação de empregados somente pode ocorrer por meio de concurso público, na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal, o qual já assegura tratamento especial protetor aos deficientes. Assim, a contratação de deficientes por essas empresas deve observar a aprovação em concurso público e não os percentuais definidos no artigo 91 da Lei nº 8.213/91. O artigo 14, I, da Lei nº 8.213/91, ao incluir “os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional” no conceito de empresa, não tem o mesmo alcance quando se tratar da obrigação prevista no artigo 93 da mesma norma, por força da disposição constitucional específica que regulamenta a matéria. O direito não é estanque, e a sua interpretação deve observar os demais ramos,

preservando, cada um, o seu núcleo. Por isso, a regra de reserva de vagas, à época da concorrência ao emprego, quando da realização do concurso, por ser de índole constitucional e carregar em seu bojo a necessária proteção aos deficientes, e, principalmente, por se tratar de norma de proteção à administração pública, deve prevalecer frente à Lei nº 8.213/91. A interpretação da norma infraconstitucional (art. 14, I, da Lei nº 8.213/91) deve ser feita conforme a Constituição, com a declaração de sua inconstitucionalidade, sem redução do texto, conferindo, à norma, determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade, ou seja, a norma somente é inconstitucional para os efeitos do artigo 93 da mesma lei, preservando sua constitucionalidade nos demais aspectos.

7. Casuísticas

7.1. Demissão

O pedido de demissão do empregado deficiente não necessita de homologação perante a entidade sindical ou perante a autoridade local do Ministério do Trabalho. A regra do artigo 500 da CLT não se lhe aplica. Isso não quer dizer que, nesse caso, o empregador, em razão da demissão de um empregado deficiente, esteja desobrigado de contratar outro de condição semelhante, pois, embora a regra contida no parágrafo único não alcance essa situação, persiste a obrigação contida no caput do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, para a empresa com cem ou mais empregados, de preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas.

7.2. Alteração do número de empregados

Havendo alteração do número de empregados, seja pela redução do número geral deles, seja pelo fechamento de estabelecimentos ou de filiais, ou mesmo cisão da empresa, ao empregador é facultada a adequação do número de empregados portadores de deficiência, de acordo com os percentuais mínimos exigidos, uma vez que a norma busca proteção coletiva do mercado de trabalho dessas pessoas, não havendo garantia individual de manutenção do emprego. A mesma equação jurídica será observada quando ocorrer aumento do número geral de empregados, de forma que os percentuais estabelecidos devem ser notados.

7.3. Deficientes acima da cota

Havendo manutenção de empregados deficientes, em número superior ao legalmente a eles reservado, o empregador tem ampla liberdade de exercício de seu direito potestativo de rescisão desses contratos de trabalho, persistindo a restrição, com imposição da condição de contratação de outro de condição semelhante, somente quando a redução desses contratos esbarrar no número mínimo exigido. É que a regra jurídica, conforme já ressaltado, não assegura proteção ao contrato individual de cada empregado deficiente habilitado, mas sim institui proteção ao mercado de trabalho dessas pessoas, vistas sob a perspectiva coletiva.

8. Conclusão

A legislação brasileira confere nível razoável de proteção à pessoa portadora de deficiência, seja de natureza social, à saúde, ao mercado de trabalho e legitimação de órgãos estatais para a defesa dos direitos difusos e coletivos desse grupo de cidadãos.

Quanto ao mercado de trabalho, a Lei nº 8.213/91 institui percentuais mínimos obrigatórios de empregos a serem preenchidos por pessoas portadoras de deficiência e condiciona a dispensa do empregado deficiente à contratação de outro empregado de condição semelhante.

A dispensa do empregado portador de deficiência, sem a contratação de outro de condição semelhante, não viola direito individual, visto que a proteção é do mercado de trabalho dos deficientes e não do contrato de trabalho de cada deficiente; porém, assegura-se ao empregado deficiente dispensado a legitimação para buscar a eficácia da norma jurídica. Assim, embora não seja portador de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração ao emprego, o empregado deficiente dispensado, sem o cumprimento da condição de contratação de outro de condição semelhante, deve receber indenização calculada com base no valor do salário e num prazo razoável para o cumprimento da condição pelo empregador, indenização essa que servirá como instrumento de motivação para que o indivíduo possa agir na defesa dos direitos do grupo, sem suportar ônus desproporcional ao benefício que lhe é assegurado.

Especificamente, a proteção do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 destina-se aos portadores de deficiência física, auditiva, visual ou mental que se encontram aptos a executar alguma atividade laboral, seja pela adaptação, readaptação ou reabilitação, ainda que essa aptidão não seja obtida por meio de processo de habilitação profissional desenvolvido pelo INSS ou por outras entidades. Sendo a pessoa portadora de deficiência e com alguma aptidão para o trabalho, está ela inserida no grupo protegido.

A quantidade de empregados, para definir a aplicabilidade do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, não se restringe ao estabelecimento, devendo considerar o conjunto de estabelecimentos do empregador, ou seja, todo o conglomerado econômico (grupo econômico).

As empresas integrantes da administração pública indireta, mesmo que mantenham empregados sob o regime trabalhista, não estão sujeitas a essa obrigação, porquanto a contratação de empregados somente pode ocorrer por meio de concurso público, na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal, o qual já assegura tratamento especial protetor aos deficientes (inciso VIII). ■

NOTAS

1 “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 litígios que tenham origem no cumprimento de suas sentenças, inclusive coletivas” (CF, art. 114).

2 Nesse sentido, cf. Luiz Cláudio Portinho Dias: “O assistencialismo foi, por muitas gerações, a resposta encontrada. Políticas governamentais baseavam-se numa visão paternalista, desconsiderando os potenciais das PPDs. Esta visão tinha como grande problema o afastamento destas pessoas portadoras da vida em sociedade, o total alijamento da PPD da comunidade e da possibilidade de influenciar nos destinos da comuna” (<http://bigbangnet.vilabol.uol.com.br/deficientenomercado>).

3 “Movimento literário, científico e artístico que despertou na Itália no século XV e que nesse século e no seguinte se difundiu pelos países da Europa e teve como característica principal a imitação de modelos da civilização grega e latina” (Dicionário prático da Língua Portuguesa, Melhoramentos).

4 Giorgio Del Vecchio cita como fatores importantes para o Renascentismo a retomada de Constantinopla pelos turcos, possibilitando a chegada de muitos gregos que impuseram seus conhecimentos, a invenção da imprensa possibilitando a rápida difusão das idéias, a concepção de que a terra não era o centro do universo e a modificação nas condições políticas em dois aspectos: uma, a afirmação de soberania do Estado e outra, “democrática e liberal, que tende a reivindicar os direitos populares, ainda que às expensas da estabilidade e da segurança do Estado” (Lições de Filosofia do Direito, Giorgio Del Vecchio, 5a. ed. Coimbra: 1979, Arménio Amado Editor, tradução de Antônio José Brandão, pág. 76).

5 A respeito, cf. Luiz Cláudio Portinho Dias: “Com o Renascentismo a política assistencial cedeu lugar à necessidade de integrar a pessoa à comunidade, de fazê-lo membro participante ativo do meio em que habita. A Revolução Industrial e, posteriormente, as duas Grandes Guerras foram eventos que contribuíram para o despertar desta nova visão. Na Europa e nos Estados Unidos foram criadas diversas organizações e entidades preocupadas com a causa. A OIT destinou ao tema as recomendações nº 99/55 e 168/83 e também a Convenção nº 159/83” (<http://bigbangnet.vilabol.uol.com.br/deficientenomercado>).

6 Genaura Maria da Costa Tormim, portadora de deficiência, em artigo publicado na Internet, expõe suas angústias com o seguinte relato: “Como toda minoria, são relegadas a segundo plano, visto não existir uma consciência popular valorativa sobre seus potenciais, como se a cabeça estivesse na disfunção de um membro locomotor ou no atrofiamento de um braço... Ter um defeito físico, andar numa cadeira de rodas, geralmente significa ser inválido, estar cerceado do sagrado direito de auto-sustentar-se com o fruto do próprio trabalho. É a chamada rotulagem despreziva que tanto mal nos faz. Os órgãos estatais fecham as portas.... A discriminação, por parte da própria família, que tem por tradição esconder os seus deficientes, é a mais crucial, numa amostragem, sem dúvida, de desumanidade” (http://www.apriori.com.br/artigos/deficientes_fisico_e_a_lei).

7 “Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência”.

8 O CDC, em seu artigo 82, assegura legitimidade ao Ministério Público (inciso I) e às associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada autorização assemblear (inciso IV). Assim, as associações de defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, atendidos os requisitos do artigo 82, IV, do CDC, estão legitimadas para ajuizar as ações coletivas na defesa dos direitos difusos e coletivos, bem como os individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que têm origem comum.

9 “O princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país” (MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 7a. ed. – São Paulo: Atlas, 2000, pág. 49).

10 Nesse sentido a fundamentação do voto proferido pelo ministro Carlos Alberto Reis de Paula nos autos TST-RR-646.255/

2000, nos seguintes termos: “A Lei nº 8.213/91 regulamenta os Planos de Benefícios da Previdência Social, enquanto o artigo 93 está inserido na Subseção II, relativa à habilitação e reabilitação profissional. O *caput* do artigo 93 prevê a fixação da proporção de número de vagas, nas empresas, para empregados reabilitados e portadores de deficiência, estando, portanto, o parágrafo primeiro vinculado ao *caput*”.

11 Conforme artigo 2º da Portaria MPAS nº 4.677, de 29 de julho de 1998, o descumprimento do preceito implica aplicação da multa prevista no artigo 133 da Lei nº 8.213/91.

12 A proteção ao contrato de trabalho com restrição ao direito de dispensa do empregador e de demissão do empregado é denominada de estabilidade. A estabilidade absoluta é aquela que proíbe o exercício do direito de dispensa pelo empregador indefinidamente e a estabilidade provisória é aquela que o faz temporariamente. Em ambos os casos, há também restrição ao direito do empregado de colocar fim ao contrato de trabalho, pois o artigo 500 da CLT exige assistência sindical ou de órgão do Ministério do Trabalho para o exercício desse direito pelo empregado.

13 Para Sérgio Pinto Martins, “há e se distinguir a estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego é o gênero que compreende medidas tendentes a ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço... O art. 93 da Lei nº 8.213/91 também pode ser considerado como hipótese de garantia de emprego...” (o autor, *Direito do Trabalho*, 15a. ed. São Paulo: Atlas, 2002 pág. 371).

14 Enunciado 244 do TST e Orientação Jurisprudencial nº 116 da SBDI-1 do TST.

15 “Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte” (CLT, art. 496).

16 O julgamento por analogia ocorre quando há lacuna da norma (CPC, art. 126). Entende-se por analogia o julgamento de um caso para o qual não há norma com a utilização de regras aplicáveis a um caso semelhante.

17 Mesmo havendo silêncio do legislador, não é possível fazer uso da analogia, uma vez que os casos (e institutos) são diferentes.

18 Informa Maria Helena Diniz: “A equidade dá ao juiz o poder discricionário, mas não arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, equitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular. A equidade não é uma licença para o arbítrio puro, mas uma atividade condicionada às valorações positivas do ordenamento jurídico, ou melhor, relacionada aos subsistemas normativos, fáticos ou valorativos, que compõem o sistema jurídico”. (A autora, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1º Vol. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 76).

19 “É um instrumento de instauração de novas Normas” (Miguel Reale, citado por Amauri Mascaro Nascimento, *in Curso do Direito do Trabalho*, 17a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 287).

20 Aqui a equidade é entendida como técnica para criação do modelo jurídico que integrará o sistema para a decisão do caso concreto: *aequitas*.

A TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IGUALDADE SUBSTANCIAL

Vicente Higinio Neto
Advogado em Curitiba

Introdução

O presente artigo está embasado na obra de Gerhard Walter¹, discípulo de dois grandes processualistas modernos: Fritz Baur e Mauro Capelletti. A redução do módulo da prova nada mais significa que a prova plena há de ser atenuada dependendo de cada situação particular, ou seja, não se pode exigir a mesma prova em todas as situações, em especial quando há leis protetoras de determinadas categorias. É bom observar que as regras sobre prova foram construídas nos séculos XVIII a XX, sob o pano de fundo do liberalismo e, de regra, quem tinha acesso à jurisdição era a classe burguesa emergente. O processo do século XXI, analisado à luz dos princípios constitucionais, há de ser interpretado de forma diferente, abrangendo toda a sociedade, considerando suas desigualdades e dificuldades materiais para fazer valer seus direitos em juízo.

A teoria da redução do módulo da prova

A teoria da redução do módulo da prova se aplica no ordenamento jurídico brasileiro por inúmeras razões, dentre elas a mitigação do “mito” da verdade. A conclusão a que chegou o processo civil moderno é de que o sentido humano nunca chega à verdade absoluta, mas a aparências de verdade ou verdade históricas ou culturais, ou verossimilhanças, conforme preferem Gadamer e Ovídio Batista da Silva².

O processo civil moderno, ciente das lesões criadas ao tentar-se erigir o direito processual a uma total autonomia em relação ao direito material, resgata a idéia de que o processo é instrumento de realização do direito material, que é de natureza pública e que as partes podem transigir sobre o direito material (princípio dispositivo), mas não sobre as normas processuais (princípio inquisitivo). Passa então o Estado-Juiz a ter o dever de buscar a verdade e prolatar decisões justas, com vistas a alcançar os escopos da jurisdição (jurídico, político e da pacificação social com justiça), conforme ensinamentos de Cândido Dinamarco³.

Por sua vez, Gadamer, um dos grandes estudiosos do tema “verdade”, sustenta que temos que nos contentar com juízos de verossimilhança e interpretar o direito histórica, cultural e dialeticamente, ou seja, o direito é aquilo que a comunidade entende como justo e adequado histórica e culturalmente, permitindo seu enriquecimento e aprimoramento a cada dia, com novas descobertas e relações possíveis.

Inúmeros outros estudiosos do direito, como Claus Wilhelm Canaris (direito como sistema de regras e princípios), Theodor Viehweg (tópica e jurisprudência), Chaim Perelman (nova retórica), Miguel Reale (direito como cultura), Karl Larenz (valores e princípios), Habermas (teoria da ação comunicativa), Wittgenstein (teoria da linguagem), Niklas Luhmann (direito como sistema autopoietico), Marcelo Neves (crítica da versão lumaniana), dentre tantos outros, convergem para Gadamer em tema de verdade, surgindo, em conclusão,

que a verdade para o direito é construída dialeticamente, ou seja, a verdade surge do consenso discursivo que as partes conseguem apreender. Mas a produção dessa verdade, em países periféricos como o Brasil, não pode ser deixada ao livre arbítrio das partes, sob pena de macular-se o princípio da igualdade e do devido processo legal. As leis protetoras (do trabalho, do consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente etc.), outorgam privilégios a determinadas categorias para que tais princípios efetivamente encontrem guarida na aplicação aos casos concretos e justiça seja realizada.

Com isso quer-se dizer que as regras do art. 333, do CPC, já não permitem que inúmeras pessoas tenham acesso à justiça, valor caro a um sistema democrático e social de direito. Em resumo a teoria prega que a solidez de cada prova e o ônus de provar os fatos são cambiantes e dependem das condições de aporte dessas provas aos autos, levando em conta a real capacidade de prova da parte, em especial da vítima ou do lesionado, ou seja, não exige mais do que a parte pode produzir.

A teoria, juntamente com as presunções e com o princípio da persuasão racional do juiz, permite um julgamento mais justo e conforme com o princípio constitucional do devido processo legal do qual a prova deriva, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Passemos a um exemplo: como exigir que uma vítima de um erro médico prove que o médico foi negligente? como aportar outros elementos de prova no caso que estamos a examinar se a simples exibição da fita de vídeo produzida pela ré viesse aos autos? como provar num acidente de trânsito sem testemunhas que o ofensor agiu com culpa? Enfim, em inúmeras situações, se não mitigarmos o rigorismo do art. 333 do CPC, jamais conseguiremos construir uma justiça eficiente e eficaz e que atenda aos novos anseios da sociedade moderna. O processo mais que nunca deve ser meio útil para fazer Justiça e assim atingir aos escopos jurídicos, políticos e da pacificação social.

Gerhard Walter⁴ destaca que, nos direitos sociais, basta a convicção judicial de que há uma verossimilhança intrínseca dos fatos afirmados.

“A teoria, juntamente com as presunções e com o princípio da persuasão racional do juiz, permite um julgamento mais justo e conforme com o princípio constitucional do devido processo legal do qual a prova deriva, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.”

A teoria da redução do módulo da prova representa o remédio necessário à dificuldade probatória para inúmeros casos e visa fazer triunfar a justiça ou a equidade. Assim, a teoria é perfeitamente compatível com o direito constitucional pátrio, em especial com o princípio do devido processo legal do qual a prova deriva e com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF).

Está por trás da teoria a idéia que o direito material pode influir perfeitamente no direito processual, impedindo que se coloque em perigo a realização do direito material ou de valores que o ordenamento jurídico constitucional alberga, justificando-se, portanto, a redução dos rigorosos requisitos do art. 333 do CPC.

Em resumo, razões que informam o direito material reclamam que as dificuldades que aparecem com vistas ao esclarecimento da verdade não podem pesar demasiadamente sobre aquele a quem a norma visa tutelar. A doutrina moderna tem construído um sistema (ex. José Roberto dos Santos Bedaque: *Direito e Processo*) mostrando que o direito processual não é autônomo em relação ao direito material, mas mero instrumento daquele e meio idôneo à realização da justiça. Assim, o favorecimento a determinada parte no processo não ofende ao princípio da igualdade, pelo contrário, o prestigia, pois, de regra, a vítima, o trabalhador ou o hipossuficiente somente litiga com paridade de armas processuais se o ordenamento jurídico lhe oferecer efetivos instrumentos de concretização dessa igualdade. A teoria, então, encontra amparo maior no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, valor-fonte do ordenamento jurídico, conforme expressões de Miguel Reale, e, no direito processual, no princípio do devido processo legal.

Esse tratamento diferenciado passa a ser o ponto central de todo o sistema e desempenha um papel fundamental no direito e no processo civil, em geral, especialmente naqueles casos onde a não outorga de armas processuais idôneas pode comprometer ou impedir a realização da justiça.

Pela teoria, o juiz passa a ter outras alternativas para julgar: utilizar-se das presunções, da redução do módulo da prova ou inverter tal ônus.

Sempre que houver a infração a um dever legal (ex. art. 186, 187, 927, do NCC/03), observa Walter que não há que ser falar em inversão do ônus da prova, mas facilitar a prova dando-lhe guarida às presunções, ou seja, a parte adversa terá que provar robustamente o fato para que o magistrado não dê respaldo à pretensão da parte a quem a lei visa proteger. O incumprimento do dever legal justifica-se, por si só, a redução do módulo da prova e inclusive sua inversão.

Comprovada a infração a uma lei protetora (ex. direito do trabalho, do consumidor, vítimas de acidentes, erro médico etc.) se presume que a infração foi culpável e, por isso, o transgressor tem que aduzir e provar fatos que sejam aptos para afastar a presunção, ou seja, presume-se o nexo de causalidade entre a transgressão e o prejuízo.

A teoria também se aplica aos casos de frustração da prova, onde um dos litigantes tenha o dever de provar, e seu adversário lhe impeça de produzir tal prova. Neste caso, inverte-se o ônus da prova ou se exige requisitos menos rigorosos para provar aqueles fatos cuja prova é penosa.

Assim, a teoria defende que em inúmeros casos, em especial onde há leis protetoras de determinadas categorias, cabe ao magistrado julgar com base na verossimilhança dos fatos aportados aos autos, nas presunções e na regra da inversão do ônus da prova, observando-se ainda que no direito processual brasileiro aplica-se amplamente o princípio da persuasão racional do juiz e as regras da experiência.

Conclusão

A teoria representa avanço importantíssimo em matéria de hermenêutica constitucional, se a aplicarmos com vistas à concretização dos valores e princípios constitucionais, em especial os consagrados nos arts. 1º, 3º, 4º, 5º e 7º da Constituição Federal, destacando-se o da dignidade da pessoa humana. ■

NOTAS

1 *Libre apreciacion de la prueba*. Ed. Themis, 1985.

2 *Curso de processo civil*, 2a. ed. Sérgio Antonio Fabris.

Porto Alegre, 1991.

3 *A instrumentalidade do processo*.

4 Op. cit. p. 146

O CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL DIFUSO

Gianpaolo Poggio Smanio

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

2º Promotor de Justiça da Cidadania de São Paulo

A existência de uma espécie de bem jurídico de natureza coletiva é reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico. BIRBAUM¹ reconhecia que a lei penal já não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata a fins sociais. Classificava, portanto, os bens, e por conseqüência os crimes, em naturais e sociais, uma vez que, no seu pensamento, os bens, em parte, já são dados ao homem pela natureza e, por outra parte, como resultado de seu desenvolvimento social.

Por sua vez, LISZT² apontava a diversidade de formas dos bens jurídicos, decorrente da complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que a integram e nela se movimentam. Sustentava a existência de portadores individuais dos bens, ao lado de portadores supra-individuais, entre os quais sobressaía o Estado como portador dos interesses coletivos.

JESCHECK reputa que os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresenta a seguinte classificação dos bens jurídicos:

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los *bienes jurídicos personalísimos* (v.g. la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (*bienes jurídicos universales*) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero)³.

A evolução da doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da teoria do bem jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico.

Não se trata de ignorar o interesse humano ou personalista na concepção do bem jurídico, conforme já assentamos neste trabalho, cujas garantias individuais estão constitucionalmente garantidas, mas sim reconhecer a evolução social e a importância da manutenção do sistema social, em que os indivíduos encontram sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade, para a conceituação do bem jurídico.

Assim, MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN⁴ demonstram a existência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e *bens jurídicos coletivos*, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc.

ZAFFARONI⁵, embora entenda que não há diferença qualitativa entre bens supra-individuais e bens individuais, reconhece a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro.

Conforme podemos perceber, a idéia de bens jurídicos penais que não afetem diretamente os indivíduos, mas a coletividade de indivíduos e, portanto, interesses de relevância social, já é conhecida e aceita pela doutrina do Direito Penal, com mudanças de enfoque, conforme o momento histórico e a perspectiva da análise de cada doutrinador.

As modificações que o capitalismo e os modelos econômicos vêm enfrentando, entre eles, o modelo de Estado, diante das relações sociais em que vivemos, vêm despertando a doutrina penal para a proteção de interesses que não são individuais, mas metaindividuais ou pluriindividuais, atingindo amplos setores da população.

Figueiredo Dias demonstra a importância da proteção dos interesses metaindividuais para o presente e, principalmente, para o futuro do Direito Penal:

“Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância “antropocêntrica” da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos.”⁶

Reconhecida a existência dos bens jurídicos penais transindividuais ou metaindividuais, resta caracterizar a distinção entre os bens jurídicos penais coletivos e os bens jurídicos penais difusos, para então definirmos estes últimos e analisarmos as consequências penais da tutela dos interesses difusos.

Mir Puig reconhece expressamente a existência e a importância da proteção penal dos interesses difusos na atualidade:

“Las modificaciones que entretanto ha ido experimentando el capitalismo y el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho Penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los *intereses difusos*.”⁷

A doutrina penal brasileira também vem reconhecendo a existência de bens jurídicos coletivos e, principalmente, difusos e a sua importância para a tutela penal.

Miguel Reale Júnior⁸ aponta a existência de novas áreas no Direito Penal, como a defesa do meio ambiente, da justiça social e das divisas financeiras do País, consistindo em bens jurídicos a serem penalmente tutelados.

Ivete Senise Ferreira, analisando os crimes ambientais, no mesmo sentido:

Na segunda metade do séc. XX, porém, novos problemas vieram solicitar a atenção do ordenamento jurídico pela constatação de uma progressiva degradação, e por vezes destruição, do meio ambiente, aliada à previsão das consequências catastróficas que isso acarreta para a vida do homem e dos outros seres da natureza, devendo ser por todos os meios obstada para garantir a sobrevivência da própria humanidade.

O Direito Penal, parte integrante desse ordenamento jurídico, não pode assim deixar de oferecer a sua contribuição para essa missão salvadora, justificando-se a sua intervenção não somente pela gravidade do problema e pela sua universalidade, mas também porque o direito ao meio ambiente, na sua moderna concepção, insere-se entre os direitos fundamentais do homem, os quais incumbem tradicionalmente ao Direito Penal defender, como *ultima ratio*.⁹

René Ariel Dotti reconhece expressamente a proteção penal dos interesses coletivos, anotando que parte da doutrina inclui nessa expressão os interesses difusos usados como sinônimos dos coletivos. Realiza, entretanto, a distinção entre os interesses difusos e coletivos, acompanhando a visão de Ada Pellegrini Grinover, também no que se refere ao Direito Penal, sem que dessa distinção resulte antagonismos ou exclusões. Ao contrário, são interesses que, na sua visão, complementam-se para a proteção penal:

“Não obstante, porém, a existência de uma ‘área de *conflittualità*’ característica do âmbito dos interesses difusos, as concepções em torno dos fenômenos interesses coletivos e interesses difusos não são excludentes nem antagonicas. Com efeito, existem sempre no território de

qualquer um dos interesses coletivos (preservação da vida, da integridade, da saúde, do ambiente, a tutela do consumidor, etc.) maiores ou menores núcleos de conflitos e divergências. Ao interesse geral da preservação da saúde pública, por exemplo, se manifestam também outros interesses coletivos como ocorre na limitação e expansão da propaganda e de fabricação de cigarros, de bebidas alcoólicas etc.”¹⁰

Salomão Shecaira, ao analisar os efeitos das transformações sociais no Direito Penal, também reconhece o interesse da proteção dos interesses difusos e coletivos:

“Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações. O homem, em seu espírito associativo, e pela utilização das tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, pôr em perigo a própria escala humana, destruir a si próprio e se destruir enquanto espécie. Não é por outra razão que o Direito deve dar uma resposta a essas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o Direito (e também o Direito Penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do Direito Penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo.”¹¹

Conforme a doutrina referida, já está assentada a existência de bens jurídicos penais de natureza coletiva, restando agora efetuar a distinção também para o Direito Penal entre os bens jurídicos coletivos e os difusos, distinção de enorme valor para a futura perspectiva do Direito Penal, que sofrerá modificações de forma a acolher uma eficaz proteção contra a criminalidade dos interesses difusos.

Os bens jurídicos penais difusos são distintos dos interesses coletivos, no sentido utilizado no Direito Penal. Quando a doutrina penal cita bens jurídicos coletivos, está fazendo referência ao interesse público, ou seja, àqueles bens que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção e forma de proteção. Os conflitos que podem gerar, portanto, ocorrem entre o indivíduo que pratica o crime e a autoridade do Estado efetuando a punição. Em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa está presente em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais na sua realização. Dessa forma, o Estado realiza muitas vezes uma intermediação, ou melhor, dispõe uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, ao tipificar tais condutas como crime, ou não tipificá-las, deixando outros ramos do Direito realizarem a solução.

Assim, propomos uma tríplice classificação dos bens jurídicos penais:

a) os bens jurídicos penais de natureza individual, referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São,

portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos, como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc.;

b) os bens jurídicos penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.;

c) os bens jurídicos penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, em que os interesses econômico industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na proteção das relações de consumo, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na proteção da saúde pública, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.

Notamos, enfim, que somente em face do caso concreto, da conduta praticada, poderemos afirmar quais dos bens jurídicos penais foram atingidos. Da mesma forma, existem condutas criminosas ofensivas a mais de um bem jurídico penal, o que só pode ser objeto de verificação diante do fato concreto. ■

NOTAS

1 Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens. *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 51-53.

2 *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.* p. 66-69.

3 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4a. ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 234.

4 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3a. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 65.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. vol. 3, p. 242.

6 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 74.

7 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 135.

8 *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 214.

9 *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995, p. 67-68.

10 A tutela penal dos interesses coletivos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 69-70.

11 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação*. *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 133.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E PROVA DA NECESSIDADE

Alex Sandro Ribeiro

Advogado em São Paulo

Pós-Graduado em Direito Civil pelo UniFMU

Há algum tempo tem sido voga, na Cidade de São Paulo, a exigência de prova da capacidade econômica e financeira do jurisdicionado que se declara pobre na acepção jurídica do termo, para, com isso, conceder-lhe o benefício da atividade jurisdicional gratuita. E fundamentam tal proposição em face do comando insculpido no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Isso quando não se indefere de plano pedido, mandado recolher a taxa judiciária sob pena de indeferimento da inicial.

Entretentes, afigura-se-nos despropositada tal exigência, justamente por confundir a Assistência Judiciária com Assistência Jurídica, cada qual tendo o seu campo de atuação e fundamento principiológico legislativo distinto.

Façamos, pois, o necessário discernimento para, ao final, adequarmos a matéria à sua exata e jurídica conclusão.

Da assistência jurídica integral

A assistência jurídica integral é a prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. Não se confunde com a assistência judiciária (justiça gratuita) prevista na Lei n. 1.606/50. Para a Constituição Federal, o interessado tem de comprovar a insuficiência de recursos e, com isso, se valerá da Defensoria Pública (Lei Complementar n. 80, de 1994).

Semelhante dispositivo se vê no Código de Defesa do Consumidor quando garantiu, como instrumento necessário à execução da Política Nacional das Relações de Consumo, a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente (art. 5º, inciso I).

Como observou Euro Bento Maciel, a assistência judiciária é o gênero do qual a justiça gratuita é a espécie. E continua o ilustre advogado: “Na ‘assistência judiciária’ o Estado assume, pelo beneficiário, a obrigação de arcar com as despesas processuais e honorários do patrono, que não é constituído pelo interessado, mas lhe é nomeado pelo Juízo ou pela Ordem dos Advogados do Brasil, sem que lhe assista direito à livre escolha do profissional, enquanto que, na ‘justiça gratuita’, a isenção suportada pelo Estado se restringe às despesas processuais, sendo o patrono escolhido, constituído e remunerado pelo próprio cliente”. (Justiça gratuita e assistência judiciária. Revista do Advogado: São Paulo, n. 59, jun./2000, p. 66).

Candente e incensurável também é a sempre abalizada doutrina de Pontes de Miranda: “Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A

assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo.” (*Comentário ao Código de Processo Civil*. 2a. ed., Forense: Rio de Janeiro, 1958, tomo I, p. 460).

Veja-se que a própria Lei Complementar n. 80/94, dispõe em seu artigo 1º que à Defensoria Pública incumbe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados. Entre os benefícios do comprovadamente necessitado, encontra-se a possibilidade de ver resolvido o conflito de interesses extrajudicialmente em sessão de conciliação; o patrocínio de ação penal privada subsidiária da pública, de ação civil, de defesa em ação penal, de defesa em ação civil (inclusive reconvenção), a asseguaração das garantias e direitos fundamentais do cidadão por força da atuação do Defensor junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, a defesa do direito perante os Juizados Especiais etc. Enfim, entre os benefícios do assistido, encontra-se o de ver assegurado, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes.

A assistência jurídica integral, portanto, tem vasto campo de proteção e é de incumbência precípua dos membros da Defensoria Pública.

Se a Constituição Federal previu a assistência jurídica (a mais ampla) aos que comprovem o estado de carência econômica, apenas para esta deve-se exigir prova da necessidade. Não se confundindo tal instituto com o previsto na Lei n. 1.050/60, certo é que tal Diploma foi recepcionado pelo Estatuto Supremo, de tal sorte a ainda permanecerem em pleno vigor os seus dispositivos. Aplicando-se ao caso a Lei 1.060/50, resta saber o que ela determina.

A assistência judiciária

A assistência judiciária, prevista na Lei Federal, é estritamente processual. Prevê apenas a dispensa do pagamento de diligências de oficial de justiça, selos, emolumentos e custas devidos aos juízes e serventuários da Justiça, despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, honorários de advogado e peritos (e assistentes técnicos) etc.

Com efeito, preleciona Yussef Said Cahali que: “O beneficiário da gratuidade não consiste na isenção absoluta de custas e honorários, mas na desobrigação de pagá-los enquanto persistir o estado de carência, durante o qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito até a fluência do prazo de cinco anos, a contar da sentença final...” (Honorários Advocáticos. 3a. ed., São Paulo: RT, 1997, p. 155).

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido que é “suficiente a declaração de pobreza para serem concedidos os benefícios da assistência jurídica, a qual somente será negada por fundamentadas razões.” (JTJ 168/237).

Do mesmo modo, o consentâneo e assente Julgado dessa Corte, do qual foi relator o preclaro Desembargador Toledo Silva, em inarredável consonância com abalizada doutrina, perfilha o cunho absoluto de que: A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas, despesas do processo e os honorários de Advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.”

Permissa vênia, mas exigir-se prova da necessidade é negar vigência ao artigo 4º da Lei n. 1.060/50, que concede o benefício da assistência judiciária à parte que “mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do próprio sustento”. De igual, afronta-se acintosamente o parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 1.060/50, que considera necessitado todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogados sem prejuízo do próprio sustento ou da família, sendo que tal dispositivo limita-se, simplesmente, a conceituar os necessitados para os fins legais, como os que não podem pagar as custas do processo e os honorários de advogados sem prejuízo do próprio sustento ou da família.

Quando a parte, no item que pede os benefícios, afirma na própria peça de ingresso, como manda o artigo 4º do referido dispositivo legal, que não reúne condições de pagar as custas e despesas judiciais sem comprometimento do seu próprio sustento e de sua família, atendeu ao que determina a Lei. Isso é o quanto basta.

No § 1º do artigo 4º já mencionado, vem a presunção legal da pobreza jurídica, até provem em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei.

Na esteira deste enunciado legal, o que não poderia ser diferente, nossos Tribunais, referendados em venerandos Arestos do Superior Tribunal de Justiça, têm decidido que: “Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário (RSTJ 7/414; neste sentido: STJ-RF 329/326 JTAERGS 91/194, Bol. AASP), o que dispensa, desde logo, de efetuar o preparo inicial. (TFR-1a. Turma, AC 123.196-SP, rel. Min. Dias Trindade).

Portanto, ao formular o pedido de gratuidade judicial, por ocasião do ingresso da ação, a parte preenche todos os requisitos legais bastantes à sua concessão com a simples afirmação de não estar em condições de pagar as custas do processo e os honorários do

advogado, sem que, com isso, tenha prejuízos na manutenção do auto-sustento e da família. E, desse modo, não encontra respaldo legal a decisão que nega o benefício pleiteado ante a ausência de prova da necessidade, nem mesmo a que manda a parte comprovar a necessidade.

Cabe ressaltar, conforme orienta-se a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme dá conta venerando acórdão do qual foi Relator o Desembargador Salles Penteadado: “presume a Lei n. 1.060, de 1950, esta insuficiência, se a afirmação de ausência de condições de pagar custas e honorários advocatícios ‘na própria petição inicial’ (artigo 4º, *caput*). A presunção é, e não poderia deixar de ser, *iuris tantum*” (art. 4º, § 1º). Se

se tratasse de pedido formulado no curso da ação, aí sim, “em face das provas” o juiz pode concedê-la ou denegá-la de plano. É o artigo 6º da Lei Federal n. 1.060/50. Ainda que a parte tenha indicado advogado particular, nem por isso deixa de ter direito à assistência judiciária, não sendo obrigada, para gozar dos benefícios desta (RT 707/119), a recorrer dos serviços da Defensoria Pública (STJ-Bol. AASP 1.703/205. Apud: Theotonio Negrão. *Código de Processo Civil*. 28a. ed. Saraiva/1997, nota 4 ao artigo 5º).

Em seus comentários ao Código Processual, anota Theotonio Negrão que: “ao necessitado a

legislação assegura o direito de ser assistido em juízo, gratuitamente, por advogado de sua escolha, quando este aceita o encargo, independentemente da existência da Defensoria Pública.”

Conclusão

Como se pode ver, por qualquer ângulo que se olhe, saltam as evidências que a melhor exegese sistemática e teleológica, à luz da lei, da jurisprudência esmagadora e da melhor doutrina, o deferimento do benefício pleiteado pela parte é de rigor, independentemente de prova de sua necessidade, máxime se houver firmado instrumento de declaração (que não precisa ter a firma reconhecida).

Quando se afirma na peça inaugural sua necessidade, gera a presunção contida no § 1º do artigo 4º, da Lei n. 1.060/50, cabendo à parte contrária o ônus da prova da capacidade econômica (§ 2º, do artigo 4º e artigo 7º, combinados). O ônus da prova não é daquele que pretende os benefícios, nada tendo a ver a assistência judiciária com a assistência jurídica integral prevista no Estatuto Supremo. Mesmo porque, se falsamente efetiva tal afirmação, está sujeito às penas que a parte final do § 1º, do artigo 4º do referido Diploma Congressual dá conta.

Portanto, ilegal e arbitrária a exigência de prova da necessidade, de tal sorte a desafiar a interposição de agravo de instrumento, no bojo do qual pode-se pleitear antecipação da tutela recursal, além de atribuição de efeito suspensivo ao recurso instrumental. ■

“Portanto, ilegal e arbitrária a exigência de prova da necessidade, de tal sorte a desafiar a interposição de agravo de instrumento, no bojo do qual pode-se pleitear antecipação da tutela recursal, além de atribuição de efeito suspensivo ao recurso instrumental.”

DANO MORAL - OFENSA praticada pela IMPRENSA - LEI 5.250/67, art. 56 - ART. 5º/ CF, V, X

Supremo Tribunal Federal
 Recurso Extraordinário nº. 420.784-2
 Órgão julgador: 2a. Turma
 Fonte: DJU, 25.06.2004, pág. 66
 Rel.: Min. Carlos Velloso
 Recorrente: Selton Figueiredo Melo
 Recorrido: Fractal Edições Ltda.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. DECADÊNCIA: Lei 5.250, de 9.02.67 – Lei de Imprensa – art. 56: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, art. 5º, V e X.

I – O art. 56 da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa – não foi recebido pela Constituição de 1988, art. 5º, incisos V e X.

II – R.E. conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 1º de junho de 2004.

CARLOS VELLOSO – PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: – O acórdão recorrido (fls. 373-376), em ação sob o procedimento ordinário, ao entendimento de que o art. 56 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) teria sido recepcionado pela Constituição Federal, declarou a decadência do direito pleiteado na inicial, reformando a sentença de fls. 270-275, que condenara **FRACTAL EDIÇÕES LTDA** a pagar ao ator **SELTON FIGUEIREDO MELO** a quantia de R\$ 13.600,00 (treze mil e seiscentos reais), a título de indenização por dano moral.

Daí o RE, interposto por **SELTON FIGUEIREDO MELO**, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 5º, V e X, da mesma Carta, sustentando-se, em síntese, o seguinte:

a) existência de jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido da não-recepção do art. 56 da Lei 5.250/67 pela Constituição Federal (Resp 75.170/RJ, Ministro Edson Vidigal e Resp 264.515/RJ, Ministro Sálvio de Figueiredo);

b) submissão da indenização por dano moral ao direito civil comum, não à lei especial em questão, sendo inconstitucional a limitação temporal do exercício do direito à ação quando decorrente de atos de imprensa, por afrontar o princípio da igualdade;

c) inaplicabilidade ao presente caso da Lei de Imprensa, porquanto a matéria em questão não tinha cunho informativo ou jornalístico, mas sim inegável cunho de “*fofoca*”, com o objetivo de aumentar a vendagem do veículo de publicação (fl. 397), sendo irretocável a sentença de fls. 270-275.

Admitido o recurso, subiram os autos, que me foram conclusos em 31.3.2004.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): O acórdão recorrido, ao entendimento de que o art. 56 da Lei de Imprensa foi recebido pela Constituição de 1988, deu pela decadência em ação indenizatória com base no Código Civil, art. 159, e no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Daí o RE, com alegação de ofensa ao art. 5º, V e X, da mesma Carta, certo que citados dispositivos constitucionais foram prequestionados no acórdão recorrido.

Examino o recurso.

A Lei 5.250, de 9.2.67 – Lei de Imprensa – estabelece, no art. 56, que “*a ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.*”

Dispõem os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º.....

(...)

V. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

No RE 348.827/RJ, caso igual, de minha relatoria, proferi o seguinte voto:

“(..)

O acórdão recorrido decidiu que o art. 56 da Lei de Imprensa, que estabelece que ação para haver indenização por dano moral está sujeita ao prazo de decadência de três meses da data da publicação ou transmissão que lhe causa, não foi recebido pela Constituição de 1988, art. 5º, inciso V e X.

Daí o RE, sustentando-se que o acórdão causou ofensa aos citados incisos V e X do art. 5º da Constituição.

Na inicial, o autor sustentou que a indenização do dano moral foi submetida, pela Constituição Federal, ‘ao Direito Civil comum e não a qualquer lei especial.’

O acórdão recorrido acolheu tal entendimento. Examinemos o recurso.

Há os que sustentam que, praticada a ofensa pela imprensa, sujeita a ação de indenização por dano moral ao prazo de decadência do art. 56 da Lei de Imprensa, por isso que não é este incompatível com

a Constituição Federal, art. 5º, V e X. Aduzem que o fato de a ação indenizatória ter sido aforada com invocação do art. 159 do Cód. Civil não tem relevância, porque, em tal caso, a lei especial – a regra do art. 56 da Lei de Imprensa – afasta a lei geral, o art. 159 do Cód. Civil.

Mas o que deve ser tomado em linha de conta é que a Constituição de 1988 emprestou ao dano moral tratamento especial – C.F., art. 5º, V e X – desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. É o que ressaltou, efetivamente, do disposto nos citados incisos V e X: ‘e assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem’ (inciso V); ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’ (inciso X). Posta a questão nestes termos, considerado o tratamento especial que a Constituição emprestou à reparação decorrente do dano moral, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa, como bem decidiu, no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp 52.842 (‘DJ’ de 27.10.97):

‘(...)

‘De todos os modos, entendo que com a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam pessoas honradas. A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no artigo 51, a meu juízo, não mais está presente.

O regime da lei especial impunha a reparação por danos morais e materiais em casos de calúnia, difamação e injúria e, ainda, quando a notícia gerasse desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituições financeiras ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica, provocasse sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos mobiliários no mercado financeiro, ou para obter ou procurar obter, para si ou para outrem, favor, dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça pública transmissão ou distribuição de notícias (v. art. 49, I). E as limitações foram escalonadas em dois salários mínimos no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, II, IV), a cinco salários mínimos nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém, a dez salários mínimos nos casos de fato ofensivo à reputação e, finalmente, a 20 salários mínimos nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

O certo é que o sistema da lei de imprensa compunha no seu tempo um cenário excepcional de condenação por danos morais, daí que estritamente regulamentado, alcançando casos concretos especificados no art. 49, I, antes mencionados.

A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando,

também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa realidade é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar. Gomes Canotilho aponta o ‘perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional’ (Direito Constitucional, Liv. Almedina, Coimbra, 5a. ed., 1991, p. 242). E tal é exatamente o que aconteceria no presente caso ao se pôr a Constituição de 1988 na estreita regulamentação dos danos morais nos casos tratados pela lei de imprensa.

Por tais razões, entendo, desde quando ainda tinha assento na 1a. Câmara Cível, período que aguardo sempre na melhor das lembranças da minha vida, que a indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação ou divulgação, mesmo porque a natureza da regra jurídica constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da lei de imprensa. E, sendo assim, preciosa é a lição de Sílvio Rodrigues, **verbis**:

‘Será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima’ (Direito Civil, Saraiva, S. Paulo, vol. 4, 7a. ed., 1983, págs. 208/209).’

(...).’

Se é assim relativamente à tarifação da indenização, que não deve submeter-se aos limites da lei de imprensa, com muito maior razão não poderia a ação em que se pede a reparação sujeitar-se ao exíguo prazo do art. 56 daquela lei. Vale invocar, no ponto, a lição de Darcy de Arruda Miranda ¾ ‘Comentários à Lei de Imprensa’, RT, 3a. ed., pág. 735 ¾ no sentido de que ‘a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de dano materiais e morais, ao dispor, em seu art. 5º, X, que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.’

Do exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

(...).’

Reportando-me ao voto acima transcrito, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2a. Turma, 01.06.2004.

CIVIL - COMERCIAL

RESPONSABILIDADE CIVIL - Aparelho com DEFEITO - Conserto realizado por TERCEIRO - Impossibilidade de RESSARCIMENTO por DANO MATERIAL

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
 Recurso Cível nº 71000534099
 Órgão julgador: 1a. Turma
 Rel: Clóvis Moacyr Mattana Ramos
 Fonte: DJ/RS, 06.08.2004, pág. 61
 Recorrente: Sergio Arse Ventura
 Recorridos: Nokia do Brasil Tecnologia Ltda. e Lojas Arno Palavro Ltda.

RESPONSABILIDADE CIVIL. RESSARCIMENTO POR DANO MATERIAL. CELULAR COM DEFEITO. CONSERTO REALIZADO POR TERCEIRO DURANTE O PRAZO DA GARANTIA. O dever de indenizar somente poderá ser imputado a quem lhe der causa. Não poderá o recorrente pleitear indenização por dano material resultante de conserto efetuado por terceiro não credenciado pela fabricante, ante expressa exclusão de responsabilidade em tal caso. SENTENÇA IMPROCEDENTE. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Primeira Turma Recursal Cível do Juizado Especial, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DR. JOSÉ VINÍCIUS ANDRADE JAPPURE DRA. MARTA LÚCIA RAMOS.

Porto Alegre, 22 de julho de 2004.
 DR. CLÓVIS MOACYR MATTANA RAMOS,
 Relator.

RELATÓRIO

(Oral em Sessão.)

VOTOS
 DR. CLÓVIS MOACYR MATTANA RAMOS (RELATOR)

Alega o recorrente que teria adquirido um aparelho celular Nokia em data de 19 de setembro de 2002 e que após 20 dias de uso o referido aparelho apresentou defeito, sendo encaminhado para uma oficina autorizada, uma vez que se encontrava no período de vigência da garantia.

Não merece acolhimento, contudo, o pedido do autor, pois segundo o documento de fl. 07 o aparelho apresentou defeito na placa principal, em virtude de manutenção indevida, indícios de ressolda e trilha rompida. Como bem refere a sentença de primeiro grau “o autor em momento algum, sustentou ser errônea a informação prestada no documento de fl. 07, pelo contrário, ao trazê-lo aos autos como prova, confirmou seus termos, bem como deixou de se manifestar a cerca do conteúdo das folhas 43 e 44.

O documento de folha 06 afirma que estará excluído da garantia o aparelho que sofrer conserto efetuado por pessoal não credenciado antes da vigência da garantia “bem como o documento de folha 42 verso: (VI) do conserto, ajuste ou modificação do produto por pessoas não autorizadas pela NOKIA”.

Destarte, não há como ser acolhido o pedido do autor quanto à substituição do equipamento adquirido, tendo em vista ter ele dado causa ao evento danoso encaminhando o aparelho para conserto em estabelecimento não credenciado pela ré.

O voto, pois, é no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos.

A parte recorrente arcará com as custas judiciais e honorários advocatícios, fixados estes em 20% sobre o valor da condenação.

DR. JOSÉ VINÍCIUS ANDRADE JAPPUR – De acordo.

DRA. MARTA LÚCIA RAMOS – De acordo.
 Juízo de Origem: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL PELOTAS – Comarca de Pelotas

IMOBILIÁRIO

LOCAÇÃO - FIANÇA - Ausência de OUTORGA UXÓRIA - NULIDADE do ATO

Superior Tribunal de Justiça
 Recurso Especial nº 472.743 – DF (2002/0135412-8)
 Órgão julgador: 5a. Turma
 Fonte: DJU, 02.08.2004, págs. 486 e 487
 Rel: Min. Jorge Scartezzini
 Recorrente : Edoardo Carlo Torriani
 Recorrido : Ricardo Artur Rosa

EMENTA

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – LOCAÇÃO – FIANÇA – PENHORA – EMBARGOS DE TERCEIRO – FALTA DE OUTORGA UXÓRIA – *DECISUM A QUO* CORRETO – VIA ESPECIAL PLEITEANDO A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – INADMISSIBILIDADE – DISSÍDIO PRETORIANO INEXISTENTE.

1 – Aplica-se ao caso concreto o enunciado sumular 83 desta Corte, já que inexistente dissídio pretoriano quando o Tribunal de origem, ao decidir

acerca da nulidade da fiança por falta de outorga uxória, posiciona-se no mesmo sentido de inúmeros julgados deste Colegiado Superior de Uniformização Infraconstitucional.

2 – Não se conhece de Recurso Especial, quando falta interesse processual da parte para recorrer, porquanto o que ele se insurge é contra a não extinção do feito em razão do reconhecimento da nulidade da fiança, já que a meação do imóvel pertencente a sua esposa, que assinou erroneamente o instrumento, também foi desonerada. Ora, não há interesse deste em recorrer por tal fundamento, posto que a Corte de origem, corretamente, prendeu-se ao meio processual utilizado para aventar a nulidade da penhora, através da falta de outorga uxória. Não pode e não deve aquele órgão judicial apreciar além, porquanto cuida-se de procedimento processual especial (Embargos de Terceiro) e não de Embargos à Execução opostos pela executada, sua esposa.

3 – Inadmissível, desta forma, o presente recurso, nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil.

4 – Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros LAURITA VAZ, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, FELIX FISCHER e GILSON DIPP.

Brasília, DF, 15 de abril de 2004 (Data do Julgamento)
MINISTRO JORGE SCARTEZZINI
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator): Cuida-se de Recurso Especial em Apelação Cível em Embargos de Terceiros interposto por EDOARDO CARLO TORRIANI, com fundamento no artigo 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 270/279, proferido pela Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, à unanimidade, negou provimento ao recurso. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, *verbis*:

“FIANÇA. NULIDADE. OUTORGA MARITAL. RECURSO DAS PARTES. – A ausência de consentimento do marido em fiança prestada pela esposa nulifica a garantia por inteiro. – Não se conhece do recurso na parte em que o Recorrente defende direito de outrem, pois cada qual é titular de seu direito. – A ausência de condenação impõe a aplicação do art. 20, § 4º do CPC”.

Interpostos Embargos de Declaração (fls. 280/281), os mesmos foram rejeitados, por ausência de obscuridade, contradição e omissão (fls. 284/287). Alega o recorrente, na via do especial (fls. 288/301), em síntese, que o v. aresto atacado violou os arts. 242, I e IV, 235, III, do Código Civil, tendo em vista que, havendo a Turma Julgadora assentado que a ausência de consentimento do marido em fiança prestada pela esposa invalida o ato por inteiro, deveria ter extinto o processo de execução movido contra sua mulher. Aduz, também, divergência jurisprudencial. Não foram apresentadas as contra-razões (certidão às fls. 332).

O recurso foi admitido às fls. 333/334.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, o recurso não merece ser conhecido.

Inicialmente, registro a tempestividade do recurso, porquanto devidamente justificado (fls. 325/330). Quanto ao cabimento do presente recurso pela alínea *c* do art. 105, III, da Magna Carta, esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados. Isso ocorreu. Todavia, ao trazer os precedentes à colação, verifica-se que são no mesmo sentido do v. acórdão recorrido, já que tornam nula a fiança, mas não adentram na questão da extinção da execução. Logo, incide na espécie a Súmula 83 desta Corte, razão pela qual é impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada. Outrossim, alega, ainda, o recorrente violação pelo v. acórdão *a quo*, com fulcro na alínea *a*, do permissivo constitucional, aos arts. 242, I e IV e 235, III, ambos do Código Civil. Razão não assiste ao recorrente, não devendo sequer ser conhecido o recurso sob este fundamento. Compulsando os autos, verifico que o *decisum a quo*, no seu voto condutor, nos termos da legislação supracitada, afirmou, *in verbis*:

“Conforme já decidi nos autos da ApC n° 32509-5/98, o art. 235, III, do Código Civil dispõe expressamente que o marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, dar fiança. Este dispositivo legal é estendido à mulher consoante os termos do artigo 242, inciso I, do Código Civil, ...

... ‘omissis’.

Se um dos cônjuges presta fiança, sem autorização do outro, a Lei reserva o direito de buscar sua anulação, porquanto eivado de nulidade o ato. *In casu*, a nulidade macula a fiança, por sua vez, não atinge apenas a meação do Embargante, mas inclusive a meação marital. ...” – grifo nosso. Ora, registro que os embargos de terceiro têm natureza própria, “...cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração de posse), ou evitar a alienação do bem ou direito indevidamente constrito ou ameaçado de o ser” (NELSON NERY JÚNIOR, *in* “Código de Processo Civil Comentado”, RT, 4a. edição, p. 1347).

Desta forma, consoante o v. aresto supra transcrito, não há interesse processual do recorrente no presente Especial, porquanto o que ele se insurge é contra a não extinção do feito em razão do reconhecimento da nulidade da fiança, já que a meação do imóvel pertencente a sua esposa, que assinou erroneamente o instrumento, também foi desonerada. Ora, não há interesse deste em recorrer por tal fundamento, posto que a Corte de origem, corretamente, prendeu-se ao meio processual utilizado para aventar a nulidade da penhora, através da falta de outorga uxória. Não pode e não deve aquele órgão judicial apreciar além, porquanto cuida-se de procedimento processual especial (Embargos de Terceiro) e não de Embargos à Execução opostos pela executada. Conceituado processualista acima mencionado, assim define o conceito de interesse processual:

“Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual. ...” (in “Código de Processo Civil Comentado”, RT, SP, 3a. edição, p. 532, nota 13 ao art. 267).

Aplica-se ao caso concreto o disposto no art. 557, do Código de Processo Civil, posto ser este inadmissível, por falta de interesse processual do recorrente na suposta infringência aventada. Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

É como voto.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.”

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de abril de 2004

LAURO ROCHA REIS
Secretário

PROCESSO CIVIL

EXECUÇÃO - REMIÇÃO - Possibilidade até a ASSINATURA do AUTO DE ARREMATACÃO

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial nº 629.342 – DF (2004/0020030-2)
Órgão julgador: 3a. Turma
Fonte: DJU, 02.08.2004, pág. 393
Rel: Min. Nancy Andriahi
Recorrente: Cooperativa Habitacional dos Servidores das Entidades Nacionais da Indústria Ltda. – Coophseni
Recorrido: Maurílio Antônio de Souza

EMENTA

Processo civil. Recurso especial. Remição da execução. Prazo. – Em regra, o direito de remição da execução pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação, entretanto, o arrematante não pode ser prejudicado pela omissão do serventuário que deixou de colher a assinatura do juiz no auto de arrematação. Na hipótese, inviável permitir que o executado exerça direito de remição da execução após dois anos da confecção do auto de arrematação.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Sustentou oralmente o Dr. Simão Guimarães, pelo recorrido.

Brasília (DF), 22 de junho de 2004 (data do julgamento).
MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RELATÓRIO

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Cuida-se do recurso especial interposto por COOPERATIVA HABITACIONAL DOS SERVIDORES DAS

ENTIDADES NACIONAIS DA INDÚSTRIA LTDA e OUTROS, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Nos autos da execução ajuizada por ASNOR OLIVEIRA AMARANTE em desfavor da ora recorrente, foi penhorado um imóvel que, posteriormente, foi arrematado por MAURÍLIO ANTÔNIO DE SOUZA, ora recorrido, tendo sido lavrado auto de arrematação, em 05.12.2001 (fls. 68).

Em 10.12.2001, o executado ofereceu embargos à arrematação que foram julgados improcedentes, decisão esta mantida pelo Tribunal quando do julgamento da respectiva apelação. Em data posterior, o executado requereu que fosse deferido o direito de remir à execução, o que foi concedido pelo i. juiz (fls. 13), em 19.02.2003, sob o argumento de que o auto de arrematação ainda não tinha sido assinado. Inconformado, o ora recorrido/arrematante interpôs agravo de instrumento, ao qual o TJ/DF deu provimento, nos termos da ementa que se segue:

“EXECUÇÃO. PRAÇA. EMBARGOS À ARREMATACÃO. SENTENÇA TRÂNSITA EM JULGADO. PEDIDO DE REMIÇÃO FORMULADO MESES APÓS JULGADOS IMPROCEDENTES EMBARGOS À ARREMATACÃO E NOVE DIAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. LAUDO AINDA NÃO ASSINADO PELO JUIZ. MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO PODE AFETAR O DIREITO DO ARREMATANTE.

Documento: 1287280 – RELATÓRIO E VOTO – O prazo para remir a execução, segundo a regra contida no art. 651 do Código de Processo Civil é aquele que medeia a realização da hasta pública e a assinatura do autor, sendo certo que este deve ser assinado no prazo de 24 horas, a contar da realização da praça.

Se os Embargos à Arrematação opostos, julgados em 21.10.02, com trânsito em julgado em 10.02.2003, foram inacolhidos, e somente em 19.02.03 foi formulado pedido de remição, já não mais era facultativo ao devedor fazê-lo” (fls. 152).

Daí a interposição do recurso especial ora em exame, no qual o recorrente alega, em síntese, violação aos arts. 651 e 694 do CPC e dissídio jurisprudencial, sustentando que o executado tem o direito de remir a execução enquanto não aperfeiçoada a arrematação, o que, no seu entender, só ocorre com a assinatura do auto pelo juiz. Às fls. 241, decisão admitindo o especial.

É o relatório.

VOTO

RELATORA: MINISTRANANCY ANDRIGHI

Discute-se, no recurso especial em exame, até que momento processual o devedor pode exercer o direito de remir à execução. Nos termos do art. 651 do CPC, “antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios”. Por outro lado, o art. 694 do CPC enuncia que “assinado o auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável”. Assim, interpretando, de forma sistemática, os dois dispositivos referidos, razoável concluir que o direito de remição da execução pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação. Entretanto, a hipótese em exame traz particularidades que, por si, permitem conclusão diferente para o deslinde da presente controvérsia. Como bem salientado pelo acórdão recorrido: “passaram-se pouco mais de 2 (dois) anos entre a data da confecção do auto e o acolhimento do pedido de remição deduzido, período em que parte da quantia depositada pelo arrematante chegou a ser penhorada para garantir execução em curso perante à 20ª. Vara Cível desta Circunscrição Judiciária, conforme certidão de fls. 219. Ademais, em 11/12/01, ofereceu a executada embargos à arrematação (fls. 47/48), ocasião em que não suscitou o vício existente no auto.

Assim, há três peculiaridades no caso vertente: (i) o decurso de tempo considerável entre a lavratura do auto de arrematação e o pedido de remição; (ii) a falta de manifestação pelo devedor, nos embargos à arrematação, acerca da ausência de assinatura do auto e (iii) realização de penhora, nos autos de outra execução, da quantia depositada pelo arrematante (fls. 45).

A intenção do legislador em estabelecer a arrematação ou adjudicação do bem penhorado como termo final para o exercício do direito de remir foi justamente a de não prejudicar o negócio jurídico realizado entre o arrematante e o Estado, que, na arrematação, figura como representante dos interesses do credor. Por outro lado, quando o legislador estabeleceu que a arrematação estará perfeita e acabada com a assinatura do auto pretendeu impor limite à manifestação de arrependimento pelo arrematante. Assim, verifica-se que o objetivo maior dos dispositivos legais ora discutidos é preservar o negócio jurídico realizado para a satisfação do crédito do exequente. Confira-se neste mesmo sentido o ensinamento do festejado doutrinador Araken de Assis:

“A cláusula de abertura do art. 651, segundo a qual a remição pode ocorrer ‘a todo tempo’, imediatamente esbarra na ressalva de que isto há de acontecer ‘antes de arrematados ou adjudicados os bens’. Quis o legislador, por sem dúvida, marcar com nitidez o termo final da remição, preservando a estabilidade do acordo de transmissão, que lhe é posterior, resultante da operação dos meios executórios mencionados no texto legal (art. 647, I e II).”

Na hipótese em exame, os procedimentos pertinentes à arrematação foram observados: houve a publicação dos editais para a convocação do público interessado; na segunda hasta, em 05.02.01, o bem foi vendido para o ora recorrido (remate) e o auto de arrematação foi confeccionado em 06.02.2001 (fls. 68). O único procedimento que ainda não tinha sido concluído quando o recorrente pretendeu exercer o direito à remição da execução foi a assinatura do auto. Entretanto, constata-se que a falta da assinatura do auto não impediu, por exemplo, a penhora, nos autos de outra execução,

da quantia depositada pelo arrematante. E mais, o executado sequer ventilou essa situação quando da oposição dos embargos à arrematação. Assim, permitir, na hipótese em exame, que o recorrente, após dois anos da confecção do auto de arrematação, exerça o direito à remição da execução seria contrariar a finalidade da norma legal que, como já esclarecido, visa assegurar o negócio jurídico celebrado com o arrematante. Mais ainda, conforme acertadamente entendeu o TJ/DF, seria “desconsiderar a situação jurídica há muito consolidada, em inegável prejuízo ao arrematante do imóvel”, que não pode “ver seus interesses atingidos pelo mau funcionamento do aparelho judiciário, consubstanciado na omissão dos serventuários em colher a assinatura do d. Juiz no auto de arrematação”. Inclusive, neste mesmo sentido já se posicionou este STJ quando do julgamento do agravo na medida cautelar 2507, da relatoria do e. Min. Ari Pargendler. Confira-se trecho da referida decisão, publicada no DJ de 15.06.2000:

“Melhor examinado o tema, estou convencido de que o arrematante não pode ficar submetido aos azares do mau funcionamento do aparelho judiciário. Se o escrivão devia colher a assinatura do juiz, e não o fez, nem por isso o prazo para o exercício do direito de remir se prorrogou; a tolerância, nesse particular, geraria inconvenientes graves.”

É bem verdade que nesta decisão se discutia remição de bens e não remição à execução, institutos diversos. Entretanto, a fundamentação apresentada pelo e. Min. relator se adapta à hipótese em exame, pois, da mesma forma, tratou-se de auto de arrematação que não ainda tinha sido assinado pelo juiz.

Assim, não há que se falar em ofensa aos dispositivos invocados pelo recorrente. Por fim, quanto à alegada divergência jurisprudencial, verifica-se que não há similitude fática entre as hipóteses confrontadas, pois no caso vertente, como já esclarecido, há peculiaridades que modificam a conclusão ordinária sobre o tema. Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Sr. Presidente, decidir contrariamente à conclusão da ilustre Ministra Relatora seria privilegiar a forma em detrimento do fundo; seria contemplar de modo extraordinário a burocratização processual. O auto de arrematação é um ato também de documentação processual, que tem por fim fixar nos autos o resultado dessa venda judicialmente feita, e deve ser lavrado logo após a arrematação. Feita a arrematação, não importa que o laudo tenha sido lavrado ou, quem sabe, assinado tempos depois. Já esgotado estava o prazo para a parte exercer o seu direito de remir a execução. Razão pela qual acompanho o voto da ilustre Ministra Relatora no sentido de não conhecer do recurso especial.

Ministro CASTRO FILHO

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial.”

“Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.”

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de junho de 2004

SOLANGEROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

REVISÃO CRIMINAL - Impossibilidade - HOMICÍDIO duplamente qualificado - CRIME HEDIONDO - REGIME FECHADO

Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Revisão Criminal nº 1.0000.04.405325-4/000(1)
Órgão julgador: Grupo de Câmaras Criminais
Fonte: DJ/MG, 06.08.2004, pág. 45
Rel.: Des. Edelberto Santiago
Peticionário: (...)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL – REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – IMPROCEDÊNCIA – PENA ADEQUADAMENTE FIXADA – CRIME HEDIONDO – IMPOSIÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO.

REVISÃO CRIMINAL Nº 1.0000.04.405325-4/000 – COMARCA DE MACHADO – PETICIONÁRIO(S): (...) – RELATOR: EXMO. SR. DES. EDELBERTO SANTIAGO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM INDEFERIR O PEDIDO, VENCIDOS PARCIALMENTE OS DESEMBARGADORES JANE SILVA, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, ERONY DA SILVA E PAULO CÉZAR DIAS.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2004.
DES. EDELBERTO SANTIAGO

OSR. DES. EDELBERTO SANTIAGO:
VOTO

Condenado a cumprir a pena de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c arts. 29 e 65, inciso I, todos do Código Penal, juntamente com o co-réu (...), por ter, na madrugada do dia 23.12.01, na rua Celso Sidney Gambi, município de Machado, concorrido para o crime de homicídio perpetrado contra a vítima (...), *decisum* confirmado pelo Egrégio Tribunal de Justiça, por sua Colenda Segunda Câmara Criminal, intenta (...), alhures qualificado nos autos, através de manuscrito por ele assinado, o presente pedido revisional, com fulcro no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, objetivando a redução da pena e a alteração do regime prisional, de integralmente para inicialmente fechado, em atenção à sua primariedade e aos seus bons antecedentes, bem como em razão de sua menoridade à época dos fatos.

Requisitados e apensados os autos originais, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer da lavra do ilustrado Procurador Antônio José Leal, opinou pelo indeferimento do pedido revisional.

Em síntese, é o relatório.

Preliminarmente, verificados os pressupostos do juízo de admissibilidade, conheço do presente pedido revisional.

No mérito, a meu sentir, desassiste razão ao peticionário, vez que a decisão condenatória não se mostra contrária à evidência dos autos, pois as circunstâncias pessoais favoráveis, por ele ora aduzidas, foram levadas em consideração pelo MM. Juiz-Presidente, ao fixar a pena.

Sendo duplamente qualificado o crime de homicídio imputado ao peticionário, pela futilidade do motivo e pela utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, a pena-base fora fixada em 13 (treze) anos de reclusão, decisão que, embora padeça de certo primor técnico, logrou considerar, de forma expressa, o fato de sua primariedade, seus bons antecedentes e sua conduta social e personalidade, ambas consideradas favoráveis (fls. 04/07).

Em face da atenuante prevista no art. 65, inciso I, do Código Penal, reconhecida pelo Conselho de Sentença, a pena fora reduzida em 06 (seis) meses, restando concretizada em 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, patamar próximo do mínimo cominado.

Como se vê, não merece qualquer reparo a reprimenda imposta ao peticionário.

Por fim, tratando-se de crime considerado hediondo (art. 1º, inciso I, da Lei 8.072/90), o regime deve ser mesmo o integralmente fechado, por força da norma inserta no art. 2º, § 1º, do mencionado diploma legal, dispositivo já considerado constitucional pelo Pretório Excelso (HC nº 76.511-6/SP, in “DJU” de 18.09.98, p. 04).

Mercê de tais considerações, e acolhendo o lúcido parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, indefiro o presente pedido revisional.

Custas na forma da lei.

OSR. DES. KELSEN CARNEIRO:

De acordo.

OSR. DES. LUIZ CARLOS BIASUTTI:

De acordo.

OSR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO:

De acordo.

OSR. DES. HERCULANO RODRIGUES:

De acordo.

OSR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES:

De acordo.

OSR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

De acordo.

A SRª. DESª. MÁRCIA MILANEZ:

De acordo.

A SRª. DESª. JANE SILVA:

VOTO

Examinei o voto do eminente Desembargador Relator e, apesar de acompanhar a maioria de suas conclusões, mais uma vez devo discordar no que tange ao regime de cumprimento da pena imposta. Primeiramente, devo dizer que, após analisar os argumentos dos meus ilustres pares na Terceira Câmara Criminal, Desembargadores Erony da Silva, Paulo César Dias e Antônio Carlos Cruvinel, mudei meu entendimento em relação à modificação do regime de

cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes de competência do Tribunal do Júri, vez que o regime prisional é fixado pelo Juiz-Presidente, e não pelos Jurados, não havendo que se falar em invasão da soberania do Conselho Popular.

Desse modo, como reiteradamente venho me posicionando nos processos de competência do Juiz singular, entendo que não se pode fixar o regime integralmente fechado, mesmo nos crimes hediondos.

O sistema brasileiro, no que tange ao regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, é o progressivo, grande arma para o executor das reprimendas, pois a gradual liberdade passa a ser uma conquista do condenado que, por ela estimulado, desenvolve esforço pessoal para ter bom comportamento carcerário e adquirir novos princípios de vida com reflexos sociais em sua conduta posterior à prisão. Se não o faz, jamais obterá a almejada progressão, e nem mesmo o livramento condicional, pois tais requisitos subjetivos são exigidos para a concessão dos aludidos benefícios.

Tal sistema foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois esta consagrou o princípio da individualização das penas, da qual faz parte a dos regimes de seu cumprimento, consoante o disposto no artigo 59, III, do Código Penal e repetido na Lei de Execução Penal, não podendo ser menosprezado.

A imposição de regime integralmente fechado implica em determinação de pena cruel, pois, retira do condenado o estímulo e a esperança necessária para o cumprimento das reprimendas impostas, o que igualmente o legislador constituinte reprimiu, ao estabelecer o princípio da humanidade das penas.

Assim, a questão há de ser interpretada conforme o princípio de individualização da pena estabelecido na Constituição Federal, da qual faz parte a dos regimes de seu cumprimento, que, por sua vez, se faz de modo progressivo, conforme estabelecido no Código Penal e na Lei de Execução Penal, repita-se, inteiramente recepcionados pela Carta Magna.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

“PENAL – REGIME DE CUMPRIMENTO – CRIMES HEDIONDOS”.

A progressividade no regime de cumprimento da pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal. Impertinência do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público como fiscal da lei, no que concedido o *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a referida progressão.

Recurso extraordinário 261.766-1 Relator Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Ezequiel Novato de Carvalho e Celisa Nunes da Silva.

Decisão: Por unanimidade, a Turma não conheceu do recurso extraordinário nos termos do voto do Relator. (Publicado no DJU de 17.08.2001).

Aliás, com a nova composição do Supremo Tribunal Federal, a matéria vem sendo ali rediscutida no julgamento do *habeas corpus* 82.959, e na sessão de 06.08.2003, o Ministro Marco Aurélio, Relator, na linha dos votos por ele proferidos no *HC* 69.657-SP (RTJ 147/598) e no *HC* 76.371-

SP (RTJ 168/577), votou no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, tendo o Ministro Carlos Britto o acompanhado no que diz respeito à referida inconstitucionalidade. (Boletim Informativo do STF. Nº 315-RE300020).

Na continuação do referido julgamento, no dia 18 de dezembro de 2003, o Ministro Cezar Peluso também acompanhou o Ministro Marco Aurélio, entendendo inconstitucional a norma supracitada.

Dois outros, o Ministro Carlos Velloso e Joaquim Barbosa votaram no sentido de indeferimento do *writ*, mas o Ministro Gilmar Mendes pediu vista (Boletim Informativo do STF nº 334), ainda não tendo o julgamento chegado ao seu final, mas já havendo uma esperança para aqueles que defendem a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Devo ressaltar, ainda, que já houve uma decisão concreta neste sentido, pois a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, acolhendo questão de ordem proposta pelo Ministro Marco Aurélio, concedeu medida cautelar por unanimidade, em julgamento de *habeas corpus* (HC 84.122) para assegurar ao acusado o direito a progressão, até o julgamento definitivo do *habeas corpus*, que foi sobrestado para aguardar a decisão final do pleno no *habeas corpus* 82.959:

“*Habeas corpus* nº 84.122. Relator: Min. Marco Aurélio. Pacte(s): Alan Celestino de Souza Palmeira ou Allan Celestino de Souza Palmeira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Matéria: Processo Penal – Prisão – Regime Prisional – Progressão.

Observações: Decisão: A Turma sobrestou o julgamento do *habeas corpus* e concedeu medida cautelar para afastar o óbice do regime integralmente fechado, até decisão pelo Tribunal Pleno no HC 82.959, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. 1ª Turma, 18.05.2004.” (STF, HC 84.122, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ nr. 102, 28/05/2004).

É importante salientar, também, que, no *HC* 84.122, a manifestação do Ministério Público Federal foi favorável à declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, conforme parecer da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Assim, defiro parcialmente o pedido apenas para alterar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para o inicialmente fechado.

OSR.DES.ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL:

Acompanho a Desa. Jane Silva.

OSR.DES.SÉRGIO BRAGA:

De acordo com o Relator.

OSR.DES.ERONY DA SILVA:

Acompanho a Desa. Jane Silva.

OSR.DES.PAULO CÉZAR DIAS:

Também, pedindo vênias aos demais, acompanho a Desa. Jane Silva.

OSR.DES.GUDESTEU BIBER:

De acordo com o Relator.

SÚMULA: INDEFERIRAM O PEDIDO VENCIDOS, PARCIALMENTE, OS DES. JANE SILVA, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, ERONY DA SILVA E PAULO CÉZAR DIAS.

DOMÉSTICO - DIREITO às FÉRIAS PROPORCIONAIS - DECRETO 7.885/73, art. 2º - ART. 147/CLT

Tribunal Superior do Trabalho
Recurso de Revista nº 43485/2002-902-02-00
Órgão julgador: 2a. Turma
Fonte: DJU, 25.06.2004
Rel: Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes
Recorrente: Irene de Almeida Giorgi
Recorrida: Guilhermina Augusta Carvalho

ACÓRDÃO

EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS. O artigo 2º do Decreto 7.885/73, dispõe claramente acerca da aplicação, aos empregados domésticos, do capítulo da CLT referente às férias. Assim, inegável reconhecer o direito às férias proporcionais, previstas no artigo 147 da CLT. Recurso de Revista conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-43.485/2002-902-02-00.1, em que é Recorrente IRENE DE ALMEIDA GIORGI e Recorrida GUILHERMINA AUGUSTA CARVALHO.

O egrégio TRT da 2a. Região, mediante o venerando acórdão de fls. 110/113, complementado pelo acórdão de Embargos Declaratórios de fls. 120/124, negou provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada no que se refere às férias proporcionais. Inconformada com a r. decisão regional, recorre de Revista a Reclamada às fls. 128/132. Admitida a Revista mediante o despacho de fl. 135. Contra-razões às fls. 137/142. Deixa-se de remeter os autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos no art. 82, § 2º e II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Tempestivo, com regularidade de representação e preparo regular.

FÉRIAS PROPORCIONAIS. EMPREGADO DOMÉSTICO

a) Conhecimento

O egrégio TRT negou provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada no que se refere às férias proporcionais, sob o seguinte fundamento, *in verbis*:

Quanto às férias proporcionais sem razão a embargante, porque a Lei 5.859/72 não proíbe a concessão desse direito aos domésticos, ainda mais quando a ruptura contratual ocorre por iniciativa do empregador, que impede o empregado de concluir o

período aquisitivo. A Constituição Federal garantiu férias ao doméstico e na mesma não consta qualquer limitação. As férias são um direito em construção durante o contrato de trabalho, ou seja, se forma com o trabalho dia-a-dia. Assim, somente não teria direito o doméstico às férias proporcionais se a Carta Magna ou legislação infraconstitucional dispusesse de forma clara em sentido contrário. Daí porque, inexistindo lei proibindo o pagamento de férias proporcionais, as mesmas são devidas (fl. 124). Alega a Reclamada divergência jurisprudencial. Com razão, pois logrou demonstrar divergência específica, em face dos arestos transcritos às fls. 130/131, que apresentam tese no sentido de que os empregados domésticos não têm direito às férias proporcionais, porquanto a eles aplica-se apenas o disposto na Lei nº 5.869/72. Portanto, conheço do Recurso quanto às férias proporcionais, por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

Discute-se nos autos a existência de direito da empregada doméstica ao recebimento do pagamento de férias proporcionais. O cerne da discussão reside no fato de que a Lei 5.859/72, que regula o trabalho do empregado doméstico, não prevê o direito às férias proporcionais. Estas previstas apenas no art. 147 da CLT. Não obstante os argumentos já expostos, a questão encontra-se sepultada desde a edição do Decreto 71.885/73, que regulamentou a Lei 5.859/72. O art. 2º do referido decreto dispõe:

Art. 2º Excetuando o Capítulo referente a férias, não se aplicam aos empregados domésticos as demais disposições da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nos termos do referido Decreto, as disposições oriundas da CLT pertinentes a férias são aplicáveis ao empregado doméstico. Logo, inegável o direito às férias proporcionais, tal qual estabelecido no art. 147 da CLT.

Portanto, nego provimento ao Recurso de Revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial, quanto às férias proporcionais, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 26 de maio de 2004.

JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES

Ministro-Relator

CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE TÍTULOS - Desconsideração de pontos - Impossibilidade de MANDADO DE SEGURANÇA

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Ordinário em MS nº 17.442 – RS (2003/0202735-8)
Órgão julgador: 5a. Turma
Fonte: DJU, 02.08.2004, pág. 434
Rel: Min. José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Fernando Guimarães Ferreira
Recorridos: Alexandre Mariotti e Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS. PONTOS “DESCONSIDERADOS”. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA VIA ESTREITA DO MANDAMUS.

A via estreita do mandado de segurança não se afigura própria à análise da presente discussão sobre pontos indevidamente desconsiderados pela Banca Examinadora na apreciação dos títulos. Precedente. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de junho de 2004 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator): Fernando Guimarães Ferreira interpõe recurso ordinário em mandado de segurança com apoio no art. 105, inciso II, alínea b, da Carta da República, em face de acórdão proferido pelo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria, denegou a segurança, restando assim ementado, *verbis* (fl. 1.399):

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS. AUDITOR SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO.

1) Preliminar de Ilegitimidade Passiva: Rejeição da alegação de ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão Examinadora, em face da homologação do concurso pelo Órgão Pleno do Tribunal de Contas. Competência da autoridade apontada como coatora para corrigir os atos impugnados na hipótese de acolhimento do *mandamus*.

2) Preliminar de Decadência: Rejeição da alegação de decadência parcial, pois não estão sendo feridas as regras do edital de concurso, mas sua aplicação concreta pela Comissão Examinadora na apreciação dos títulos apresentados pelos candidatos.

3) Preliminar de Impossibilidade Jurídica do Pedido. Desacolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica de apreciação do mérito administrativo dos atos praticados pela Comissão Examinadora em cumprimento do edital. Precedentes recentes do STF e deste Tribunal de Justiça.

4) Prova de Títulos do Litisconsorte: Na ausência de pedido expresso, não se conhecem impugnações relativas à prova de títulos do litisconsorte.

5) Prova de Títulos do Impetrante: Correta a valoração dos títulos do impetrante pela comissão examinadora, em conformidade com as normas do edital de concurso.

SEGURANÇA DENEGADA.”

Em suas razões, o recorrente afirma que foi classificado em segundo lugar, mediante pontuação obtida nas quatro provas escritas e na prova oral, para o cargo de Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, porém, ao ser publicada a prova de títulos, de caráter classificatório, o recorrente obteve 40 pontos, passando então a ocupar o terceiro lugar na classificação final. Aduz que não foram corretamente examinados os títulos por ele apresentados, pois, caso isso tivesse ocorrido, permaneceria em segundo lugar e, ainda, que a banca examinadora violou o seu direito líquido e certo ao negar provimento a diversos itens do apelo administrativo interposto, infringindo, inclusive, itens do próprio Edital 015/2001. Dessa forma, pretende a reavaliação de seus títulos, para que possa almejar a vaga que lhe foi preterida. O Estado recorrido apresentou contra-razões (fls. 1.484/8), assim como o litisconsorte passivo (fls. 1.494/520), sendo os autos regularmente remetidos a esta Corte (fl. 1.530).

O parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República é no sentido do desprovemento do apelo (fls. 1.534/7). O Estado Gaúcho requereu a juntada de petição para colacionar decisão recente da Corte Especial do STJ, que tem como situação similar à presente (fls. 1.543/4). O litisconsorte trouxe memoriais.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator): Com a presente impetração, Fernando Guimarães Ferreira pretendia, essencialmente, que fosse concedida a ordem para determinar que a autoridade coatora procedesse ao cômputo do resultado da sua prova de títulos, tendo em conta os pontos que, no seu entendimento, teriam sido indevidamente desconsiderados (fl. 35). Depois de ultrapassadas as preliminares argüidas, no mérito a ordem foi denegada sob o fundamento de não ter ocorrido a alegada quebra da isonomia em relação à atribuição de pontos aos títulos apresentados e, ainda, que aos títulos apresentados pelo impetrante foram atribuídos os pontos de forma absolutamente correta, em observância ao regramento específico.

É certo que o Judiciário já cuidou, em casos isolados, de examinar questões relativas à pontuação de títulos em se tratando de concurso público, entretanto, filio-me ao entendimento de que tal discussão não se pode dar na seara de ação mandamental:

“...O exame minucioso dos critérios de avaliação de títulos, em concurso público para o provimento de cargo de Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, refoge aos limites estreitos do *mandamus*.

2. A pontuação dos títulos, em razão de sua subjetividade, compete à banca examinadora, não cabendo ao Judiciário substituí-la...” (RMS 8371/RS, DJ 01.12.97, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

São, dessa forma, pertinentes as alegações expendidas pelo il. representante do Ministério Público Federal (fl. 1536):

“...assente a jurisprudência dessa Superior Corte de Justiça no sentido de não ser dado ao Judiciário apreciar critérios de avaliação utilizados em concurso público pela banca examinadora, possível apenas o exame da legalidade do procedimento administrativo. A duas, porque a questão pertinente à valoração dos títulos apresentados, exaustivamente tratada pelo Tribunal *a quo*, refoge aos limites do *mandamus* por exigir análise de prova...”

Note-se que o impetrante já aduzia (fl. 04):

“Os atos lesivos a direitos líquidos e certos do impetrante estão consubstanciados nas equivocadas razões adotadas pela Banca Examinadora para negar provimento a diversos dos itens do recurso administrativo interposto...”

Assim sendo, nego provimento ao presente recurso, ressaltando-se ao recorrente a via ordinária.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.”

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 08 de junho de 2004

LAURO ROCHA REIS

Secretário

TRIBUTÁRIO

IPTU - Impossibilidade de PROGRESSIVIDADE extrafiscal - AUSÊNCIA de NOTIFICAÇÃO do PROPRIETÁRIO para dar FUNÇÃO social à PROPRIEDADE

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

Apelação Cível nº 2004.005683-4/0000-00

Órgão julgador: 4a. Turma Cível

Fonte: DJ/MS, 04.08.2004, pág. 12

Rel.: Des. Rêmolio Letteriello

Apelante: Fazenda Pública do Município de Campo Grande

Apelado: Márcio Eufrásio de Castro

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – COBRANÇA DE IPTU PROGRESSIVO EM RAZÃO DA LOCALIZAÇÃO DO USO DO VALOR DO IMÓVEL – IMPOSSIBILIDADE – IMPOSTO REAL – PROGRESSIVIDADE EXTRAFISCAL – FUNÇÃO SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – INOBSERVÂNCIA ÀS NORMAS CONTIDAS NA LEI FEDERAL 10.257/2001 – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO PARA QUE CONFERISSE FUNÇÃO SOCIAL À SUA PROPRIEDADE – MANIFESTA AFRONTA À NORMA ESTABELECIDADA PELO § 4º, DO ARTIGO 182, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARBITRAMENTO EM ESTRITO RESPEITO À REGRA CONTIDA NO § 4º, DO ARTIGO 20, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Em razão da localização, do uso e do valor do imóvel, o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, IPTU, não poderá ser progressivo, tendo em vista que, possui este um caráter real, e, de tal forma, tem como fato gerador, a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel localizado na zona urbana do município, nunca a capacidade econômica do contribuinte.

A ausência de notificação do proprietário, para que imponha função social à sua propriedade, torna insubsistente a progressividade extrafiscal, em face da manifesta violação aos termos contidos na Lei Federal 10.257/2001 e à norma insculpida no § 4º, do artigo 182, da Constituição Federal de 1988.

Vencida a Fazenda Pública, pode o magistrado arbitrar os honorários advocatícios em percentual inferior ao mínimo indicado no § 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil; no entanto, não está este vinculado ao referido percentual, podendo, de tal forma, com base nas alíneas *a*, *b* e *c*, do aludido parágrafo, fixar valor diverso, diante da utilização de uma apreciação equitativa.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello

O juízo da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Campo Grande-MS submeteu ao reexame, por este Tribunal, a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação anulatória de débito fiscal interposta por Márcio Eufrásio de Castro, em face da Fazenda Pública do Município de Campo Grande-MS.

A Fazenda Pública do Município de Campo Grande-MS interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que não pratica a progressividade no cálculo do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana.

Ressalta a existência de alíquotas diferentes, de acordo com o número de melhoramentos ou serviços de que disponha o logradouro onde esteja localizado o imóvel, em sintonia com o princípio da seletividade, situação que sustenta haver sido possibilitada pelo advento da Emenda Constitucional n. 29, de 13/09/2000.

Saliaenta que progressivo é o imposto cujas alíquotas aumentam quando aumenta a coisa tributável, ou seja, consubstancia-se pela aplicação, no cálculo do imposto a

ser pago por um mesmo contribuinte, de várias alíquotas crescentes à medida que aumenta o fato tributável, ou base de cálculo do imposto. Ressalta que na cobrança do IPTU do Município, tal fenômeno não ocorre, pois, não acontece a variação de alíquotas, mas sim, a aplicação de alíquotas diferenciadas (artigo 148 do Código Tributário Municipal - Lei 1.466/73).

Argumenta que erroneamente o magistrado *a quo* reconheceu a cobrança de IPTU progressivo, uma vez que a alíquota se configura como única e não resta demonstrado o aumento desta, pois, o percentual cobrado sobre o terreno do autor fora originado pela localização da área.

Aduz que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser aplicado no caso em apreço, ao argumento de que não há referência alguma ao princípio da seletividade.

Sustenta que o STF considera inadmissível a progressividade, por considerar o IPTU um imposto real, e, dessa forma, não se aplica ao caso vertente tal fundamentação, pois, a seletividade presente na lei do Município de Campo Grande, é característica desta categoria de impostos.

Sustenta que passaram a ser permitidas constitucionalmente, pela vigência da Emenda Constitucional n. 29/2000, tanto a progressividade fiscal quanto a extrafiscal do IPTU, bem como ficou explicitamente prevista a seletividade.

Afirma que não deve ser aplicada, *in casu*, a Súmula 668, do Supremo Tribunal Federal, pois, não fora instituída a cobrança de alíquotas progressivas, mas sim, seletivas.

Assevera que o princípio do enriquecimento sem justa causa não permite que o contribuinte deixe de pagar o tributo, a não ser que se trate de uma das hipóteses de exceção da Lei. Por fim, quanto aos honorários advocatícios, salienta que não fora observada a norma contida no parágrafo 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil.

Em contra-razões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello – (Relator)

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal interposta por Márcio Eufrásio de Castro, em face da Fazenda Pública do Município de Campo Grande-MS, em que aspira ao ora recorrido a anulação dos débitos relativos ao Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana referente aos exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2003.

Não merece acolhida a irresignação recorrente.

Anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 29/2000, a progressividade se configurava unicamente como extrafiscal, ou seja, se não houvesse o aproveitamento adequado da propriedade, o imposto era cobrado de modo diferenciado (função social).

Com a promulgação da aludida Emenda Constitucional, a progressividade também passou a variar em razão da localização, do uso e do valor do imóvel. Assim, além da extrafiscal, o IPTU adquiriu uma progressividade fiscal.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 156, I, estabelece que compete aos Municípios instituir impostos sobre propriedade predial e territorial urbana, ressaltando que, (§ 1º): “sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, §4º, II, o imposto previsto no inciso I

poderá: ‘I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel’”.

A norma contida no aludido § 4º, do artigo 182, da Carta Magna, estipula:

“É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de: (...) II – imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo (...)”.

Transparece da análise conjunta dos transcritos dispositivos, que, somente poderá ser progressivo o imposto, em duas hipóteses: (I) em razão da localização, do uso e do valor do imóvel (progressividade fiscal); e, (II) em razão de sua função social (progressividade extrafiscal).

Inicialmente, torna-se importante frisar que o IPTU se configura como uma exceção à regra contida no §1º, do artigo 145, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”.

Possui o aludido imposto, caráter real, conforme tornou clarificado o ministro Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 153.771-0 – MG: “Ora, no sistema tributário nacional, é o IPTU, inequivocadamente um imposto real, porquanto tem ele como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel localizado na zona urbana do município, sem levar em consideração a pessoa do proprietário, do titular do domínio útil ou do possuidor, tanto assim que o Código Tributário Nacional ao definir seu fato gerador e sua base de cálculo não leva em conta as condições da pessoa do sujeito passivo”.

Por conseguinte, em razão da localização, do uso e do valor do imóvel, o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana nunca será progressivo, vez que, possui este um caráter real, e, sendo assim, se caracteriza a capacidade econômica do contribuinte como um fato irrelevante, não podendo, de forma alguma, ser adotada como parâmetro para a fixação do imposto.

Esta Corte, no julgamento do Recurso de Apelação Cível nº 2002.008155-8 – Campo Grande, do qual foi relator o Desembargador João Mario Lós, não manifestou entendimento diverso:

“No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocadamente um imposto real. Sob o império da Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente em seu artigo 145, §1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, §1º (específico)”.

Relativamente à função social do imóvel, conforme estabelece a regra insculpida no supracitado § 4º, do artigo 182, da Constituição Federal de 1988, é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica exigir, nos termos da Lei Federal, do proprietário do solo urbano, não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de ser cobrado o IPTU progressivamente.

Entretanto, constato que o Município recorrente realiza a cobrança do IPTU progressivo, alicerçado no artigo 148, da Lei Municipal nº 1.466/73, em notória inobservância aos termos fixados na Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade, que regulamentou a progressividade do IPTU, regulando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

O Estatuto da Cidade estipula, respectivamente, no *caput*, e no § 2º de seu artigo 5º, que:

“Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação”.

(...)

“O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis”.

Logo, foram adotadas como imprescindíveis, a notificação pelo Poder Executivo municipal do proprietário para que este confira função social a seu imóvel, e a fixação das condições e dos prazos para a implementação da citada obrigação.

Em decorrência disto, conforme disposto na norma contida no § 7º, da Lei Federal em apreço, somente em caso de descumprimento das referidas condições e prazos, poderá o Município proceder à aplicação do IPTU progressivo no tempo.

No caso vertente, não restando demonstrado que o proprietário fora notificado a fim de que impusesse função social a sua propriedade, inconstitucional é a cobrança efetivada pelo Município recorrente, em face da manifesta afronta aos termos dispostos na Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e no § 4º, do artigo 182, da Constituição Federal de 1988.

Assim, é inconsistente a argumentação de que apenas resta evidenciada uma suposta subordinação ao princípio da seletividade, pois, é evidente a aspiração apelante de compelir o contribuinte a imprimir uma função social em sua propriedade: “No caso em tela, verifica-se que o Município de Campo Grande, ao instituir sobre o IPTU em nosso Município, valeu-se do espírito do legislador, que colocou à disposição dos Municípios a utilização do imposto progressivo, estipulando no Código Tributário Municipal tal imposto. Porém, esqueceu de atender à lei federal. Tanto é que o recorrido subordinou o IPTU do Município de Campo Grande ao princípio da seletividade, como forma de alcançar com alíquotas mais elevadas os imóveis não edificados em consonância direta com a infra-estrutura urbana da sua localização, como forma de coibir e desestimular a concentração da propriedade imobiliária com fins de especulação financeira, ou seja, estes argumentos nada mais são do que o espírito do cumprimento da função social da propriedade, pois, através de alíquotas maiores para imóveis não edificados e não utilizados, força-se o seu aproveitamento, coibindo especulações financeiras (Apelação Cível nº 2002.008155-8 – Campo Grande, do qual foi relator o Desembargador João Mario Lós)”.

Por tais razões, revela-se cristalina a desnecessidade de que a sentença objurgada (f.111-16) venha a sofrer reparos.

De tal maneira, a cobrança do IPTU progressivo, em completa desarmonia com a legislação federal vigente, viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, refletindo uma inadmissível ausência de subserviência Municipal à Constituição Federal de 1988, o que torna nulos os débitos fiscais referentes aos exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2003.

Em relação ao exercício de 2000, forçosa é a ilustração de que a progressividade fiscal só fora permitida com o advento da Emenda Constitucional 29/2000, logo, a aplicação desta, anteriormente à data em que fora promulgada a citada Emenda, se configura como inconstitucional.

A reiterada adoção pelo Supremo Tribunal Federal do exato juízo ora externado, originou a edição da Súmula 668, que dispõe: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”.

No tocante aos honorários advocatícios, tenho para mim que o valor fixado em instância singela, R\$ 2.000,00 (dois mil reais), não se mostra excessivo quando analisado com suporte no grau de zelo do profissional, no trabalho realizado, no tempo exigido e na natureza e importância da causa.

Ademais, como por todos é sabido, não é imposta ao magistrado a obrigação de arbitrar a verba honorária em percentual inferior a 10% (dez por cento), nos casos em que a Fazenda Pública for vencida:

“Vencida a Fazenda Pública, nada obstante os honorários advocatícios possam ser arbitrados em percentual inferior ao mínimo indicado no §3º do artigo 20, do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe o §4º do mesmo diploma legal, o juiz não está obrigado a arbitrar a verba honorária em percentual menor do que 10% (dez por cento) (AGEDAG 472851 – MG, do qual foi relator o ministro Franciulli Netto)”.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento, mantendo em sua integralidade a sentença posta em reexame.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Elpídio Helvécio Chaves Martins e João Maria Lós.

Campo Grande, 22 de junho de 2004.

Bel. Anderson Roque Martinez dos Santos
Secretário da Quarta Turma Cível

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento a ambos os recursos.

Unânime.

Campo Grande, 22 de junho de 2004.

Des. Rêmolo Letteriello
Presidente e Relator

AÇÃO COMINATÓRIA - CONCORRÊNCIA DESLEAL - Não caracterização de DESVIO de CLIENTE

Agravo de instrumento. Ação cominatória. Concorrência desleal. Promoção praticada por rede farmacêutica que estaria induzindo o consumidor à aquisição de medicamentos e produtos em geral ao vinculá-la a sorteio de veículo automotor. Tutela antecipada deferida pelo juízo *a quo* para o efeito de sobrestar a veiculação da propaganda. Efeito suspensivo concedido. Agravo provido para cassar a decisão. 1. O recurso de agravo de instrumento deve ser manejado nos exatos limites da decisão agravada. Preliminar prejudicada. 2. Do cotejo do material cognitivo trazido aos autos, não se vislumbra a prova inequívoca da verossimilhança das alegações da agravada a dar guarida à antecipação da tutela pretendida. 3. Ausência, ademais, da demonstração de que houve desvio de clientela de molde a gerar o perigo de dano irreparável a que alude o artigo 273 da legislação processual civil. (TA/PR - Ag. de Instrumento n. 0247295-3 - Comarca de Curitiba - Ac. 3919 - unân. - 10a. Câm. Cív. - Rel: Juiz Lauri Caetano da Silva - j. em 12.02.2004 - Fonte: DJPR, 20.02.2004).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - Incabimento - DANO MATERIAL - Cabimento - Ofensa ao PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Apelação cível - Ação de indenização - Danos morais afastados - Danos materiais - Ofensa ao princípio da dialeticidade - Recurso parcialmente conhecido e não provido. Meros transtornos da vida cotidiana não dão causa à reparação por danos morais, pois ela é cabível quando há ofensa a algum dos direitos da personalidade, o que neste caso não se verificou. Na verdade, os apelantes pleiteiam danos morais embasados unicamente no fato de que, havendo danos materiais, aqueles são cabíveis pelo sofrimento que lhe ocasionaram. No recurso, o apelante deve se insurgir contra os fundamentos da sentença, demonstrando as razões e no que deve esta ser reformada, sob pena do seu não conhecimento, por ofensa ao princípio da dialeticidade. (TJMS - Ap. Cível n. 2004.003616-7 - Campo Grande - Ac. unân. - 2a. T. Cív. - j. em 27.04.2004 - Rel: Des. Divoncir Schreiner Maran - Fonte: DJMS, 30.04.2004).

AÇÃO MONITÓRIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - QUITAÇÃO de DÉBITO - Ocorrência - COBRANÇA impertinente

Civil e processual civil. Apelação. Ação monitoria. Serviço prestado. Quitação do débito comprovada. Cobrança impertinente. Manutenção da decisão de primeiro grau. A parte contratada que efetivamente presta o serviço faz jus à contraprestação, independentemente da regularidade do contrato. Cláusula contratual que prevê o pagamento,

mensalmente, de despesas com demissões, não pode ser cobrada novamente ao final do contrato, caracterizando duplicidade na cobrança e enriquecimento ilícito. Conhecimento e improvidamento do recurso. (TJRN - Ap. Cível n. 2001.000809-8 - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Judite Nunes - j. em 07.05.2004 - Fonte: DJRN, 27.05.2004).

CONTRATO - REVISÃO DE CLÁUSULA c/c CONSIGNAÇÃO - CARÊNCIA DE AÇÃO - DECADÊNCIA - CLÁUSULA ABUSIVA - JUROS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Aplicabilidade - SÚMULA 648/STF - ART. 26/CDC

Ação revisional de cláusulas contratuais c/c consignação. Carência do direito de ação. Decadência. Cláusulas abusivas. Juros. Aplicação do CDC. 1 - Não merece prosperar a preliminar de carência da ação em razão da decadência do direito de reclamar a revisão do contrato com base no artigo 26 do CDC, posto que na ação revisional de cláusulas contratuais, não se objetiva discutir os vícios concernentes a prestação de serviços pelo banco, mas sim as cláusulas leoninas e abusivas contidas no contrato de adesão, a imporem encargos financeiros insuportáveis ao consumidor. 2 - Nos contratos de financiamento para aquisição de veículos, é de se observar o equilíbrio entre as partes. O *pacta sunt servanda* nestes tipos de contrato não mais vigora absoluto. 3 - A não regulamentação dos juros a 12% a.a., encontra respaldo na Súmula 648 do STF. 4 - A comissão de permanência de acordo com a taxa de mercado do dia do pagamento deve ser afastada do contrato por ser nula de pleno direito. 5 - Juros de mora e multa devem ser cobrados dentro dos parâmetros de legalidade estabelecidos no CDC. Correção monetária pelo índice mais benéfico ao devedor, qual seja, INPC. Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJGO - Ap. Cível n. 76974-0/188 - Comarca de Goiânia - 3a. Câm. Cív. - unân. - Rel: Des. Rogério Aredio Ferreira - Fonte: DJGO, 25.06.2004).

ESCRITURA PÚBLICA - NULIDADE - Ausência do CANCELAMENTO do REGISTRO - Irrelevância

Civil. Nulidade. A circunstância de que o acórdão tenha declarado a nulidade da escritura pública, sem ordenar o cancelamento do registro, não tem qualquer relevância; esse cancelamento será o efeito natural do trânsito em julgado do acórdão. Recurso especial conhecido, mas não provido. (STJ - Rec. Especial n. 441220 - Paraíba - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Min. Ari Pargendler - Fonte: DJ I, 29.03.2004, pág. 231).

RESPONSABILIDADE CIVIL - Não caracterização de PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS deficiente - Ausência de DANO MORAL e DANO MATERIAL

Apelação cível. Indenização por danos

materiais e morais. Relação de consumo: alegação de prestação de serviço deficiente. Roubo de celular dentro do estabelecimento comercial de entretenimento. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Requisitos não comprovados. Falta de prova da conduta omissiva do fornecedor. Recurso improvido. 1. Vigê na responsabilidade civil o princípio da reparação integral do dano, englobando o aspecto patrimonial e extrapatrimonial. Contudo, ambos devem ser aferidos. 2. O dano deve ser sempre provado, mas, conforme a modalidade de responsabilidade (subjétiva ou objétiva), os aspectos probatórios são distribuídos de formas diferentes. 3. A presente relação rege-se pelas normas do direito consumerista, dando-se, conforme regra, pela modalidade de responsabilidade objétiva. No entanto, isso não libera suas alegações. 4. Não ficou comprovada a hipótese de defeito relativo à prestação do serviço entretenimento, consubstanciado na ausência do dever de segurança para com a consumidora-agravante. 5. São pressupostos à reparação dos danos materiais ou morais: a conduta do ofensor, a relação de causalidade entre esta e o prejuízo, e o dano injusto. 6. Na presente hipótese, não restaram preenchidos os requisitos supracitados, pois a autora-apelante não conseguiu configurar a omissão, nem, conseqüentemente, o nexo de causalidade. 7. Recurso conhecido e improvido, para manter integralmente a decisão recorrida. (TJ/RN - Ap. Cível n. 03.003611-9 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Armando da Costa Ferreira - j. em 03.05.2004 - Fonte: DJRN, 22.05.2004).

RESSARCIMENTO-VEÍCULO-CASOFORTUITO e FORÇA MAIOR - Não caracterização de INDENIZAÇÃO - ART. 1058/CC

Apelação cível. Ação de ressarcimento. Veículo estacionado que sofreu diversas avarias em razão do desabamento de parte do telhado. Ocorrência de vendaval que assolou a cidade no dia do sinistro. Evento climático comprovado através de laudo do Simepar (Sistema Meteorológico do Paraná). Caso fortuito e força maior. Exclusão do dever de indenizar, a teor do que dispõe o art. 1.058, do anterior código civil. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TA/PR - Ap. Cível n. 0211273-4 - Comarca de Curitiba - Ac. 17975 - unân. - 7a. Câ. Cív. - Rel: Juiz Abraham Lincoln Calixto - Fonte: DJPR, 13.02.2004).

SEPARAÇÃO JUDICIAL - ALIMENTOS - VALOR - Manutenção - CAPACIDADE de CONTRIBUIÇÃO - DIREITO DE VISITA - Regulamentação - LEI 8069/90, art. 19

Separação judicial. Alimentos. Valor. Manutenção. Alimentandos. Necessidade. Alimentante. Capacidade contributiva. Visitas. Filho menor. Regulamentação. Interesse. Preservação. Assistência judiciária. Parte. Pobreza. Afirmação. O valor das prestações alimentícias é mantido quando necessário como contribuição para o sustento da ex-esposa e da prole e adequado à capacidade contributiva do alimentante. Entre os direitos expressamente assegurados à criança se inclui o da convivência com os pais (art. 19 da Lei nº 8.069/90). Ausente a demonstração, em contraditório, de ocorrência grave que impeça o convívio paterno-filial, prevalecem as visitas judicialmente regulamentadas, quando preservam os interesses do menor. Para que a parte obtenha assistência judiciária, basta a afirmação de sua pobreza, até

prova em contrário. Dá-se provimento parcial ao primeiro recurso e nega-se provimento ao segundo. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.02.726858-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - j. em 27.05.2004 - Rel: Des. Almeida Melo - Fonte: DJMG, 29.06.2004).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Almeida Melo, a seguinte lição: “A igualdade entre os cônjuges deve ser interpretada com temperamento e razoabilidade, de modo a que não prevaleça sobre a realidade fática, como no caso, em que se verifica a dependência econômico-financeira da mulher durante o casamento, a qual, por força da separação, não deve ser privada do suporte material prestado pelo marido. No que concerne ao valor das prestações alimentícias, evidente que as alimentandas têm necessidades básicas a serem atendidas, inclusive de manutenção do padrão de vida que desfrutavam durante a convivência com o alimentante, sob o mesmo teto”.

UNIÃO ESTÁVEL - Irrelevância da CONVIVÊNCIA em mesmo LOCAL - Dispensa - CASO CONCRETO - LEI 9728/96 - ENUNCIADO 382/STF - SÚMULA 7/STJ

Direitos da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas processual civil e civil. União estável. Requisitos. Convivência sob o mesmo teto. Dispensa. Caso concreto. Lei n. 9.728/96. Enunciado n. 382 da súmula/STF. Acervo fático-probatório. Reexame. Impossibilidade. Enunciado n. 7 da Súmula/STJ. Doutrina. Precedentes. Reconvenção. Capítulo da sentença. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Honorários. Incidência sobre a condenação. Art. 20, § 3º, CPC. Recurso provido parcialmente. I - Não exige a lei específica (Lei n. 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável. II - Diante quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. III - O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado. IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família. V - Na linha da doutrina, “processadas em conjunto, julgam-se as duas ações [ação e reconvenção], em regra, ‘na mesma sentença’ (art. 318), que necessariamente se desdobra em dois capítulos, valendo cada um por decisão autônoma, em princípio, para fins de recorribilidade e de formação da coisa julgada”. VI - Nestes termos, constituindo-se em capítulos diferentes, a apelação interposta apenas contra a parte da sentença que tratou da ação, não devolve ao tribunal o exame da reconvenção, sob pena de violação das regras *tantum devolutum quantum appellatum* e da proibição da *reformatio in peius*. VII - Consoante o § 3º do art. 20, CPC, “os honorários serão fixados (...) sobre o valor da condenação”. E a condenação, no caso, foi o usufruto sobre a quarta parte dos bens do de cujus. Assim, é sobre essa verba que deve incidir o percentual dos honorários, e não sobre o valor total dos bens. (STJ - Rec. Especial n. 474962 - São Paulo - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. em 23.09.2003 - Fonte: DJ I, 01.03.2004, pág. 186).

CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CONSTRUÇÃO de IMÓVEL - NULIDADE de HIPOTECA posterior a PROMESSA de COMPRA EVENDA

Direito imobiliário. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Construção e incorporação. Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas). Recursos oriundos do SFH. Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador. Posterior celebração de compromisso de compra e venda com terceiros adquirentes. Invalidez da hipoteca. - É nula a hipoteca sobre a unidade autônoma outorgada pela construtora ao agente financiador em data posterior à celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador. - Ainda que constituída e levada a registro em data anterior ao pacto de compromisso de compra e venda, é nula a hipoteca firmada se os recursos ofertados pelo agente financeiro à construtora foram captados junto ao Sistema Financeiro da Habitação. Recurso especial conhecido pela divergência e provido. (STJ - Rec. Especial n. 316640 - Paraná - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Min. Nancy Andrighi - j. em 18.05.2004 - Fonte: DJI, 07.06.2004, pág. 216).

DESPEJO - DESOCUPAÇÃO do IMÓVEL - ABANDONO dos objetos - ART. 592/CC - ART. 1275/CC, III

Despejo - Desocupação do imóvel - Objeto abandonado no seu interior - Propriedade de quem dele se assenhorar por via da ocupação - Reconhecimento - Aplicação do Artigo 592 do Código Civil. Há presunção de abandono dos bens depositados (*res derelictae*), modo de perda da propriedade móvel (Código Civil/1916, artigo 589, III, e Código Civil/2002, artigo 1275, III), autorizando, conseqüentemente, a ocupação deles pelo depositário (Código Civil/1916, artigo 592, e Código Civil/2002, artigo 1263), modo de aquisição da titularidade. Não há que se permitir o depósito *ad eternum*, onerando ainda mais o depositário com a conservação dos aludidos bens e, em contrapartida, beneficiando a inquilina que os abandona. (2º TACív/SP - Ag. de Instrumento n. 828.844-00/8 - 3a. Câmara. Cív. - Rel: Juiz Antônio Benedito Ribeiro Pinto - j. em 16.03.2004 - Fonte: DOESP, 06.08.2004).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Antônio Benedito Ribeiro Pinto, a seguinte lição: "Nesse compasso, o Nobre Magistrado monocrático entendeu que...é direito da ré reaver os bens removidos, que aliás são seus, no que completou: o custo da remoção e o depósito não pode ser obstáculo à devolução, que ora defiro, devendo ser objeto de discussão pelo caminho próprio."

DESPESAS CONDOMINIAIS - Casal separado - RESPONSABILIDADE de ambos no PAGAMENTO

Condomínio - Despesas Condominiais - Cobrança - Legitimidade Passiva - Proprietário - Casal Separado - Solidariedade - Reconhecimento. Ainda que separados judicialmente, mas havendo solidariedade dos titulares da unidade condominial, ambos são responsáveis pelo pagamento das despesas cobradas para sua manutenção, sendo possível o ajuizamento em face de qualquer deles

indistintamente ou em face de todos. (2º TACív./SP - Ap. s/ Rev. 818.266-00/6 - 7a. Câmara. Cív. - Rel: Juiz Armando Toledo - Fonte: DOESP, 06.08.2004).

DIREITO DE VIZINHANÇA - Cobertura de USO exclusivo - RESPONSABILIDADE do PROPRIETÁRIO do IMÓVEL

Direito de vizinhança - Dano em prédio urbano - Cobertura de uso exclusivo - Responsabilidade do proprietário do imóvel - Reconhecimento. Conquanto ao condomínio pertença a estrutura do prédio, ao condômino que com exclusividade se utiliza da laje como piso de seu apartamento de cobertura incumbe, no tocante ao vizinho da unidade abaixo, responder pela má conservação dela. (2º TACív./SP - Ap. c/Ver. 844.370-00/9 - 12a. Câmara. Cív. - Rel: Juiz Arantes Theodoro - j. em 13.05.2004 - Fonte: DOESP, 06.08.2004).

IMÓVEL-DESAPROPRIAÇÃO- Caracterização de VENDA AD MENSURAM - ART. 1136/CC

Imóvel desapropriado pelo município. Área de terreno maior do que aquela constante do registro imobiliário. Diferença superior a 1/20 da área total. Venda *ad mensuram*. Art. 1.136 do Código Civil. Adjudicação compulsória *ad corpus*. Inadmissibilidade. Equivale a venda *ad mensuram* a desapropriação de terreno em relação a qual foi constatada uma diferença de área superior a 1/20 da área total enunciada, nos termos do art. 1.136 e seu parágrafo único do Código Civil. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0210.02.007963-3/001 - Comarca de Pedro Leopoldo - 8a. Câmara. Cív. - Ac. unân. - j. em 06.05.2004 - Rel: Des. Fernando Bráulio - Fonte: DJMG, 11.08.2004).

LOCAÇÃO COMERCIAL - AÇÃO RENOVATÓRIA - Observação da situação do mercado para a fixação do ALUGUEL

Locação comercial - Renovatória - Fixação de aluguel - Ônus de sucumbência - Descabimento - Recurso conhecido e provido em parte. O objetivo principal da ação renovatória é assegurar a presença do locatário no imóvel, por um novo prazo, em condições adequadas à realidade do mercado imobiliário. A renovação deve, portanto, ser realizada em estrita obediência à situação do mercado, por um aluguel atual e justo. Descabe a sucumbência, se incorre resistência à pretensão, cingindo-se a controvérsia, apenas, ao valor do aluguel sugerido pelo locatário. (TA/PR - Ap. Cível n. 0205573-2 - Comarca de Londrina - Ac. 14158 - unân. - 6a. Câmara. Cív. - Rel: Juíza Anny Mary Kuss - j. em 30.09.2003 - Fonte: DJPR, 11.06.2004).

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - Fase de conclusão - INDEFERIMENTO da INICIAL - Ausência de INTERESSE DE AGIR

Apelação cível - Nunciação de obra nova - Obra em fase de conclusão - Carência de ação - Recurso não provido. Mantém-se a sentença que, reconhecendo a falta de interesse de agir, indefere liminarmente a inicial de nunciação de obra nova, quando esta tem por objeto obra em fase de conclusão. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2001.007868-6 - Campo Grande - Ac. unân. - 4a. T. Cív. - j. em 27.04.2004 - Rel: Des. João Maria Lós - Fonte: DJMS, 06.05.2004).

REGISTRO IMOBILIÁRIO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE da titularidade do IMÓVEL - Possibilidade de PROVA em contrário

Embargos de terceiro - Registro imobiliário - Presunção relativa de veracidade quanto à titularidade da propriedade do bem imóvel - Prova em contrário - Admissibilidade. O registro imobiliário, apesar de consistir em prova robusta capaz de indicar a propriedade do bem imóvel, presumindo dono aquele que tem seu nome lançado como proprietário no livro próprio, admite prova em contrário. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.99.035944-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - j. em 13.05.2004 - Rel: Des. Carreira Machado - Fonte: DJMG, 04.08.2004).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ANTECIPAÇÃO DO VALOR RESIDUAL - Possibilidade de CONTRATO DE ARRENDAMENTO - SÚMULA 263/STJ

Ação de reintegração de posse. Antecipação do valor residual garantido. Contrato de arrendamento mercantil não descaracterizam para compra e venda a prestação. Súmula 263/STJ. Cancelamento. Admissibilidade da ação de reintegração na posse. Conforme mais recente posicionamento da corte especial do superior tribunal de justiça, a antecipação do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prestação. Assim, inexistente óbice ao curso da ação de reintegração na posse. Apelação cível conhecida e provida. (TJ/GO - Ap. Cível n. 74456-6/180 - Comarca de Goiânia - 1a. Câ. Cív. - unân. - Rel: Des. Leobino Valente Chaves - Fonte: DJGO, 29.04.2004).

PROCESSO CIVIL

AÇÃO - Natureza cível - Inadmissibilidade de SUSPENSÃO DO PROCESSO - AJUIZAMENTO de AÇÃO PENAL

Processo civil - Ação de natureza cível suspensa em razão do ajuizamento da demanda criminal calcada nos mesmos fatos - Inviabilidade na espécie - Faculdade do julgador - Providência que só se admite quando está em discussão a existência material do delito ou a sua autoria - Pensão mensal a ser deferida em sede de tutela antecipada para fazer frente aos danos experimentados pela vítima - Elementos de convicção insuficientes ao seu deferimento - Perigo de irreversibilidade dos efeitos da medida - Recurso parcialmente provido. 1. Não se admite a suspensão da ação de natureza cível, em razão do ajuizamento da ação penal que envolve os mesmos fatos, quando a medida for potencialmente causadora de danos para as partes. Essa providência só tem lugar, consoante iterativa jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça, quando se discute a existência material do delito ou a sua autoria. 2. Não se deve conceder provimento de natureza antecipatória quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da medida, o que quase sempre ocorre quando se trata de liberação de valores em dinheiro. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 0147342-5 - Comarca de Maringá - Ac. 11694 - unân. - 6a. Câ. Cív. - Rel: Des. Milani de Moura - j. em 03.03.2004 - Fonte: DJPR, 15.03.2004).

AÇÃO PREVIDENCIÁRIA - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - VARA CÍVEL comum e especializada - ART. 91/CPC - Aplicabilidade - LEI 8213/91

Processual civil. Previdenciário. Conflito de competência. Vara cível comum e especializada previdenciária. Art. 91 do CPC. Provimento 186/99 do CJF. Aplicabilidade. 1 - A competência em razão da matéria é estabelecida pelas normas de organização judiciária. Conforme prevê o artigo 91 do Código de Processo Civil. 2 - Matéria previdenciária constitui a especialização das Varas Federais implantadas por força do Provimento 186/99, do Conselho da Justiça Federal da 3a. Região, consoante definição de seu artigo 2º. 3 - A causa de pedir, cujos

fundamentos têm natureza tributária, por residirem na incerteza das partes sobre eventual decadência e prescrição das contribuições pretendidas, não tem o condão de fixar a competência absoluta ventilada, uma vez que se encontra abarcada pela matéria, objeto da lide. A análise sobre eventual recolhimento das contribuições previdenciárias coincide apenas com a dos requisitos para a concessão do benefício pretendido, sendo, portanto, meramente incidental. 4 - Resistência da Autarquia Previdenciária à concessão de aposentadoria por tempo de serviço, regida pela Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91, art. 52), portanto, de caráter previdenciário, é o que constitui o objeto do pedido da ação principal. 5 - Conflito negativo conhecido e improvido. Firmada a competência plena do Juízo Suscitante. (TRF/3a. Reg. - Confl. de Competência n. 4107 - São Paulo - Ac. maioria - 3a. S. - Rel: Juiz Nelson Bernardes - Fonte: DJU, 08.03.2004, pág. 322).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Possibilidade de LITISCONSÓRCIO ATIVO - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ para a TUTELA ANTECIPATÓRIA - ART. 273/CPC - ART. 131/CPC

Agravo de instrumento. Penalidades de trânsito. Antecipação de tutela. Preliminares. Livre convencimento do magistrado. I - Nos termos do art. 46, inc. III, havendo conexão pelo objeto ou pela causa de pedir, os litigantes podem ingressar em juízo em litisconsórcio ativo. II - Inexistindo ilegalidade, abusividade ou parcialidade do juiz monocrático, o deferimento ou indeferimento de medida antecipatória de tutela esta adrede ao seu livre convencimento (art. 273 c/c art. 131, do CPC), pelo que deve ser ele preservado. Recurso conhecido, mas improvido. (TJ/GO - Ag. de Instrumento n. 35229-7/180 - Comarca de Goiânia - 1a. Câ. Cív. - unân. - Rel: Des. João Ubaldo Ferreira - Fonte: DJGO, 30.04.2004).

AGRAVO REGIMENTAL - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Cabimento

Agravo regimental. Fungibilidade dos recursos.

Embargos de declaratórios. I - Incomportável é o ataque de acórdão proferido pela turma julgadora, via agravo regimental, subsumido nos termos do art. 364, do RITJGO, conquanto este recurso não adstringe a espécie. II - Pelo princípio da fungibilidade excepcionalmente, recebe-se o recurso como se embargos de declaração fossem e, de conseqüência, atribuem-se-lhes efeito infringente para modificar o julgado, no instrumento permitindo-se o seu regular processamento. Embargos declaratórios conhecidos e improvidos. (TJGO - Ag. de Instrumento n. 35945-9/180 - Comarca de Goiânia - 1a. Câ. Cív. - unân. - Rel: Des. Leobino Valente Chaves - Fonte: DJGO, 29.04.2004).

ALIMENTOS-AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO-ACORDO-HOMOLOGAÇÃO-SENTENÇA-Intervenção do MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE

Processo civil. Alimentos. Audiência de conciliação. Acordo. Homologação. Sentença. Ministério Público. Atuação. Atos do processo. Intimação pessoal. Existência. Nulidade. Ausência. O Ministério Público, embora tenha legitimidade para recorrer de sentença proferida em causa que envolve interesse de menor, não pode se sobrepor à vontade das partes, manifestada em acordo homologado pelo Juiz, especialmente quando, intimado pessoalmente para os atos do processo, deixou de exercer seu *munus* e não indica, no recurso, efetivo prejuízo decorrente da transação. O fato que enseja nulidade nos processos em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público é a falta de intimação do seu representante, não a ausência de efetiva manifestação deste. Nega-se provimento ao recurso. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0079.03.088703-2/001 - Comarca de Contagem - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - j. em 15.04.2004 - Rel: Des. Almeida Melo - Fonte: DJMG, 04.05.2004).

APELAÇÃO - Ataque ao FUNDAMENTO da SENTENÇA - CÓPIA de RECURSO anterior - Caracterização de ERRO MATERIAL

Ação ordinária de rescisão. Apelação. Provimento determinando instrução processual. Nova sentença de improcedência. Cópia *ipsis literis* do apelo anterior. Erro material. 1. Na apelação o recorrente deve atacar minuciosamente os fundamentos da sentença, demonstrando eventual desacordo da solução encontrada com a prova dos autos e com o melhor direito. 2. A simples repetição dos argumentos desenvolvidos em apelo anterior onde se pediu e conseguiu a anulação do crédito inibe o conhecimento do recurso, considerando que houve audiência de instrução. 3. Ocorrendo erro material, fruto de falha de datilografia, procede-se a sua sanção esclarecendo que a sucumbência integral deve ser enfrentada pelo autor. Apelação não conhecida. Recurso adesivo provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0139442-5 - Comarca de Cambé - Ac. 11536 - unân. - 6a. Câ. Cív. - Rel: Des. Rosene Arão de Cristo Pereira - conv. - Fonte: DJPR, 08.03.2004).

ARRENDAMENTO MERCANTIL - EFEITO DEVOLUTIVO - ART. 515/CPC - JUROS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Cabimento

Contrato de arrendamento mercantil. Princípio do efeito devolutivo. Art. 515 do Código de Processo Civil. Juros. Honorários. 1. Como assentado em precedente desta

Corte, “a extensão do princípio devolutivo se mede através da impugnação feita pela parte nas razões do recurso, consoante enuncia o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*” (REsp nº 260.887/MT, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 04/5/01). 2. Não viola o art. 20, §§ 3º e 4º, a fixação dos honorários no percentual de 20% sobre o valor atualizado da causa, considerando a realidade dos autos. 3. Recurso especial não conhecido e provido, em parte. (STJ - Rec. Especial n. 537699 - Rio Grande do Sul - Ac. unân. - 3a. T. - Rel: Min. Carlos Alberto Menezes Direito - Fonte: DJI, 05.04.2004, pág. 258).

DESISTÊNCIA DE AÇÃO-AUTOR - Ausência de formalização por ADVOGADO - Não caracterização de EXTINÇÃO DO PROCESSO sem JULGAMENTO DO MÉRITO - ART. 133/CF - ART. 36/CPC

Processual civil. Ação de usucapião. Manifestação do desejo de desistência da ação pelo autor. Ato processual não formalizado por patrono judicial. Ministério Público. Intervenção obrigatória. Extinção do processo. Descabimento. I - A simples manifestação de desistência do processo pelo autor, sem a formalização do pedido por advogado habilitado nos autos, não enseja a decretação de extinção do processo sem julgamento mérito, principalmente, quando há posterior pedido de andamento do feito. II - A postulação em juízo é atividade privativa do advogado, principalmente se o ato praticado contrariar os interesses dos representados, sob pena de malferimento dos arts. 133 da CF/88 e 36 do CPC. III - É imprescindível a intervenção ministerial em todos os atos processuais da ação de usucapião, sob pena de nulidade do julgado. Apelo conhecido e provido. (TJ/CE - Ap. Cível n. 2000.0012.9232-4/0 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. José Cláudio Nogueira Carneiro - j. em 03.03.2004 - Fonte: DJCE, 25.05.2004).

TUTELA ANTECIPATÓRIA - Incabimento - Jogo de BINGO - Reabertura - Inadmissibilidade - LEI 9981/00

Antecipação de tutela negada. Inadmissível a reabertura de jogos de bingo, em sede de tutela antecipada, numa ação declaratória, pois não constitui prova inequívoca que convença da verossimilhança a mera alegação de que é atividade lícita e não jogo de azar, na medida em que a Lei Federal 9.981/2000 revogou a possibilidade de exploração de jogos de bingo enquanto o Decreto Estadual 1.046/03 anulou a resolução 27/02 que possibilitava a modalidade lotérica do tribingo paranaense, sendo que eventual discussão acerca de eficácia repristinatória ou não para dispositivo repressivo à atividade dos bingos é questão a ser enfrentada na solução definitiva da lide, após amplo debate das partes. Agravo não provido. (TA/PR - Ag. de Instrumento n. 0243035-1 - Comarca de Curitiba - Ac. 18442 - unân. - 1a. Câ. Cív. - Rel: Juiz Hayton Lee Swain Filho - Fonte: DJPR, 13.02.2004).

NOTA BONIJURIS: “Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Hayton Lee Swain Filho, a seguinte lição: “A questão da licitude ou não da atividade de exploração de equipamentos de diversões eletrônicas e de bingo pela agravante, tão só porque a Lei Complementar 116/03 elenca os serviços de diversões eletrônicas e de

bingos como tributáveis para efeito da incidência do ISSQN, é matéria que depende de ampla discussão das partes, na medida em que não convence da verossimilhança dessa alegação, haja vista a revogação da lei que autorizava a exploração dos

jogos de bingo, conforme a Lei 9.981/00. Nessa perspectiva, não tem cabimento, no âmbito relativamente estreito da tutela antecipada, examinar-se se houve ou não repristinação do artigo 50 da LCP, sem que, antes, se possibilite às partes, amplo debate”.

PENAL - PROCESSO PENAL

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - LEI 10259/01 - ENTORPECENTE - LEI 6368/76 - PROCEDIMENTO - LEI do JUIZADO ESPECIAL federal - Inaplicabilidade

Conflito negativo de jurisdição. Lei nº 10.259/2001. Art. 16 da Lei 6.368/76. Procedimento. Inaplicabilidade da lei dos juizados especiais federais. A Lei nº 10.259/2001 não alterou a competência da Justiça Comum para o processamento de crime de porte para uso de substâncias entorpecentes, nos termos das Leis nºs 6.368/76 e 10.409/2002. Há marcante incompatibilidade entre o procedimento exigido para os crimes definidos na Lei de Tóxicos e o célere rito dos Juizados Especiais. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum, em sua 1ª Vara Criminal, Infância e Juventude da Comarca de Pouso Alegre. (TJ/MG - Confl. Negativo de Jurisdição n. 1.0000.04.406719-7/000 - Comarca de Pouso Alegre - 1ª. Câ. Crim. - Ac. maioria - j. em 08.06.2004 - Rel: Des. Tibagy Salles - Fonte: DJMG, 15.06.2004).

CRIME CONTRA OS COSTUMES - ESTUPRO - ART. 224/CP, a - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - Relatividade da presunção - Cabimento

Penal - Crime contra os costumes - Estupro - Artigo 224, a do Código Penal - Violência - Relatividade da presunção - Recurso provido. 1. O entendimento prevalecente, na jurisprudência e na doutrina, é no sentido de que a presunção de violência prevista no CP, Art. 224, a é relativa, cedendo diante de prova contrária. 2. O sustentáculo da presunção contida no art. 224, a, do Código Penal é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, isto é, seu total desconhecimento das coisas do sexo, sendo, por isso, presa fácil dos *lovelaces*. (TA/PR - Ap. Criminal n. 0239534-0 - Comarca de Quedas do Iguaçu - Ac. 10255 - unân. - 4ª. Câ. Crim. - Rel: Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo - j. em 04.03.2004 - Fonte: DJPR, 26.03.2004).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo, a seguinte lição: “Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de auto determinar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela adere prontamente ao convite de caráter sexual, que o agente lhe dirige, constitui um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se, nesses casos, relevante e eficaz.

Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido”.

CRIME SOCIETÁRIO - Descrição da CONDUTA delituosa na DENÚNCIA - Irrelevância - ART. 41/ CPP

Habeas corpus. Crime societário. Art. 41 do CPP. Ausência de condição de gerente. Impossibilidade de afastamento. I - A jurisprudência desta Turma tem-se orientado no sentido de que nos crimes societários, a denúncia não deve, necessariamente, descrever a conduta delituosa de cada um dos réus, abrandando o rigor do art. 41 do CPP. II - Somente durante a instrução processual é que se poderá verificar a ausência de atos de gerência por parte do paciente na empresa. III - Ordem que se denega. (TRF/1ª. Reg. - HC n. 2004.01.00.003728-2 - Bahia - Ac. unân. - 3ª. T. - Rel: Des. Federal Cândido Ribeiro - j. em 17.03.2004 - Fonte: DJU II, 02.04.2004, pág. 15).

FURTO QUALIFICADO - TENTATIVA - ESCALADA - MATERIALIDADE e AUTORIA - Ocorrência

Penal e processo penal. Tentativa de furto qualificado. Realização de escalada. Materialidade e autoria incontestes. Desclassificação para furto simples. Impossibilidade. Palavra da vítima coerente e firme. Confirmação da sentença recorrida. 01. A palavra da vítima nos crimes contra o patrimônio é de fundamental importância, ainda mais quando se apresenta coerente e firme e em consonância com o conjunto probatório. 02. Torna-se impossível a desclassificação do delito para furto simples quando o agente utilizasse de escalada para adentrar a residência da vítima. 03. Apelo improvido. (TJ/RN - Ap. Criminal n. 2004.000547-4 - Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Ivan Meira Lima - j. em 07.05.2004 - Fonte: DJRN, 20.05.2004).

HABEAS CORPUS - RECEPÇÃO QUALIFICADA - ART. 180/CP, § 1º - CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA - LEI 8176/91, art. 2º, § 1º - COMPETÊNCIA - CONEXÃO processual - Impossibilidade - ORDEM denegada

Processo penal. *Habeas corpus*. Recepção qualificada art. 180 §1º do CP. Crimes contra a ordem econômica art. 2º, §1º da Lei nº 8.176/91. Competência. Alegação de conexão entre feitos. Pedido de determinação de prorrogação de competência. Inadequação da via eleita. Necessidade de análise aprofundada de provas. Impossibilidade. Ordem denegada. 1. Inexiste constrangimento ilegal se a autoridade apontada como coatora não tinha conhecimento da existência de feito

provavelmente conexo ao processo em curso. 2. Cabe ao julgador decidir sobre a existência de conexão entre feitos, determinando ou não a reunião das ações penais caso entenda conveniente e necessário. Inteligência dos arts. 78 e 80 do CPP. 3. Impossibilidade de comprovação da alegada existência de conexão e prevenção entre os feitos em curso nos Juízos de Mato Grosso e Rondônia e a conseqüente determinação de prorrogação de competência, conforme pedido dos impetrantes, tendo em vista a necessidade de exame aprofundado dos inquéritos policiais e respectivas ações penais, incabível na via estreita do writ. 4. O *habeas corpus* não é o meio idôneo para análise de provas. 5. Ordem denegada. (TRF/1a. Reg. - HC n. 2004.01.00.013903-1 - Rondônia - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Juiz Federal Francisco Neves Cunha - conv. - j. em 26.05.2004 - Fonte: DJU II, 07.06.2004, pág. 70).

JÚRI - NULIDADE do JULGAMENTO - Ausência de quesito obrigatório - Ofensa ao ART. 484/CPP, III - NULIDADE ABSOLUTA - SÚMULA 156/STF

Processo penal e penal. Júri. Preliminar de nulidade do julgamento argüida pela procuradoria de justiça. Ausência de quesito obrigatório relacionado à autodefesa do réu. Afronta ao art. 484, III, do Código de Processo Penal. Nulidade absoluta. Inteligência do art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Anulação do julgamento. 01. STF: "Em sede de julgamento pelo Tribunal do Júri, se o acusado, durante seu depoimento, articula a tese da legítima defesa, ainda que a defesa técnica silencie a respeito, é necessária a formulação de quesito correspondente para que o Corpo de Jurados se manifeste sobre a alegação, sob pena de afrontarem-se os princípios da ampla defesa e do devido processo legal" (RT 754/557). 02. Súmula 156/STF: "É absoluta a nulidade do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório." (TJ/RN - Ap. Criminal n. 01.002924-9 - Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Ivan Meira Lima - j. em 07.05.2004 - Fonte: DJRN, 25.05.2004).

RECLAMAÇÃO-RECEBIMENTO da DENÚNCIA - Pressuposto de SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - Possibilidade

Reclamação. Recebimento da denúncia como pressuposto para a suspensão condicional do processo. Pedido procedente. E dever do magistrado após o

Ministério Público oferecer a denúncia, recebe-la ou rejeita-la. O recebimento da peça denunciativa é pressuposto para o 'sursis' processual, exercendo, assim o juízo de admissibilidade da acusação e antecede o ato *judice* da conciliação. Reclamação conhecida e provida. (TJ/GO - Reclamação n. 277-5/197 - Comarca de Goiânia - 2a. Câ. Crim. - unân. - Rel: Des. Benedito do Prado - Fonte: DJGO, 30.04.2004).

ROUBO - CONCURSO DE PESSOAS - NEGATIVA DE AUTORIA - RECONHECIMENTO pela VÍTIMA - VALOR probante

Roubo. Concurso de pessoas. Negativa de autoria. Reconhecimento pelas vítimas. Valor probante. Estupro. Co-autoria. Absolvição. Inexistente nos autos qualquer elemento com força suficiente para desmerecer a idoneidade do reconhecimento inequívoco feito pelas vítimas, merece confirmado o juízo condenatório da sentença, não havendo que cogitar-se de absolvição fundada na negativa de autoria. A ré que não concorre, eficazmente, para que seus comparsas pratiquem o crime de estupro, não responde como co-autora pela prática desse crime. Recurso conhecido e provido. Sentença parcialmente reformada. (TJ/GO - Ap. Criminal n. 24862-9/213 - Comarca de Planaltina - 2a. Câ. Crim. - unân. - Rel: Dr. Itaney Francisco Campos - Fonte: DJGO, 30.04.2004).

SONEGAÇÃO FISCAL - PRISÃO CAUTELAR - ART. 312/CPP - LIBERDADE PROVISÓRIA - LEI 8137/90, art. 1º, IV

Sonegação fiscal. Crime-fim. Prisão cautelar. Art. 312 do CPP. Liberdade provisória. I - A jurisprudência majoritária dos tribunais é no sentido de que o crime de falso constitui crime-meio em relação à sonegação de que trata o art. 1º, IV, da Lei 8.137/90. II - A decisão que negou o pedido de liberdade provisória ao paciente, primário e possuidor de bons antecedentes, deixou de examinar os requisitos do art. 312 do CPP. III - Inexistência de prova da conduta após a instauração do processo-crime. IV - Ordem que se concede. (TRF/1a. Reg. - HC n. 2004.01.00.003254-7 - Pará - Ac. Unân. - 3a. T. - Rel: Des. Federal Cândido Ribeiro - j. em 03.03.04 - Fonte: DJU II, 02.04.04, pág. 15).

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

AÇÃO PREVIDENCIÁRIA - RECOLHIMENTO - COMPETÊNCIA da JUSTIÇA DO TRABALHO - JULGAMENTO EXTRA PETITA - EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98 - DECRETO 3048/99, art. 276, § 7º

Recolhimentos previdenciários. Competência da Justiça do Trabalho. Julgamento *extra petita*. Nos termos do § 3º, do art. 114, da Constituição Federal, que foi acrescido pela Emenda Constitucional nº 20/98, é competente a Justiça do Trabalho para executar os recolhimentos previdenciários referente a todo o pacto laboral, independentemente de pedido expresso nesse sentido, conforme jurisprudência atual do c. TST e

disciplinada através do § 7º, do art. 276, do Decreto nº 3.048/99. Portanto, afastada a questão da incompetência, não há falar em violação literal a dispositivo de lei, pois não houve a ocorrência de julgamento *extra petita*. Ação Rescisória improvida. (TRT/14a. Reg. - AR-00475.2000.141.14.40-6 - Ac. unân. - Rel: Juíza Elana Cardoso Lopes Leiva de Faria - j. em 11.05.2004 - Fonte: DJE, 02.06.2004).

AÇÃO RESCISÓRIA - PREQUESTIONAMENTO - ENUNCIADO 298/TST - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 36/SDI-2

Ação rescisória. Prequestionamento. "...A

ausência de prequestionamento, no entanto, na forma preconizada pelo Enunciado 298/TST não se lhes aplica indistintamente. A alegação de nulidade, no julgado rescindendo, em razão de negativa de prestação jurisdicional, consagra questão em que se destaca, em primeiro plano, em face de seu caráter prejudicial, em relação às demais. Prescindível, na hipótese, o requisito do prequestionamento, segundo a Orientação Jurisprudencial 36/SDI-2, de vez que nascido o alegado vício no próprio julgamento...” (Juiz Alberto Luiz Bresciani de Fonta Pereira). (TRT/10a. Reg. - AR-00282-2002-000-10-00-0 - Ac. unân. - Rel: Juiz André R. P. V. Damasceno - j. em 11.05.2004 - Fonte: DJU III, 28.05.2004).

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - Término ao CONTRATO DE TRABALHO - Continuação após CONCURSO PÚBLICO - ART. 453/CLT - ART. 37/CF, II

Aposentadoria espontânea. Continuidade da prestação de serviços. Novo contrato de trabalho. Conforme disposto no artigo 453 da CLT, a aposentadoria espontânea do trabalhador põe termo ao seu contrato de trabalho. Por se tratar de entidade integrante da Administração Pública Indireta, a eventual continuidade na prestação de serviços do aposentado somente se mostra legítima após a prévia aprovação em concurso público, nos termos da disposição contida no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988. O novo contrato de trabalho é nulo, sendo devido ao autor somente o salário *stricto sensu*. Recurso de Embargos conhecido e provido. (TST - ERR-446109/1998 - 4a. Reg. - Ac. unân. - SBDII - Rel: Min. Carlos Alberto Reis de Paula - Fonte: DJU I, 13.02.2004).

BENS DE SÓCIO - RESPONSABILIDADE de SÓCIO - LIMITAÇÃO bienal - Inaplicabilidade do ART. 1032/CC - PRESCRIÇÃO intercorrente - ART. 884/CLT

Bens do sócio. 1. Embargos de Execução. Ilegitimidade de Parte Matéria Alegável. 2. Responsabilidade do Sócio e limitação bienal imposta pelo Código Civil de 2002. 3. Prescrição intercorrente quando já iniciada a execução. 1. Os parágrafos 1º, 3º e 5º do artigo 884 da CLT não traduzem em *numerus clausus* quanto à matéria objeto de defesa à constrição judicial. Por corolário, é admissível a defesa processual indireta fundada na ilegitimidade da parte para responder ao título. 2. Admite-se no processo do trabalho a desconstituição da personalidade jurídica do empregador. Todavia, a limitação bienal insculpida no artigo 1032 do NCCB não se aplica em seara trabalhista, uma vez que colide frontalmente com os dispositivos 10 e 448 da CLT, não se operando a subsidiariedade de que trata o parágrafo único do artigo 8º da CLT por não preenchidos os requisitos de omissão do texto celetista e compatibilidade do texto comum aos princípios trabalhistas. 3. Suspende-se a execução por falta de localização do devedor ou de bens que garantam a execução, não correndo a prescrição. Decorrido o prazo de um ano sem que se localize o devedor ou sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará

o arquivamento dos autos. Caso sejam encontrados o devedor ou os bens, os autos serão desarquivados para prosseguimento normal. (TRT/2a. Reg. - AP-00926199344302003 - Ac. 20040269005 - 2a. T. - Rel: Juiz Paulo Sérgio Spósito - Fonte: DOESP, 15.06.2004).

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - PRORROGAÇÃO e SUSPENSÃO DE PRAZO - PRORROGAÇÃO e EXTINÇÃO

Contrato de experiência. Prorrogação e suspensão. Contrato de experiência. Prorrogação e extinção. A despeito do laconismo da lei, eis que nada refere quanto aos tipos de relações e funções que podem ser pactuadas a título experimental e da possibilidade de prorrogação, observado o período máximo de noventa dias, não se pode olvidar que se trata de modalidade contratual que tem por finalidade precípua a avaliação objetiva e subjetiva da capacidade, habilidade, qualificação pessoal e profissional do empregado. Logo, antes da aferição de tais características, ainda que por lapso exíguo, não se justifica a prorrogação antecipada do contrato, na medida em que subverte a ordem natural da pactuação, em flagrante ofensa à intenção do legislador (art. 9º da CLT). (TRT/2a. Reg. - RO-01323199725202007 - Ac. 20040273380 - 10a. T. - Rel: Juíza Lilian Gonçalves - Fonte: DOESP, 15.06.2004).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto da eminente Relatora, Juíza Lilian Gonçalves, a seguinte lição: “É cediço que, na ordem juslaboral, os contratos a termo, hão de pautar-se em permissivo legal e merecem interpretação restritiva, como forma de obstar abusos na contratação e subtração de vantagens contributivas e pecuniárias, diante da incerteza pelo empregado quanto à manutenção do vínculo, findo o prazo previsto”.

DEPOIMENTO - Desconhecimento do PREPOSTO do PERÍODO trabalhado pelo EMPREGADO - Não caracterização de CONFISSÃO FICTA

Depoimento - Retificação da CTPS - O desconhecimento pelo preposto, em depoimento, do período trabalhado pelo empregado, não implica, por si só, em confissão ficta, pois essa deve ser aplicada dentro do conjunto probatório formado durante a fase da instrução. (TRT/17a. Reg. - RO-502.2003.131.17.0.5 - Vara do Trabalho de Cachoeiro de Itapemirim - Ac. 4030/2004 - maioria - Rel: Juiz Marcello Maciel Mancilha - Fonte: DOTRT-17a. Reg., 01.06.04).

EXECUÇÃO TRABALHISTA - Aplicabilidade dos JUROS MORATÓRIOS de 1% ao mês - LEI 8177/91, art. 39

Juros de mora. Inconstitucionalidade da MP nº 2.180-35/01. Este Regional, em sua composição plena, por ocasião do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 00533-1990-007-10-87-5, de relatoria do Exmo. Juiz Pedro Luís Vicentin Foltran, declarou a inconstitucionalidade do art. 1º - F da Lei nº 9.494/97, inserido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001. Em face do que, tem-se que os juros aplicados nas execuções trabalhistas, ainda que contra a Fazenda

Pública, devem ser de 1% ao mês, nos termos do art. 39, da Lei nº 8.177/91. Ressalva de entendimento desta Relatora. Agravo de petição conhecido e provido. (TRT/10a. Reg. - AP-00003-1991-008-10-00-6 - 8a. Vara do Trabalho de Brasília - Ac. unân. - Rel: Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro - j. em 05.05.2004 - Fonte: DJU III, 14.05.2004).

FÉRIAS - PAGAMENTO - Não usufruídas - ÔNUS DA PROVA do RECLAMANTE - ART. 818/CPC, I - ART. 333/CPC

Férias pagas e não gozadas. Ônus da prova. O encargo probatório quanto à demonstração de que as férias pagas não foram regularmente gozadas recai sobre o reclamante, eis que fato constitutivo do seu direito (art. 818 e inciso I do art. 333 do CPC). Não cumprindo tal encargo, há que prevalecer a veracidade do conteúdo dos documentos carreados pela reclamada, que indicam o regular gozo das férias. Honorários periciais. Justiça gratuita. Sendo a reclamante beneficiária da gratuidade de justiça, torna-se isenta do pagamento de honorários periciais ante a norma impositiva do art. 790-B da CLT. (TRT/10a. Reg. - RO-00609-2003-811-10-00-4 - 1a. Vara do Trabalho de Araguaína - Ac. unân. - Rel: Juíza Maria Regina Guimarães Dias - j. em 19.05.2004 - Fonte: DJU III, 28.05.2004).

HORA EXTRA - CARTÃO-PONTO - Impugnação - Incompatibilidade - ENUNCIADO 308/TST

Horas extras. Cartões de ponto requeridos na petição inicial e desde logo impugnados. Incompatibilidade. Se (por força da vigente redação dada ao E. 308, do C. TST) cumpriria ao empregador, de toda forma, trazer os registros de ponto aos autos, não há razão para que a parte obreira requeira a exibição destes registros se, de antemão, vem sustentar a sua inveracidade. Nesta esteira de raciocínio, há incompatibilidade quando o reclamante formula requerimento no sentido de exibição dos cartões de ponto e, simultaneamente, aponta a inveracidade do que se achar registrado em tais documentos. Jornada variável registrada em cartões de ponto em confronto com prova testemunhal insuficiente. Confirmando-se através dos registros de horário que a jornada apresentava variações significativas e não se mostrando as testemunhas inquiridas aptas a especificar os períodos em que mantiveram direto contato com o obreiro, forçoso concluir pela não-comprovação de trabalho em regime elástico. (TRT/10a. Reg. - RO-00653-2002-821-10-85-3 - 1a. Vara do Trabalho de Gurupi - Ac. unân. - Rel: Juiz Carlos Alberto Oliveira Senna - j. em 28.04.2004 - Fonte: DJU III, 14.05.2004).

OPERADOR DE VÍDEO - Caracterização da ATIVIDADE - Impossibilidade de RECONHECIMENTO como JORNALISTA

Operador de câmera. Jornalista. Demonstrado que a função primordial do reclamante era a de operador de câmera, haja vista que a sua atividade era basicamente realizar filmagens inerentes à necessidade da empresa, não há como reconhecer a condição de jornalista como

pretendido. (TRT/12a. Reg. - RO-VA-06580-2003-001-12-00-0 - 1a. Vara do Trabalho de Florianópolis - Ac. 007095/04 - maioria - 3a. T. - Rel: Juíza Lília Leonor Abreu - Fonte: DJSC, 06.07.2004).

PRECATÓRIO - INCOMPETÊNCIA do PRESIDENTE do TRIBUNAL para REVISÃO DE CÁLCULOS

Recurso Ordinário em Agravo Regimental. Precatário. O Presidente do Tribunal não tem competência para rever os cálculos homologados, salvo na estrita hipótese de erro material ou aritmético. Remessa Necessária e Recurso Ordinário a que se nega provimento. (TST - RXOFROAG-813049/2001 - 16a. Reg. - Ac. maioria - TP - Rel: Min. José Luciano de Castilho Pereira - Fonte: DJU I, 13.02.2004).

TERCEIRIZAÇÃO-EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENUNCIADO 331/TST, IV

Terceirização. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Ainda que pelo denominado sistema de terceirização a empresa contratante fique desonerada da administração de pessoal, tendo-se beneficiado dos serviços prestados, responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas decorrentes (aplicação do Enunciado nº 331, IV, do TST). (TRT/12a. Reg. - RO-V-01736-2002-039-12-00-9 - 3a. Vara do Trabalho de Blumenau - Ac. 007056/04 - maioria - 1a. T. - Rel: Juiz Amarildo Carlos de Lima - Fonte: DJSC, 06.07.2004).

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO - HORISTA - Observação da hora trabalhada e do REPOUSO semanal remunerado

Turno ininterrupto de revezamento. O autor era horista. Logo, o seu salário deve ser calculado observando esse valor e multiplicando-se pelo número de horas trabalhadas e repouso semanal remunerado. Porém, para observar o estabelecido em acordo coletivo, toda rubrica que tenha por base o salário-hora (o que exclui férias, gratificações natalinas...), ao invés de ser utilizado o valor efetivamente pago, utilizar-se-á o divisor 180, ou seja, soma-se o valor recebido a título de horas trabalhadas (frequência normal) com o repouso semanal remunerado e divide-se por 180. Dado provimento parcial ao recurso patronal. (TRT/17a. Reg. - RO-933.2000.6.17.0.0 - 6a. Vara do Trabalho de Vitória - Ac. 4330/2004 - maioria - Rel: Juíza Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi - Fonte: DOTRT-17a. Reg., 15.06.2004).

VALE-TRANSPORTE - Obrigatoriedade de PROVA da necessidade e do USO

Vale-transporte. Ônus da prova. "Cabe ao reclamante provar a necessidade e o uso de transporte público em seus deslocamentos de casa para o trabalho, e vice-versa, além da não concessão do benefício pela empresa, a fim de que seja deferida a parcela. Incomprovado, improcede o pleito. (TRT/14a. Reg. - RO-01203.2003.091.14.00-0 - Vara do Trabalho de Ji-Paraná - Ac. unân. - Rel: Juiz Carlos Augusto Gomes Lôbo - j. em 11.05.2004 - Fonte: DJE, 02.06.2004).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TRATAMENTO MÉDICO - DIREITO À VIDA - DIREITO À SAÚDE

Ação civil pública. Tratamento médico. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional do poder público. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Nega-se provimento ao recurso. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0009.04.910500-1/001 - Comarca de Águas Formosas - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - j. em 06.05.2004 - Rel: Des. Almeida Melo - Fonte: DJMG, 16.06.2004).

CONCURSO PÚBLICO - DEFICIENTE FÍSICO - RESERVA de VAGA - Desclassificação

Mandado de segurança. Concurso público. Portador de deficiência física. Reserva de 5% das vagas. Desclassificação na etapa preambular. Necessidade de aprovação em igualdade de condições com os demais candidatos. Segurança denegada. O direito reservado ao portador de deficiência física refere-se à nomeação, sendo requisito essencial a aprovação em todas as etapas do concurso, em igualdade de condições de conteúdo e avaliação com os demais candidatos. (TJ/PR - Mand. de Segurança n. 0148273-9 - Comarca de Curitiba - Ac. 3996 - unân. - II Grupo de Câ. Cív. - Rel: Des. Abraham Lincoln Calixto - Fonte: DJPR, 15.03.2004).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Abraham Lincoln Calixto, a seguinte lição: “O preceito insculpido no artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal, deve ser interpretado conjuntamente à legislação específica, observando-se os critérios de razoabilidade. Não se trata, pois, de privilégio absoluto, incondicional, assegurado aos portadores de deficiência. Visa a Lei, em última análise, assegurar igualdade de oportunidades a todos os brasileiros, mediante ações afirmativas. Não se pode, contudo, desvirtuar tal escopo, de modo a prejudicar as pessoas não englobadas pelo dispositivo constitucional”.

CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA CIVIL - PROVA física - Inabilitação - PERIGO de DANO ao CANDIDATO

Agravo de instrumento - Ação cautelar inominada - Concurso público para agente da polícia civil - Discussão sobre inabilitação na prova de capacidade física - Perigo de dano ao candidato caso não seja deferida a medida liminar - Conhecimento e improvemento do recurso. I - Enquanto forem discutidas as questões pertinentes ao desligamento do candidato da lista dos aprovados em concurso público, faz-se mister a concessão de medida liminar para que o mesmo continue nas etapas seguintes do certame. II - Quando o pedido se restringe à possibilidade de participação em etapa posterior do concurso, não significando, necessariamente, a aprovação ao final, inexistente qualquer prejuízo ao ente público. III - Precedentes desta Egrégia

Corte. (TJ/RN - Ag. de Instrumento n. 01.000353-3 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Aderson Silvino - j. em 06.05.2004 - Fonte: DJRN, 22.05.2004).

ESCRIVÃO DE POLÍCIA - DEMISSÃO - Observação do CONTRADITÓRIO e AMPLA DEFESA - Não caracterização de NULIDADE do PROCESSO ADMINISTRATIVO - LEI 1533/51, art. 1º - ART. 5º/CF, LI, LV

Mandado de segurança - Escrivão de polícia - Demissão - Observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório - Busca da verdade real - Aplicação imediata da lei processual - Inexistência de prejuízos - Impossibilidade de anulação do processo administrativo - Artigo 1º da Lei nº 1.533/51 - Direito líquido e certo não comprovado - Segurança denegada - Decisão unânime. - Não há que se aplicar rigorismo exarcebado ao processo administrativo, se sua finalidade precípua (o interesse público com a busca da verdade real) foi atingida. - Se observados os princípios do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, previstos pelo artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo, ante a ausência de prejuízo. (TJ/PR - Mand. de Segurança n. 0139818-9 - Comarca de Umarama - Ac. 6341 - unân. - Órgão Especial - Rel: Des. Antônio Lopes de Noronha - j. em 11.02.2004 - Fonte: DJPR, 15.03.2004).

LICITAÇÃO - Permissão - SERVIÇO PÚBLICO - EDITAL - Requisitos e exigências - Atendimento - DESCLASSIFICAÇÃO posterior - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Permissão. Serviço público. Habilitação. Cadastramento. Edital. Requisitos e exigências. Impetrante. Atendimento. Desclassificação posterior. Ilegitimidade. Providência sanável. Princípio da razoabilidade. A legalidade, como princípio de administração, não é cumprida, simplesmente, com a observância fria do texto da norma, mas, principalmente, pelo atendimento do seu espírito, em obséquio dos interesses sociais a que ela se dirige e das exigências do bem comum. Descende do princípio da legalidade o princípio da razoabilidade. O primeiro não se consolida quando é adotada medida discrepante do razoável. Atendidas, pelo concorrente previamente habilitado em procedimento de licitação, todas as exigências e regras editalícias para seu cadastramento como permissionário de serviço público, o atraso justificado no cumprimento de providência sanável administrativamente torna ilegítima sua desclassificação posterior, especialmente quando não verificada a ocorrência de prejuízo aos princípios da impessoalidade e da isonomia. Confirma-se a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.01.600464-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - j. em 15.04.2004 - Rel: Des. Almeida Melo - Fonte: DJMG, 11.05.2004).

MILITAR - FALTA GRAVE - EXCLUSÃO da CORPORACÃO - LEGALIDADE do ATO

Mandado de segurança. Militar. Exclusão das fileiras da corporação a bem da disciplina. Ausência de direito

líquido e certo. Apurado em inquérito disciplinar a prática de falta grave, e submetido o policial militar ao conselho de disciplina, em que se assegurou o exercício da ampla defesa e do contraditório, reveste-se de legalidade o ato do comandante geral que exclui o faltoso dos quadros da corporação. Mesmo porque a atuação jurisdicional sobre os atos administrativos restringe-se ao controle da sua legalidade, sendo vedada manifestação acerca da sua conveniência, oportunidade ou eficiência. Segurança denegada, a unanimidade de votos. (TJ/GO - Mand. de Segurança n. 11539-6/101 - Comarca de Goiânia - 2a. Câm. Cív. - unân. - Rel: Juiz Wilton Muller Salomão - Fonte: DJGO, 30.04.2004).

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - EXCLUSÃO de MILITAR - COMPETÊNCIA do COMANDANTE GERAL da POLÍCIA MILITAR - ART. 125/CF

Processo disciplinar. Princípio constitucional da ampla defesa. Cerceamento de defesa. Exclusão de policial militar da corporação. Competência do Comandante geral para aplicação da penalidade. Art. 125, § 4º, da CF não aplicável. Reintegração. Impossibilidade. A exclusão de praça da corporação militar, por infração disciplinar regularmente apurada no plano administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, é ato que se insere na competência do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Paraná. A perda do cargo e patente é ato privativo do Tribunal, no caso de militar pertencente ao quadro de oficialato. Recurso não provido. (TA/PR - Ap. Cível n. 0222380-1 - Comarca de Curitiba - Ac. 4534 - unân. - 9a. Câm. Cív. - Rel: Juiz Nilton Mizuta - j. em 02.03.2004 - Fonte: DJPR, 12.03.2004).

RECURSO ADMINISTRATIVO - Requisito de recebimento - DEPÓSITO PRÉVIO ou ARROLAMENTO de BENS

Constitucional. Tributário. Administrativo. Exigência de depósito prévio ou arrolamento de bens para recebimento de recurso administrativo. 1. O depósito de 30% do valor do

débito ou o arrolamento de bens, afiguram-se como condições extrínsecas de admissibilidade do recurso administrativo, tal como ocorre na esfera judicial, em que a instância é garantida, seja mediante caução ou depósito dos valores questionados. 2. O entendimento está em absoluta sintonia com firme e forte orientação jurisprudencial do C. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não se constituem em direito absoluto, mas se orientam em direção a outro princípio constitucional não menos relevante, o da legalidade. 3. A garantia de instância, legalmente estabelecida, está consolidada no processo civil, penal e do trabalho, sendo de igual forma presente no processo administrativo que não pode ser exceção, no qual também são obedecidos todos os limites traçados pela expressão devido processo legal, ou seja, há notificação, o requerido tem direito ao contraditório, à produção probatória, à defesa técnica, aos recursos estabelecidos na lei, além de outros mecanismos legais de que pode se beneficiar em favor da defesa de seu direito. 4. Apelação improvida. (TRF/3a. Reg. - Ap. em Mand. de Segurança n. 253339 - São Paulo - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Juiz Manoel Tavares - j. em 10.03.2004 - Fonte: DJU, 28.04.2004, pág. 526).

USUCAPIÃO - ÁREA com LIMITAÇÃO administrativa - Necessidade de PROVA - SÚMULA 7/STJ - SÚMULA 280/STF

Usucapião. Área encravada em gleba maior. Alegação de tratar-se de terras devolutas e sujeitas à limitação administrativa. Matéria probatória. Direito local. - Exigência de reexame da matéria fático-probatória quanto às asserções de que a área usucapienda encontra-se sujeita a limitações administrativas, bem como se insere em área de terras devolutas. Incidência da Súmula nº 7-STJ. - Por ofensa a direito local descabe o recurso especial (Súmula n. 280-STF). Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 130982 - São Paulo - Ac. unân. - 4a. T. - Rel: Min. Barros Monteiro - Fonte: DJ I, 03.05.2004, pág. 168).

TRIBUTÁRIO

EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO POR EDITAL do EXECUTADO - Necessidade de CURADOR ESPECIAL - Ausência de manifestação - Caracterização da PRESCRIÇÃO

Tributário e Processo civil. Execução fiscal. Executado. Citação por edital. Revel. Curador especial. Nomeação. Prescrição intercorrente. Arguição. Embargos do devedor. Desnecessidade. Honorários advocatícios. Taxa Selic. Em execução fiscal há necessidade de se nomear curador especial ao executado citado por edital, que permanece revel, em obséquio do princípio do contraditório com ampla defesa. Após o transcurso de cinco anos sem manifestação da exequente, deve ser decretada a prescrição. A Taxa Selic não se aplica à verba sucumbencial que tem caráter remuneratório do trabalho empreendido pelo advogado, não se confundindo com restituição ou compensação de tributos. Rejeita-se a preliminar e dá-se

provimento parcial à apelação. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.99.002408-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câm. Cív. - Ac. unân. - j. em 13.05.2004 - Rel: Des. Almeida Melo - Fonte: DJMG, 29.06.2004).

EXECUÇÃO FISCAL - TAXA SELIC - LEGITIMIDADE para a COBRANÇA de DÍVIDA fiscal do ICMS - LEI 9250/95 - LEI 11580/96 - ART. 161/CTN, § 1º

Embargos infringentes - Execução fiscal - Taxa selic - Incidência - Legalidade - Aplicabilidade da Lei Federal nº 9.250/95 e Lei Estadual nº 11.580/96 - Legislação que se encontra em consonância com a disposição estatuída pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Correção monetária - Cumulação - Inadmissibilidade. A utilização da taxa Selic apresenta amparo na Constituição Federal, no Código

Tributário Nacional, na Lei Federal nº 9.250/95, e Lei Estadual nº 11.580/96, sendo legítima sua incidência na cobrança de dívida fiscal do ICMS. A Selic, por se decompor em taxa de juros reais e taxa de inflação do período considerado, não pode ser aplicada cumulativamente com outro índice de correção monetária. Recurso conhecido e acolhido. (TJ/PR - Emb. Infringentes n. 0128218-2/01 - Comarca de Curitiba - Ac. 4072 - maioria - I Grupo de Câ. Cív. - Rel: Des. Sérgio Rodrigues - Fonte: DJPR, 08.03.2004).

FISCALIZAÇÃO-Reiteração de ATO-NULIDADE do AUTO DE INFRAÇÃO-ART. 149/CTN

Tributário. Procedimento fiscalizatório. Reiteração do ato abrangendo o mesmo período. Revisão caracterizada. Ausência dos requisitos legais. Nulidade do auto de infração. Verba honorária. 1. Se ocorreu novo ato fiscalizatório abrangendo o mesmo período do ato primitivo caracterizou-se a revisão. 2. Considerando que o ato de revisão não veio calçado em qualquer das hipóteses elencadas no artigo 149 do Código Tributário, obviamente que o auto de infração dele decorrente é nulo de pleno direito. 3. Em causas onde a Fazenda Pública tornou-se sucumbente a percentagem sobre o valor dado à causa não é um bom parâmetro, cedendo para apreciação equitativa do juiz. Apelação parcialmente provida. Reforma parcial da sentença em grau de Reexame Necessário. (TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 0128033-9 - Comarca de Curitiba - Ac. 11530 - unân. - 6a. Câ. Cív. - Rel: Des. Rosene Arão de Cristo Pereira - conv. - Fonte: DJPR, 08.03.2004).

ICMS - DIREITO DE CREDITAMENTO - PRODUTO - COMPENSAÇÃO - Possibilidade

Apelação cível e reexame necessário - Direito constitucional e tributário - Creditamento do ICMS - Produtos intermediários - Possibilidade de compensação - Apelo parcialmente provido e sentença reformada em parte. Pode o industrial creditar-se do ICMS contido nos materiais que empregou no processo produtivo, por ser regime de crédito físico. "ICMS. Imposto destacado no conhecimento de transporte, que, por opção, a empresa transportadora o recolhe com redução de alíquota. (Convênio 38/39; Lei Estadual nº 8.933/89, art. 39, vi). Direito da empresa que paga o frete ao crédito correspondente ao imposto destacado. O contribuinte que contrata a prestação de serviço de transporte de mercadorias, tem direito de creditar-se do ICMS devido nessa operação pelo transportador. O crédito está limitado, entretanto, ao valor do ICMS destacado no documento de transporte. (Ap. Cív. e Reexame Necessário nº 110.344-2, Rel. Des. Jesus Sarrão)". Recurso parcialmente provido e sentença reformada em parte em sede de reexame necessário. (TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 0135890-5 - Comarca de Jacarezinho - Ac. 11636 - unân. - 6a. Câ. Cív. - Rel: Des. Eraclés Messias - Fonte: DJPR, 15.03.2004).

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ENTIDADE DE ENSINO - ASSISTÊNCIA SOCIAL - IPTU - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - ART. 145/CF, II

Constitucional e Tributário. Imunidade tributária. Entidade de educação e de assistência social. IPTU. Taxa de limpeza pública. Serviços divisíveis e mensuráveis.

Ausência. O direito à imunidade tributária é reconhecido à instituição de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, quando implementados todos os requisitos previstos na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional. O patrimônio, como conjunto, e não a parte do patrimônio diretamente empregada na atividade-fim, é preservado de qualquer incidência tributária. Taxa exigida pela prestação de serviços inespecíficos, não mensuráveis, indivisíveis e insuscetíveis de serem referidos a determinado contribuinte não se compatibiliza com o disposto no art. 145, II, da Constituição Federal. Dá-se provimento parcial ao recurso. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.01.567306-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - j. em 15.04.2004 - Rel: Des. Almeida Melo - Fonte: DJMG, 04.05.2004).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Almeida Melo, a seguinte lição: "Desde que não se desfaça, mediante prova, a presunção em favor das atividades educacional e assistencial da entidade, não se há dizer que seu patrimônio pode sofrer a incidência tributária".

INTERNET - LEGITIMIDADE do CREDOR tributário - INCIDÊNCIA do ISSQN

Consignação em pagamento. Provedor de acesso à Internet. Dívida quanto a legitimidade do credor tributário: incidência do ICMS ou do ISSQN. Procedência. Incidência do ISSQN. Impugnação das partes: Estado do Paraná pela incidência do ICMS e município pela alteração da verba honorária. Decisão reformada, em reexame necessário. 1. Não se conhece do recurso adesivo, porque, figurando o Município como co-réu na ação, cabia-lhe tão-somente apelar da sentença para obter a exclusão da condenação ao pagamento da verba honorária. 2. A atividade exercida pelos provedores de acesso em relação a seus clientes não se confunde nem com os serviços de telecomunicação, nem com os serviços de comunicação. Tal atividade não está sujeita a ICMS e, por não constar da lista de serviços, também não se sujeita ao ISS. 3. Não incidindo nenhum daqueles tributos, julga-se extinto o processo, relativo à ação consignatória, ajuizada pelo provedor, visando dirimir dúvida e obter o recolhimento do tributo devido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0123432-2 - Comarca de Maringá - Ac. 2060 - unân. - 7a. Câ. Cív. - Rel: Des. Accácio Cambi - Fonte: DJPR, 01.03.2004).

IPTU - INCONSTITUCIONALIDADE da PROGRESSIVIDADE

Constitucional. Tributário. IPTU. Alíquotas. Progressividade. I. - Inconstitucionalidade da progressividade das alíquotas do IPTU. RE 153.771/MG, Moreira Alves, Plenário. II. - Agravo não provido. (STF - Ag. de Instrumento n. 417165 - Rio de Janeiro - Ac. unân. - 2a. T. - Rel: Min. Carlos Velloso - Fonte: DJU I, 06.02.2004).

REFIS - PARCELAMENTO do DÉBITO TRIBUTÁRIO - Necessidade do PAGAMENTO de HONORÁRIOS - DECRETO 1025/69

Recurso especial. Programa de recuperação fiscal (REFIS). Desistência dos embargos à execução. Honorários advocatícios. Cabimento. Execução promovida pelo INSS. Não aplicação do encargo legal previsto no Decreto-Lei n.

1.025/69. A opção do contribuinte pelo parcelamento do débito tributário pôr meio da inscrição no Programa de Recuperação Fiscal, condicionada à desistência dos embargos à execução, não desonera o contribuinte do pagamento dos honorários advocatícios. Com efeito, a adesão ao REFIS não é imposta pelo Fisco, mas sim uma faculdade dada à pessoa jurídica que, ao optar pelo Programa, sujeita-se à confissão do débito e à desistência dos embargos à execução. Na hipótese em exame, a execução fiscal foi ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal que não inclui o encargo legal de 20%, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, nas Certidões de Dívida Ativa, devido apenas nas execuções fiscais promovidas pela União, a teor do que dispõem o artigo 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69 e a Súmula n. 168/TFR. “Em se tratando de embargos a execução fiscal promovida pelo INSS - em que não há, portanto, a inclusão do encargo legal do Decreto-Lei 1.025/69 -, a desistência acarreta a condenação em honorários advocatícios” (REsp 496.652/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.10.2003). Os honorários advocatícios são devidos a base de 1% (um por cento) sobre o valor do débito consolidado, porque o percentual foi fixado por lei especial, não se aplicando, portanto, as regras do Código de Processo Civil referentes à fixação dos honorários (artigo 5º, § 3º, da Lei n. 10.189/

2001). A Primeira Seção, na assentada de 22 de outubro de 2003, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 434.209/RS, relatado por este signatário, firmou o entendimento ora esposado. Recurso especial provido em parte, para reduzir os honorários advocatícios a 1% (um por cento) sobre o valor do débito consolidado. (STJ - Rec. Especial n. 542218 - Santa Catarina - Ac. unân. - 2a. T. - Rel: Min. Franciulli Netto - Fonte: DJI, 08.03.2004, pág. 226).

TAXA DE FISCALIZAÇÃO E LOCALIZAÇÃO - INSPEÇÃO SANITÁRIA - LEGITIMIDADE

Tributário. Taxas de fiscalização de localização e funcionamento e de fiscalização sanitária. É legítima a atuação fiscal para receber a contraprestação pelo exercício do poder de polícia, consistente nas taxas de fiscalização de localização e funcionamento e de fiscalização sanitária. A área ocupada pelo edifício construído não se confunde com a base de cálculo do IPTU e pode constituir critério para determinar a intensidade, a frequência ou a extensão da polícia administrativa do Município. Nega-se provimento ao recurso. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.02.787121-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - j. em 06.05.2004 - Rel: Des. Almeida Melo - Fonte: DJMG, 16.06.2004).

ELEITORAL

ABUSO DE PODER POLÍTICO - CANDIDATO a DEPUTADO ESTADUAL - Divulgação - Irregularidade - NEXO DE CAUSALIDADE - Desnecessidade - LEI COMPLEMENTAR 64/90, art. 22, XIV

Investigação judicial. Art. 22 da LC n. 64/90. Abuso do poder político. Prefeito. Candidata a deputada estadual. Máquina administrativa. Utilização. Cartazes. Convites. Eventos. Municipalidade. Patrocínio. Mochilas escolares. Distribuição. Posto médico. Jalecos. Nome e número da deputada. Divulgação. Abuso do poder político. Configuração. Cálculos matemáticos. Nexo de causalidade. Comprovação da influência no pleito. Não-cabimento. Potencialidade. Caracterização. Para a configuração de abuso do poder, não se exige nexo de causalidade, entendido esse como a comprovação de que o candidato foi eleito efetivamente devido ao ilícito ocorrido, mas que fique demonstrado que as práticas irregulares teriam capacidade ou potencial para influenciar o eleitorado, o que torna ilegítimo o resultado do pleito. Se fossem necessários cálculos matemáticos, seria impossível que a representação fosse julgada antes da eleição do candidato, que é, aliás, o mais recomendável, posto que, como disposto no inciso XIV do art. 22 da LC n. 64/90, somente neste caso poderá a investigação judicial surtir os efeitos de cassação do registro e a aplicação da sanção de inelegibilidade. Nesse entendimento, o Tribunal deu provimento ao recurso do Ministério Público Eleitoral e negou provimento ao recurso de Luciano Manoel Machado. (TSE - Rec. Ordinário n. 752 - ES - Ac. unân. - Rel: Min. Fernando Neves da Silva - Decisão em 15.06.2004).

AGRAVO REGIMENTAL - Instituto da previdência da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA - DESINCOMPATIBILIZAÇÃO - Desnecessidade

Recurso especial. Eleições 2002. Agravo regimental. Instituto de Previdência da Assembléia Legislativa do Estado. Desincompatibilização. Desnecessidade. Presidente. O recebimento de subvenções públicas só é fator de inelegibilidade quando imprescindível à existência da própria fundação ou à continuidade de um certo serviço prestado ao público. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. (TSE - Ag. Regimental no Rec. Esp. Eleitoral n. 20.928 - PA - Ac. unân. - Rel: Min. Humberto Gomes de Barros - Decisão em 17.06.2004).

CONSULTA - ELEIÇÃO - REGISTRO - COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA - CÁLCULO - Requisitos - Quantidade de CANDIDATO - LEI 9504/97, art. 10, § 2º

Consulta. Eleições 2004. Registro. Coligação. Cálculo. Número de candidatos a vereador. No caso de coligação, a regra para o cálculo é a descrita na Resolução-TSE n. 20.046/97, ou seja, o acréscimo de “até mais de cinquenta por cento”, a que se refere a cláusula final do § 2º, do art. 10, da Lei n. 9.504/97, incide sobre o “até o dobro das respectivas vagas”. Nesse entendimento, o Tribunal respondeu à consulta. (TSE - Consulta n. 1.091 - BA - Ac. unân. - Rel: Min. Luiz Carlos Madeira - Decisão em 15.06.2004).

ELEIÇÃO - Ausência de PRESTAÇÃO DE CONTAS de campanha - Impossibilidade de CERTIDÃO de QUITAÇÃO eleitoral

Eleições 2004. Provimento do corregedor-geral da justiça eleitoral. Quitação eleitoral. Aplicação de novas

regras. Mecanismo de registro no cadastro eleitoral. Criação. Prestação de contas. Pendências relativas a multas. Reflexos a partir do pleito deste ano. Referendo pelo plenário. A falta de prestação de contas de campanha pelo candidato impedirá a obtenção de certidão de quitação eleitoral, com relação às omissões verificadas a partir das eleições de 2004, aplicando-se a mesma regra aos débitos não satisfeitos dos quais não haja registro no cadastro eleitoral vigente para as eleições deste ano. Normas aprovadas pelo ministro Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, referendadas pelo Plenário do Tribunal Superior Eleitoral. (TSE - Proc. Administrativo n. 19218 - MG - Ac. unân. - Rel: Min. Francisco Peçanha Martins - Fonte: DJ, 16.07.2004, pág. 03).

PESQUISA ELEITORAL - Indeferimento - Inexistência de REGISTRO Irregularidade - Necessidade de REPRESENTAÇÃO - LEI 9504/97, art. 96

Pesquisa eleitoral. Indeferimento. Registro. Inexistência. Apuração. Irregularidade. Representação. Art. 96 da Lei n. 9.504/97. O registro da pesquisa eleitoral é realizado com o fornecimento das informações à Justiça Eleitoral até cinco dias antes da divulgação da pesquisa. O Ministério Público Eleitoral, desejando impugnar a pesquisa eleitoral por considerá-la irregular, deve propor representação eleitoral nos termos do art. 96 da Lei n. 9.504/97. Nesse entendimento, o Tribunal deu provimento ao agravo de instrumento. Passando, de imediato, ao julgamento do recurso especial, dele conheceu e a ele deu provimento. (TSE - Ag. de Instrumento n. 4.654 - MG - Ac. unân. - Rel: Min. Fernando Neves da Silva - Decisão em 17.06.2004).

PROMOTORELEITORAL-DESIGNAÇÃO-Dever do PROCURADOR regional eleitoral

Recurso especial. Agravo regimental. Designação de promotor eleitoral. Improvimento. Cabe ao procurador regional eleitoral a designação de promotor para exercer a função eleitoral, devendo o Procurador-Geral de Justiça apenas indicá-lo. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. (TSE - Ag. Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 19.657 - MA - Ac. unân. - Rel: Min. Humberto Gomes de Barros - Decisão em 15.06.2004).

PROPAGANDA ELEITORAL - Antecipação - Candidatura - Ausência de FUNDAMENTO

Agravo. Eleições 2002. Propaganda antecipada. Candidatura. Regimental. Fundamentos não infirmados. Improvimento. Para a caracterização da propaganda extemporânea não é necessária a formalização da candidatura. Não se conhece de agravo que não ilide os fundamentos da decisão impugnada. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. (TSE - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 4.560 - MS - Ac. unân. - Rel: Min. Humberto Gomes de Barros - Decisão em 17.06.2004).

PROPAGANDA PARTIDÁRIA - DESVIO DE FINALIDADE - PROMOÇÃO pessoal - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - TRANSMISSÃO - Impossibilidade - CASSAÇÃO de REGISTRO - DESMEMBRAMENTO - Cabimento

Propaganda partidária. Alegação de desvio de

finalidade. Promoção pessoal. Investigação judicial. Cassação do direito de transmissão. Multa. Cassação de registro ou de diploma. Desmembramento. Inserções estaduais. Competência. Retorno dos autos à origem. É cabível o desmembramento de representação por infrações cometidas em espaço de propaganda partidária, quando a conduta, a um só tempo, em tese, ensejar apreciação sob a ótica da investigação judicial e das representações relativas ao desvirtuamento da propaganda partidária e ao descumprimento da Lei Eleitoral, para que o processo e julgamento se dê conforme a competência prevista em lei. Tratando a prova fornecida pelo representante de inserções de âmbito estadual, autorizadas pelo Tribunal Regional Eleitoral, impõe-se a restituição dos autos à origem, ante à incompetência do Tribunal Superior Eleitoral. Nesse entendimento, o Tribunal determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento da representação. (TSE - Representação n. 639 - AL - Ac. unân. - Rel: Min. Francisco Peçanha Martins - Decisão em 15.06.2004).

REPRESENTAÇÃO - Festa municipal - Apoio do GOVERNO ESTADUAL - PUBLICIDADE - Irregularidades - CONDOTA vedada - LEI 9504/97, art. 73, § 3º

Representação. Festa. Município. Convites. Menção. Apoio. Governo estadual. Contrapartida. Show artístico. Contratação. Publicidade institucional indireta. Conduta vedada. Infringência. Multa. Dissenso jurisprudencial. Não-configuração. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Prequestionamento. Ausência. A exceção estabelecida no art. 73, § 3º, da Lei n. 9.504/97 expressamente preceitua que as condutas explicitadas se aplicam aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa. A norma do art. 73, VI, b, da Lei n. 9.504/97 veda toda e qualquer publicidade institucional nos três meses anteriores à eleição, ainda que realizada de forma indireta, excetuando-se apenas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública, devidamente reconhecida pela Justiça Eleitoral. A mencionada regra proibitiva não admite publicidade institucional, ainda que brealizada sem ofensa ao art. 37, § 1º, da Constituição Federal. Nesse entendimento, o Tribunal conheceu parcialmente do recurso e negou-lhe provimento. (TSE - Rec. Esp. Eleitoral n. 21.171 - GO - Ac. unân. - Rel: Min. Fernando Neves da Silva - Decisão em 17.06.2004).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Min. Fernando Neves da Silva, a seguinte lição: “Tenho que a conduta em questão realmente figurou a infração a que se refere o art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, que veda toda e qualquer publicidade institucional nos três meses anteriores à eleição, excetuando-se apenas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública, devidamente reconhecida pela Justiça Eleitoral. Observo que esse dispositivo visa justamente evitar que sejam favorecidas aquelas autoridades ou servidores públicos que estejam em campanha eleitoral, o que provocaria uma injustificada desigualdade entre os candidatos e comprometeria a lisura do pleito”.

**ALTERAÇÃO - DECRETO-LEI 911/69, LEI 4591/
64, LEI 4728/65 E LEI 10406/2002 -
DISPONIBILIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE
AFETAÇÃO DOS INSTITUTOS IMOBILIÁRIOS**

LEI Nº 10.931, DE 2 DE AGOSTO DE 2004*

Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DO REGIME ESPECIAL TRIBUTÁRIO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Art. 1º Fica instituído o regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias, em caráter opcional e irrevogável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação.

Art. 2º A opção pelo regime especial de tributação de que trata o art. 1º será efetivada quando atendidos os seguintes requisitos:

I – entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretaria da Receita Federal, conforme regulamentação a ser estabelecida; e

II – afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, conforme disposto nos arts. 31-A a 31-E da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Art. 3º O terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária sujeitas ao regime especial de tributação, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, não responderão por dívidas tributárias da incorporadora relativas ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e à Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP, exceto aquelas calculadas na forma do art. 4º sobre as receitas auferidas no âmbito da respectiva incorporação.

Parágrafo único. O patrimônio da incorporadora responderá pelas dívidas tributárias da incorporação afetada.

Art. 4º Para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação, a incorporadora ficará sujeita ao pagamento equivalente a sete por cento da receita mensal recebida, o qual corresponderá ao pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

I – Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ;

II – Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP;

III – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; e

IV – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

§ 1º Para fins do disposto no *caput*, considera-se receita mensal a totalidade das receitas auferidas pela incorporadora na venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação, bem como as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes desta operação.

§ 2º O pagamento dos tributos e contribuições na forma do disposto no *caput* somente poderá ser compensado, por espécie, com o montante devido pela incorporadora no mesmo período de apuração, até o limite desse montante.

§ 3º A parcela dos tributos, pagos na forma do *caput*, que não puderem ser compensados nos termos do § 2º será

considerada definitiva, não gerando, em qualquer hipótese, direito a restituição ou ressarcimento, bem assim a compensação com o devido em relação a outros tributos da própria ou de outras incorporações ou pela incorporadora em outros períodos de apuração.

§ 4º A opção pelo regime especial de tributação obriga o contribuinte a fazer o recolhimento dos tributos, na forma do *caput*, a partir do mês da opção.

Art. 5º O pagamento unificado de impostos e contribuições efetuado na forma do art. 4º deverá ser feito até o décimo dia do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita.

Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, a incorporadora deverá utilizar, no Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF, o número específico de inscrição da incorporação no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ e código de arrecadação próprio.

Art. 6º Os créditos tributários devidos pela incorporadora na forma do disposto no art. 4º não poderão ser objeto de parcelamento.

Art. 7º O incorporador fica obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação.

Art. 8º Para fins de repartição de receita tributária e do disposto no § 2º do art. 4º, o percentual de sete por cento de que trata o *caput* do art. 4º será considerado:

I – três por cento como COFINS;

II – zero vírgula sessenta e cinco por cento como Contribuição para o PIS/PASEP;

III – 2,2% (dois vírgula dois por cento) como IRPJ; e

IV – 1,15% (um vírgula quinze por cento) como CSLL.

Art. 9º Perde eficácia a deliberação pela continuação da obra a que se refere o § 1º do art. 31-F da Lei nº 4.591, de 1964, bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta Lei, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano daquela deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior.

Art. 10. O disposto no art. 76 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, não se aplica ao patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias definido pela Lei nº 4.591, de 1964.

Art. 11. As contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive por equiparação, de que trata o art. 31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, seguirão o mesmo regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda.

CAPÍTULO II

DA LETRA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Art. 12. Os bancos comerciais, os bancos múltiplos com carteira de crédito imobiliário, a Caixa Econômica Federal, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e demais espécies de instituições que, para as operações a que se refere este artigo, venham a ser expressamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, poderão emitir, independentemente de tradição efetiva, Letra de Crédito Imobiliário – LCI, lastreada por créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou por alienação fiduciária de coisa imóvel, conferindo aos seus tomadores direito de crédito pelo valor nominal, juros e, se for o caso, atualização monetária nelas estipuladas.

§ 1º A LCI será emitida sob a forma nominativa, podendo ser transferível mediante endosso em preto, e conterá:

I – o nome da instituição emitente e as assinaturas de seus representantes;

II – o número de ordem, o local e a data de emissão;

- III – a denominação “Letra de Crédito Imobiliário”;
- IV – o valor nominal e a data de vencimento;
- V – a forma, a periodicidade e o local de pagamento do principal, dos juros e, se for o caso, da atualização monetária;
- VI – os juros, fixos ou flutuantes, que poderão ser renegociáveis, a critério das partes;
- VII – a identificação dos créditos caucionados e seu valor;
- VIII – o nome do titular; e
- IX – cláusula à ordem, se endossável.

§ 2º A critério do credor, poderá ser dispensada a emissão de certificado, devendo a LCI sob a forma escritural ser registrada em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

Art. 13. A LCI poderá ser atualizada mensalmente por índice de preços, desde que emitida com prazo mínimo de trinta e seis meses.

Parágrafo único. É vedado o pagamento dos valores relativos à atualização monetária apropriados desde a emissão, quando ocorrer o resgate antecipado, total ou parcial, em prazo inferior ao estabelecido neste artigo, da LCI emitida com previsão de atualização mensal por índice de preços.

Art. 14. A LCI poderá contar com garantia fidejussória adicional de instituição financeira.

Art. 15. A LCI poderá ser garantida por um ou mais créditos imobiliários, mas a soma do principal das LCI emitidas não poderá exceder o valor total dos créditos imobiliários em poder da instituição emitente.

§ 1º A LCI não poderá ter prazo de vencimento superior ao prazo de quaisquer dos créditos imobiliários que lhe servem de lastro.

§ 2º O crédito imobiliário caucionado poderá ser substituído por outro crédito da mesma natureza por iniciativa do emitente da LCI, nos casos de liquidação ou vencimento antecipados do crédito, ou por solicitação justificada do credor da letra.

Art. 16. O endossante da LCI responderá pela veracidade do título, mas contra ele não será admitido direito de cobrança regressiva.

Art. 17. O Banco Central do Brasil poderá estabelecer o prazo mínimo e outras condições para emissão e resgate de LCI, observado o disposto no art. 13 desta Lei.

CAPÍTULO III

DA CÉDULA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Art. 18. É instituída a Cédula de Crédito Imobiliário – CCI para representar créditos imobiliários.

§ 1º A CCI será emitida pelo credor do crédito imobiliário e poderá ser integral, quando representar a totalidade do crédito, ou fracionária, quando representar parte dele, não podendo a soma das CCI fracionárias emitidas em relação a cada crédito exceder o valor total do crédito que elas representam.

§ 2º As CCI fracionárias poderão ser emitidas simultaneamente ou não, a qualquer momento antes do vencimento do crédito que elas representam.

§ 3º A CCI poderá ser emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória, sob a forma escritural ou cartular.

§ 4º A emissão da CCI sob a forma escritural far-se-á mediante escritura pública ou instrumento particular, devendo esse instrumento permanecer custodiado em instituição financeira e registrado em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º Sendo o crédito imobiliário garantido por direito real, a emissão da CCI será averbada no Registro de Imóveis da situação do imóvel, na respectiva matrícula, devendo dela constar, exclusivamente, o número, a série e a instituição custodiante.

§ 6º A averbação da emissão da CCI e o registro da garantia do crédito respectivo, quando solicitados simultaneamente, serão considerados como ato único para efeito de cobrança de emolumentos.

§ 7º A constrição judicial que recaia sobre crédito representado por CCI será efetuada nos registros da instituição custodiante ou mediante apreensão da respectiva cártula.

§ 8º O credor da CCI deverá ser imediatamente intimado de constrição judicial que recaia sobre a garantia real do crédito imobiliário representado por aquele título.

§ 9º No caso de CCI emitida sob a forma escritural, caberá à instituição custodiante identificar o credor, para o fim da intimação prevista no § 8º.

Art. 19. A CCI deverá conter:

I – a denominação “Cédula de Crédito Imobiliário”, quando emitida cartularmente;

II – o nome, a qualificação e o endereço do credor e do devedor e, no caso de emissão escritural, também o do custodiante;

III – a identificação do imóvel objeto do crédito imobiliário, com a indicação da respectiva matrícula no Registro de Imóveis competente e do registro da constituição da garantia, se for o caso;

IV – a modalidade da garantia, se for o caso;

V – o número e a série da cédula;

VI – o valor do crédito que representa;

VII – a condição de integral ou fracionária e, nessa última hipótese, também a indicação da fração que representa;

VIII – o prazo, a data de vencimento, o valor da prestação total, nela incluídas as parcelas de amortização e juros, as taxas, seguros e demais encargos contratuais de responsabilidade do devedor, a forma de reajuste e o valor das multas previstas contratualmente, com a indicação do local de pagamento;

IX – o local e a data da emissão;

X – a assinatura do credor, quando emitida cartularmente;

XI – a autenticação pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, no caso de contar com garantia real; e

XII – cláusula à ordem, se endossável.

Art. 20. A CCI é título executivo extrajudicial, exigível pelo valor apurado de acordo com as cláusulas e condições pactuadas no contrato que lhe deu origem.

Parágrafo único. O crédito representado pela CCI será exigível mediante ação de execução, ressalvadas as hipóteses em que a lei determine procedimento especial, judicial ou extrajudicial para satisfação do crédito e realização da garantia.

Art. 21. A emissão e a negociação de CCI independe de autorização do devedor do crédito imobiliário que ela representa.

Art. 22. A cessão do crédito representado por CCI poderá ser feita por meio de sistemas de registro e de liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º A cessão do crédito representado por CCI implica automática transmissão das respectivas garantias ao cessionário, sub-rogando-o em todos os direitos representados pela cédula, ficando o cessionário, no caso de contrato de alienação fiduciária, investido na propriedade fiduciária.

§ 2º A cessão de crédito garantido por direito real, quando representado por CCI emitida sob a forma escritural, está dispensada de averbação no Registro de Imóveis, aplicando-se, no que esta Lei não contrarie, o disposto nos arts. 286 e seguintes da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro.

Art. 23. A CCI, objeto de securitização nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, será identificada no respectivo Termo de Securitização de Créditos, mediante indicação do seu valor, número, série e instituição custodiante, dispensada a enunciação das informações já constantes da Cédula ou do seu registro na instituição custodiante.

Parágrafo único. O regime fiduciário de que trata a Seção VI do Capítulo I da Lei nº 9.514, de 1997, no caso de emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários lastreados em créditos representados por CCI, será registrado na instituição custodiante, mencionando o patrimônio separado a que estão afetados, não se aplicando o disposto no parágrafo único do art. 10 da mencionada Lei.

Art. 24. O resgate da dívida representada pela CCI prova-se com a declaração de quitação, emitida pelo credor, ou, na falta desta, por outros meios admitidos em direito.

Art. 25. É vedada a averbação da emissão de CCI com garantia real quando houver prenotação ou registro de qualquer outro ônus real sobre os direitos imobiliários respectivos, inclusive penhora ou averbação de qualquer mandado ou ação judicial.

CAPÍTULO IV

DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição

financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

§ 1º A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

Art. 27. A Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída.

Parágrafo único. A garantia constituída será especificada na Cédula de Crédito Bancário, observadas as disposições deste Capítulo e, no que não forem com elas conflitantes, as da legislação comum ou especial aplicável.

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I – os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

II – os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

III – os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV – os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V – quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

VI – as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII – a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º, e

VIII – outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei.

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I – os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II – a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

§ 3º O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exequendo em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a

maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

(...)

Art. 65. O Conselho Monetário Nacional e a Secretaria da Receita Federal, no âmbito das suas respectivas atribuições, expedirão as instruções que se fizerem necessárias à execução das disposições desta Lei.

Vigência

Art. 66. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Revogações

Art. 67. Ficam revogadas as Medidas Provisórias nos 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, 2.221, de 4 de setembro de 2001, e 2.223, de 4 de setembro de 2001, e os arts. 66 e 66-A da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.

Brasília, 2 de agosto de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Antonio Palocci Filho

Marina Silva

Olívio de Oliveira Dutra

José Dirceu de Oliveira e Silva

Álvaro Augusto Ribeiro Costa

(D.O.U., Col I, de 03.08.2004, pág. 17)

CONTRIBUIÇÃO - PIS/PASEP - IMPORTAÇÃO E COFINS - IMPORTAÇÃO

DECRETO Nº 5.171 DE 6 DE AGOSTO DE 2004

Regulamenta os §§ 10 e 12 do art. 8º e o inciso IV do art. 28 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, que dispõe sobre a Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 8º, §§ 10, 12 e 13, 28, inciso IV e parágrafo único, e 53 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004,

DECRETA:

Art. 1º Na importação de papel imune a impostos de que trata o art. 150, inciso VI, alínea *d*, da Constituição, ressalvado o disposto no art. 4º deste Decreto, quando destinado à impressão de periódicos, as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS-Importação são de: (Vigência)

I – 0,8%, para a Contribuição para o PIS/PASEP-Importação; e

II – 3,2%, para a COFINS-Importação.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se somente às importações realizadas por:

I – pessoa física ou jurídica que explore a atividade da indústria de publicações periódicas; e

II – empresa estabelecida no País como representante de fábrica estrangeira do papel, para venda exclusivamente às pessoas referidas no inciso I.

§ 2º As alíquotas fixadas no *caput* não abrangem o papel utilizado na impressão de publicação que contenha, exclusivamente, matéria de propaganda comercial.

§ 3º O papel importado a que se refere o *caput*:

I – poderá ser utilizado em folhetos ou outros impressos de propaganda que constituam suplemento ou encarte do periódico, desde que em quantidade não excedente à tiragem da publicação que acompanham, e a ela vinculados pela impressão de seu título, data e número de edição; e

II – não poderá ser utilizado em catálogos, listas de preços, publicações semelhantes, e jornais e revistas de propaganda.

Art. 2º Somente poderá importar papel imune ou adquiri-lo das empresas referidas no inciso II do § 1º do art. 1º a empresa para esse fim registrada, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda. (Vigência)

Art. 3º A Secretaria da Receita Federal poderá estabelecer: (Vigência)

I – normas segundo as quais poderá ser autorizada a venda de aparas ou de papel impróprio para impressão, desde que se destinem a utilização como matéria-prima;

II – normas que regulem o cumprimento das obrigações acessórias previstas nos arts. 1º e 2º;

III – limite de utilização do papel nos serviços da empresa; e

IV – percentual de tolerância na variação do peso, pela aplicação de tinta ou em razão de umidade.

Art. 4º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação nas operações de importação de:

I – partes, peças e componentes destinados ao emprego na conservação, modernização e conversão de embarcações registradas no Registro Especial Brasileiro, quando os serviços forem realizados em estaleiros navais brasileiros; (Vigência)

II – embarcações construídas no Brasil e transferidas por matriz de empresa brasileira de navegação para subsidiária integral no exterior, que retornem ao País como propriedade da mesma empresa nacional de origem, quando a embarcação for registrada no Registro Especial Brasileiro; (Vigência)

III – papel destinado à impressão de jornais, até 30 de abril de 2008, ou até que a produção nacional atenda oitenta por cento do consumo interno; (Vigência)

IV – papéis classificados nos códigos 4801.00.10, 4801.00.90, 4802.61.91, 4802.61.99, 4810.19.89 e 4810.22.90, todos da TIPI, destinados à impressão de periódicos, até 30 de abril de 2008, ou até que a produção nacional atenda oitenta por cento do consumo interno; (Vigência)

V – máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, suas partes e peças de reposição, e películas cinematográficas virgens, destinados à indústria cinematográfica e audiovisual, e de radiodifusão; (Vigência)

VI – aeronaves, classificadas na posição 88.02 da NCM, quando utilizadas no transporte comercial de cargas ou de passageiros; e (Vigência)

VII – partes, peças, ferramentais, componentes, insumos, fluidos hidráulicos, lubrificantes, tintas, anticorrosivos, equipamentos, serviços e matérias-primas a serem empregados na manutenção, reparo, revisão, conservação, modernização, conversão e montagem das aeronaves de que trata o inciso VI deste artigo, de seus motores, suas partes, peças, componentes, ferramentais e equipamentos. (Vigência)

§ 1º Aplica-se, no que couber, o disposto nos arts. 1º a 3º deste Decreto às importações de que tratam os incisos III e IV do *caput*.

§ 2º A redução a zero das alíquotas de que trata:

I – O inciso V do *caput* somente se aplica às mercadorias sem similar nacional, conforme disposto nos arts. 190 a 209 do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002 – Regulamento Aduaneiro; e

II – O inciso VII do *caput* será concedida somente aos bens destinados à manutenção, reparo, revisão, conservação, modernização, conversão e montagem de aeronaves utilizadas no transporte comercial de cargas ou de passageiros.

Art. 5º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação nas operações de importação de partes e peças da posição 88.03 destinadas aos veículos e aparelhos da posição 88.02 da NCM. (Vigência)

Art. 6º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a receita bruta de venda no mercado interno de aeronaves, classificadas na posição 88.02 da NCM, suas partes, peças, ferramentais, componentes, insumos, fluidos hidráulicos, tintas, anticorrosivos, lubrificantes, equipamentos, serviços e matérias-primas a serem empregados na manutenção, conservação, modernização, reparo, revisão, conversão e montagem das aeronaves, seus motores, partes, componentes, ferramentais e equipamentos. (Vigência)

Parágrafo único. A redução a zero das alíquotas de que trata o *caput* deste artigo será concedida somente às aeronaves e aos bens destinados à manutenção, reparo, revisão, conservação, modernização,

conversão e montagem de aeronaves utilizadas no transporte comercial de cargas ou de passageiros.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do dia:

I – 1º de maio de 2004, para os arts. 1º a 3º, e para os incisos I a V do art. 4º;

II – 26 de julho de 2004, para os incisos VI e VII do art. 4º, e para o art. 6º; e

III – 1º de maio de 2004 até o dia 25 de julho de 2004, para o art. 5º.

Brasília, 6 de agosto de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Antonio Palocci Filho

(D.O.U. Col I de 09.08.2004, pág. 3)

ALTERAÇÃO - ALÍQUOTA DO IPI - PRODUTO RELACIONADO NO DECRETO 4.995/2004

DECRETO Nº 5.173 DE 6 DE AGOSTO DE 2004

Altera as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidentes sobre produtos relacionados no Decreto nº 4.955, de 15 de janeiro de 2004.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 4º, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.199, de 27 de dezembro de 1971,

DECRETA:

Art. 1º As alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidentes sobre os produtos relacionados no Decreto nº 4.955, de 15 de janeiro de 2004, ficam reduzidas a:

I – dois por cento, no caso dos produtos relacionados no seu Anexo e no inciso I do parágrafo único do seu art. 1º; e

II – seis por cento, no caso dos produtos relacionados no seu art. 2º.

Art. 2º Ficam acrescidos os seguintes códigos da Tabela de Incidência do IPI – TIPI, aprovada pelo Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002, ao Anexo do Decreto nº 4.955, de 2004:

Código NCM

7309.00.90	8433.20.90	8705.30.00
8408.90.10	8433.30.00	8705.40.00
8414.80.38	8543.30.00	8709.19.00
8421.11.90	8701.10.00	9006.10.00
8421.39.90	8701.30.00	9016.00.10
8424.81.11	8701.90.10	9016.00.90
8425.20.00	8704.10.10	9017.30.10
8432.40.00	8704.10.90	9017.30.20
8432.80.00	8705.10.00	9017.30.90
8433.20.10	8705.20.00	

Parágrafo único. O disposto no *caput* não alcança, quanto ao código 8432.80.00 da TIPI, os rolos para gramados (relvados).

Art. 3º Fica suprimido o destaque “Ex” do código 8408.90.90 da TIPI.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 16 de agosto de 2004.

Brasília, 6 de agosto de 2004, 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Antonio Palocci Filho

(D.O.U. Col III, de 09.08.2004, pág. 3)

*** NOTA BONIJURIS:** a íntegra da legislação encontra-se à disposição dos assinantes Bonijuris, que poderão solicitá-la através do fone (41) 322-3835, correio ou e-mail: juridico@bonijuris.com.br

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A PRÁTICA DE ATIVIDADE JURÍDICA NOS CONCURSOS

Hugo Nigro Mazzilli

Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus

Está em vias de ser promulgada parte da chamada Reforma do Judiciário, que, entre outras propostas, passa a exigir três anos de *atividade jurídica* do candidato aos concursos de ingresso na Magistratura e no Ministério Público (arts. 93, I, e 129, § 3º, da Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000 no Senado, com a última redação).

Essa exigência deverá causar muita repercussão nos concursos, pois grande parte daqueles que, hoje, saem das faculdades de Direito acaba buscando o ingresso na Magistratura ou no Ministério Público. Vindo a ser implantada a nova redação do dispositivo constitucional, passará a ser necessário que os candidatos tenham três anos de atividade jurídica. Se mal aplicada a regra, isso afastará muitos bons candidatos, uma vez que, depois de três anos de atividade jurídica na advocacia, o concorrente poderá já ter deixado os estudos preparatórios há algum tempo; não raro, terá ainda feito progressos nessa profissão, que lhe parecerá mais promissora. Não será difícil, então, que ele abandone a idéia de concurso, relegando-a para profissionais que possam ter tido insucesso na advocacia...

Creio que essa norma, se aprovada, não dispensará a devida regulamentação. O que significa, exatamente, exercício de atividade jurídica? Além dos casos óbvios dos advogados militantes, dos promotores e juizes em exercício, que, sem dúvida, exercem atividade jurídica, ainda há outras situações, menos óbvias, porém. E o estagiário profissional, assim reconhecido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), exerce atividade jurídica? A meu ver, sim, sem dúvida. E o estagiário acadêmico? Por que não? E o delegado de polícia? Estou certo de que sim. E o escrivão de polícia? E o escrevente

judiciário ou o oficial de promotoria do Ministério Público, por que não? E, mesmo para o advogado militante, quantas peças profissionais por ano são consideradas efetiva prática de atividade jurídica? Uma, cinco, dez? Ou basta a inscrição na OAB? Só uma boa e sensata regulamentação poderá responder a tudo isso...

Nesse ínterim, parece-me ser interessante noticiar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já tem enfrentado esse tipo de problema, mantendo interpretação mais equitativa sobre o amplo alcance da expressão *prática forense*, e, a meu ver, sua posição tem sido bem adequada.

O STJ considera legítima a exigência de prática forense para o ingresso nas carreiras jurídicas, mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, na Magistratura ou em outro qualquer privativo de bacharel em Direito, mas também as assessorias jurídicas; as atividades desenvolvidas nos Tribunais, nos Juízos de primeira instância, como as dos funcionários, e até o exercício de estágio nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica¹. A mesma Corte tem entendido que, no conceito de prática de atividade jurídica, insere-se, até mesmo, o trabalho de quem faz pesquisas no campo do Direito em bibliotecas, revistas, computadores etc.² Outrossim, o requisito deve ser exigido quando da posse e não na inscrição ao concurso³. Segundo o entendimento pretoriano dominante, a prática forense, entendida como o efetivo exercício da advocacia por dois anos ou em cargo para o qual se exija diploma de bacharel em Direito, é exigência legítima para ingresso na Magistratura, cuja comprovação deve ser reclamada no ato da posse e não por ocasião das inscrições⁴. ■

“O STJ considera legítima a exigência de prática forense para o ingresso nas carreiras jurídicas, mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, na Magistratura ou em outro qualquer privativo de bacharel em Direito...”

NOTAS

1 RMS n. 450.936/RS; REsp n. 399.345/RS; AREDMS n. 6.620/DF; MS n. 6.867/DF; MS n. 6.624/DF; MS n. 6.559/DF; MS n. 6.815/DF; MS n. 6.579/DF; REsp n. 241.659/CE; MS n. 6.200/DF; MS n. 6.216/DF.

2 MS n. 4.628/DF; MS n. 5.148/DF.

3 ROMS n. 15.221/RR.

4 Nesse sentido, a Súmula n. 266 do STJ; ROMS n. 15.221/RR; RMS n. 14.434/MG.

EVENTOS/NOTÍCIAS

SEMINÁRIO: XVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Local: Centro de Convenções do Bahia Othon Palace Hotel-Salvador/BA

Data: 15 a 17 de setembro de 2004

Tel: (71) 270-5246, 270-5245, 270-5244; 0800-7075246

E-mail: latosensu@latosensu.com.br

Homepage: <http://www.latosensu.com.br/cbda>

II SIMPÓSIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – APET

Local: Hotel Paulista Plaza, Alameda Santos, nº 85, Jardins em São Paulo/SP

Data: 23 e 24 de setembro de 2004

Tel: (11) 3253 – 2353

E-mail: apet@apet.org.br

DIREITOS E PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

Local: Auditório do Conservatório Integrado, Rua Luiz Leite, 232 em Amparo/SP

Data: 28 de setembro de 2004

Tel: (19) 3808-1111

CONTRATOS NO DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES E INFORMÁTICA

Local: Regent Park Hotel, Rua Oscar Freire, 533 – Cerqueira César – São Paulo/SP

Data: 10 de setembro de 2004, das 8h às 18 horas

Tel.: (11) 3031-6777

SEMINÁRIO: III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO

Local: Centro de Convenções da Bahia – Auditório Iemanjá – Praia de Armação – Salvador/BA

Data: 16 a 18 de setembro de 2004, das 8 às 18 horas

Tel: (71) 341-1774

CURSO DE ATUALIZAÇÃO: ALIMENTOS – QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Local: Av. Vereador José Diniz, 2.088 – São Paulo/SP

Data: 18 de setembro de 2004, das 7h45 às 11 horas

Tel.: (11) 5561-3473

10º ENCONTRO NACIONAL DE COMISSÕES DE LICITAÇÃO

Local: Bourbon Cataratas – Resort & Convention Bureau – Rodovia das Cataratas, km 2,5 – Foz do Iguaçu/PR

Data e horário: 19 a 22 de setembro de 2004, das 8h30 às 12 horas e das 13h30 às 18 horas

Tel.: (41) 313-1600

Fax: (41) 313-1605

E-mail: zeniteeventos@zenite.com.br

VI SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Local: Teatro Guaíra – Rua Conselheiro Laurindo, 97 – Centro – Curitiba/PR

Data: 4 a 7 de outubro de 2004

Tel. (41) 3024-1167

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.
5. Os artigos serão editados e publicados de acordo com as normas técnicas da *Revista Bonijuris*.

Endereço para correspondência:

Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris

Rua Marechal Deodoro, 344 - 3º and. - CEP 80010-010 - Curitiba - PR

Fone: (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