

Acórdão em Destaque: Ação de Investigação de Paternidade - Recusa ao Teste de DNA (STJ)

Revista **Bonijuris**

ANO XVII - Nº 504 - Novembro 2005 - R\$ 45,00

ACÓRDÃOS - INTEIRO TEOR

Alteração Regime de Casamento - Art. 1.630C, §2º
Aplicação Inversa (ST)

Constituição de Condições - Compra e Venda
Não Realizada (TJMS)

Integração Via Eletrônica - Internet
Prazo para Recurso - Irretratabilidade (ST)

Socios - Liberação de Voto
Decisão Preterita - Não Configurada (ST)

Tributação Diferencial - Contribuição IAS
Tributação de Serviços (TRT24, Reg.)

Licitação - Processo Administrativo - Prazo
Cópia - Termo Inicial (ST)

Contribuição Previdenciária - Administração
Autônoma - Compensação (ST)

LEGISLAÇÃO

Lei nº 11.180 - Projeto Escola de
Fábrica - Jovens de Baixa Renda

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Contribuição Sindical dos Profissionais Liberais
Bruno Grimm Koiff

DOCTRINA

LIMINARES EM PROCEDIMENTOS ESPECIAIS.
PARTE II: EMBARGOS DE TERCEIRO, APREENSÃO
E DEPÓSITO, BUSCA E APREENSÃO (DL 911/69),
E MANDADO DE SEGURANÇA

Leandro Vieira

A EC 45 E A NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA
DO TRABALHO — "RELAÇÃO DE TRABALHO"

Augusto Cesar Ramos

POLÊMICAS DA NOVA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

Alex Sandro Ribeiro

APLICABILIDADE DA EC 47/2005
AOS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO INFANTIL,
ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO

Lodimar Rafanhim

Revista classificada pelo STJ - Registro nº 24/2001
Revista classificada pelo STJ - Registro nº 24/2001

REVISTA BONIJURIS

Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas
Bonijuris, 1989 - Diretor: Luiz Fernando de
Queiroz
Mensal

ISSN 1809-3256

1. DIREITO - Periódico I.PARANÁ. Instituto de
Pesquisas Jurídicas Bonijuris

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

Bianca Pereira Razera
Carlos Oswaldo M. Andrade
Eduardo Cambi
Elionora Harumi Takeshiro
Geison de Oliveira Rodrigues
Geraldo Vaz da Silva
José Lúcio Glomb
Joseph Ernst Gardemann Filho
Julio Góes Militão da Silva
Luciano Augusto de Toledo Coelho
Luiz Carlos da Rocha
Luiz Salvador
Maria de Lourdes Cardon Reinhardt
Maria Gomes Sampaio
Rafael Cessetti
Rogério Distéfano
Roland Hasson
Sérgio de Aragon Ferreira
Solange Roessle
Yoshihiro Miyamura

DOCTRINA

Liminares em Procedimentos Especiais. Parte II: Embargos de Terceiro, Apreensão e Depósito, Busca e Apreensão (DL 911/69), e Mandado de Segurança 05

Leandro Vieira

A EC 45 e a Nova Competência da Justiça do Trabalho – “Relação de Trabalho” 10

Augusto Cesar Ramos

Polêmicas da Nova Alienação Fiduciária de Bens Móveis 18

Alex Sandro Ribeiro

Aplicabilidade da EC 47/2005 aos Professores da Educação Infantil, Ensino Fundamental e Médio 23

Ludimar Rafanhim

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

Ação de Investigação de Paternidade - Recusa ao Teste de DNA (STJ) 26

INTEIRO TEOR

Alteração Regime de Casamento - Art. 1.639/CC, § 2º - Aplicação Imediata (STJ) 28

Comissão de Corretagem - Compra e Venda - Não Realização (TJ/MS) 32

Intimação Via Eletrônica - Internet - Prazo para Recurso - Inadmissibilidade (STJ) 33

Seqüestro - Liberação da Vítima - Delação Premiada - Não Configuração (STJ) 35

Trabalhador Doméstico - Contribuição INSS - Tomador de Serviços (TRT/2a. Reg.) 36

Licitação - Processo Administrativo - Prazo - Cômputo - Termo Inicial (STF) 37

Contribuição Previdenciária - Administrador - Autônomo - Compensação (STJ) 38

EMENTÁRIO

Civil - Comercial 40

Imobiliário 41

Processo Civil 43

Penal - Processo Penal 45

Trabalhista - Previdenciário 46

Administrativo - Constitucional 49

Tributário 51

LEGISLAÇÃO

Lei nº 11.180 - Projeto Escola de Fábrica - Jovens de Baixa Renda 53

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Contribuição Sindical dos Profissionais Liberais 54

Breno Green Koff

EVENTOS/NOTÍCIAS 58

REPOSITÓRIO OFICIALIZADO

TST Nº 24/2001

STF Nº 34/2003

CO-EDIÇÃO:

AMAPAR - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

AMC - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS CATARINENSES

AMATRA - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO - IX E XII

Revista Bonijuris
Ano XVII - Nº 504
Edição Mensal - Novembro/2005
Circulação Nacional
Tiragem: 5.000 Exemplares

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

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS

R. Marechal Deodoro, 344 - 3º and. - CEP 80010-010 - Curitiba - PR

home page: www.bonijuris.com.br

Revista eletrônica: www.bonijuris.com.br/revista

Administrativo - Comercial - Suporte de Informática

Fone-fax: (41) 3323-4020

e-mail: bonijuris@bonijuris.com.br

Jurídico - Pesquisa - Serviços de Apoio

Fone: (41) 3322-3835

e-mail: juridico@bonijuris.com.br

APRESENTAÇÃO

Abre a seção *Doutrina* desta edição a *segunda parte* do artigo sobre liminares em procedimentos especiais, do advogado Leandro Vieira. Agora o autor traz os requisitos para concessão de liminar nas ações de embargos de terceiro, apreensão e depósito, busca e apreensão e no mandado de segurança. Traça também os paralelos e as diferenças entre as ações de apreensão de bem de alienação fiduciária, busca e apreensão e depósito. Na próxima publicação a *última parte* desta seqüência trará os requisitos para concessão de liminar na ação civil pública, ação popular, ação de alimentos e na ação de despejo.

No texto seguinte, Augusto Cesar Ramos analisa as alterações inseridas na competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Salienta que a reforma do Judiciário se preocupou em viabilizar uma prestação jurisdicional com mais qualidade, a fim de instalar a celeridade, principalmente através da maior utilização de institutos como a tutela antecipada e a litigância de má-fé ou o ato atentatório à justiça. Enfoca a retirada da obrigatoriedade da tentativa de conciliação e discorre acerca das teorias da nova competência material da Justiça do Trabalho, através da expressão relação de trabalho. Elenca e compara cada um dos atributos intrínsecos da relação de emprego e da relação de trabalho. Demonstra que a competência da Justiça do Trabalho fixada, exclusivamente, em razão da matéria, qual seja, relação de trabalho, torna possível inclusive a antes impensável intervenção de terceiros. Finaliza o texto perquirindo acerca da aplicação do art. 7º da Constituição Federal a todos os trabalhadores indistintamente.

Alex Sandro Ribeiro, também advogado, trata da alienação fiduciária de bens móveis, em razão das alterações materiais e processuais introduzidas pela Lei n. 10.931/2004. Evidencia a inconstitucionalidade das previsões legais que não garantem o contraditório e a ampla defesa ao devedor fiduciário, eis que a nova lei permite ao credor a venda do bem extrajudicialmente sem o conhecimento do devedor, quando este se encontrar inadimplente. Aborda as mudanças processuais e matérias implementadas. E ainda chama atenção para o prazo de cinco dias para cumprimento da liminar de busca e apreensão, após o qual, consolidar-se-á a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor, antes mesmo que se esgote o tempo de 15 dias para resposta do devedor.

Finalizando a seção *Doutrina*, o advogado Ludimar Rafanhim escreve acerca da aplicabilidade da Emenda Constitucional n. 47/2005 aos professores da educação infantil, fundamental e médio. Observa que quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 as regras para obtenção do direito à aposentadoria eram relativamente simples, levando em consideração basicamente o tempo de serviço ou a idade dos servidores públicos. Com a EC n. 20, de 1998, a idade e o tempo de contribuição foram vinculados. Em 2003 foi promulgada a EC n. 41, que reduziu ainda mais os direitos previdenciários dos servidores públicos, fixando teto para aposentadoria e taxando e fazendo incidir redutores em parte dos proventos para aqueles que se aposentam antes da idade mínima, restrições à aposentadoria integral. Anota que a EC n. 47 veio mitigar os efeitos da Emenda n. 41 e que alguns juristas têm entendido que a Emenda n. 47 não se aplica aos professores, por não ter sido usado expressamente o vocábulo ‘professor’. Entretanto tal afirmação é desprovida de verdade, eis que a não aplicação da EC n. 47 aos professores não lhes asseguraria o redutor na idade mínima, assim como o professor não faria jus à integralidade, paridade, isonomia e outras disposições previstas na mencionada norma. E, se a Constituição afirma que os professores são diferentes no tocante à sua aposentadoria, estar-se-ia a descumprir o princípio da igualdade se o tratamento se desse de forma idêntica aos demais trabalhadores nas regras de transição, tratando desiguais igualmente.

O *Acórdão em Destaque* deste mês é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, sobre a presunção da paternidade, decorrente de relações amorosas casuais, conhecidas vulgarmente por ‘ficar’, quando há recusa na realização do exame pericial de DNA. A paternidade foi reconhecida, mesmo advinda de relação fugaz, com base no entendimento de que embora a recusa na realização do exame gere presunção apenas relativa de paternidade, sendo necessária a prova da existência de algum relacionamento entre a genitora e o investigado, a gravidez pode surgir de apenas um encontro.

Na seção *Legislação*, apresentamos a Lei n. 11.180, de 23 de setembro de 2005, que trata da instituição do projeto escola de fábrica e que também altera artigos da Consolidação das Leis do Trabalho. A modificação da CLT se fez para tutelar os direitos do aprendiz portador de deficiência, estabelecendo que ao contrato de aprendizagem do portador de deficiência não se aplica a idade máxima de 24 anos de idade, norma que deverá posteriormente ser regulamentada.

Na seção *Como Decidem os Tribunais*, o advogado trabalhista Breno Green Koff questiona a legalidade da cobrança das contribuições sindicais *lato sensu* dos profissionais liberais. Discursa sobre a contradição entre a previsão constitucional de livre associação e o pagamento compulsório da contribuição sindical. Expõe ainda que o sistema sindical brasileiro está voltado para o binômio empregador x empregado, e que os sindicatos nada podem fazer pelo profissional autônomo sem vínculo empregatício. Aduz o contra-senso da dupla cobrança dos profissionais, já que eles arcam com a manutenção e sustento tanto dos conselhos de classe como dos sindicatos. Ressalta que apenas aqueles conseguem de fato representar os interesses dos profissionais autônomos. Destaca também jurisprudência e questionamentos sobre alguns pontos da proposta de reforma sindical, lembrando que há muito tempo já se faz necessário que os sindicatos se mantenham com seus próprios recursos, angariados daqueles que de fato se associam e não dependam da boa vontade do legislador estipular contribuições compulsórias.

LIMINARES EM PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

PARTE II

EMBARGOS DE TERCEIRO, APREENSÃO E DEPÓSITO, BUSCA E APREENSÃO (DL 911/69), E MANDADO DE SEGURANÇA

Leandro Vieira

Bacharel em Direito com habilitação em Direito Empresarial e Ambiental, especialista pós-graduado em Direito Processual Civil. Advogado militante em Blumenau-SC. Professor no Curso de Direito da UNIASSELVI – Centro Universitário Leonardo da Vinci e professor substituto no Curso de Direito da FURB – Universidade Regional de Blumenau

Resumo (da segunda parte)

Dando continuidade ao estudo das “liminares em procedimentos especiais”, apresentamos ao leitor um resumo dos requisitos necessários à obtenção de liminar nos dois últimos procedimentos especiais codificados (embargos de terceiro e ações de apreensão e depósito), e também damos início à apresentação dos procedimentos especiais extravagantes através da ação de busca e apreensão (DL 911/69) e do mandado de segurança.

A numeração dos tópicos retoma a sequência da primeira parte do ensaio.

2.4. Requisitos para concessão de liminar nos embargos de terceiro

Os embargos de terceiro também se inserem no rol de procedimentos especiais que admitem concessão de tutela urgencial (liminar).

Remédio jurídico que segundo alguns deveria fazer parte do rol das ações possessórias¹, os embargos de terceiro visam à proteção daquele que não sendo parte num processo vier a sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens em decorrência de constrição judicial (penhora, arresto, seqüestro, arrecadação etc.), conforme dispõe o art. 1.046 do CPC.

O deferimento liminar dessa proteção está condicionado ao preenchimento de três requisitos específicos: (1) a prova sumária da posse do embargante, (2) sua qualidade de terceiro, e (3) a prestação de caução para garantia da medida (CPC, 1.050, *caput* c.c. 1.051, *fine*).

Para alcançar o conceito de “prova sumária” da posse, é inevitável relembrar o conceito de “posse” referido na *Parte I* deste ensaio (edição anterior), qual seja o “exercício de fato de algum dos atributos da propriedade”.

Consequindo o autor produzir prova perfunctória (superficial) da posse que exerce (ou exercia até a constrição) sobre a coisa constrita por ordem judicial, seja por documentos ou por testemunhas, ser-lhe-á possível o deferimento da tutela urgencial². Prova perfunctória, como se sabe, não é a baseada em cognição plena-exauriente – que

se alcançará somente após a ampla instrução do feito – mas a que amealhe condições mínimas de convencimento do alegado pelo autor.

Respalda nossa conclusão o escólio de Rizzato Lara, afirmando que “os embargos de terceiro podem ser deferidos liminarmente, desde que a posse e a qualidade de terceiro do embargante (arts. 1.050 e 1.051 do CPC) estejam suficientemente comprovadas. A prova acerca da posse é sumária, ou seja, não há necessidade de ser plena ou completa bastando apenas a plausibilidade³”.

Rizzato Lara não mencionada a caução como pressuposto essencial, certamente por vislumbrar a possibilidade de depósito em juízo do bem litigioso. Mas para recuperação às mãos do embargante, a caução é obrigatória.

Sobre a superficialidade dessa prova, da mesma forma leciona o abalizado Hamilton de Moraes e Barros:

“Diz o art. 1.051 que o juiz deferirá, liminarmente, os embargos se julgar suficientemente provada a posse do embargante. A prova de que se cogita neste art. 1.050 é tão-somente uma prova informatória. Não é necessário que já seja plena, completa, afastando quaisquer dúvidas e já produzindo certeza. Uma prova assim, dessa natureza e desse poder de convencimento, somente é de exigir para a sentença final de julgamento dos embargos⁴”.

Especificamente em relação à produção dessa prova “sumária”, é importante destacar que, dada a *autonomia* do procedimento de embargos de terceiro, o autor deverá fazê-la documentalmente, no que for possível, com a inicial (inclusive título de propriedade, se tiver, pois o procedimento admite embargos de *senhor* e possuidor – CPC 1.046 § 1º), bem como apresentar *initio litis* o rol de testemunhas, porque o juiz poderá valer-se de audiência preliminar para obter mais elementos de cognição (CPC 1.050 § 1º). A oportunidade do autor produzir prova documental e depositar o rol testemunhal, gize-se, é a inicial. Não exercido tal direito, restará precluso, prejudicando, *data venia*, a concessão da liminar.

A qualidade de terceiro do embargante é aspecto que admite facilidade na reprodução da prova. Basta-lhe juntar fotocópia integral dos autos de onde se emanou a ordem de constrição, ou certidão do distribuidor oficial, para documentalmente se provar sua condição de terceiro, isto é, a circunstância de não fazer parte do processo donde emanou a constrição dita ilegal. Aliás, quanto a esse tópico, a prova documental não pode ser substituída pela testemunhal, pois a sua não-participação no processo de origem é pressuposto material objetivo.

O último dos requisitos intrínsecos para a concessão da liminar nos embargos de terceiro é, como se consignou, a caução.

Incluimos a caução como requisito intrínseco da concessão de tutela urgencial em sede de embargos de terceiro porque, conquanto a lei não o faça, a sua ausência importaria a não-entrega do bem litigioso para o embargante. Explica-se. É que o art. 1.051, *fine*, preceitua que o embargante “só receberá os bens depois de prestar caução”. Referindo-se aos bens objetos da recuperação liminar obviamente o intuito do embargante será reempossar-se deles, “recebendo-os”, e tal providência só será permitida mediante a prestação de caução.

Em suma, embora não seja pressuposto para deferimento da liminar, a prestação de caução é erigida pela lei processual civil como indispensável à restituição dos bens às mãos do embargante. Se não prestá-la, o bem objeto dos embargos deverá permanecer sob depósito judicial (CPC, 148) ou, na sua ausência, em pessoa eleita sob a confiança do juiz. Mas não com o embargante.

Na mesma linha de raciocínio, o preclaro Sérgio Sahione Fadel endossa nosso posicionamento:

“A prestação de caução, no caso de deferimento liminar dos embargos, é obrigatória. O juiz pode deferir a medida, sem a prévia prestação da caução. Mas a entrega dos bens ao promovente da medida depende da garantia, oferecida e prestada⁵”.

Por tais motivos, e sendo óbvio o intuito do embargante reempossar-se concretamente sobre os bens constriados, é que reputamos a caução pressuposto subjetivo da concessão da tutela urgencial⁶.

A falta de caução, frise-se bem, não prejudica o deferimento da liminar e muito menos o próprio procedimento (até porque se o embargante não dispuser de outros bens, não poderia a lei lhe vedar o socorro jurisdicional)⁷, mas é indispensável para o recebimento dos bens pelo embargante.

2.5. Requisitos para concessão de liminar na ação de apreensão e depósito e na busca e apreensão

Trataremos agora sobre o último procedimento especial codificado que admite a concessão de liminar: a ação de apreensão em depósito decorrente de venda a crédito com reserva de domínio (CPC, 1.071).

Dada a similitude desse procedimento com o extravagante procedimento da busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (DL, 911), traçaremos um paralelo entre ambos, abordando suas semelhanças e diferenças no que diz respeito aos pressupostos intrínsecos para concessão de liminar.

A compra e venda é espécie de contrato sinalagmático pelo qual transfere-se a propriedade de determinada coisa (bem ou direito), mediante o pagamento

de preço previamente ajustado. O pagamento desse “preço”, entretanto, pode ocorrer tanto à vista como a prazo, e o pagamento a prazo, como se sabe, sujeita o vendedor ao risco de não recebê-lo (inadimplência do devedor).

Entre particulares tal risco é minimizado, mas quando se trata de movimentações constantes de capital urge a necessidade de se “garantir” o pacto com providências paralelas, capazes de mitigar eventual inadimplemento indesejado e assim amenizar a taxa de juros praticada (em função do risco).

Foi, então, que no período do regime militar as instituições financeiras tiveram a brilhante idéia de entregar aos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, a idéia de com base em suas atribuições instituírem o Decreto-Lei 911/69 que, além de alterar o art. 66 da Lei de Mercado de Capitais, trouxe em seu bojo a possibilidade de recuperação “liminar” do bem alienado fiduciariamente para garantia de contrato de compra e venda.

De acordo com o art. 3º do referido decreto, uma vez inadimplido o contrato é constituído em mora o devedor, “será” concedida liminar de busca e apreensão do bem (note-se o efeito cogente da norma).

Os pressupostos intrínsecos para concessão da liminar são, portanto, (1) a comprovação do vínculo jurídico entre as partes (existência do contrato), e (2) o seu inadimplemento, comprovado pela mora do devedor, a ser demonstrada mediante protesto do título ou notificação regular dele⁸.

A comprovação desses pressupostos é, como se evidência, obrigatoriamente documental. Na sua ausência, indefere-se a liminar.

Há os que sustentam a não-recepção do DL 911/69 pela Carta Política de 1988⁹, sob o argumento de que a concessão de liminar desrespeita o princípio constitucional do contraditório e a cláusula do devido processo legal. Mas esse não é o entendimento mais aceito pela doutrina e jurisprudência, porque a efetividade da jurisdição também é consagrada constitucionalmente e o princípio do contraditório não é máxima absoluta, de maneira que se admite a sua postecipação para permitir o deferimento de medidas liminares *inaudita altera pars*. As tutelas de urgência não são a regra, mas como exceção legal se inserem no ordenamento jurídico pátrio, respeitando o devido processo legal.

Discussão que merece destaque, todavia, é o que diz respeito à purgação da mora pelo devedor.

Preceitua o § 1º do art. 3º do referido decreto que, após capturado o bem (“executada a liminar”), o devedor terá três dias para opor sua defesa ou, se tiver pago no mínimo 40% do preço, purgar a mora mediante o depósito das prestações em atraso.

Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor passou-se a questionar a validade desse dispositivo, à vista do disposto no art. 6º, VI e 53 da lei consumerista.

João Roberto Parizzato é um que defende o posicionamento de que “a exigência constante do parágrafo 1º do art. 3º do Dec.-Lei 911/69, no sentido de que a purgação da mora somente é possível se pago mais de 40% (quarenta por cento) do preço financiado, não é mais aplicável, cabendo a purgação da mora, qualquer que seja a percentagem paga pelo devedor fiduciante.”

Segundo ele, “tal exigência encontra-se implicitamente revogada pelo art. 6º, VI, e o art. 53 da Lei nº 8.078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor)”¹⁰.

A jurisprudência catarinense também corrobora esse entendimento, inclusive citando precedente do STJ¹¹.

No Superior Tribunal de Justiça, entretanto, o tema ainda é conflitante, tendo algumas turmas reiteradamente decidido que o CDC não revogou a aludida norma¹².

Sob nosso ponto de vista, não se trata de decidir se o CDC revogou tacitamente ou não o § 1º do art. 3º do DL 911/69, mas de solução de antinomia pelo critério cronológico, segundo o qual a lei posterior (que versa sobre matéria idêntica à anterior: concessão de crédito e garantias) criou norma mais branda e benéfica ao devedor, de modo que transparece a discrepância da exigência do pagamento dos 40% com todo o sistema de proteção consumerista, e não mais se ‘adequa’ ao momento social em que vivemos.

A distinção entre o procedimento de busca e apreensão e de apreensão em depósito consiste em aspectos materiais (no primeiro incide gravame real, no segundo a propriedade resolúvel permanece sob titularidade do credor) e, pragmaticamente, na destinação do bem capturado.

Conforme bem recorda Humberto Theodoro Júnior, na apreensão e depósito não se obtém “uma pronta reintegração de posse para o credor, pois a medida liminar consta apenas de apreensão e depósito judicial” (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 14a. ed., Forense, RJ, 1996, pág. 355), enquanto tal fato definitivamente ocorre na busca e apreensão.

Mas os requisitos para concessão de liminar na ação de apreensão e depósito são idênticos ao da busca e apreensão (existência do contrato e mora do devedor), passando o codificado pela mesma discussão doutrinária e jurisprudencial no que se refere à purgação da mora¹³.

Outro importantíssimo aspecto que difere a busca e apreensão do procedimento codificado é a possibilidade de conversão do procedimento de busca em ação de depósito (art. 4º), cujo procedimento previsto no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil admite, em tese, o pedido de prisão civil (CPC 902 § 1º)¹⁴.

2.6. Requisitos para concessão de liminar no mandado de segurança

Dando prosseguimento aos procedimentos extravagantes que admitem a concessão liminar de tutela, encontramos o mandado de segurança.

Regulamentado pela Lei 1.533/51, o mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo, que não o da liberdade (amparado por *habeas corpus*), contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade do Poder Público ou seus delegados.

Para definir direito líquido e certo, ninguém melhor que Hely Lopes Meirelles, segundo o qual “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência,

delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 26a. ed., Malheiros, pág. 673).

De acordo com o disposto no art. 7º, II da referida lei, é possível a suspensão liminar do ato arbitrário ou ilegal, desde que seja relevante o fundamento e do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida somente ao final.

Como se vê, os pressupostos são muito semelhantes aos exigidos para concessão da tutela inibitória (relevância de fundamentação e justificado receio de ineficácia do provimento final). Os pressupostos estarão demonstrados, portanto, sempre que o impetrante comprove de imediato a existência de seu direito (ainda que numa análise perfunctória) e a urgência do deferimento da medida, sob pena de, caso mantido o ato ilegal ou arbitrário, restar ao final impossível de ser satisfeito o direito líquido e certo do impetrante.

Tanto para análise da tutela urgencial quanto para a sentença final, diz-se que a prova no mandado de segurança é pré-constituída, ou seja, é exclusivamente documental, e de direito a discussão jurídica, de maneira que o procedimento não admite nenhuma dilação probatória.

Por se tratar de um procedimento especial de rito sumarríssimo, e por não prever a lei hipótese de recurso contra a decisão que defere ou denega a liminar

no mandado de segurança (mas apenas contra a sentença final: apelação, cf. art. 12), alguns têm sustentado o entendimento de que contra ela descabe o recurso de agravo de instrumento para suspender ou ativar seus efeitos¹⁵.

A maior parte da doutrina, todavia, opõe-se a essa teoria, valendo citar o posicionamento dos paranaenses Accácio e Eduardo Cambi (*in* Cabimento do Agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias em mandado de segurança, *apud* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais”, São Paulo, RT, 2001, p. 17).

Na verdade, a tese da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança é equivocada do ponto de vista técnico, sem contar sua inconveniência política, já que impediria a revisão de decisão muitas vezes abonatória a autoridades públicas, em relação às quais a autoridade local de primeiro grau muitas vezes se simpatiza.

Mas a discussão ainda promete avolumar-se, já que também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – órgão a quem caberá dar a última palavra sobre a interpretação da lei federal – a divergência de posicionamentos é flagrante¹⁶.

Sem embargo dos argumentos sustentados pela corrente que entende inadmissível o manuseio do recurso de agravo, filiamo-nos à corrente oposta, acreditando ser totalmente viável sua interposição.

E não haveria de ser diferente, pois o princípio do duplo grau de jurisdição (sistema recursal) é garantia constitucional firmada pela *cláusula do devido processo*

“Na verdade, a tese da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança é equivocada do ponto de vista técnico, sem contar sua inconveniência política, já que impediria a revisão de decisão muitas vezes abonatória a autoridades públicas, em relação às quais a autoridade local de primeiro grau muitas vezes se simpatiza.”

legal. Além disso, o rito célere do mandado de segurança não impede o manuseio do agravo de instrumento, posto que dirigido diretamente ao Tribunal *ad quem* e somente em hipótese excepcionalíssima o efeito suspensivo (ou ativo) é concedido (CPC 558). Ademais, se inadmitida a interposição do agravo no mandado de segurança, poderia se sustentar a possibilidade de impetração de outra ação mandamental e aí, sim, se desvirtuaria o instituto, pois não se presta a suceder recurso previsto na legislação positiva.

Limitação à concessão da liminar em mandado de segurança, todavia, fazem objetivamente as Leis 2.770/56 (art. 1º), 4.348/64 (art. 5º) e 8.437/92 (art. 2º), nas hipóteses por elas especificadas, que merecem, sempre, análise sob o pálio do princípio da proporcionalidade.

Considerações finais

Na próxima edição traremos a derradeira parte do presente ensaio, abordando o tema “liminar” nas ações civil pública e popular, de alimentos e despejo. Até lá. ■

NOTAS

1 Hipótese da qual discorda Pontes de Miranda em seu *Comentários ao código de processo civil*, Forense, 1977, v. XV (p. 6, 61 e 74), sob o argumento de que os embargos de terceiro “são ação que se pode basear na posse. Frise-se: que se pode basear”, dando a entender que nem sempre os embargos de terceiro terão por fundamento a turbacão ou esbulho da posse.

2 “A concessão liminar dos embargos de terceiro não exige a completa cognição dos fatos, mostrando-se suficiente, para tanto, a plausibilidade do direito invocado à luz dos elementos convencionais trazidos aos autos.” (TJSC, AI 2001.007071-5, de Balneário Camboriú. Rel. Des. Trindade dos Santos).

3 Rizzato Lara, Betina. *Liminares no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 186.

4 *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IX. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993. p. 242.

5 *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense. 4a. ed. vol. III. p. 242 (grifei).

6 Identicamente, proclamou o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo: “Mantido liminarmente, o terceiro embargante está obrigado a prestar caução a que se refere o art. 1.051 do CPC. Se não quiser, ou não puder dá-la, o objetivo dos embargos ficará seqüestrado, assim permanecendo até o julgamento final dos embargos.” (RT 572/99). E também o Egrégio Tribunal de Justiça Catarinense: “Caução. Obrigatoriedade. Art. 1.051 do CPC. A exigência estabelecida pelo art. 1.051 do CPC, de que o embargante só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, não pode deixar de ser observada quando da concessão de liminar nos embargos de terceiro, pois caracteriza uma medida cautelar, que assegura ao credor, no caso de improcedência da ação promovida por terceiro, a satisfação integral de seu crédito, inclusive com o ressarcimento dos prejuízos ocasionados pela demora da execução atribuível ao embargante.” (AI n. 98.017806-1, rel. Des. Silveira Lenzi).

7 Nesse sentido: “A não prestação ou a imprestabilidade da caução referida no art. 1.051 do CPC não conduz à revogação da liminar outorgada e nem a extinção dos embargos de terceiro, posto ser ela condição imposta pela lei apenas para o recebimento dos bens pelo embargante. Ausente ou imprestável a caução ofertada, o feito no qual ocorreu a constrição judicial continuará suspenso e o bem prosseguirá litigioso. Apenas, em tal hipótese, se o embargante não quiser, ou não puder prestar caução, ou se for a mesma imprestável,

dar-se-á o seqüestro do objeto dos embargos, assim permanecendo até a solução final do processo.” (TJSC, AI n. 98.006483-0, de Lages, Rel. Trindade dos Santos).

8 Para ser considerado regular, o instrumento de protesto ou notificação deverá conter requisitos específicos previstos no art. 14, § 2º, da Lei 9.492, de 10.9.97, que regulamentou a atividade notarial. Segundo o dispositivo, “a intimação deverá conter nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, e prazo limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato, bem como o número do protocolo e o valor a ser pago”. A jurisprudência confirma tal exigência, donde colhe-se que “é ineficaz notificação para constituir em mora o devedor quando não mencionar o *quantum* exigido e nem se revestir da necessária clareza” (STJ, REsp. n. 584-63/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 11.6.96, DJU de 7.10.96, pág. 7.638). A jurisprudência também tem acertado quando exige que a notificação ou intimação de protesto seja feita preferencialmente na pessoa do devedor, ou no mínimo destinada a seu endereço. Em caso de notificação por edital, deverá o expediente ser publicado na comarca de domicílio do devedor. Nesse sentido, veja-se: “Alienação fiduciária – Busca e apreensão de veículo – Mora do devedor – Notificação por edital – Domicílio do devedor – Decreto-Lei nº 911, de 1969 – Exigência legal – Carência de ação – Busca e Apreensão por alienação fiduciária. Carência por constituído o devedor em mora na praça do Rio, quando reside, reconhecidamente, em Três Rios. Recurso. 1. Ante os expressos termos da lei (Decreto nº 911/69), não pode ser validamente constituído em mora o devedor, por edital, em praça diversa daquela em que reside. 2. E tal notificação é imperiosa, verdadeira condição especial para o legítimo exercício do direito acionário, não podendo, ante a exigência legal, prevalecer a cláusula de resilição tácita do contrato porque interpelata pro homine, devendo ocorrer a intimação pessoal. Apelo improvido.” (TJRJ – AC 20674/1999 – (09052000) – 9a. C.Cív. – Rel. Des. Jorge Magalhães – J. 21.03.2000). Veja-se, ainda: “Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Notificação premonitória não aperfeiçoada. Ausência de condições para afirmação da existência de notificação presumida. Processo extinto. Sentença confirmada. Apelo deprovido. A notificação premonitória, como requisito basilar da possibilidade jurídica de ação de busca e apreensão fundamentada nas disposições do DL n. 911, há que ser remetida, ao endereço do alienante e recebida por ele ou por terceiro ao mesmo vinculado, autorizando, na última hipótese, a presunção de uma verdadeira notificação pessoal. Não preenche esses requisitos, entretanto, a notificação que, residindo o notificado em edifício de apartamentos, vem a ser recebida por pessoa não identificada e sem qualquer vínculo com o destinatário. Em tal caso, não há nem sequer presunção de ter a notificação chegado a seu destino final.” (TJSC, Apelação Cível n. 2001.007340-4, de Blumenau, Rel. Des. Trindade dos Santos).

9 A exemplo do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, donde colhe-se:

“Ação de busca e apreensão – Decreto-Lei nº 911/69 – Não-recepção pela Constituição de 1988 – Impossibilidade jurídica do pedido – Carência de ação – Conflito de leis no tempo (...) As normas do Decreto-Lei nº 911, de 1969, não se compadecem com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstas na Constituição de 1988, que, assim, não o recepcionou. Restringindo-se a solução da espécie a conflito de leis no tempo (LICC: art. 2º, § 1º), mediante o reconhecimento da revogação de lei anterior por lei posterior, ademais de superior hierarquia (...)” (TAMG – AI 0356396-6 – (51302) – Belo Horizonte – 2a. C.Cív. – Rel. p/o Ac. Juiz Edgard Penna Amorim – J. 05.03.2002).

Veja-se, senão, outro aresto:

“As normas do Decreto-Lei nº 911, de 1969, não se coadunam com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstas na Constituição de 1988, que, assim, não as recepcionou. De ofício, extinguir o

processo, sem julgamento do mérito, a teor do disposto no art. 267, VI do Código de Processo Civil.” (TAMG – AP 0348830-8 – Uberlândia – 2a. C.Cív. – Rel. Juiz Delmival de Almeida Campos – j. 27.11.2001)

10 Alienação Fiduciária, Doutrina, Jurisprudência e Prática Forense, MG, Edipa, 1998, p. 62 *apud* BASE DE ACÓRDÃOS DO TJSC – CD_ROM Vol. 5 – Jurisprudência Catarinense, Acórdão 38.781/39.893, AI 00.025446-0.

11 “Agravado de instrumento – Ação de busca e apreensão do Dec-Lei n. 911/69 – Purgação da mora – Não pagamento de 40% (quarenta por cento) do valor financiado – Possibilidade – inteligência dos arts. 6º, VI, e 53, *caput*, ambos do CDC. O Código de Defesa do Consumidor assegura ao devedor fiduciário o direito de purgar a mora, independentemente do pagamento de 40% (quarenta por cento) do valor financiado, consoante os seus arts. 6º, VI e 53, *caput*. RECURSO PROVIDO.” (TJSC, AI 2003.001483-7, de Indaial. Relator: Des. Fernando Carioni. Do mesmo relator, veja-se também a AC 1998.008331-1, da Capital).

“Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, restou revogado o § 1º, do art. 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, que previa o prévio pagamento de 40% (quarenta por cento) do valor financiado para que se possa purgar a mora, passando o art. 53, do CDC, a ser exercitável em sua plenitude, inobstante o limite de percentual pago” (TJSC, AC n. 2002.007691-6, de São José, rel. Des. Cercato Padilha).

“Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Purgação da mora. Dispensa do pagamento de mais de 40% do valor financiado. Art. 3º, § 1º do Decreto-Lei n. 911/69. Dispositivo tacitamente revogado pelos arts. 6º, inc. IV e 53, ambos do CDC. ‘A exigência imposta pelo § 1º, do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69 (pagamento no mínimo de 40% do preço financiado) está afastada pelas disposições contidas nos arts. 4º, inc. III, 6º, inc. VI e 53, *caput*, do CDC (Lei 8.078/90).’ (Min. Cesar Rocha).” (TJSC, AI 00.025446-0, de Itajaí, Rel. Des. Silveira Lenzi).

12 No julgamento do REsp 489.519/DF, a 3a. Turma em acórdão da lavra do Min. Carlos Alberto Menezes Direito consignou que “a Corte já decidiu: a) que ‘só pode purgar a mora, nos termos do artigo 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911, de 1969, o devedor que já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado’, não tendo o Código de Defesa do Consumidor revogado tal dispositivo” (REsp nº 129.732/RJ, Relator para o acórdão o Senhor Ministro Ari Pargendler, DJ de 01/8/2000)”

No mesmo sentido, outros arestos:

“O entendimento pacificado na 2a. Seção do STJ é no sentido de que em caso de alienação fiduciária, a purga da mora somente pode ocorrer quando haja o devedor já pago 40% do valor da dívida (REsp nº 129.732/RJ, Rel. P/acórdão Min. Ari Pargendler, DJU de 01.08.2000).” (STJ, REsp 237.136/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 08.09.2003, p. 331).

Na linha da orientação da Segunda Seção Civil, “ ‘só pode purgar a mora, nos termos do artigo 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911, de 1969, o devedor que já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado’, não tendo sido esta norma revogada pelo Código de Defesa do Consumidor.” (STJ, REsp 420.114/SP, 4a. T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 02.09.2002).

13 “Contrato de compra e venda com reserva de domínio – Inadimplência – Apreensão e depósito (art. 1.071, CPC)(...) Inexigibilidade para purga da mora da quitação de 40% do preço (aplicação do Código de Defesa do Consumidor) (...) O contrato de compra e venda mediante pagamento em prestações, com reserva de domínio goza do amparo do Código de Defesa do Consumidor. A restrição imposta pelo § 2º, do art. 1.071 do CPC, de quitação de pelo menos 40% do preço para a purga da mora, acha-se revogada pela Lei n. 8.078/90, arts. 53 e 6º, VI. A

emenda da mora se traduz em direito individual do consumidor de forma a prevenir a perda do bem adquirido.” (TJSC, AI 98.012355-0, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar).

14 É ampla a discussão sobre o cabimento ou não da prisão civil decorrente de depósito extrajudicial assinado quando da estipulação da alienação fiduciária em garantia. OSTF reiteradamente tem reconhecido a validade do decreto de prisão. Após período inicial de relutância de alguns ministros, que sustentavam seu impedimento frente ao Pacto de São José da Costa Rica (art. 7, nº 7), o Plenário pacificou o entendimento. Nesse norte:

“Prisão civil de depositário infiel (CF, Art. 5º, LXVII) – Validade da que atinge devedor fiduciante, vencido em ação de depósito, que não entregou o bem objeto de alienação fiduciária em garantia: jurisprudência reafirmada pelo Plenário do STF – mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica (HC 72.131, 22.11.95, e RE 206.482, 27.5.98) – à qual se rende, com ressalva, o relator, convicto da sua inconformidade com a Constituição.” (STF – RE 345.345/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 11.04.2003 – p. 00037). No mesmo sentido, veja-se os RE 206.482, 217.167, 228.308, 227.734 e HC 72.131.

Já no STJ, tem prevalecido a tese da ilegalidade dessa medida, conforme vê-se:

“Civil e processual civil – Busca e apreensão – Ação de depósito – Conversão. Possibilidade. Alienação fiduciária. Depositário infiel. Prisão civil. Descabimento. (...) A corte especial deste tribunal consolidou a orientação de que incabível a prisão civil em alienação fiduciária, em razão da inocorrência de relação de depósito. (...) (STJ – RESP 510.959/MS – 4a. T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 29.09.2003 – p. 00270). No mesmo sentido também o REsp 198.191. Em sentido contrário: REsp 50.487-2, 167.905 e RMS 3.623.

15 Do TJSC infere-se: “Agravado de instrumento – Liminar concedida em mandado de segurança – Impossibilidade. ‘A feição do mandado de segurança, como remédio constitucional pronto e de efeito imediato, repele a utilização de recursos de configuração ordinária (a exemplo do agravo de instrumento), incompatíveis com seu curso célere e de eficácia instantânea’ (REsp n. 195.622/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo)” (TJSC, 5a. Câmara Civil, AI n. 00.000913-0, Des. João Martins). No mesmo sentido, da 5a. Câmara do TJSC: AI n. 00.002625-5, AI n. 00.003904-7, AI n. 00.011039-6, AI n. 01.003285-6, todos do mesmo Relator citado, AI n. 01.000234-0, Des. César Abreu e, da 6a. Câmara Civil, AI n. 00.012251-3, Des. Torres Marques, entre outros (*apud* Agravo 557, § 1º do CPC no Agravo de Instrumento n. 2001.025880-3, da Capital, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler).

16 Posiciona-se contra o cabimento do agravo de instrumento o ministro Demócrito Reinaldo, anotando:

“A jurisprudência mais consentânea com o sentido de justiça é a que se firmou no sentido de que, na ação de segurança, os recursos cabíveis são os definidos na lei de regência (Lei n. 1.533/51, arts. 8º e 12). (...) A admissão do agravo de instrumento contra liminar (concessiva ou denegatória) em ação de segurança enfeitaria numeráveis inconvenientes: a) julgado o agravo, sobreviriam os recursos subsequentes (embargos declaratórios, recurso especial ou extraordinário); b) correndo nos mesmos autos o especial e o extraordinário, no STJ ou no STF, o processo (do *writ of mandamus*) se demoraria (nas Cortes Supremas) meses ou, até, anos, somente para se discutir o cabimento ou não da liminar ou do próprio recurso de agravo; c) o *mandamus* ficaria prejudicado – com a postergação indefinida – na sua feição específica e inarredável: a de remédio constitucional célere e eficácia imediata” (REsp n. 195.622/SP, Min. Demócrito Reinaldo). No mesmo sentido: ROMS 10.878/PR, REsp 280.288/SP, REsp 227.190/ES, REsp 227.192/RJ, ROMS 5.247/GO e ROMS 4.753/DF, entre outros.

Em sentido contrário, afirmando ser possível o manuseio da tutela recursal:

“A liminar, negando ou concedendo a antecipação, é decisão interlocutória que desafia agravo de instrumento” (REsp 264555/MG, Min. Eliana Calmon, DJU de 19.2.01). “Com o advento da Lei 9.139/95, o remédio processual próprio para impugnar o indeferimento de liminar em mandado de segurança é o agravo de instrumento, cuja suspensividade pode ser deferida pelo Relator, se relevante o fundamento do pedido” (RMS n. 8.810/AL, Min. Peçanha Martins). “Recurso especial – Alíneas a e c – Mandado de segurança – Liminar deferida. Interposição de agravo de instrumento. Cabimento. Precedentes do STJ. Divergência jurisprudencial não configurada. Prevalece o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido de que desafia agravo de instrumento a decisão que concede ou indefere a liminar nos autos de mandado de segurança. Precedentes: RESP n° 264.555/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 19.02.2001; RESP n° 150.086/PR, relator Min. Waldemar Zveiter, DJU 15.03.1999 e AGRESP n° 361744/RJ, Rel. Min.

Francisco Falcão, DJU 02.12.2002. Após a sistemática introduzida pela Lei n° 9.139/95, o agravo de instrumento ganhou contornos mais simples, sendo interposto diretamente no tribunal, assegurado, inclusive, o seu trâmite com efeito suspensivo, desde que presentes os pressupostos enumerados no artigo 558 do CPC. “A não admissão do agravo pode levar a situações absurdas. Se se admite que a não concessão da liminar pode inviabilizar em determinadas circunstâncias, que o mandado de segurança proporcione ao impetrante a garantia *in natura* pleiteada, não admitir que da decisão denegatória da liminar se possa interpor agravo de instrumento significa concluir que o tribunal pode menos do que o juiz de primeiro grau, porque, quando a apelação chegar ao tribunal, a situação de dano irreversível ou de difícil reparação já se terá, provavelmente, consumado” (Eduardo Arruda Alvim *apud* Teresa Arruda Alvim Wambier, *in* “Os agravos no CPC brasileiro”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 479). Recurso Especial não conhecido.” (STJ, REsp 235935/SP, 2a. T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 22.09.2003, p. 279).

A EC 45 E A NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – “RELAÇÃO DE TRABALHO”

Augusto Cesar Ramos

*Advogado especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo
CESUSC – Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina*

Considerações preliminares

Inicialmente, tenho o dever de adverti-los que não há hermenêutica asséptica, porquanto todo processo de intelecção de uma norma jurídica sofre influências dos mais variados matizes, seja político ou ideológico. Registrada essa advertência, sinto-me à vontade para enfrentar o tema proposto, pois a conclusão a que chegarei será fruto de interpretação pessoal, com influências de toda ordem.

A razão desse estudo mostra-se relevante na medida em que, assim penso, possamos responder às seguintes indagações: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar relações de emprego, de trabalho e de consumo? Em outros termos, tem competência para apreciar ações em que um médico, advogado, arquiteto ou contador demande em face de um cliente, ou ainda, em que um cliente demande em face de uma oficina de automóveis, porque defeituoso o serviço prestado?

Antes de adentrar na análise específica do tema em epígrafe, faz-se oportuno lembrar que a Emenda Constitucional 45, cuja Proposta de Emenda Constitucional (PEC) foi apresentada em 26.03.1992, pelo então deputado Hélio Bicudo, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e publicada no dia 31 do mesmo mês, é fruto de um longo debate no Congresso Nacional, que consumiu quase 13 anos. É importante ressaltar que na proposta original da mencionada Emenda Constitucional, de autoria do deputado Aloysio Nunes Ferreira, constava como medida mais extrema a extinção da Justiça do Trabalho por intermédio de sua incorporação pela Justiça Federal. Posteriormente, no relatório da deputada Zulaê Cobra afastou-se essa ameaça, mantida, não obstante, a competência da Justiça do Trabalho para julgar as “ações oriundas da relação de emprego”, o que pode justificar o lapso na manutenção do inciso IX do atual artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil

(CRFB), quando depois se ampliou a competência para abranger relações de trabalho. Partindo-se da premissa de que norma jurídica não resulta de um processo intelectual, técnico ou científico, mas do entrelaçamento de interesses entre classes sociais ou mesmo corporativos, a atuação da Anamatra foi decisiva para persuadir os congressistas a alterarem a redação do inciso I, substituindo a expressão “relação de emprego” por “relação de trabalho”. Daí o porquê da alardeada incompatibilidade entre os incisos I e IX, que será mais adiante analisada. O fato é que a Justiça do Trabalho, cuja extinção outrora fora cogitada, com o advento da Emenda Constitucional 45 ficou sobremaneira fortalecida com a ampliação de sua competência.

Ainda à guisa de introdução convém consignar que a Emenda Constitucional 45, denominada de Reforma do Poder Judiciário, tem entre seus fundamentos o de viabilizar mais concretamente o acesso à justiça, que tem um significado mais amplo que a simples facilitação de acesso do cidadão ao Poder Judiciário, senão o direito a um resultado célere e justo da demanda levada a Juízo. Nessa esteira, visando à ampliação do acesso à Justiça, verifica-se, essencialmente, três ondas renovatórias no direito processual, quais sejam: a) a concessão do benefício da assistência judiciária (porque o processo é demasiadamente oneroso para os necessitados – Lei 1.060/50); b) a criação de ações visando à tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ações civis públicas e coletivas – ACP, ACC – (direitos metaindividuais ou transindividuais – Lei 7.347/85 e Lei 8.078/90); c) preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional (observância do devido processo legal substancial e não só formal, a exemplo da possibilidade, já pacificada na doutrina e jurisprudência, do controle judicial dos atos administrativos discricionários, sob o ângulo da legalidade em sentido amplo, com suporte nos princípios da

proporcionalidade e razoabilidade, que representam limites à conveniência e oportunidade do administrador). Também se pode lembrar dos novos critérios objetivos para promoção de juízes, que serão avaliados conforme sua “produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, II, c da Constituição da República Federativa do Brasil).

Sob esse último enfoque – qualidade da prestação jurisdicional – sobressaem alguns desdobramentos importantes, a saber: a) o objetivo de evitar o formalismo exacerbado no trâmite processual; b) criação de meios alternativos de resolução de conflitos (mediação e arbitragem, esta prevista na Lei 9.307/96) e, por fim; c) a propalada Reforma do Poder Judiciário.

Nesse particular, a Emenda Constitucional é apenas o começo da almejada, verdadeira e necessária reforma judiciária, uma vez que exigirá uma substancial revisão da legislação infraconstitucional, mormente no âmbito processual, uma vez que a Reforma não foi suficiente para resolver o problema crônico da morosidade da Justiça. A Emenda Constitucional 45 apresenta-se como a ponta de um grande iceberg, cujo marco inicial é visualizado no novo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que consagra o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. Esse novo princípio constitucional, que explicita não haver devido processo legal se este for moroso, não é estranho aos atores jurídicos brasileiros, na medida em que previsto no artigo 8º, I do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Com efeito, o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil quer enfatizar a necessidade de o processo ter uma duração razoável, ou seja, o processo não deve demorar mais que o tempo necessário para produzir um resultado útil e justo (ou, ainda, o processo não deve ter dilações indevidas). Para atingir tal desiderato, deve o juiz utilizar com maior intensidade o instituto da tutela antecipada, que exige requerimento da parte, nas hipóteses do inciso II do art. 273 do CPC, pois a sanção mais contundente àquele que pretende procrastinar o processo é acelerá-lo. Deve o juiz, também, adaptar as penalidades decorrentes da litigância de má-fé ou de ato atentatório à dignidade da justiça (artigos 18 e 602 do CPC), que permitem aplicação *ex-officio*. E mais relevante ainda é o fato de o juiz não estar adstrito à previsão legal autorizando-o a acelerar o processo, pois no seu mister há de observar o novel princípio constitucional que vela pela sua celeridade.

Mas é verdade também que a Reforma visou a contemplar fundamentos de ordem técnica e social. O *fundamento técnico* da Emenda Constitucional 45, na seara da Justiça do Trabalho, justifica-se na correção da inexplicável competência da Justiça Comum para julgar ações envolvendo direito de greve (ações possessórias: manutenção de posse – turbação –, reintegração de posse – esbulho –, interdito proibitório – em caso de justo receio de violência iminente que possa molestar ou esbulhar a posse; ou ações indenizatórias no caso de greve abusiva) no inciso II, ou

entre sindicatos, leia-se, entidades sindicais (representação sindical; arrecadação ou rateio das receitas sindicais: contribuição confederativa, sindical, assistencial e mensalidade do associado) no inciso III, ambos do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse particular, o TST cancelou, em 05-07-2005, a OJ 290 da SDC, que declarava a incompetência da Justiça do Trabalho para examinar conflito entre sindicato patronal e a respectiva categoria econômica em relação à cobrança da contribuição assistencial. Deve, a meu ver, em breve ser cancelada a OJ 4 da SDC, segundo a qual “a disputa intersindical pela representatividade de certa categoria refoge ao âmbito da competência material da Justiça do Trabalho”. O *fundamento social* deve-se ao fato de a vetusta relação de emprego estar perdendo sua identidade em decorrência da multifária dinâmica do sistema capitalista de produção, exigindo uma adequação da Justiça do Trabalho a fim de contemplar aqueles que outrora se encontravam fora de sua competência, que se limitava às pessoas do trabalhador-empregado e empregador.

Superada essa breve, mas necessária digressão, cujo intuito foi tão-somente contextualizar o advento da Emenda Constitucional 45, passarei à análise mais detida do reflexo dessa Reforma na competência da Justiça do Trabalho, notadamente no âmbito do direito material, mais especificamente do *caput* do artigo 114 e seu inciso I. Estão fora desse estudo, portanto,

questões de índole processual, decorrentes da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, a exemplo do cabimento ou não de honorários advocatícios, *ius postulandi*, intervenção de terceiros, princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 87 do CPC), competência funcional – relativamente à execução das sentenças proferidas no Juízo Cível etc.

A nova competência da Justiça do Trabalho

Faz-se necessário, desde já, deixar assente que competência não se confunde com jurisdição, embora ambas estejam intimamente ligadas. A sociedade, na evolução do convívio social, optou pela vedação a autotutela, salvo hipóteses legais (direito de retenção, desforço imediato, penhor legal, direito de cortar raízes e ramos limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio etc.), atribuindo ao Estado o monopólio de solucionar, de forma impositiva e em definitivo, um conflito, aplicando norma de direito material. Esse o conceito de *jurisdição*, qual seja, o poder de o Estado pacificar conflitos sociais por meio de uma atividade substitutiva da vontade das partes, fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto. A jurisdição é, portanto, o conceito nuclear de toda a teoria processual. Não é demais lembrar que o órgão do Estado investido de jurisdição é o juiz e não o Poder Judiciário.

Competência, por seu turno, revela-se como a distribuição da jurisdição (e não sua divisão, uma vez que esta é una e indivisível) entre os órgãos jurisdicionais a fim de que ela possa ser exercitada. Trata-se, em outras palavras, na medida da jurisdição, ou ainda, do princípio da divisão social do trabalho aplicado à jurisdição.

“Mas é verdade também que a Reforma visou a contemplar fundamentos de ordem técnica e social. O fundamento técnico da Emenda Constitucional 45, na seara da Justiça do Trabalho, justifica-se na correção da inexplicável competência da Justiça Comum para julgar ações envolvendo direito de greve.”

Sob essa perspectiva, a lei, ao distribuir a jurisdição, atende a dois interesses: inicialmente o interesse público – do próprio Estado (regras de competência absoluta: material e funcional) – e secundariamente o interesse das partes, uma vez que visa a facilitar o acesso à justiça (competência relativa: territorial e pelo valor da causa).

Essa lacônica exposição tem o único fim de afirmar que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho insere-se no campo de competência material. E por que se distribui a competência por matérias? Certamente porque se deve procurar saber tudo de pouco, pois a ninguém é dado o privilégio de saber tudo de tudo. Desse aforismo decorre a necessidade de especialização dos órgãos jurisdicionais. E sob esse aspecto diz-se que a Justiça do Trabalho é uma justiça especializada, porquanto converge sua energia para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, conforme a nova redação do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sob esse enfoque faz-se o *link* com a preconizada Reforma do Judiciário, mormente no que diz respeito à preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, mais especificamente quanto ao princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. Afinal, parece razoável e lógico que quanto mais especializado for o órgão jurisdicional mais célere e de melhor qualidade será a prestação da tutela estatal. Nesse sentido há projeto de lei já aprovado pela Câmara dos Deputados para criação de varas do trabalho especializadas em, por exemplo, execução fiscal, acidentária etc., visando a uma maior celeridade processual, uniformidade dos procedimentos de execução e segurança jurídica nas decisões.

De todo o exposto até o momento, conclui-se que a justificativa para a ampliação da competência da Justiça do Trabalho não se traduz em um simples redimensionamento da jurisdição estatal, mas, ao contrário, tem por mira oferecer ao jurisdicionado uma estrutura judiciária capaz de solucionar mais rapidamente a demanda levada a Juízo. E essa maior agilidade da Justiça do Trabalho decorre justamente de sua especialização, uma vez que tem um procedimento menos complexo que o estabelecido no Processo Civil e porque o magistrado trabalhista detém uma natural vocação para atuar nessa seara do direito que envolve o trabalho humano. Com efeito, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho está em consonância com o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional.

Transposta mais essa digressão a título de intróito, passarei à análise do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45.

A nova redação do caput do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil

Importa consignar, antes de avançar nesse estudo, a retirada, proposital ou não, do *caput* do artigo 114, da obrigatoriedade de tentativa conciliatória por parte do juiz do trabalho.

No meu sentir, o *caput* do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil exige interpretação histórica e sistemática e não uma interpretação gramatical ou textual. E sob esse vértice, conclui-se que a Justiça do Trabalho não perdeu sua competência para conciliar as partes litigantes, sendo certo que não há mais exigência de índole constitucional. A conciliação, em verdade, traduz um ato de transação de direitos e obrigações entre as partes, e que não se submete às

regras dos artigos 128 e 460 do CPC, ensejando, quando do seu termo, a extinção do processo com julgamento de mérito (art. 269, III do CPC). É certo que não se trata tecnicamente de atividade jurisdicional no seu sentido ontológico, mas, sim, de autocomposição do litígio, a exemplo da mediação e da negociação coletiva. A sentença, não obstante, é meramente homologatória da vontade das partes, cujo escopo é o de viabilizar eventual execução da transação levada a efeito pelos litigantes na hipótese de seu descumprimento.

A propósito do assunto, constam na CLT dispositivos que impelem o juiz a provocar a conciliação entre as partes, a exemplo dos artigos 764, 831, 846, 850 e 852-E. Repise-se o fato de a necessidade de conciliação deixar de ser exigência constitucional, até porque há casos em que se mostrava inócua, como na hipótese de ações em que figurava no pólo passivo entidade de direito público, que, sabidamente, não pode transigir direitos. Muitos juízes, a propósito, não mais realizavam a denominada “audiência inicial” quando esses entes públicos figuravam como parte na demanda. O que faz o Ministério Público do Trabalho (MPT) quando firma Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é tão-somente transigir o modo, o prazo e o lugar do cumprimento da obrigação, mas jamais direitos. Da mesma forma, os sindicatos quando atuam como substitutos processuais, defendendo em nome próprio direito alheio, carecem de poderes para transigir direitos dos substituídos.

O alcance da expressão “relação de trabalho”

Não há dúvida de que uma das mais relevantes alterações advindas da aludida Reforma diz respeito ao sentido e alcance da expressão “relação de trabalho”, constante no inciso I do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme já consignado, a competência da Justiça do Trabalho, que antes da Emenda Constitucional 45 suscitava debates na doutrina acerca de tratar-se de competência em razão das pessoas, porque se referia às figuras de empregado e empregador, ou trabalhador e empregador na Constituição da República Federativa do Brasil/88, é agora fixada exclusivamente em razão da matéria. Assim, pouco importa se a parte em litígio é empregado ou empregador, mas, sim, se o litígio origina-se de uma relação de trabalho, da qual é espécie a relação de emprego. Essa mudança é significativa, porquanto à luz da redação anterior não se permitia intervenção de terceiros no processo do trabalho, à exceção da nomeação à autoria, com algumas restrições. Afinal, permitir que terceiro ingressasse na lide implicaria a possibilidade de uma demanda paralela à principal entre empregados ou entre empregadores, o que escapava à díade trabalhador-empregado e empregador. Essa incongruência, e em certa medida injustiça, foi corrigida com a Emenda Constitucional 45, que pôs fim à velha competência dicotômica. Tanto é verdade que o TST cogita cancelar a OJ 227 da SDI-1, que veda a denunciação da lide no processo do trabalho. Rompido o binômio empregado/empregador, parece-me revogado o § 2º do artigo 405 da CLT, que atribui ao juiz de infância e juventude competência para autorizar o trabalho de menores em ruas e praças.

Antes da Emenda Constitucional 45 a competência da Justiça do Trabalho subdividia-se em: a) específica (para dirimir conflitos decorrentes da relação de emprego); b) derivada (porque mediante lei poderia apreciar conflitos decorrentes de outras relações de trabalho, a exemplo do

trabalhador avulso portuário, pequeno empreiteiro (art. 652, a, III e V da CLT), temporário (Lei 6.019/74); c) competência para cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Assim, o representante comercial (Lei 4.886/65), o trabalhador autônomo (incluído o profissional liberal), eventual, o cooperado, dentre outros trabalhadores, sujeitavam-se à competência da Justiça Comum.

Com o advento da Emenda Constitucional 20/98 acrescentou-se mais uma competência à Justiça do Trabalho, qual seja, a competência para execução de contribuições previdenciárias.

A Emenda Constitucional 45 trouxe uma expressiva ampliação da competência específica da Justiça do Trabalho na medida em que rompeu com o paradigma consolidado há anos no direito constitucional brasileiro de atribuir competência a essa Justiça Especializada para dirimir controvérsias decorrentes da relação de emprego. É verdade que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o constituinte originário optou pela expressão “trabalhador” ao invés de “empregado”, mas a doutrina e jurisprudência pátria firmaram entendimento de que aquela expressão referia-se ao empregado, para harmonizar-se com a figura do “empregador” (artigo 2º da CLT).

Mas agora, com a nova redação do inciso I do artigo 114, fixou-se em definitivo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho. Nesse sentido, faz-se mister perquirir acerca da amplitude dessa expressão, porquanto essa competência encontrará seus exatos limites no conceito de “relação de trabalho”.

Sob esse vértice, convém, desde já, consignar o fato de o STF, ao apreciar a ADIn 3.395, ajuizada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) em janeiro de 2005, concedeu liminar acolhendo pedido de suspensão de parte do inciso I do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, restringindo, assim, o alcance da expressão “relação de trabalho”. A decisão do ministro Nelson Jobim concedeu, *ad referendum* do plenário, medida cautelar com efeito retroativo (*ex tunc*) para dar interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, reconhecendo a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 114 da Constituição no que tange à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações envolvendo servidores públicos estatutários, não obstante sejam trabalhadores em sentido amplo. Permanecem, todavia, sob a competência da Justiça do Trabalho os empregados públicos, ou seja, os servidores públicos regidos pela CLT.

Registrada, portanto, essa primeira restrição ao que se entende por relação de trabalho, importa frisar que relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho, expressão essa sobre a qual a doutrina se digladiava na tentativa de fixar seu sentido e alcance, tanto que há cinco correntes doutrinárias, a saber: a) restritiva ou fechada; b) ampliativa ou aberta; c) intermediária; d) considera a dependência econômica do prestador de serviços em relação ao tomador; e) propugna que relação de trabalho é uma relação de trato sucessivo. Todas essas correntes doutrinárias têm o fito de

responder à seguinte indagação: As lides, por exemplo, entre médico e paciente, advogado e cliente, passageiro e taxista, encanador e condomínio, escritor e editora, oficina mecânica e proprietário de um automóvel são de competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum? A considerar a apocalíptica, mas potencialmente concreta hipótese de dissenso entre juizes do trabalho e de direito acerca do juízo competente para processar e julgar tais demandas, estar-se-ia diante de inúmeros conflitos de competência suscitados (art. 115 do CPC), em detrimento do direito do jurisdicionado e em afronta ao princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXXVIII, Constituição da República Federativa do Brasil). Por isso a magnitude desse debate. *Quicá*, ante a divergência doutrinária acerca dos limites da expressão “relação de trabalho” e da falta de lei delimitando-

a, deva a expressão ser alvo da primeira súmula vinculante, a fim de fixar seu sentido e alcance.

Em síntese, sustenta a *primeira corrente* que a expressão “relação de trabalho” corresponde à anterior expressão “relação de emprego”, ou seja, dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, consoante redação anterior do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil. Argumentam os seus defensores que, se assim não se entender, qual a razão do inciso IX? Dizem, ainda, que o artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil utiliza-se das expressões “relação de trabalho” e “trabalhador”

para caracterizar relação de emprego, conforme interpretação sistemática. Nessa ótica, portanto, a relação de trabalho a que faz alusão o inciso I do artigo 114 cinge-se às relações reguladas pela legislação trabalhista (CLT e leis esparsas). A *crítica* que se pode fazer a essa corrente é a de que escapa à razoabilidade o fato de o constituinte derivado ter alterado o texto constitucional, após mais de 12 anos de debates no Congresso Nacional, para dizer o que sempre disse. Ora, a modificação do texto visou, efetivamente, à ampliação da competência da Justiça do Trabalho com o fim de incorporar a essa Justiça Especializada relações de trabalho antes fora do seu alcance, observando sempre a perspectiva da Reforma para melhor atender os jurisdicionados. De outra parte, o referido inciso IX trata de competência derivada da Justiça do Trabalho, o que, em uma leitura precipitada, poderia induzir o intérprete à ilação de que se trata de dispositivo inútil, pois diz o que já se encontra abrangido pelo inciso I, a exemplo também da crítica que sofre o inciso VI. Não é assim que penso, todavia. Com efeito, o inciso IX não contradiz a regra geral do inciso I do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, que é norma constitucional de eficácia plena. Ademais, quis o constituinte derivado deixar uma janela para ampliar ainda mais a competência da Justiça do Trabalho, permitindo, por exemplo, a apreciação de causas que tenham como pressuposto fático-jurídico a relação de trabalho, a exemplo das ações envolvendo trabalhadores e empresas de previdência privada.

A *segunda corrente* propugna uma ampliação total da competência da Justiça do Trabalho, independentemente de lei ordinária, o que, mais uma vez, implica desconsiderar

“...com a nova redação do inciso I do artigo 114, fixou-se em definitivo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho.”

o inciso IX do precitado artigo 114, porque inútil. Os sectários dessa corrente fundamentam sua tese no fato de que para caracterizar a competência da Justiça do Trabalho basta que haja trabalho humano em benefício de outrem, quer seja pessoa natural ou jurídica. Assim, seria competente a Justiça do Trabalho para dirimir conflitos envolvendo relação de emprego e de trabalho *lato sensu*, nessas incluídas as relações de consumo, sob o argumento de que esta é sempre uma relação jurídica secundária a uma relação prévia, qual seja, a de trabalho. Sob esse prisma, é incontroversa a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações envolvendo relação de emprego, trabalhador avulso, eventual (bóia-fria, chapa, diarista) e temporário, e ainda o contrato de estágio (que pode pleitear, por exemplo, seguro contra acidentes pessoais a cargo da pessoa jurídica que o contratou – art. 4º da Lei 6.494/77). Mas também é competente para aquelas em que figurem em um dos pólos da demanda profissionais liberais submetidos a regimes próprios (advogados, médicos, arquitetos, contabilistas, psicólogos, engenheiros, farmacêuticos etc.), a exemplo de ação de cobrança de honorários, ou de indenização decorrente de responsabilidade civil. Dizem que a relação de consumo é secundária a uma relação antecedente, de modo que, por exemplo, sobre o ato de adquirir um bem – aparelho de DVD – incide duas relações jurídicas, sendo a relação de consumo secundária à relação de compra e venda. Nessa linha de raciocínio, aduzem que em um contrato de prestação de serviços – cirurgia estética – firmado entre paciente e médico, no consultório deste, pode ocorrer que aquele não pague pelos serviços, ou que o médico tenha negligenciado no seu mister. Assim, eventual ação de cobrança ou de responsabilidade civil seria atraída pela competência da Justiça do Trabalho, haja vista tratar-se o objeto desse contrato de uma relação de trabalho antecedente a de consumo. Diferentemente ocorrerá no caso de o paciente contratar os serviços de um médico que os presta por intermédio de uma clínica ou hospital, pois, nessa hipótese, o paciente contratou os serviços da clínica ou hospital e não do médico, com o que não se caracteriza relação de trabalho. Isso sob o ponto de vista da corrente majoritária, que afasta o entendimento segundo o qual uma pessoa jurídica estabelece relação de trabalho com outra (ex.: uma loja comercial contrata serviços gráficos de uma empresa para confecção e impressão de cartões de visita). A crítica pertinente é a de que não haverá limites a essa competência, pois tudo na sociedade decorre de trabalho, o que transformaria a Justiça do Trabalho, antes especializada, em Comum, porquanto a essa restaria apreciar lides decorrentes de direitos de família, sucessórios, reais e de empresas.

A *terceira corrente*, que tem se firmado como prevalente na doutrina, distingue relação de trabalho de relação de consumo. Nessa o destinatário final – consumidor – não adquire o serviço de outrem com o intuito de repassá-lo adiante e com isso obter lucro. Naquela, o tomador dos serviços tem fins lucrativos, porque exerce atividade empresarial ou negocial. Portanto, a Justiça do Trabalho seria competente para dirimir conflitos decorrentes da relação de trabalho, mas não de consumo (médico x paciente; advogado, arquiteto, contador, encanador x cliente). Não obstante pareça ser essa a corrente mais razoável de interpretar a expressão “relação de trabalho”, merece, senão uma crítica, uma ponderação. A *ponderação* que se faz a

essa corrente é a de que a diarista – o trabalhador eventual, em regra –, cujo histórico social legitima seu acesso à Justiça do Trabalho, na hipótese de prestar serviços a pessoa ou família – destinatário final –, que sabidamente não tem fins lucrativos, teria de reivindicar eventuais direitos sonegados na Justiça Comum. Isso foge à lógica e o bom senso, pois na exata medida em que passa a admitir que o trabalhador autônomo ajuíze e tenha sua ação apreciada pela Justiça do Trabalho, afasta tal direito da diarista, que é notadamente a parte hipossuficiente da relação jurídica. A solução para o caso exige sensibilidade jurídica e social, uma vez que a diarista, embora prestadora de serviços, é notoriamente hipossuficiente em relação ao tomador de serviços (consumidor), motivo pelo qual não se enquadra no conceito da Lei 8.078/90 – CDC –, pois não oferece seus serviços no mercado de consumo (ao público em geral). Assim, está caracterizada uma relação de trabalho e, por conseguinte, atrai a incidência do artigo 114, I da Constituição da República Federativa do Brasil. Convém frisar, todavia, que a hipossuficiência não é elemento essencial para caracterizar a relação de trabalho, à exceção do trabalhador eventual (a exemplo da diarista) e do pequeno empregado, esse por expressa previsão legal.

A *quarta corrente* sustenta que a expressão “relação de trabalho” abrangia aqueles trabalhadores que têm dependência econômica, mas não subordinação jurídica em face do tomador dos serviços. E isso porque há, nos dias atuais, outras formas de relação de trabalho em que não se verifica subordinação jurídica, ou essa é mitigada – parassubordinação (sócios em cooperativas, representantes comerciais, trabalho em domicílio) – mas se vislumbra dependência econômica em relação ao tomador dos serviços. São exemplos, o trabalhador autônomo, temporário, avulso, eventual, pequeno empregado, cooperado, estendendo-se, ainda, a alguns casos específicos envolvendo profissionais liberais. A crítica se justifica na medida em que dependência econômica não é requisito para caracterizar relação de emprego e tampouco de trabalho, pois há situações em que o trabalhador/prestador de serviços é economicamente superior ao seu empregador/tomador dos serviços. Imaginem a hipótese de um representante comercial, que trabalha para três empresas distintas, e com isso auferir rendimento superior ao dos tomadores dos seus serviços, individualmente considerados. A propósito, a dependência que pode ensejar o reconhecimento de vínculo de emprego não é a econômica, mas a dependência em relação aos meios de produção, que, em regra, pertencem ao empregador.

A *quinta corrente* doutrinária assevera que a relação de trabalho exige um caráter obrigacional continuado, ou seja, de trato sucessivo, de modo que o adimplemento da obrigação não ocorre em um só momento, mas se desenvolve num lapso temporal. Assim, deve-se interpretar a expressão “relação de trabalho” a partir de uma perspectiva de um trabalho repetitivo, ou seja, periódico, ou melhor, do cumprimento de uma obrigação que se faz de modo periódico, dilatada ou diferida no tempo, e não instantânea. São exemplos de relações instantâneas, e que, portanto, escapam à competência da Justiça do Trabalho: a consulta médica a um paciente, ou mesmo uma cirurgia estética ou reparatória. Essas situações que se esgotam de imediato, num só momento, caracterizam relação de consumo e não de

trabalho. Também se inserem nesse contexto as hipóteses de consulta a um advogado, dentista ou psicólogo, ou os serviços de um taxista, de um arquiteto, encanador, quando prestados episodicamente. Não se vislumbra, nesses casos, relação de trabalho, na sua acepção de trato sucessivo, sendo competente para dirimir eventuais litígios a Justiça Comum. Também não se deve entender como relação de trato sucessivo o pagamento em parcelas dos serviços prestados em uma cirurgia, porquanto o caráter sucessivo diz respeito ao trabalho. De outra parte, será competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar relações de trato sucessivo entre médico e clínica ou hospital, advogado e escritório, corretor de seguros e seguradora, arquiteto e empresa de reformas, dentre outras hipóteses, desde que caracterizado o trabalho repetitivo em um interregno de tempo.

A par de todo o exposto, registre-se que essa reflexão parte da premissa de que a expressão “relação de trabalho” traduz uma modalidade de exploração da força de trabalho de um ser humano por outrem (pessoa natural ou jurídica, ou mesmo entes despersonalizados), fenômeno imanente ao sistema capitalista de produção, na medida em que destinado à geração de riqueza. Nessa esteira, e apresentadas essas cinco correntes doutrinárias, faz-se mister visitar algumas categorias jurídicas – requisitos característicos de uma relação de emprego, que não necessariamente de trabalho – para, a partir de então, manifestar minha adesão a uma dessas correntes doutrinárias. São requisitos:

a) que em um dos pólos da relação de trabalho esteja um trabalhador – *pessoa natural* – (tal qual se exige na relação de emprego), o que exclui, portanto, a pessoa jurídica, em que pese haver estudos admitindo a competência da Justiça do Trabalho para dirimir litígios entre pessoas jurídicas, desde que a causa de pedir remota ou fática seja decorrente de uma relação de trabalho (corrente ampliativa mais extrema). Particularmente, não me filio a esse entendimento, porquanto tem de ser o trabalho humano o objeto do contrato para que a competência seja da Justiça do Trabalho. Essa exclusão, todavia, exige cautela ante a possibilidade de fraudes, que ocorrem em ondas, a exemplo das noticiadas fraudes na terceirização de serviços, cooperativas de trabalho e também, mais recentemente, na contratação de “pessoas jurídicas” que, em verdade, constituem-se no plano fático por uma única pessoa natural, atuando de forma unipessoal. Os tomadores dos seus serviços visam, por meio dessa fraude, a mascarar uma relação de trabalho ou de emprego. Essas falsas empresas são denominadas pela doutrina de paraempresas, porquanto se confundem com o próprio prestador e executor dos serviços, cuja sede, não raro, é a sua própria residência, tendo como sócio um parente que tão-somente emprestou seu nome à sociedade. Para desvelar essa fraude, a prova testemunhal é de capital importância, pois no plano formal a documentação estará perfeita. Trata-se, com efeito, da aplicação do princípio da primazia da realidade;

“Na relação de trabalho vislumbra-se uma personalidade bastante mitigada, a exemplo do que ocorre no contrato de prestação de serviços, em que o trabalhador pode fazer-se substituir por outro, desde que haja aquiescência do contratante (art. 605 do CC).”

b) a *personalidade* não é necessária para configurar a relação de trabalho, o que difere da relação de emprego, onde é imprescindível o caráter *intuitu personae* tão-somente em relação ao empregado e não à figura do empregador, em observância ao instituto da sucessão de empregadores. Na relação de trabalho vislumbra-se uma personalidade bastante mitigada, a exemplo do que ocorre no contrato de prestação de serviços, em que o trabalhador pode fazer-se substituir por outro, desde que haja aquiescência do contratante (art. 605 do CC). Também se pode aludir ao mandato oneroso, em que o mandatário não pode transferir a responsabilidade pela obrigação a terceiro, salvo consentimento expresso do mandante (art. 667 do CC). Assim, considera-se relação de trabalho, além dos exemplos citados, a contratação de serviços de trabalhador autônomo, de cooperativados, avulsos, eventuais etc.;

c) a *habitualidade* também não é imprescindível para caracterizar a relação de trabalho, diferentemente da relação de emprego. É que nesta o trabalho há de ser repetitivo, mas não necessariamente contínuo, devendo, não obstante, ser inerente à atividade da empresa. Em outros termos, basta que o trabalhador – garçom ou cozinheiro – preste serviço toda sexta-feira, ou todas as terças e quintas a um restaurante para que se configure a relação de emprego, à exceção das hipóteses de eventos esporádicos, em que não há repetição do trabalho, o que afasta a incidência da CLT. Portanto, caracteriza-se a habitualidade com a fixação jurídica do trabalhador em relação ao tomador, bem assim seja o trabalho repetitivo e inserido na atividade da empresa. O eventual é trabalhador (diarista, bóia-fria, chapa), mas prescinde da fixação jurídica, pois não se fixa a um tomador específico na medida em que oferta seus serviços indistintamente no mercado, interagindo com diversos tomadores concomitantemente. Enfim, constata-se que a habitualidade para a relação de trabalho não é essencial. Oportuno que se lembre da corrente doutrinária que exige a periodicidade do trabalho, de modo a caracterizá-lo diferido no tempo, o que me parece em consonância com a habitualidade;

d) a *onerosidade*, que se vincula à idéia de um trabalho exercido por profissional remunerado, igualmente não é essencial para caracterizar relação de trabalho, diferentemente do que ocorre na relação de emprego. Muitos doutrinadores sustentam que a Justiça do Trabalho tem competência para dirimir litígios decorrentes de relações de trabalho desde que onerosas, o que me parece um equívoco. O trabalho voluntário, regulado pela Lei 9.608/98, é uma modalidade legal de trabalho não-oneroso e está inserido na competência da Justiça do Trabalho, pois esse trabalhador pode pleitear, por exemplo, indenização por dano moral ou patrimonial, ou mesmo ser vítima de acidente de trabalho etc.;

e) a *subordinação* também é prescindível para a relação de trabalho, não o sendo, todavia, para a relação de emprego, de onde decorre o poder diretivo do empregador

sobre o empregado. Para ilustrar a hipótese, recordo-me de uma situação que ocorreu no escritório onde trabalho, em que a estagiária ficou presa no banheiro, em razão de um problema na fechadura. Após algumas tentativas frustradas de abrir a porta telefonei a um chaveiro, profissional autônomo que, portanto suas próprias ferramentas, tão logo adentrou ao escritório começou a trabalhar. Pergunto: Poderia eu dirigir o trabalho desse profissional? Penso que sim, mas ele, certamente, não está obrigado a submeter-se às minhas ordens, podendo, de imediato, recolher suas ferramentas e sair. Posso, não obstante, pedir-lhe para que cuide para não sujar ou danificar a porta. Assim também ocorre no contrato de empreitada de reforma em uma residência particular, em que o proprietário tem o direito de coordenar a obra, determinando, por exemplo, que se abra uma janela em determinada parede, ou que esta seja pintada de verde-água;

f) a *alteridade* também é despicenda para caracterizar a relação de trabalho, diferentemente do que ocorre na relação de emprego. Entenda-se por alteridade o fato de uma pessoa natural trabalhar por conta alheia, ou seja, para outrem – o empregador na perspectiva da relação de emprego – que adquire os frutos do seu trabalho. Significa, ainda, o trabalho prestado sem risco, pois este é transferido para o empregador. Também na relação de trabalho o trabalhador gasta sua energia produtiva para outrem – tomador dos serviços – que, adquirindo os frutos do seu trabalho, vende-os no mercado, beneficiando-se economicamente (o trabalho é um custo agregado a outros custos de um produto ou serviço que é repassado a terceiros, com fins lucrativos). E aqui está o ponto distintivo entre relação de trabalho e relação de consumo, pois se os serviços são prestados diretamente para o destinatário final, que não incrementa a cadeia produtiva, não se caracteriza relação de trabalho, mas, sim, relação de consumo.

Ainda nesse particular, convém alertar que o destinatário final – consumidor – não adquire serviços de outrem para deles se apropriar e vendê-los a outras pessoas e com isso obter lucro. O artigo 3º, § 2º da Lei 8.078/90 – CDC –, preceitua que “*serviço* é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, *salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*” (grifo meu). Destarte, a prestação de serviços, com fundamento em relação de trabalho exclui a relação de consumo, e esta àquela. Ainda nessa esteira, esclarece o precitado artigo que “*fornecedor* é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Entendo que fornecedor de serviços é aquela pessoa que oferta seus serviços ao mercado consumidor (ao público em geral), de modo “ostensivo”, com um mínimo de organização e estrutura logística. Essa a razão porque a diarista não se enquadra nesse tipo legal.

De outra parte, segundo estabelece o artigo 2º do CDC, “*consumidor* é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (grifo meu). Por destinatário final deve-se entender aquela pessoa que contrata a prestação de serviços para atender a necessidade própria, em seu benefício exclusivo e

não com o fim de lucrar economicamente com esses serviços. Parece-me consentâneo lembrar a redação da OJ 191 do TST, segundo a qual, “diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”. Assim, em se tratando da contratação de serviços de um arquiteto, engenheiro, ou empreiteiro, observando-se, quanto a este, o disposto no artigo 652, *a*, III da CLT, visando à reforma de residência particular, não se configura relação de trabalho, na sua acepção de gerar ou fazer circular riquezas, mas, sim, relação de consumo. Afinal, o tomador dos serviços é o destinatário final, ou seja, o consumidor que não tem fins lucrativos ou negociais com o advento da reforma em sua residência. Da mesma forma os serviços odontológicos prestados a uma pessoa, que não irá se apropriar dos serviços daquele para enriquecer-se, senão para satisfazer necessidade própria, de índole subjetiva. Tampouco caracterizam relação de trabalho os serviços prestados por um taxista ou por uma empresa aérea a uma pessoa que precisa locomover-se de um ponto a outro da cidade ou território.

Ademais, na relação de trabalho o protegido é o trabalhador – prestador de serviços –, enquanto na relação de consumo a proteção recai sobre o consumidor – tomador de serviços (art. 47 do CDC). Assim, mostra-se incompatível proteger o consumidor, que é o tomador de serviços, em detrimento do prestador de serviços (trabalhador). Afinal, como compatibilizar a convergência em uma só pessoa da figura do fragilizado consumidor com a de tomador de serviços que foi beneficiado pela força de trabalho de outrem? Essa falsa lógica é contrária à filosofia do direito do trabalho.

Desse modo, a Justiça do Trabalho não julgará ações cujo objeto da lide trate de responsabilidade civil decorrente de erro médico, de honorários, de direitos autorais etc., sob pena de perder sua característica essencial, que é de pacificar os conflitos entre capital e trabalho, o que afasta, portanto, a sua competência para julgar ações originárias de relação de consumo.

Repise-se o fato de a distinção entre relação de trabalho e relação de consumo poder ser investigada a partir de três enfoques, quais sejam: a) saber se aquele que contratou os serviços de uma pessoa natural o fez com fins de obter lucro para seu empreendimento ou negócio (relação de trabalho), ou se o contrato dos serviços limitou-se à satisfação pessoal do contratante, na qualidade de destinatário final (relação de consumo); b) se o contratado é um fornecedor de serviços ao público em geral ou, ao contrário, guarda um estreito grau de dependência econômica daquele que o contratou, e que com ele celebrou relação de trabalho, o que reforça a tese de a diarista, dependente economicamente daquele que contrata seus serviços, poder pleitear na Justiça do Trabalho eventuais direitos que lhes foram sonogados, ainda que o contratante (tomador dos serviços) seja o destinatário final, porquanto ausente o fim lucrativo na contratação dos serviços; c) se o serviço contratado caracterizou um trabalho com caráter obrigacional continuado, de trato sucessivo, diferido ou dilatado no tempo, ou se foi uma obrigação de cumprimento instantâneo que se exauriu em um só momento.

O artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil aplica-se a todos trabalhadores?

Há na doutrina quem defenda a incidência ampla dos direitos previstos no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil a todos os trabalhadores indistintamente, seja empregado ou não. Mas há também quem refute totalmente o elastecimento desses direitos aos trabalhadores não-subordinados.

Mais uma vez, a virtude está no meio termo, pois há certos direitos que são exclusivos do trabalhador subordinado, a exemplo da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, do seguro-desemprego, do FGTS, da licença à gestante (art. 7º, I, II, III e XVIII da Constituição da República Federativa do Brasil). Todavia, não parece razoável que a “redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” ou que a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze” (artigo 7º, XXII e XXXIII) seja obrigação tão-só do empregador e não do tomador de serviços.

Não parece razoável, ético ou moral que o tomador de serviços possa contratar um menor de doze anos de idade, submetendo-o a riscos de toda natureza, porque não se subsume no conceito de empregado e, portanto, está fora do alcance da proteção constitucional. Com efeito, um absurdo! Afinal, ambos os dispositivos constituem direitos fundamentais de todo e qualquer trabalhador, sobretudo porque vinculado a outros dois direitos também fundamentais, que são o direito à saúde e à incolumidade física e psíquica do trabalhador, que refletem na sua dignidade enquanto pessoa. Em última análise, tais direitos vinculam-se à proteção da vida, sem a qual não há falar em quaisquer outros direitos.

Relativamente à *prescrição*, há respeitável parte da doutrina que defende a aplicação do inciso XXIX do artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil a todos os trabalhadores, subordinados ou não, pois a sua redação refere-se expressamente aos créditos resultantes das relações de trabalho, sem ressalvas. Para justificar esse posicionamento, aduzem que a prescrição é instituto que fulmina a pretensão e não o direito material, de modo que a partir do deslocamento da lide para a Justiça do Trabalho a pretensão deduzida em juízo terá natureza trabalhista e, portanto, deverá observar o prazo quinquenal.

Todavia, em que pese dirigir-se a prescrição à pretensão deduzida em juízo, ela é instituto de direito material, devendo-se aplicar às relações de trabalho previstas no Código Civil, desde que a obrigação seja diferida no tempo, excluídas as de emprego, os prazos prescricionais estabelecidos nos artigos 205 e 206 do CC, ou aqueles insertos na legislação específica do trabalhador. Ao representante comercial, por exemplo, aplica-se o prazo de cinco anos, constante do parágrafo único do artigo 44 da Lei 4.886/65.

Considerações finais

Convém lembrar que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho decorre do fato de não mais se exigir lei ordinária, antes necessária, para que uma relação de trabalho seja por ela processada e julgada. A nova competência, portanto, não mais se limita à imprescindível presença dos sujeitos da relação jurídica (trabalhador-empregado e empregador), pois é fixada a partir do conteúdo dessa relação, que é o trabalho.

De outra parte, é correto afirmar que o direito do trabalho, construído com o fim de disciplinar a paradigmática relação de emprego, nascida na revolução industrial, não mais atende às demandas emergentes dos conflitos originários das novas relações de trabalho (trabalhador cooperado, associado, parassubordinado, teletrabalho etc.).

A relação de trabalho a que se refere o inciso I do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil exige a figura da pessoa natural como prestador de serviços e que o tomador dos serviços não seja destinatário final (consumidor). Para adotar uma dentre as inúmeras correntes interpretativas do referido inciso I, deve-se ter em mente que o signo “trabalho” pressupõe sua inserção no processo de geração de riquezas, em uma perspectiva capitalista do modo de produção. Exige, ainda, uma relação jurídica dilatada no tempo, não se exaurindo em um só momento.

Particularmente, inclino-me a adotar um entendimento mesclado de duas correntes, conforme antecipei no parágrafo anterior: a) a que separa relação de trabalho de relação de consumo. Afinal, não basta a existência de um contrato de atividade – que consiste na utilização da energia humana e pessoal de um dos contratantes em proveito do outro – para caracterizar relação de trabalho. É preciso, ainda, que o destinatário dos serviços não seja o destinatário final (consumidor) que, a propósito, absorve o trabalho alheio para satisfação pessoal, não visando fins lucrativos ou negociais, pois não se apropria da força de trabalho alheia para incrementar a cadeia produtiva; b) a que não prescinde da existência de relação de trabalho visualizada sob uma perspectiva de trabalho repetitivo, periódico, ou melhor, que o cumprimento de uma obrigação se faça de modo periódico, dilatada ou diferida no tempo, e não instantânea.

Com o advento da Emenda Constitucional 45 a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar, por exemplo, ação proposta por um representante comercial em que se pleiteia vínculo de emprego e, sucessivamente, a aplicação do direito material inserto na Lei 4.886/65, na eventualidade de o juiz não vislumbrar os requisitos caracterizadores da relação de emprego. O mesmo ocorrerá nas hipóteses dos contratos previstos no Código Civil, a exemplo do contrato de prestação de serviços (que exige aviso prévio de oito ou quatro dias, conforme parágrafo único do art. 599 do CC), de transporte, de agência e distribuição, corretagem etc., desde que, vale a advertência, o caráter obrigacional seja de trato sucessivo, diferido no tempo, não se esgotando em um único momento (ex.: corretor autônomo de imóveis contratado por pessoa natural para

“A nova competência, portanto, não mais se limita à imprescindível presença dos sujeitos da relação jurídica (trabalhador-empregado e empregador), pois é fixada a partir do conteúdo dessa relação, que é o trabalho.”

agilizar a venda de um imóvel de propriedade particular; ou contrato de transporte visando transportar a mudança em veículo de um local para outro etc.).

Importa consignar que a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações decorrentes de relação de consumo não se ampara no simples fato de a relação submeter-se ao CDC. Primeiro, porque se deve observar o exposto até o momento quanto ao sentido e alcance da expressão “relação de trabalho”. Segundo, porque o CDC nada estabelece acerca de competência. Terceiro, porque o juiz do trabalho, para julgar ações civis públicas e coletivas, por exemplo, utiliza-se de conceitos e institutos deste Código (arts. 81 e ss., 103 e ss.). A propósito, os artigos 8º e 769 da CLT autorizam a aplicação subsidiária da legislação comum (CC, CDC, P. Civil e legislação esparsa, a exemplo das Leis 1.533/51 e 9.507/97 – Mandado de Segurança e *habeas data* – etc.), exceto quando incompatível com os princípios e normas inerentes ao direito e processo do trabalho.

Um meio eficaz que permite a identificação –, em caso de dúvida, tratar-se a relação de trabalho ou de consumo –, é utilizar a lógica do inverso, à qual o ator jurídico que atua na Justiça do Trabalho está habituado. Assim, na hipótese de uma relação jurídica não atender todos os requisitos necessários para configurar uma relação de emprego (pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade, alteridade e subordinação jurídica), porque ausente essa última, certamente a relação será de trabalho.

A nova competência exigirá de todos nós – advogados, professores, estudantes e magistrados – uma releitura do direito do trabalho à luz de um estudo interdisciplinar. De outra parte, é premente a necessidade de investimento na Justiça do Trabalho, porque carente de recursos humanos e tecnológicos, sob pena de penalizar o trabalhador que tem na venda de sua força de trabalho o único meio de subsistência de vida, que poderá padecer à espera de uma solução para sua demanda. ■

POLÊMICAS DA NOVA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

Alex Sandro Ribeiro

*Advogado e Parecerista em São Paulo
Pós-Graduado em Direito Civil pelo UniFMU*

1. Notas introdutórias

Profundas alterações foram provocadas pela Lei n. 10.931, de 2004, na sistemática da alienação fiduciária em garantia, que não poderiam escapar de uma análise mais detida, mormente confrontando-as aos preceitos da Constituição Federal.

A alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico inerente precipuamente ao sistema financeiro, porém que não lhe é privilégio, com misto de direitos obrigacionais, é um contrato que encerra direitos e obrigações para credor e devedor. Contrato bilateral, portanto. É acessório, posto vinculado a um contrato principal, qual seja o de mútuo financeiro, objetivando apenas a transferência de coisas, títulos ou direitos, com fins de garantias. Compõe-se de dois elementos: um, do direito obrigacional, relativo à obrigação mutuada; outro, do direito real, consistente na transferência da propriedade ao credor, como garantia da obrigação mutuada.

2. Direito intertemporal

Norma processual é tão-somente “aquela que trata das relações que se estabelecem entre os que participam do processo e do procedimento, isto é, do modo pelo qual os atos processuais sucedem no tempo”¹.

Decorrido o prazo da *vacatio legis*, a lei promulgada e publicada tem aplicação imediata, vale dizer: a sua vigência determina a incidência sobre todos os atos que se vão praticar, ou se estão praticando². E isso é assim porque toda norma processual obedece ao princípio geral do efeito imediato, princípio que muitos confundem com a chamada retroatividade.

Note-se que a norma processual não tem efeito retroativo, mas sim aplicação imediata. E a aplicação imediata decorre do princípio, válido para toda lei, de que, na ausência de disposição em contrário, não se aplica a fatos passados, quer para anular os efeitos que já produziram, quer para tirar, total ou parcialmente, a eficácia de efeitos ulteriores derivados desses fatos pretéritos.

Atos processuais realizados sob a égide da lei revogada, salvo situações expressas e excepcionais, mantêm plena eficácia debaixo da lei nova, embora esta dite normas jurídicas de conteúdo diferente³. Promulgada uma lei de processo, claro está que não pode atingir a relação jurídico-material em que se consubstancia o direito substantivo, visto que seu objeto é diverso.

Como a norma processual provê apenas para o futuro, ela atinge apenas os procedimentos e atos processuais ainda não realizados no momento em que entra em vigor. Assim, questões processuais da Lei n. 10.931/04 sujeitam os processos em curso às suas regras, respeitadas os atos processuais já praticados e o direito processual adquirido.

Em suma, relativamente às leis substantivas, de acordo com o princípio *tempus regit actus*, a lei rege, em geral, o que foi praticado durante a sua vigência. Não pode, via de regra, alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência nem ser aplicada àqueles ocorridos após a sua revogação. Entretanto, por disposição expressa do próprio diploma legal, é possível a ocorrência da retroatividade e da ultratividade da lei.

De sua vez, situações de direito material só atingem os contratos novos, firmados sob a égide do novo Diploma Congressual, entre as quais pode-se mencionar a consolidação liminar da propriedade, a mora, o registro como necessário à validade do negócio, e a posse em regra deferida sem desmembramento ao credor fiduciário, até porque os instrumentos contratuais devem ser adaptados à nova legislação, inclusive no que concerne ao registro como elemento essencial à constituição do contrato de fidúcia.

Nem se alegue a indiscutível independência do direito processual como óbice a aceitar, por exemplo, a irretroatividade e impossibilidade de aplicação aos contratos em curso ao facultar consolidação liminar da propriedade. Explicando melhor: poderia ser sustentado que a consolidação da propriedade se dá no quinquídio posterior à execução da liminar, portanto liminarmente. E esta decisão liminar é instituto do direito processual. Ora, é acautelatório, sim, mas da preservação da indenidade do direito material, sua razão de existir. É, ainda, instrumento jurídico para satisfação do direito material. Afinal, a autonomia do processo não significa seu isolamento das realidades da vida a que se refere, inclusive porque a garantia constitucional do controle jurisdicional constitui uma cobertura de todo o sistema de direitos.

Nesse passo, observadas quando e como as novas regras legais podem ser aplicadas, resta ver o que há de novidade para desafiar a inteligência dos exegetas.

3. As inovações processuais

De feito, o artigo 67 da Lei n. 10.931/04 revogou os artigos 66 e 66-A da Lei n. 4.728/65. E o fez expressamente. Como o artigo 66, da Lei 4.728/65 dispunha sobre alienação fiduciária de bens móveis por força da alteração havida com o artigo 1º, do Decreto-Lei n. 911/69, força-se concluir que houve revogação expressa deste artigo 1º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Da mesma forma, resta-nos evidente a revogação de questões processuais, na medida em que a nova lei tratou inteiramente do assunto, disciplinando com nova roupagem o que era tratado pelos artigos 2º e 3º (menos o *caput*) do Decreto-Lei n. 911/69.

Mas as novas regras processuais, insculpidas no artigo 56, da Lei n. 10.931/04, além de críticas, desafiam decreto de inconstitucionalidade. Este dispositivo deu nova redação aos parágrafos do artigo 3º, do Decreto-Lei n. 911/69. Manteve em vigor, porém, o *caput* do artigo 3º desse Diploma Congressual, que trata da ação de busca e apreensão aforada pelo credor, a qual será concedida liminarmente se houver comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

Doravante, após cinco dias da execução da liminar, consolidar-se-á a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor. Aqui se vê a primeira incongruência: se o credor tem a posse direta e indireta, nada resta para consolidar, apenas reconhecer e declarar. Nem muito menos para se buscar e apreender! Mas tudo bem,

imaginemos que o banco conferiu a posse direta ao devedor, pois só assim o processo (e, antes dele, o próprio contrato) terá razão de existir.

No prazo de cinco dias do cumprimento da liminar de busca e apreensão, poderá o devedor pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, não se compreendendo aqui os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido, *i. é.*, as prestações vincendas cuja exigibilidade se antecipa em razão do não-pagamento pontual das parcelas vencidas (CC, art. 1.246 c/c art. 1.425, III).

Na sistemática anterior, o Réu poderia purgar a mora. Pela nova ordem, o pagamento tem de ser da integralidade da dívida pendente. A dúvida que a princípio assola o intérprete é saber sobre o que se deve entender por esta expressão. Seriam as parcelas vencidas, as da mora; ou seriam todas as prestações, inclusive as vincendas, cuja exigibilidade se antecipa em razão do inadimplemento contratual e da incidência da cláusula resolutória expressa?

A resposta, ao que parece, é expressada pela parte final do novo § 2º, do artigo 3º, do Decreto-Lei n. 911/69, ao prever que na hipótese de pagamento da dívida integral, o bem será restituído ao devedor livre do ônus. Se fosse pagamento apenas das parcelas atrasadas, o contrato continuaria em vigor, mantida a oneração. Como será devolvido o bem ao devedor, *livre do*

ônus, conclui-se que o contrato foi extinto.

Portanto, a integralidade da dívida pendente é toda aquela necessária à quitação do mútuo financeiro contratado.

Superada esta celeuma, analisemos outras questões processuais.

Executada a liminar de busca e apreensão, o devedor será citado para, no prazo de quinze dias, apresentar resposta, na qual se inserem a contestação, exceção e reconvenção (CPC, art. 297). Poderá lançar mão da resposta ainda que tenha pago toda a dívida e restituído o bem. Neste caso, porém, a discussão limitar-se-á ao pagamento que entenda ter havido a maior, com a conseqüente restituição. Assim é a lei. Essa limitação, porém, não parece correta, se aceita pela doutrina e pela jurisprudência de forma incondicional.

Para tanto, não é preciso argumentar muito, bastando lembrar a experiência consagrada no depósito elisivo da Lei de Falência e a purga da mora da Lei do Inquilinato. Em ambos os Diplomas Congressuais, aceita-se o depósito e a concomitante apresentação de resposta, de forma ampla e abrangente, até porque se o devedor se defender sem fazer, no prazo legal, o depósito do valor apontado na exordial, sujeita-se à declaração da falência ou à decretação do despejo, se verificada a impropriedade das suas alegações.

O mesmo pode ocorrer com o devedor fiduciário. Deve promover o depósito e apresentar ampla contestação. Do contrário, no mínimo será cerceada a garantia do contraditório e da ampla defesa, pois impediria a parte, e até mesmo a justiça, de produzir provas para apuração de possíveis desvirtuamentos da finalidade do instituto.

Deveras, não deslembramos que a ação de busca e apreensão ainda não trata de cobrança. Em razão disso, a princípio inócua seria a discussão acerca de excessos das cláusulas contratuais que, por sua vez, somente são impugnáveis em momento oportuno, não no âmbito restrito da ação de busca e apreensão, que visa, unicamente, consolidar a propriedade nas mãos do legítimo dono. Todavia, em caso de pedido manifestamente ilegal ou nitidamente em confronto com o contrato, a defesa do devedor poderá ser estendida, apontando de imediato tais vícios.

Até porque, se o valor apontado no título levado a protesto ou objeto da notificação for exorbitante, terá por consequência excluir a mora do devedor. E, sem que esteja comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, carece o credor de interesse processual e, mais que isso, desenhase impossível o deferimento da liminar de busca e apreensão. Daí a relevância da discussão.

Que da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo, nada há que se objetar. Assim até já era a previsão legal, inclusive facultando-se a venda extrajudicial do bem apreendido.

Novidade ainda é a punição do credor fiduciário ao pagamento de multa equivalente a 50% do valor originariamente financiado, devidamente atualizado, sem prejuízo das perdas e danos. Tal ocorrerá nas hipóteses em que, julgada improcedente a ação de busca e apreensão, o credor já houver alienado o bem.

Essa previsão tenta aplacar a insurgência contra a drástica consolidação liminar da propriedade (art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911/69) e a faculdade de alienação extrajudicial do bem. Realmente, ameniza de algum modo o prejuízo e acalma a irrisignação. Não tem, contudo, o condão de expungir o vício de inconstitucionalidade daquela outro dispositivo, que permite a privação do patrimônio sem o devido processo legal.

Afora isso, o dispositivo não foi muito completo, deixando dúvidas sobre hipótese de extinção do processo sem apreciação do mérito, ou mesmo nos casos em que, de forma autônoma e independente, tramitava ação de revisão ou modificação do contrato de financiamento – do qual se extraiu, acessoriamente, o contrato de alienação fiduciária – ou mesmo consignação em pagamento, cujo desfecho cause evidente prejuízo à decisão proferida na busca e apreensão fundada em mora ou inadimplemento do devedor relativamente ao mútuo financeiro.

Como resolver a questão da prejudicialidade externa, para efeito de punição do credor que teve procedente o pleito de busca e apreensão e, em decorrência, vendeu o bem? Igual providência, pois, deverá ser tomada: aplicação da multa de 50%, sem prejuízo de indenização por perdas e danos. Isonomia e lógica devem ser prestigiadas, no mínimo, para situação que deflagram a mesma consequência.

4. As inovações materiais

O artigo 66, da Lei n. 4.728/65, conceituava alienação fiduciária como sendo a transferência ao credor do domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbiam de acordo com as leis civil e penal.

Esse artigo foi revogado, *ex vi* do artigo 67, da Lei n. 10.931/04. Em seu lugar, no que diz respeito à condição de depositário do devedor ou alienante, não há na nova lei,

S.M.J., disposição igual ou semelhante, de modo que, doravante inexistente a qualidade do depositário inserta no devedor, assim como não existem mais as consequências jurídicas que desta condição advinham, como a ação de depósito e a prisão civil.

Merecem destaque, ainda, algumas novidades quanto ao objeto da alienação fiduciária, até inconciliáveis, que trouxe a Lei n. 10.931/04.

Começemos pela admissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis, os quais, seja pela finalidade natural a que se prestam (consumo material), seja porque destinados à comercialização, são também consumíveis. Esta novidade vem de encontro ao que proclamava a jurisprudência, até por constituir depósito irregular e, como tal, devendo ser tratado pelas regras do mútuo financeiro apenas. Não obstante o permissivo legal, que em verdade tratou de uma prática que era corriqueira no mercado, queremos parecer que não se poderá admitir a alienação fiduciária dos bens fungíveis se forem também consumíveis, salvo se aceita, em definitivo, a extinção da qualidade de depositário do devedor. De todo modo, a prática bancária e contratual, é de se antever, cuidará de conciliar tudo isso, quão engenhosos que são os agentes financeiros.

Duas outras inovações são a cessão fiduciária de direito sobre coisas móveis e a de títulos de crédito. Neste particular, desmerece o texto legal maiores comentários, a par dos já ventilados no parágrafo precedente, posto de clareza solar o que resta acerca da inovação. Faz jus apenas a um alerta: cuidados especiais para não transformar o instituto numa fomentação e troca de títulos simulados.

Há ainda uma regra estabelecida pelo § 3º, do artigo 66-B, da Lei n. 4.728/65, insculpido pela nova lei. Agora, diversamente do que previa o Decreto-Lei n. 911/69, a posse direta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor.

Ora, em assim sendo, a que título o devedor ou alienante ostentará o bem móvel, o direito ou o crédito? Sabidamente, quanto ao campo do exercício da posse, desdobra-se ela em direta e indireta. Cabe ao titular da posse direta a detenção da coisa, e ao proprietário a posse indireta, a posse de direito. Haverá, então com posse no exercício de fato? O devedor terá o bem apenas ao final do contrato? Foi por isso que a lei excluiu a qualidade de depositário da coisa e a expressão independente de tradição contida anteriormente no conceito de alienação fiduciária? Cremos que tais indagações passaram despercebidas às ponderações do sábio legislador.

Não se mostra razoável aceitar que, por exemplo, uma pessoa adquira um automóvel, fracione em 30 meses o pagamento do mútuo e, durante todo esse tempo, a posse direta do bem permaneça com o credor, só a transmitindo ao devedor após o pagamento total do contrato. Isso é privilegiar em demasia o agente financeiro, a ponto de afrontar as mais comezinhas lógicas do direito, do razoável e do justo.

É de notar que, ao menos entre si, o amplo § 3º, do artigo 66-B em comento é todo congruente, pois atribui posse direta ao credor e lhe faculta vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária, independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial. Há convergência das idéias na medida em que, tendo o bem sob sua detenção, à sua disposição, desnecessário será aforar ação de busca e apreensão. Verificado o inadimplemento, poderá o bem ser exposto para venda e alienado a terceiros. Isso tudo à revelia e insciência

minuciosa do devedor, em situação mais grave da que já acontecia no Decreto Lei n. 911/69, em que ao menos ação havia, embora a venda fosse extrajudicial e sem fiscalização do devedor, que tem interesse por poder ter saldo a receber e o fruto da alienação ser utilizado na solução da dívida.

Conquanto possamos pensar assim, o que inclusive pode soar como censura, parece que foi mesmo a intenção da lei deixar a posse fática do bem ao credor, pois o § 5º, do novo artigo 66-B, mandou aplicar à alienação fiduciária e à cessão fiduciária o artigo 1.435, do Código Civil de 2002. Este artigo, de sua vez, prevê que o credor pignoratício (leia-se então, o credor fiduciário) é obrigado à custódia da coisa, como depositário; à defesa da posse; à imputação do valor dos frutos nas despesas de guarda e consecução, nos juros e no capital da obrigação garantida, sucessivamente; à restituição oportuna, uma vez paga a dívida etc.

É certo que cada caso concreto terá uma regra específica, mas é inolvidável quão funesta ficou a novel regra, mormente se se tratar de automóvel, ou mesmo de bens necessários à atividade da empresa. Provavelmente, os agentes financeiros redigirão o contrato de adesão valendo-se da ressalva *salvo disposição em contrário* constante do § 3º, do novo artigo 66-B, e outorgarão a posse direta do objeto da alienação fiduciária ao devedor, até porque, do contrário, como depositários ficarão os agentes fiduciários.

Não menos certo, registre-se enfim, é que a posse direta e indireta atribuída ao credor contraria todo o sistema e regras acerca da alienação fiduciária, inclusive as do Código Civil (art. 1.361, § 2º) que foram mantidos incólumes pela nova lei, até porque aquilo que ela pretendia aproveitar ou excluir o fez expressamente, tais como os requisitos definidos no artigo 1.362, do Código Civil de 2002, e a inclusão do artigo 1.368-A, que verbera submeterem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária, somente se aplicando as disposições do Código Civil de 2002 naquilo que não for incompatível.

Por tudo isso, a parte material da alienação fiduciária de bem móvel insculpida no artigo 55, da Lei n. 10.931/04, não está apta a se isentar de críticas nem a merecer irrestritos aplausos, revelando-se em parte prestigiadora do ranço ditatorial de outrora.

5. A impossibilidade de converter a busca e apreensão em depósito

Questão interessante, como já se alinhou acima, sobrou acerca dos artigos 4º a 7º do Decreto-Lei n. 911/69, notadamente o artigo 4º, que prevê a faculdade do credor requerer a conversão da busca e apreensão em depósito, caso não seja encontrado o bem alienado fiduciariamente. Isso porque o § 8º, do artigo 3º, do Decreto-Lei 911/69, acrescido pelo artigo 56 da Lei 10.931/04, assevera que a busca e apreensão constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

Creemos que muita coisa diz a lei com esse preceito. Deixou claro que a busca e apreensão não é cautelar, mas ação de conhecimento exauriente e satisfativa. Pode afastar

a possibilidade de ações propostas pelo devedor causarem a suspensão do processo de busca e apreensão, ou atrair-lhe a competência etc. Entretanto, no nosso sentir, o maior efeito foi abolir definitivamente a possibilidade de conversão automática em caso de não localização do bem, máxime se o réu já houver sido citado.

O depósito que tantos embates causa, em razão da possibilidade da prisão civil, passou a ser considerado procedimento posterior e autônomo, não podendo ficar vinculado ao processo também autônomo e independente de busca e apreensão. Não localizado o bem, mormente se houver sido objeto de furto, roubo, sinistro etc., a ação de busca e apreensão perde eficácia e deve ser extinta. Nem de depósito há que se falar, pois em casos que tais deve-se partir do pressuposto de ser incabível a cominação de prisão civil na espécie, por se tratar de perecimento ou desaparecimento do bem, por caso fortuito ou força maior.

Por tudo isso, não sendo o bem localizado, a busca e apreensão deve ser extinta. Os atos processuais e procedimentos até então havidos só poderão ser salvos pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade, o que cada caso concreto recomendará. Em conversão em depósito, porém, não se pode falar mais, inclusive porque foi abolida a qualidade de depositário antes imiscuída no devedor.

6. A nova alienação fiduciária de bem móvel face à Constituição Federal

É princípio basilar do Direito, erigido a dogma de calibre constitucional, que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV). Entre muitas coisas, esse princípio, inspirado na Magna Carta inglesa, quer dizer que todos têm direito à uma decisão proferida em processo regular, válido e eficaz, com força de coisa julgada. Trata-se de norma suprema a que todas as leis devem se curvar. Não obstante, o novo § 1º, do artigo 3º, do Decreto Lei n. 911/69, ignorou-a por completo ao prever a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor, dentro de cinco dias após a execução da liminar de busca e apreensão.

Equivale dizer: o credor promove a ação de busca e apreensão, que não é cautelar nem provisória, alega mora do devedor, obtém liminar, a executa recebendo *initio litis* o bem e, num quinquídio, tem sua *pretensão material* integralmente satisfeita.

Note que isso se dá antes mesmo do escoamento do prazo do réu para apresentar resposta, porquanto a citação se dará no ato da execução da liminar e, enquanto se confere cinco dias para a consolidação liminar da propriedade, confere-se o prazo de quinze dias para a resposta, de tal sorte que depois de verificado o termo final daquele, restarão ainda dez dias para findar-se o prazo da resposta do réu.

Pior será na hipótese em que logrou-se a busca e apreensão do bem, mas não a citação do réu. Neste caso, antes mesmo de o réu saber formalmente que contra ele tramita ação de busca e apreensão, será privado de seu bem!

Data venia, atinge as raias do absurdo, principalmente se considerado que se está diante de uma decisão interlocutória (que decide incidentes do processo) deferida

“Deixou claro que a busca e apreensão não é cautelar, mas ação de conhecimento exauriente e satisfativa. Pode afastar a possibilidade de ações propostas pelo devedor causarem a suspensão do processo de busca e apreensão, ou atrair-lhe a competência etc. Entretanto, no nosso sentir, o maior efeito foi abolir definitivamente a possibilidade de conversão automática em caso de não localização do bem, máxime se o réu já houver sido citado.”

initio litis e inaudita altera parte, que, olvidando sua essência de provisória, termina por produzir efeitos de coisa julgada material, como se de sentença meritória irrecorrida se tratasse.

Finalmente, mister se faz consignar a lição dos tratadistas mais modernos, que timbram em ver no devido processo legal mais do que uma garantia subjetiva do indivíduo, uma tutela do próprio processo.

Com efeito, já se disse alhures que cada vez se consolida mais a idéia de que sobre os interesses unilaterais das partes, respeitáveis sem dúvida, sobrepassa, no entanto, um de maior amplitude, que é o da tutela do próprio processo. Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se de garantias exclusivas das partes em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição para cima e para além das intenções egoísticas das partes; a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença a situação de direito material subjacente.

Inconstitucional, pois, a consolidação liminar da propriedade nas mãos do credor fiduciário.

Noutro aspecto a eiva da inconstitucionalidade atinge a Lei n. 10.931/04. Desta feita, deslembrou ela também que o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, preceitua que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. É a consagração do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Esse princípio estrutural não foi inteiramente observado pelo novo § 3º, do artigo 66-B, da Lei n. 4.728/65, *i. e.*, pelo artigo 55, da Lei n. 10.931/04, na medida em que permitiu a venda do bem objeto da propriedade fiduciária e independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial.

A redação pareceria inofensiva e mera repetição da regra proclamada no revogado artigo 2º, do Decreto-Lei 911/69, o que bastaria manter o prestígio ao atendimento consolidado a respeito. Só que agora outro é o sistema. Antes, não havia consolidação liminar da propriedade. Outrossim, na regra revogada previa-se que o apelo não impediria a venda extrajudicial do bem e a consolidação da propriedade e posse, o que justificaria aduzir que “a venda prevista no artigo 2º, do Decreto-Lei 911/69 só pode ocorrer depois de proferida a sentença que consolida a propriedade e a posse” (JTAERGS77/98).

Nesse passo, a venda do bem feita pelo agente fiduciário, sem possibilidade de defesa pelo devedor, ofende no mínimo o monopólio da jurisdição que detém o Poder Judiciário. A continuar nesta toada, voltaremos a aplaudir decisões que tismaram de inconstitucional a alienação extrajudicial, pois, “se permitido ao credor fazer essa alienação, estará ele exercendo a atividade jurisdicional de execução, que é privativa do judiciário” (Lex-JTA 153/55).

Não se vislumbra, diante da Constituição Federal, como compatibilizar a alienação extrajudicial do bem, que enseja verdadeira execução extrajudicial e representa entulho do regime autoritário, com a necessidade do devido processo legal, constitucionalmente imposta. Ao que consta, o Pretório Excelso teve a oportunidade de examinar por mais de uma

única vez o tema após a promulgação da nova Constituição, pelo que é de todo interessante que sejam levados àquela Colenda Corte novos recursos.

Surge, então, vinculado a esta matéria, o tema sobre a subsistência, ou não, do Decreto-Lei n. 70/66, viabilizador da execução hipotecária à margem da atuação do Estado-Juiz. A jurisdição é ato próprio à soberania do Estado, valendo notar o tipo do artigo 345, do Código Penal, no que veda a autotutela por particulares fora dos casos de defesa imediata, ainda que procedente o pleito. A matéria encontra-se sumulada pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, *in verbis*: Súmula 39: “São inconstitucionais os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei n. 70 de 21.11.1996”. Esses dispositivos, frise-se, permitiam ao banco a alienação extrajudicial do imóvel hipotecado, vinculado a contrato de financiamento imobiliário.

Cumprir ter presente que a glosa ocorrida diz respeito à circunstância de o § 3º, do artigo 66-B, da Lei n. 4.728/65 (por força do artigo 55, da Lei n. 10.931/04) não contemplar o contraditório, viabilizando, assim, a execução unilateral. A Constituição Federal de 1988, democrática sob todos os ângulos, deu ênfase ao princípio do contraditório, colando-o aos processos em geral.

Não é crível que uma Lei Federal, sancionada em pleno Estado Democrático e de Direito, tem em seu âmago um ranço pior que o de um decreto-lei instituído no auge do regime militar, espelhando toda sorte de opressão que marcou o período, felizmente superado. Contudo, verifica-se que os desavisados fragmentos desse regime ainda perduram, apesar da cristalina inconstitucionalidade.

A nova ordem comete violência contra o direito constitucional à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV). A ampla defesa importa, antes de mais nada, na prévia audiência, direito maior que não se coaduna sequer com os efeitos da preclusão da notificação extrajudicial, de iniciativa do agente fiduciário, bem assim com a anulação de defesa do devedor.

E o devido processo legal, sem sombra de dúvidas, seria aquele instaurado através da via judicial, ou, no dizer do emérito Celso Ribeiro Bastos, o direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito; por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária⁴. No caso vertente, é óbvio que se viola, de forma repulsiva, princípios fundamentais de nossa Carta Magna.

Colima-se, portanto, com o devido processo legal, a aplicação da lei. O princípio em tela se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado e dos particulares.

E mais. A nova ordem legal atribui ao agente fiduciário a presidência do processo de execução, subtraindo do Poder Judiciário função indelegável e inerente ao juiz natural, provida e investida de garantias constitucionalmente dispostas. É evidente que somente o Poder Judiciário é capaz de assegurar a imparcialidade no tratamento das partes. Entendimento contrário consagra a autotutela, o que se afirma na exata medida em que, mediante simples notificação, sem qualquer possibilidade de defesa, o credor priva o devedor do uso dos direitos e ações sobre o bem, ou seja, vende o bem alienado, passando por cima dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

A única conclusão possível é que a alienação privada do bem do devedor fiduciário atenta contra diversos princípios constitucionais retroapontados. Essas são razões mais do que suficientes para se afirmar que a pretendida alienação extrajudicial, até mesmo independentemente de leilão e antes de processo ou sentença, é juridicamente impossível ante a evidência dos parâmetros da Carta Magna. ■

NOTAS

- 1 Marcus Vinicius Rios Gonçalves. *Novo curso de direito processual civil*, p. 9.
- 2 Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 4
- 3 Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*, p.54.
- 4 Celso Ribeiro Bastos. *Comentários a Constituição do Brasil*, 2º volume. Saraiva. 1989. p.261.

APLICABILIDADE DA EC 47/2005 AOS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO INFANTIL, ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO

Ludimar Rafanhim
Advogado em Curitiba/PR

A Constituição Federal de 1988 introduziu novos e importantes comandos aplicáveis à Administração Pública, em especial aqueles referentes à gestão pública em si, formas de ingresso na carreira e regime jurídico dos servidores públicos.

Dentre as disposições aplicáveis aos servidores públicos estão as regras previdenciárias das três esferas governamentais.

Na forma da Constituição de 5 de outubro de 1988, as regras para obtenção do direito à aposentadoria eram relativamente simples, levando em consideração basicamente o tempo de serviço ou idade dos servidores públicos, além da aposentadoria por invalidez e pensão por morte.

Os professores e professoras da educação básica adquiriam o direito à aposentadoria integral por tempo de serviço após 30 e 25 anos de serviço respectivamente independente da idade.

Os demais servidores adquiriam o direito à aposentação após 35 anos de serviço, se homem, e 30 anos, se mulher. Também dos demais servidores não era exigida idade mínima para aposentar-se.

Em dezembro de 1998 foi promulgada a Emenda Constitucional número 20, vinculando idade e tempo de contribuição como requisito para aposentadoria dos servidores públicos.

Na forma do novo dispositivo constitucional, o servidor público e a servidora pública, além de terem contribuído durante 35 e 30 anos respectivamente, estes deveriam preencher um outro requisito, qual seja, a idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher.

A Emenda Constitucional 20/98 manteve a aposentadoria especial dos professores e professoras reduzindo em cinco anos os requisitos de idade e tempo de contribuição em relação aos demais servidores públicos.

A garantia dos docentes encontra-se no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição Federal.

§ 5º – Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, *a*, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Na forma do dispositivo supra, professores e professoras da educação infantil, ensino fundamental e médio adquirem direito à aposentadoria quando completados 50 anos de idade e 25 de contribuição, se mulher, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se homem.

Para mitigar os efeitos da Emenda Constitucional 20/98 sobre aqueles servidores que já se encontravam próximos do momento da aposentadoria conforme a regra vigente, que não exigia idade mínima, foi criada regra de transição possibilitando aposentadoria aos 48 anos para as servidoras e 53 anos para os servidores, desde que trabalhassem um adicional incidente sobre o tempo de contribuição que faltava em 15 de dezembro de 1998.

A regra de transição alcançou também os professores concedendo-lhes um tempo fictício adicionado ao tempo que tinham em 15 de dezembro de 1998, para somente depois aplicar o já referido adicional (pedágio) que aumenta o tempo faltante em 15.12.98 para completar o período mínimo de contribuição. Concretamente, o tempo já trabalhado até a data da promulgação da EC 20 é aumentado em 20%, se for professora e 17%, se professor, para somente depois aplicar a regra de transição para aposentar-se aos 48 anos (mulher) e 53 anos (homem).

O supramencionado está previsto no parágrafo 4º do artigo 8º da Emenda Constitucional.

Art. 8º – Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

O artigo 8º prevê também a regra da aposentadoria proporcional, mas não trataremos dela aqui, pois inaplicável aos professores que se aposentam pelo efetivo exercício do magistério.

Em 31 de dezembro de 2003 foi promulgada a Emenda Constitucional 41/2003 que reduziu ainda mais os direitos previdenciários dos servidores públicos.

A Emenda 41, além de fixar teto para aposentadoria, taxar parte dos proventos dos aposentados, restringir expressivamente as possibilidades de aposentadoria integral, suprimir paridade e isonomia entre ativos e inativos, instituiu um redutor no valor dos proventos para aqueles servidores que se aposentassem antes da idade mínima fixada na Emenda Constitucional 20/98, qual seja, 60 servidor, 55 servidora, 55 professor e 50 professora.

Os servidores e professores que se aposentem antes destas idades têm um redutor de 3,5% a cada ano que antecipem, se a aposentadoria for antes de 31 de dezembro de 2005, e de 5,0% a cada ano que antecipar, se a aposentadoria for depois de 31 de dezembro de 2005.

A Emenda 41 manteve a regra de transição, mas fixou pesado redutor, o que induz os servidores a não se aposentarem antes das já mencionadas idades mínimas.

Releva destacar que a idade mínima dos professores e professoras, para fins do redutor, continuou sendo 50, se mulher, e 55 anos, se homem, em que pese a EC 41 não repetir o já previsto na Emenda 20/98. É de simples compreensão, pois a emenda posterior não suprimiu o parágrafo 5º do artigo 40 e o lá previsto continuou em vigor, ou seja, professores e professoras continuaram com idade e tempo contribuição mínimos reduzidos em cinco anos e a estes profissionais aplicadas todas as demais regras.

Na regra da EC 41, para a aposentadoria integral foram preservados os direitos dos professores previstos no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O artigo 6º da Emenda Constitucional 41 reafirma o direito de professores e professoras.

EC 41/2003 – Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a

data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

A Emenda 41 também não usou o vocábulo professor quando estabeleceu o teto para proventos, taxou os inativos, impôs restrições à aposentadoria integral, impôs o redutor, fez cessar paridade e isonomia, no entanto, todas estas regras aplicaram-se integralmente aos docentes.

Durante os debates sobre a segunda Reforma da Previdência ficou evidente que os prejuízos aos servidores foram grandes e, a partir destas constatações, Senado e Governo assumiram o compromisso de aprovar outra emenda constitucional mitigando os efeitos da EC 41/2003 e a denominaram de Proposta de Emenda Constitucional

“Os servidores e professores que se aposentem antes destas idades têm um redutor de 3,5% a cada ano que antecipem, se a aposentadoria for antes de 31 de dezembro de 2005, e de 5,0% a cada ano que antecipar, se a aposentadoria for depois de 31 de dezembro de 2005.”

Paralela.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC), depois de idas e vindas entre Senado e Câmara, foi parcialmente aprovada e promulgada em 5 de julho de 2005, tendo recebido o número 47.

Dentre outros dispositivos constitucionais foi aprovado artigo com o seguinte teor.

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.

A alínea *a* do inciso III do parágrafo 1º do artigo 40 da Constituição Federal é a que segue:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98).

Destaque-se que o já transcrito parágrafo 5º do artigo 40 reduz em cinco anos os tempos previstos na alínea a.

Ocorre que respeitáveis juristas, administradores públicos e dirigentes de regimes próprios de previdência têm entendido que a EC 47 não se aplica aos professores por não ter sido usado expressamente o vocábulo professor, mas tão-somente, aos demais servidores públicos.

Neste aspecto, respeitosamente, divergimos desta interpretação meramente literal da norma, pois entendemos que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico nos leva à conclusão de que também os professores fazem jus aos benefícios da EC 47/2005, portanto, a cada ano que o professor trabalhar além do tempo mínimo exigido terá um ano reduzido na idade mínima, conforme previsto no inciso III do artigo 3º da Emenda Constitucional 47 de 5 de julho de 2005.

Apenas para que se clarifique o impacto de tal medida observem-se as tabelas a seguir.

Professora: idade mínima 50 anos e tempo mínimo de contribuição de 25 anos. Aplicada a EC 47 haverá o redutor para professoras.

Tempo de contribuição	Idade mínima
25 anos	50 anos
26 anos	49 anos
27 anos	48 anos
28 anos	47 anos
29 anos	46 anos

Professor: idade mínima 55 anos e tempo mínimo de contribuição de 30 anos. Aplicada a EC 47 haverá o redutor para professores.

Tempo de contribuição	Idade mínima
30 anos	55 anos
31 anos	54 anos
32 anos	53 anos
33 anos	52 anos
34 anos	51 anos

A não-aplicação da EC 47 aos professores não lhes asseguraria o redutor na idade mínima, assim como o professor não faria jus à integralidade, paridade, isonomia e outras disposições previstas na mencionada norma.

Respeitamos, mas discordamos da posição daqueles que sustentam a inaplicabilidade da EC 47 aos professores e professoras, por todo o até aqui exposto e ainda pelo a seguir apresentado.

O limite de espaço não permite que façamos longas análises sobre a interpretação sistemática das normas, mas é importante observar que ensinam os melhores hermenutas que a Constituição e suas emendas devem, sempre, ser interpretadas como um sistema. Conforme Carlos Maximiliano, *in* “Hermenêutica e aplicação do Direito”, p. 128-9:

“Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

.....

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu

lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolário; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

.....

Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *Incivite est, nisi tota perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondera* – é contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma.”

Consultor técnico do Senado Federal chegou às seguintes conclusões quando consultado sobre a aplicabilidade da EC 47/2005 aos professores e professoras.

“Trata-se, aqui, do reconhecimento da necessidade da aplicação à matéria do princípio da igualdade, cláusula pétrea da nossa Carta Magna, o primeiro de seus princípios, que condiciona e conduz os demais. E, já é lugar comum lembrar que estamos cumprindo esse princípio fundamental não apenas quando tratamos os iguais igualmente como quando tratamos os desiguais desigualmente.

Ora, se a Constituição afirma que os professores são diferentes no tocante à sua aposentadoria, estaríamos descumprindo o princípio da igualdade se os tratássemos de forma idêntica aos demais trabalhadores nas regras de transição, uma vez que isso se traduziria em tratar desiguais igualmente.

Assim, entender que o art. 3º da ‘PEC Paralela’ não incluiu, implicitamente, tratamento diferenciado aos professores discriminados no texto permanente da Constituição poderia significar atentado à interpretação sistemática da nossa Carta Magna.

Ou seja, nessa linha, impor-se-ia dar ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, estendendo-o aos professores na proporção adequada ao tratamento que a Lei Maior lhes dá.”

Inegável que os professores e professoras da educação infantil, ensino fundamental e médio têm o direito líquido e certo aos benefícios da EC 47 de 5 de julho de 2005, pois o parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República Federativa do Brasil não foi revogado tácita ou expressamente.

Não se pode fazer interpretação sistemática do ordenamento jurídico para suprimir direitos e fazer interpretação meramente literal quando para tutelá-los.

In casu, impõe-se a interpretação sistemática como condição para proteger os princípios constitucionais da igualdade e os direitos dos professores e professoras da educação infantil, ensino fundamental e médio.

Os professores e professoras que preenchem os requisitos da EC 47, com o redutor de cinco anos, devem dirigir-se ao órgão previdenciário e requerer a aposentadoria.

Se negados administrativamente os direitos dos professores e professoras, a estes caberá ir ao Judiciário pela via mandamental e requerer a aposentadoria com base na Emenda Constitucional 47. ■

NOTA

1 NOTA TÉCNICA SENADO DO BRASIL Nº 1.390, DE 2005, referente à STC nº 200504878, do senador Paulo Paim, sobre a aplicação aos professores da regra de transição instituída pela “PEC Paralela” da Reforma da Previdência, Gilberto Guerzoni Filho, Consultor Legislativo.

AÇÃO de INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECUSA ao teste de DNA - RELACIONAMENTO CASUAL - 'Ficar' - INDÍCIO de PATERNIDADE

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial nº 557.365 – RO (2003/0105996-8)
Órgão julgador: 3a. Turma
Fonte: DJ 03.10.2005, pág. 242.
Rel.: Min. Nancy Andrighi

EMENTA

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida.

– A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

– Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples 'ficar', relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual.

Recurso especial provido.

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, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

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

Brasília (DF), 7 de abril de 2005 (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RELATÓRIO

EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial em ação de investigação de paternidade, interposto por L F D A S L, com fundamento no art. 105, inc. III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal.

O recorrente propôs ação de investigação de paternidade contra o recorrido, B D D E P.

O recorrido foi citado e posteriormente intimado para comparecer ao IML, a fim de realizar

o exame hematológico e biomédico, sob pena de se declararem “confessados os fatos alegados contra sua pessoa” (fls. 33 e 34).

O recorrido, entretanto, não compareceu ao IML para realizar os exames requeridos, bem como se recusou a realizar o teste de DNA, como lhe proposto durante a realização da audiência de instrução (fl. 44): “propondo-se a autora a pagar o DNA, com o que não concordou em se submeter ao exame o requerido, por entender ser uma violência contra a sua pessoa a ação proposta”.

Produziu o recorrente, como prova do alegado, declarações firmadas na petição inicial e no depoimento pessoal de sua genitora, tidas por hábeis a comprovar a existência de relacionamento amoroso à época da concepção.

O Juiz julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que, embora a recusa à produção do DNA implique em inversão do ônus da prova, o recorrente não demonstrou sequer indícios da ocorrência do relacionamento amoroso alegado.

Processado o recurso de apelação, determinou o TJRO a conversão do julgamento em diligência (fls. 190/193), a fim de que fosse realizado novo teste de DNA.

Agendado o exame para o dia 05 de agosto de 2002 e intimadas as partes, novamente não compareceu o recorrido, como atesta a declaração de fl. 228: “Declaro ... que não foi realizada a coleta para exame de DNA ... por ausência do suposto pai”.

Remetido o processo ao TJRO, foi negado provimento ao recurso de apelação sob os seguintes fundamentos:

Documento: 466839 – Inteiro Teor do Acórdão – Site Certificado- DJ: 03/10/2005, página 2 de 15:

(a) a presunção derivada da recusa ao exame de DNA é relativa, e não absoluta (fl. 240): “É verdade que a jurisprudência, em sua maioria, tem firmado entendimento de que a recusa do investigado em submeter-se a exame de DNA induz na presunção da paternidade, entretanto, no caso em tela, até os indícios da autoria não são suficientes para confirmação da paternidade”.

(b) o recorrente não produziu prova do alegado (fl. 243): “Por derradeiro, vale registrar que o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo de seu direito, compete ao autor, nos termos do art. 330, I, do CPC, e este na capenga inicial e durante a instrução processual não produziu nenhum vestígio que pudesse alicerçar as declarações da mãe do autor de que manteve relacionamento com o apelado”.

(c) o recorrente limitou-se a produzir o depoimento da genitora e as declarações anotadas na petição inicial, os quais, inclusive, estão em contradição (fl. 239):

“...caberia ao autor fazer tal prova, quando colocou em dúvida a sua própria afirmação do relacionamento que na inicial, à fl. 10, afirma ter ocorrido de setembro de 96 a fevereiro de 97 e, em

seu depoimento à fl. 45, afirma que passou a manter relação em setembro de 97, portanto um mês antes do nascimento da criança”.

(d) o recorrido provou que não residia na cidade da genitora à época da concepção, fato não contestado pelo recorrente (fl. 239): “Não se pode afastar que haveria a possibilidade de o apelado ter vindo alguns fins de semana no ano de 1996 para a casa de seus pais, sem faltar às aulas, mas caberia ao autor fazer tal prova”.

O recorrente, em suas razões de recurso especial, alega que o acórdão recorrido:

I – ao não considerar provado o relacionamento amoroso à época da concepção, bem como ao não considerar que a recusa em produzir o DNA implica em presunção de procedência do pedido, divergiu de precedentes jurisprudenciais.

Houve contra-razões.

A Presidência do TJRO admitiu o recurso especial. Houve embargos de declaração, rejeitados.

Remetido o processo para análise pelo MPF em 25/09/2003, proferiu esse parecer pelo não conhecimento do recurso especial, ao fundamento de incidir à espécie as Súmulas nº 7 e nº 83 do STJ.

É o relatório.

VOTO

EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI
(Relatora):

I – Do dissídio jurisprudencial – questão relativa aos efeitos da recusa em produzir DNA. O recorrente indicou paradigmas que sustentam a tese de produzir, a recusa ao DNA, presunção simples de existência da paternidade.

A jurisprudência do STJ, por sua vez, não discrepa dos paradigmas e do acórdão recorrido: limita-se a reconhecer que a recusa do réu em realizar a prova pericial (DNA) implica a presunção de existência da relação de paternidade.

Tal presunção, entretanto, não é absoluta, mas relativa, porque, além de ensejar prova em contrário, não induz – a mera recusa – em automática procedência do pedido.

À presunção resultante da recusa deverão ser adicionadas outras provas, a serem produzidas pelo autor, como condição de procedência do pedido.

Cite-se, a respeito, a linha de precedentes do STJ, cujo entendimento acolhe a procedência do pedido sempre que à recusa do DNA forem agregados outros elementos probatórios, a serem produzidos pelo autor: Resp 55958/RS, Rel. Min. Bueno de Souza, Quarta Turma, DJ 14/06/1999, Resp 141689/AM, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, DJ 07/08/2000, Resp 256161/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJ 18/02/2002, Resp 409285/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 26/08/2002, Resp 445860/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 22/09/2003, Resp 460302/PR, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ 17/11/2003 e Resp 216719/CE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 19/12/2003.

No processo em análise, o TJRO conferiu à recusa presunção simples, em consonância com o entendimento do STJ.

A improcedência do pedido, entretanto, foi confirmada ao fundamento de que o autor, ora recorrente, não provou a ocorrência, sequer, do relacionamento amoroso existente entre sua genitora e o recorrido, à época da concepção.

Neste aspecto, algumas observações merecem destaque.

Primeiro, a recusa do réu em se sujeitar ao DNA provoca evidente prejuízo à busca da verdade real e à estrutura psicológica e emocional do autor, do réu e dos familiares de ambos, em especial se considerado for, de um lado, a tenra idade da genitora (19 anos à época do nascimento do autor) e, de outro, a repercussão do fato na esfera social a que pertence o réu, filho de dedicado e prestigiado advogado que atua no foro de Porto Velho-RO, cidade onde também reside a genitora.

Segundo, de acordo com o ordenamento jurídico vigente e o estágio atual de compreensão jurisprudencial sobre o tema, que a mera inversão decorrente da recusa em produzir o DNA não acarreta, automaticamente, a procedência do pedido, porquanto se faz necessária a prova de relacionamento entre a genitora e o investigado.

Terceiro, deve-se compreender a prova de relacionamento dito *amoroso* não constitui *conditio sine qua non* à declaração de paternidade: basta a prova de relacionamento casual existente entre a genitora e o investigado, esta temperada em consideração aos hábitos sociais, comportamentais e sexuais adotados, que partem do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual.

Neste contexto considerado, em especial a recusa do réu e a prova evidenciada de relacionamento casual entre a genitora e o investigado, deve-se ser conferido provimento ao recurso especial com fulcro no dissídio, a fim de se julgar procedente o pedido de declaração de paternidade.

Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para julgar procedente o pedido, a fim de reconhecer a paternidade do recorrido e determinar a expedição de mandado de retificação ao cartório de registro civil (1º ofício de notas e registro civil) de Porto Velho-RO.

CERTIDÃO

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

“Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Castro Filho.”

Aguardam os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de abril de 2004

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

ALTERAÇÃO DE REGIME DE CASAMENTO - ART. 1.639/CC, § 2º - APLICAÇÃO IMEDIATA - Possibilidade

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial nº 730.546 – MG (2005/0036263-0)
Órgão julgador: 4a. Turma
Fonte: 03.10.2005, pág. 279
Rel.: Min. Jorge Scartezzini

EMENTA

CIVIL – REGIME MATRIMONIAL DE BENS –
ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO
OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEINº 3.071)
– POSSIBILIDADE – ART. 2.039 DO CC/2002 (LEINº
10.406) – CORRENTES DOUTRINÁRIAS – ART. 1.639,
§ 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 – NORMA GERAL DE
APLICAÇÃO IMEDIATA.

1 – Apresenta-se razoável, *in casu*, não considero o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

2 – Recurso conhecido e provido pela alínea *a* para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram de acordo os Srs. Ministros BARROS MONTEIRO, CÉSAR ASFOR ROCHA, FERNANDO GONÇALVES e ALDIR PASSARINHO JÚNIOR.

Brasília, DF, 23 de agosto de 2005 (data do julgamento).

MINISTRO JORGE SCARTEZZINI, Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator): Infere-se dos autos que *P. V. B. B. A.* e seu esposo *J. S. A.* ajuizaram ação, visando à alteração do regime de bens adotado para o matrimônio do casal, realizado em abril de 1995, de comunhão parcial para separação total, registrando que os bens adquiridos na constância do casamento já teriam sido divididos entre os cônjuges.

Sustentaram, ainda, na ocasião, que, embora tenham solicitado ao cartório competente a elaboração de pacto antenupcial com a previsão do regime de

separação de bens, por erro, do qual não foi requerida retificação, restou lavrada escritura com a adoção do regime de comunhão parcial de bens.

O pedido restou indeferido pelo d. Juízo de primeiro grau, sob o fundamento de que, nos termos do art. 2.039 do CC/2002, o “*regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido*”.

Irresignados, os requerentes apelaram, tendo a c. Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negado provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa, *verbis*:

“CIVIL – ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS – CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – IMPOSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 2.039 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. *O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é por ele estabelecido.*” (fl. 55)

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

Daí o presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da CF/88, sustentando os recorrentes violação ao art. 535 do CPC, sob a alegação de omissão do v. aresto recorrido, bem como contrariedade pelo mesmo aos arts. 1.639, § 2º, 1.687, e 2.039, do CC/2002, ao não permitir a alteração do regime de bens, sob o fundamento de que o casamento teria se realizado na vigência da legislação civil anterior, bem como deu aos citados dispositivos interpretação diversa da que lhe fora atribuída pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na AC nº 700067099850.

Admitido o recurso pelo e. Tribunal de origem (fls. 107/108), subiram os autos a esta Corte Superior de Justiça.

A d. Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 115/117, opina pelo provimento do recurso especial, em parecer assim sumariado:

“CIVIL. FAMÍLIA. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. ‘Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.’ (Enunciado nº 260, III, Jornada de Direito Civil). PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO.”

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, como relatado, pretendem os recorrentes, em síntese, obter a mudança de regime de casamento (de comunhão parcial para separação total), alegando, para tanto, contrariedade aos arts. 535 do CPC, e 1.639, § 2º, 1.687 e 2.039, do CC/2002. Aduzem, ainda, a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Inicialmente, quanto à alínea *c* do permissivo constitucional, não verifico o necessário confronto analítico entre os arestos apontados como divergentes, restringindo-se os recorrentes à mera citação de ementa, pelo que, quanto a este aspecto, não conheço do Recurso Especial.

No que tange à alínea *a*, entretanto, o recurso procede. Com efeito, entenderam as instâncias ordinárias que o disposto no art. 2.039 do CC/2002 (“*O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071 de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido*”) constituiria óbice para a alteração do regime de bens adotado para os casamentos celebrados na vigência da legislação anterior (Código Civil de 1916), sendo esta a hipótese vertente, já que o matrimônio realizou-se em 1995, pleiteando-se a alteração de regime em fevereiro de 2003.

De fato, o d. Magistrado singular julgou improcedente o pedido, com base em exegese literal de sobredito comando legal, salientando, *verbis*:

“*O art. 2.039 do CC prescreve que ‘O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido’.*”

O sistema do novo Código, quanto ao regime de bens, principia por fixar regra absolutamente distinta da que existia para os casamentos celebrados sob a vigência do CC/16. Para os casamentos celebrados antes da vigência do novo Código, prevalece a regra do CC/1916. Para os casamentos que se celebrarão sob a égide do novo sistema, a regra é a do art. 1.639, § 1º, e mais o § 2º, ambos do CC (NERY, Nelson Júnior e NERY, Rosa Maria de Andrade, Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 657).

Assim, como o casamento foi celebrado em 28 de abril de 1995 (fls. 11), seu regime de bens permanece, não podendo ser alterado por decisão judicial.” (fls. 26/27) – grifei

O e. Tribunal *a quo*, por sua vez, acompanhando os fundamentos do r. *decisum* monocrático, registrou o seguinte, *verbis*:

“*(...) estabelece o art. 2.039 do Código Civil, em vigor, que ‘O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.’*”

Ora, como se pode inferir da leitura do mencionado dispositivo legal, se o casamento foi celebrado na vigência do ‘Codex’ revogado, ostenta-se manifestamente inadmissível a pretensão à mudança do regime matrimonial de bens (...).” (fl. 57) – grifei

Pois bem, consoante determinava o art. 230 do CC/1916 – norma inserida no Capítulo I (Disposições Gerais) do Título II (dos Efeitos Jurídicos do Casamento) –, o regime de bens, uma vez escolhido pelos nubentes, tornava-se irrevogável.

Neste sentido, ressalte-se que, mesmo à época, o rigor de aludida regra restou amenizado, mediante a previsão de exceções legais à inalterabilidade do regime de bens no curso do casamento (v. g., art. 7º, § 5º, da LICC, permitindo a adoção do regime de comunhão parcial de bens ao estrangeiro casado que se naturalizasse brasileiro; Súmula 377/STF, admitindo a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento selado pelo regime da separação de bens).

De qualquer forma, afora mencionados casos excepcionais, o regime de bens – conjunto de regras disciplinadoras das relações patrimoniais oriundas do casamento, mais precisamente relativas ao domínio e à administração de ambos ou de cada um dos cônjuges quanto aos bens trazidos ao casamento e aos adquiridos durante a união – era, até o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), irrevogável, durante a vigência do casamento (não se olvidando, por óbvio, a possibilidade de alteração do primitivo

regime de bens, após o advento da Lei nº 6.515/77, em se tratando de cônjuges que, previamente divorciados, procedessem a novo matrimônio).

Inovando a matéria, pois, a Lei nº 10.406/2002 dispôs, no seu art. 1.639, § 2º – também inserido nas Disposições Gerais referentes ao casamento –, ser “*admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros*”.

Por outro lado, editou-se, também, o art. 2.039, ora enfocado, localizado no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, o qual determinou, quanto ao regime de bens dos casamentos celebrados anteriormente à vigência do novo Estatuto, que se aplicassem as regras do antigo Código.

Pois bem, quanto à interpretação de aludida norma, verifica-se que parte dos doutrinadores pátrios, adotando orientação “literalista” ou “textualista” (tal como, *in casu*, procederam as d. instâncias ordinárias), pressupõe que a alteração do regime de bens, consoante previsto no § 2º do art. 1.639 do atual Código Civil, aplica-se tão-somente àqueles casamentos ocorridos após a entrada em vigor do novo Código. É dizer, nos precisos termos do art. 2.039 do CC/2002, a mudança incidental do regime de bens não alcança os casamentos ocorridos sob a égide da Lei nº 3.071/16 (Código Civil/1916), que, peremptoriamente, impedia tal alteração (art. 230).

A bem da verdade, tal posicionamento se fundamenta no respeito ao ato jurídico perfeito, princípio sufragado pelos arts. 5º, XXXVI, da CF/88, e 6º da LICC (Decreto-Lei nº 4.657/42). Sob esse prisma, pois, para os casamentos anteriores à nova lei civil, subsistiria o pacto relativo ao regime de bens como ato jurídico perfeito, por isso imutável, sobretudo diante da regra inserta no art. 2.039 do CC/2002.

Ademais, conforme tais doutrinadores, mencionado dispositivo, ao estabelecer que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do CC/1916 “é o por ele estabelecido”, estaria abrangendo tanto as regras específicas a cada um dos regimes matrimoniais de bens previstos no CC/1916 (ou seja, arts. 262 a 314, que tratam de aspectos peculiares aos regimes da comunhão universal e parcial, da separação de bens, do regime dotal e das doações antenupciais), quanto as normas gerais concernentes a todos os regimes de bens (é dizer, arts. 256 a 261, inseridos em Capítulo intitulado “Das Disposições Gerais”).

Conforme tal entendimento, pois, não só, por exemplo, o disposto no art. 263 do CC/1916 – regra específica que trata dos bens excluídos da comunhão, no casamento sob o pálio do regime de comunhão universal –, mas também o estabelecido no art. 259 – regra geral prevendo a responsabilidade do marido, na posse de bens particulares da mulher, como usufrutuário, para com ela e seus herdeiros, em se tratando de rendimento comum – seriam aplicáveis, mesmo após o advento do novo Código Civil, aos casamentos celebrados na vigência da legislação anterior.

A propósito da exegese “literalista” outorgada ao art. 2.039 do CC/2002, confirmam-se os ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

“*De grande repercussão a mudança introduzida pelo Código Civil de 2002, no § 2º do art. 1.639, com a seguinte redação: ‘É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.’*”

No Código revogado, a parte final do art. 230 impunha a irrevogabilidade, não se abrindo ensanchas para a alteração, embora motivos ponderáveis pudessem existir.

Por força da nova ordem, em tese é admitida a mudança, passando de qualquer regime para outro, mas desde que permitido, e não constem no Código vedações para a sua escolha, como as descritas nos incisos no art. 1.641 (art. 258 do Código de 1916), e que envolvem o casamento de pessoas que infringem as causas suspensivas, e de pessoas com mais de sessenta e cinco anos.

Em qualquer momento torna-se viável a mudança, não abrangendo os casamentos celebrados sob o Código de 1916, por força do art. 2.039 do Código.” (in “Direito de Família”, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 629) – grifei.

Por outro lado, nomes de relevo na doutrina pátria, ao interpretarem o art. 2.039 do CC/2002, não obstante a literalidade de seus termos, defendem a possibilidade de alteração convencional do regime de bens com relação aos casamentos ocorridos antes do novo Estatuto Civil, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, a teor do que dispõe o art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

Isso porque, segundo tal exegese, a uma, o art. 2.039 do CC/2002, ao dispor que o regime de bens quanto aos casamentos celebrados na vigência do CC/1916 “é o por ele estabelecido”, estaria determinando a incidência da legislação civil anterior exclusivamente no tocante às regras específicas a cada um dos regimes matrimoniais, consignadas, como assinalado, nos arts. 262 a 314, alusivas aos aspectos peculiares dos regimes da comunhão universal e parcial, e da separação de bens, do regime dotal e das doações antenupciais. Ao revés, as normas gerais concernentes aos interesses patrimoniais dos cônjuges na constância da sociedade conjugal, previstas nos arts. 1.639 a 1.652 da novel legislação civil, na medida em que contêm princípios norteadores dos diversos regimes particulares de bens, aplicar-se-iam imediatamente, alcançando tanto os casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, cujos regimes de bens encontram-se em curso de execução, como, por óbvio, os pactuados sob o CC/2002. Desta feita, o art. 1.639, § 2º, do CC/2002, abonador da alteração dos regimes de bens na vigência dos casamentos, constituindo-se em norma geral relativa aos direitos patrimoniais dos cônjuges, incidiria imediatamente, inclusive às sociedades conjugais formalizadas sob o pálio do CC/1916, afastando a vedação constante do art. 230 do CC/1916.

Ainda, e principalmente, consoante observam tais doutrinadores, a possibilidade de o art. 1.639, § 2º, do CC/2002, permissivo da mudança de regime de bens no curso do matrimônio, aplicar-se aos efeitos futuros de contratos de bens em plena vigência quando do respectivo advento, haja vista consistir, segundo frisado, em norma geral de efeito imediato, encontra-se determinada pelo próprio CC/2002 que, em seu art. 2.035 preconiza, explicitamente: “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

Ressalte-se, por fim, não haver que se confundir o denominado efeito imediato do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 (conquanto equiparado, segundo alguns autores, ao denominado efeito retroativo mínimo, mitigado ou temperado), preconizado de modo expresso pelo art. 2.035 do CC/2002, com retroatividade genérica das leis, vedada, em regra, pela Magna Carta em atenção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88). Deveras, *in casu*, a nova legislação a ser imediatamente aplicada não atingirá

fatos anteriores, nem, tampouco, os efeitos consumados de tais fatos; incidirá, por óbvio, nos fatos futuros à sua vigência, bem assim com relação tão-somente aos efeitos vindouros dos fatos, ainda que pretéritos, em pleno curso de execução quando de sua vigência, não se cogitando, pois, de retroatividade legal ofensiva aos ditames constitucionais, por inobservância a ato jurídico perfeito.

A propósito, lecionam, respectivamente, os mestres Rubens Limongi França e Arnold Wald, bem diferenciando os efeitos retroativo e imediato das leis, *verbis*:

“Conforme já se examinou em outra parte, segundo o mestre francês, ‘a base fundamental da ciência do conflito das leis, no tempo, é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato’, acrescentando, a seguir, que o primeiro ‘é a aplicação no passado’ e outro ‘aplicação no presente’.

A questão coloca-se sobretudo à face dos ‘facta pendentia’, pois com relação aos ‘facta praeterita’ sempre haveria retroatividade, ao passo que relativamente aos ‘facta futura’ não há retroatividade possível.

Ora, quanto aos primeiros, ‘é preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não poderia ser atingida sem retroatividade, e as partes posteriores, em relação às quais a lei nova, se se lhes deve aplicar, não terá senão um efeito imediato’.

Portanto, quando o Legislador declara que a lei em vigor ‘terá efeito imediato’, com isso determina que a lei nova, em princípio, se aplica tanto aos ‘facta futura’, como às ‘partes posteriores’ dos ‘facta pendentia’.” (in “A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido”, 6a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, p. 209)

“A doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei nova conseqüências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior.” (in “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 5a. ed., vol. I, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 82)

Ainda, com base no Direito Comparado, elucidativas as palavras, respectivamente, dos mestres franceses Planiol e Roubier, *verbis*:

“(…) a lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as ‘condições de legalidade de um ato’, seja para modificar ou suprimir os ‘efeitos de um direito já realizado’. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os ‘efeitos futuros’ de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa” (“(…) la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier lês ‘conditions de légalité d’un acte’, soit pour modifier ou supprimer lês ‘effets d’un droit déjà réalisés’. Hors de là il n’y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier lês ‘effets futurs’ de faits ou d’actes mêmes antérieurs, sans êtres rétroactive”). (“Traité Élémentaire de Droit Civil”, vol. I, 4a. ed., n° 243, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, p. 95)

“Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados (‘facta praeterita’), é ela retroativa, se pretende aplicar-se a situações em curso (‘facta pendentia’), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá senão efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer (‘facta futura’), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa” (“Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (‘facta praeterita’), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations em cours (‘facta pendentia’), il faudra établir une séparation entre les

parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les partis postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir ('facta futura'), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive'." ("Lê Droit Transitoire – Conflits des Lois dans le Temps", 2a. ed., n° 38, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177)

Destarte, consoante a orientação doutrinária ora em apreço, quanto aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, em curso quando da promulgação da nova disciplina jurídica civil, em razão da própria dinâmica do matrimônio, cujos efeitos, quanto ao regime de bens (contrato especial de Direito de Família de prestação contínua), não se exauriram sob a vigência deste, projetando-se, ao revés, sob a vigência do CC/2002, aplicam-se imediatamente as novas regras legais, perfazendo-se possível a alteração do regime patrimonial mediante decisão judicial.

Assim, *in casu*, tem-se que os bens adquiridos antes da prolação de decisão judicial que venha a alterar o regime de bens remanesçam sob os ditames do pacto de comunhão parcial anteriormente estabelecido: o novo regime de separação total de bens incidirá tão-somente sobre bens e negócios jurídicos adquiridos e contratados após a decisão judicial que autorizar, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, a modificação incidental do regime de bens.

Neste diapasão, indispensável a transcrição dos seguintes trechos da obra de Orlando Gomes, um dos primeiros expoentes do entendimento ora esposado:

"Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão?"

Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências. Assim é que a mudança somente deve ser autorizada se requerida por ambos os cônjuges, justificadamente. Seu acolhimento deverá depender de decisão judicial, verificando o juiz se o pedido foi manifestado livremente e se motivos plausíveis aconselham seu deferimento. Finalmente, só é de ser acolhido se não for feito com o propósito de prejudicar terceiros, cujos interesses, em qualquer hipótese, se ressalvam – para o que se deve exigir a publicidade necessária através da obrigação de transcrever a sentença no registro próprio. Protege-se, desse modo, o interesse de quem quer que tenha contra qualquer dos cônjuges um direito cujo título seja anterior ao registro *na mudança do regime*." (in "Direito de Família", 14a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 174)

Merecem relevo, ainda, respectivamente, as lições de Maria Helena Diniz e Caio Mário da Silva Pereira, que admitem, apresentando algumas nuances a respeito do tema, a alteração incidental de regime matrimonial de bens para os casamentos antigos:

"O art. 2.035 do novo Código Civil (norma geral) prescreve: 'A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes Documento: 557290 – Inteiro Teor do Acórdão – Site Certificado- DJ: 03/10/2005 Página 10 de 17 determinada forma de execução.' E acrescenta no parágrafo 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'.

Aquele mesmo diploma legal no art. 2.045 reza:

'Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de anteriores ao novo Código, que também se regem pelo Código Civil de 1916 (art. 2.045) e serão tidos como válidos se atendidos os pressupostos legais. O novo Código Civil não alcança os atos pretéritos iniciados e findos antes da data de seu início, mas tão-somente os futuros. E os contratos em curso de execução, como, p. ex., os pactos antenupciais, são regidos pela lei sob cuja vigência foram estabelecidos. Logo, o art. 2.039 (norma de direito intertemporal, de ordem pública e especial), é o aplicável ao regime matrimonial de bens, que, portanto, será imutável, se o casamento se deu sob a égide do Código de 1916, salvo as exceções admitidas pela jurisprudência, durante a sua vigência. Portanto, nada obsta a que se aplique o art. 1.639, § 2º, do novo Código, excepcionalmente, se o magistrado assim o entender, aplicando os arts. 4º e 5º da LICC, para sanar lacuna axiológica que, provavelmente, se instauraria por gerar uma situação em que se teria a não correspondência da norma do Código Civil de 1916 com os valores vigentes na sociedade, acarretando injustiça". (in "Curso de Direito Civil Brasileiro", 5º vol., 20a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, p. 164)

"Reporte-se, no entanto, ao art. 2.039 das 'Disposições Transitórias' ao determinar que o 'regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n° 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido'. Pela leitura literal desta regra legal, se o casamento for anterior ao novo Código, mantém-se, por exemplo, a exigência da outorga uxória para a alienação de bens prevista nos arts. 235 e 242 de 1916, apesar do art. 1.687 de 2002 dispensá-la, expressamente, no regime de separação convencional. Não se pode admitir a mudança do regime com o objetivo de violar as restrições relativas ao regime legal de separação, ou mesmo de prejudicar os herdeiros. Em princípio, devem ser preservados os atos anteriores praticados e respeitados os bens particulares.

Diante da rigidez deste princípio sugerimos que se dê uma interpretação adaptada à realidade dos cônjuges, permitindo-se, excepcionalmente a alteração, para que o novo regime atinja apenas os bens e negócios jurídicos que venham a ser adquiridos e contratados após a decisão judicial que autorizar a mudança. Para isto, deverá ser comprovado o patrimônio existente por ocasião da alteração do regime. A mudança do regime não poderá afastar os direitos sucessórios dos cônjuges." (in "Instituições de Direito Civil", vol. V, 14a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 192)

Acrescentem-se, por oportuno, as considerações de João Batista Villela, um dos maiores defensores da tese de revogabilidade do regime de bens que, em seu ensaio "*Regime de Bens no casamento. Revogabilidade e segurança de terceiros*" (in "Estudos de Direito Brasileiro e Alemão", Porto Alegre, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1985, pp. 123/133), analisa diversas legislações (Alemanha, Suíça, Espanha, França, Itália, Costa Rica e Bélgica), concluindo pela admissibilidade, em todas, da alteração no regime de bens, direcionando-se, como escopo, para a vontade maior do casal, resguardados, à evidência, direitos de terceiros.

A meu sentir, portanto, apresenta-se razoável, em última análise, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, não havendo que se falar em retroatividade do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, mas, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma com efeitos imediatos.

Ora, não entender no sentido da possibilidade de alteração incidental do regime de bens, ainda que celebrado o matrimônio sob o pálio do CC/1916, seria, a toda evidência, uma maneira de, olvidando-se a necessária interpretação legal teleológica, efetuada, nos moldes do art. 5º da LICC, em atenção aos “*fins sociais*” e às “*exigências do bem comum*”, incentivar a concretização da fraude, na medida em que estimular-se-ia os cônjuges a, com vistas à mudança de regime, divorciarem-se, para que, em se casando novamente, pudessem contratar o regime que melhor lhe aproovessem.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea *a* e lhe dou provimento para, admitindo a possibilidade de alteração do regime de bens, determinar às instâncias

ordinárias que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

É como voto.

CERTIDÃO

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

O processo foi adiado, por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de junho de 2005

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK
Secretária

IMOBILIÁRIO

COMISSÃO DE CORRETAGEM - NEGÓCIO JURÍDICO - COMPRA E VENDA - Não realização - SIMPLES aproximação - PAGAMENTO indevido

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
Apelação Cível - Sumário - n. 2004.011065-0/0000-00 - Dourados
Órgão julgador: 4a. Turma Cível
Fonte: DJ, 14.09.2005
Rel.: Des. Atapoã da Costa Feliz
Apelante: Karling Negócios Imobiliários Ltda.
Apelado: Marcelo Barbosa Coelho

AÇÃO DE COBRANÇA – COMISSÃO DE CORRETAGEM – CONTRATODE COMPRA E VENDA NÃO REALIZADO – OBRIGAÇÃO INDEVIDA.

A comissão de corretagem somente é devida quando houver a efetivação da venda, visto que não basta a mera aproximação das partes, por se tratar de contrato de resultado.

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 ao recurso. Unânime.

Campo Grande, 6 de setembro de 2005.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Inconformado com a sentença que julgou improdente o pedido feito na ação de cobrança ajuizada em face de Marcelo Barbosa Coelho, Karling Negócios Imobiliários Ltda. interpôs recurso de apelação.

Pede a reforma da sentença sob o argumento de que efetivamente vendeu o imóvel do apelado, razão pela qual faz jus ao recebimento da comissão de corretagem; que o contrato de compra e venda assinado pelo vendedor e comprador confirma o negócio; que o art. 725 do CC garante ao corretor de imóveis o direito de receber a comissão mesmo se houver arrependimento das partes.

Contra-razões pelo não-provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (Relator)

Consta dos autos que a recorrente ajuizou ação de

cobrança contra Marcelo Barbosa Coelho buscando o recebimento da comissão de corretagem em face da venda de imóvel a ele pertencente.

Ocorre que, apesar de a empresa autora ter juntado aos autos proposta de compra de imóvel por ela intermediado (f. 9) e o posterior contrato de compromisso de compra e venda, f. 10-2, certo é que a própria recorrente afirma que o negócio não se realizou em face da desistência do requerido.

Predomina na jurisprudência o entendimento de que para o direito à comissão de corretagem é necessária a conclusão efetiva do negócio imobiliário, qual seja, a venda do imóvel, o que não ocorreu neste caso.

Assim, se não houve a concretização do negócio, a corretora não faz jus à comissão de corretagem, visto que não basta a mera aproximação das partes, por se tratar de contrato de resultado.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu questão semelhante:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CORRETAGEM. COMISSÃO. NEGÓCIO NÃO REALIZADO. MERA APROXIMAÇÃO DAS PARTES.

O contrato de corretagem não impõe simples obrigação de meio, mas sim uma obrigação de resultado. Recurso não conhecido. (STJ - RECURSO ESPECIAL - Nº 208508 - SC - RIP: 199900241118 - REL. CESAR ASFOR ROCHA - QUARTA TURMA - J. 25/06/2002 - DJ. 11/11/2002).

Conclui-se, portanto, que não houve resultado útil, porquanto o contrato de promessa de compra e venda não foi confirmado pelas partes.

Outrossim, ainda que o contrato não tenha se formalizado por culpa do recorrido, não é suficiente para caracterizar sua obrigação pelo pagamento da comissão por corretagem.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte
NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO.
UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.
Relator, o Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs.
Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello
Leandro e Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Campo Grande, 6 de setembro de 2005.

INTIMAÇÃO VIA ELETRÔNICA - Internet - PRAZO para RECURSO - Inadmissibilidade

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial nº 713.012 – Df (2004/0181026-3)
Órgão julgador: 2a. Turma
Fonte: DJ, 12.09.2005, pág. 297
Rel.: Min. Eliana Calmon
Recorrente: Silvestre José da Rocha e outros
Recorrido: Distrito Federal
Recorrido: Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO DE APELAÇÃO – PRAZO – INTIMAÇÃO POR VIA ELETRÔNICA – INADMISSIBILIDADE.

1. Embora a jurisprudência do STJ venha prestigiando a publicação eletrônica, como no AgRg EREsp 492.461/MG, e sejam confiáveis as informações processuais veiculadas pela *internet*, elas não podem ser aceitas para fins de contagem do prazo recursal por absoluta falta de previsão legal.

2. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.”

Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 21 de junho de 2005 (Data do Julgamento)
MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: – Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que não conheceu de recurso de apelação por intempestividade. Afastou o Tribunal o argumento de que a perda do prazo decorreu de equívoco nos registros de andamento *processual* pela *internet* e concluiu que a prevalência está no Direito positivado nos arts. 242 e 506 do CPC, os quais evidenciam que o prazo recursal começa a fluir da data da publicação da sentença no órgão oficial. Também não acatou a alegação de que, havendo mais de um recorrente, tinham eles direito ao prazo em dobro para recorrer, o que só ocorreria na hipótese de terem advogados diferentes.

Apontam os recorrentes violação ao art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC, trazendo como acórdãos paradigmas julgados desta Corte, a saber:

PROCESSUAL – PRAZO – JUSTA CAUSA – INFORMAÇÕES PRESTADAS VIA INTERNET – ERRO – JUSTA CAUSA – DEVOLUÇÃO DE PRAZO – CPC, ART. 182.

– Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. Bem por isso, eventual erro nelas cometido constitui “evento imprevisível, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato.” Reputa-se, assim, justa causa (CPC, Art. 183, § 1º),

fazendo com que o juiz permita a prática do ato, no prazo que assinar. (Art. 183, § 2º). (RESP 390.561/PR, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 18/06/2002, DJ 26/08/2002, pág. 175)

APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. ADVOGADO RESIDENTE FORA DA SEDE DO PROCESSO. INFORMAÇÕES ERRÔNEAS ORIUNDAS DA SECRETARIA SOBRE A ÉPOCA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA, INCLUSIVE VIA SISTEMA DE COMPUTADOR.

É suscetível de ocasionar a suspensão do prazo o embaraço processual proveniente de informação equivocada prestada pela secretaria do juízo. Aplicação dos arts. 183 e par. 1. e 507 do CPC.

Recurso especial não conhecido. (RESP 49.456/DF, rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 25/10/1994, DJ 19/12/1994, pág. 35.321)

Sustentam, ainda que, após a implantação da informação computadorizada pelo Poder Judiciário, as partes acompanham o andamento do processo pela *internet* e, na hipótese de erro da serventia do juízo, o prazo para a prática do ato deve ser devolvido, em virtude de justa causa.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

Relatei.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): – Prequestionada, ainda que implicitamente, a tese e configurado o dissídio, passo ao exame do recurso, o qual encerra dois questionamentos distintos.

O primeiro situa-se em torno dos arts. 242 e 506 do CPC, devidamente prequestionados e interpretados literalmente pelo Tribunal, o qual não considera a *internet* como órgão oficial. Efetivamente, o CPC, mercê de suas mais recentes reformas, não contempla a intimação por via eletrônica.

No âmbito deste Tribunal, a jurisprudência da Corte Especial vem prestigiando a publicação eletrônica, mas não pôde avançar em relação aos prazos recursais por força de ausência de uma norma processual. Observe-se que o máximo a que se chegou foi aceitar como válida a publicação via *internet* para efeito de considerar-se publicada a decisão, embora sem servir de marco para contagem de prazo recursal. Refiro-me ao acórdão prolatado no AgRg nos Embargos de Divergência em REsp 492.461/MG, no qual se decidiu que o recurso interposto antes da publicação no órgão oficial, mas veiculada pela *internet*, é tempestivo. O acórdão ficou assim ementado:

PROCESSO CIVIL – RECURSO – TEMPESTIVIDADE – MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial.

2. Entendimento que é revisto nesta oportunidade, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico.

3. Alteração jurisprudencial que se amolda à modernização da sistemática da publicação via INTERNET.

4. Agravo regimental provido. (AgRg nos Embargos de Divergência em REsp 492.461/MG, relatora p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, maioria, julgado em 17/11/2004).

No específico caso dos autos, as informações processuais divulgadas eletronicamente avisavam que elas não serviam de fonte oficial para efeito de intimação. E essa é a praxe no TJDF, não sendo possível abrir mão da intimação oficial feita pelo Diário Oficial. Assim sendo, a conclusão a que se chega é a de que o recurso foi protocolado serodidamente em relação à publicação oficial.

Para que não se diga que o entendimento aqui exposto atropela parte da jurisprudência, registro que, na atualidade, as informações processuais merecem garantia de tal forma que a veiculação equivocada de um dado pode ensejar a repetição do ato processual.

Quanto a essa colocação, a jurisprudência da Corte apresenta-se em divergência, como passarei a demonstrar:

AFASTANDO A OCORRÊNCIA DE JUSTA CAUSA: PROCESSO CIVIL. PRAZO. INFORMAÇÕES VEICULADAS PELA INTERNET. JUSTA CAUSA (NÃO-OCORRÊNCIA).

1. Não configura justa causa para efeitos de renovação de prazo o conteúdo dos dados difundidos pela internet, porquanto têm natureza meramente informativa.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AG 632.672/RS, rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, unânime, julgado em 15/02/2005, DJ de 04/04/2005).

DIREITO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTESTAÇÃO. PRAZO. INTEMPESTIVIDADE. REVELIA. ERRO NA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS PELA INTERNET. PRECEDENTES. – O erro no sistema processual divulgado pelos Tribunais por meio eletrônico não constitui elemento hábil a afastar a intempestividade na realização de ato processual. Precedentes. Agravo no recurso especial desprovido. (AgRg no REsp 581768/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, julgado em 03/08/2004, DJ de 23/08/2004).

PROCESSUAL CIVIL. PRAZO. SISTEMA DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS PRESTADAS PELA INTERNET. CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DE INFORMAÇÃO DE JUNTADA DO MANDADO. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA.

1. As informações processuais prestadas por sítios eletrônicos da Justiça, ainda que se ressintam de credibilidade, não são dotadas de caráter oficial, amparado em Lei.

2. Não tendo havido erro ou equívoco na informação prestada, mas tão-somente demora em face das contingências da operacionalização da Justiça, não há que se falar em prejuízo à parte, que não adotou as medidas de cautela necessárias ao acompanhamento do processo pelos diversos meios disponíveis.

3. A inexistência do lançamento do andamento processual que indica a juntada do mandado de citação e penhora aos autos do processo não configura prejuízo à parte, a justificar a restituição de prazo para o oferecimento dos embargos do devedor, vez que, com a citação já se encontram presentes os subsídios suficientes ao oferecimento de defesa.

4. Recurso a que se nega provimento. (REsp 572.154/PR, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado em 06/05/2004, DJ de 14/06/2004).

PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. PRAZO. INTERNET.

I – As informações trazidas pela Internet têm natureza meramente informativa e não vinculativa, não podendo, pois, substituir a forma prevista em lei para contagem dos prazos processuais.

II – Recurso especial conhecido mas desprovido. (REsp 514.412/DF, rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, unânime, julgado em 02/10/2003, DJ de 09/12/2003).

CONSIDERANDO A EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA:

PROCESSUAL – PRAZO – JUSTA CAUSA – INFORMAÇÕES PRESTADAS VIA INTERNET – ERRO – JUSTA CAUSA – DEVOLUÇÃO DE PRAZO – CPC, ART. 182.

– Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. Bem por isso, eventual erro nelas cometido constitui “evento imprevisível, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato.”

Reputa-se, assim, justa causa (CPC, Art. 183, § 1º), fazendo com que o juiz permita a prática do ato, no prazo que assinar. (Art. 183, § 2º). (REsp 390.561/PR, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, julgado em 18/06/2002, DJ de 26/08/2002).

PROCESSO CIVIL – ACOMPANHAMENTO PROCESSUAL PELO SISTEMA DE INFORMATIZAÇÃO DO TRIBUNAL (INTERNET) – INFORMAÇÃO ERRÔNEA OU IMPRECISA, DE MODO A OBSTAR A PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL EM TEMPO – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE JUSTA CAUSA – ACOLHIMENTO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

– Se colocado à disposição o serviço de *internet* pelo Tribunal, deve ser prestado eficazmente, pois todos os jurisdicionados confiam nas informações prestadas. A propósito, a ilustre Ministra Eliana Calmon, em situação ocorrida neste Sodalício, elucidou que, “no momento em que há publicação das decisões pela internet, tendo criado o Tribunal, inclusive, a Revista Eletrônica, é um contra-senso falar em tempestividade recursal a partir da publicação pelo DJU”. Em outro passo, com a mesma ênfase, adverte a douta Ministra que “a demora na publicação das decisões, via Imprensa Oficial, não coloca o Judiciário em condições de cobrar dos causídicos o acompanhamento das lides pelo Diário Oficial” (cf. Ag. Reg. Nos Emb. Decl. no REsp 262.316-PR, DJ 7/10/2002).

– As informações que foram apresentadas de modo incorreto ou impreciso pelo serviço de informatização, configuram justa causa a autorizar que a parte prejudicada pratique o ato que deixou de efetivar quando induzida em erro. Precedentes da 1ª e 4ª Turmas desta Corte Superior de Justiça. – Recurso especial conhecido e provido. (REsp 557.103/MG, rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, unânime, julgado em 01/04/2004, DJ de 09/08/2004).

PROCESSUAL CIVIL. CONTAGEM DE PRAZO PARA CONTESTAÇÃO. SERVIÇO OFICIAL DE INFORMÁTICA. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA.

É justificável o equívoco cometido pela parte fora do prazo regular se a tanto foi induzida por informação errada ou imprecisa obtida no serviço oficial de informações posto à disposição das partes e dos seus advogados pelo próprio Poder Judiciário.

Todavia, na espécie, não houve informação equivocada quanto à data de juntada do mandado, porém mera omissão.

Ademais, a juntada do cumprimento do mandado é ato que independe de intimação, sendo desimportante para início do prazo da contestação a ciência da parte quanto a esse ato em particular e, por conseguinte, não constituindo justa causa eventual informação equivocada.

Recurso não conhecido. (REsp 538.642/RS, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, unânime, julgado em 09/09/2003, DJ de 28/10/2003).

Entendo que as decisões que mais se adéquam ao seu tempo são as que consideram as publicações eletrônicas como oficiais e confiáveis, como bem proclamou o Ministro Humberto

Gomes de Barros, no primeiro dos precedentes da Corte, em prestígio à publicação eletrônica, quando deixou registrado na ementa já transcrita do REsp 390.561/PR:

Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança.

Ora, se o Tribunal dispõe do serviço de publicação pela *internet*, é um contra-senso não aceitar os registros ali contidos. A modernidade e a velocidade das práticas provocadas pela tecnologia não podem dificultar a vida dos jurisdicionados, ou criar neles a incerteza de buscarem sempre a confirmação do que está na publicação eletrônica pelo Diário Oficial.

Esta tese que pretendeu o recorrente fazer valer, nada tem a ver com publicação eletrônica para efeito de intimação, pois não está autorizada pelo CPC tal prática que inexistiu até mesmo no STJ, cuja informática está bem avançada.

Na hipótese dos autos, com mais razão ainda, não se pode considerar as informações eletrônicas para efeito de intimação, pois consta na *internet* o aviso seguinte:

Estes serviços não dispensam o uso dos instrumentos oficiais de comunicação para produção dos efeitos legais.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.”

Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de junho de 2005

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

PENAL - PROCESSO PENAL

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO-LIBERAÇÃO DA VÍTIMA - Anterior ao RECEBIMENTO do DINHEIRO - Expectativa de êxito - DELAÇÃO PREMIADA - Não configuração

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial nº 223.364 – PR (1999/0062805-5)

Órgão julgador: 6a. Turma

Fonte: DJ, 22.08.2005, pág. 349

Rel.: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: (...)

Recorrente: (...)

Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DELAÇÃO PREMIADA. RECURSO DO ÓRGÃO MINISTERIAL PROVIDO. RECURSO DOS RÉU PREJUDICADO.

1. A liberação da vítima após configurada a expectativa de êxito da prática delituosa – recebimento do dinheiro –, ainda que nenhuma outra violência tenha sido praticada contra ela, não se mostra como uma conduta própria a autorizar a benesse legal inserta no artigo 159, § 4º, do CP.

2. “A regra do § 4º do artigo 159 do Código Penal, acrescentada pela Lei nº 8.072/90, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a liberação do seqüestrado” (STF, HC 69.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ05/06/1992).

3. Recurso especial do Ministério Público provido, restabelecendo a sentença, nesse particular. Recurso dos réus prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso do Ministério Público e julgar prejudicado o recurso dos réus. Votaram com o Relator os Srs. Ministros NILSON NAVES, HAMILTON CARVALHIDO, PAULO GALLOTTI e PAULO MEDINA. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PAULO GALLOTTI.

Brasília (DF), 30 de junho de 2005 (Data do Julgamento)
MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):

Trata-se de recursos especiais interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ e pelos réus (...) e sua mulher (...), com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal e artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, respectivamente, contra acórdão do e. Tribunal de Alçada Criminal daquele Estado, que, dando parcial provimento ao apelo defensivo, reduziu-lhes a reprimenda de oito anos para cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicial semi-aberto, pela prática de extorsão mediante seqüestro, reconhecendo a redução de um terço, para ambos, referente a “delação premiada”. O Ministério Público alega violação do artigo 159, § 4º, do CP, pois não estaria caracterizada a hipótese de redução, bem como aponta divergência jurisprudencial do acórdão objurgado com precedente do STF, e pugna pelo restabelecimento da pena fixada na sentença. Os réus alegam violação do artigo 159, § 4º, do CP e pugnam pela redução em dois terços, pela fixação do regime aberto e pelo reconhecimento de prescrição. Contra-razões apresentadas pelos réus (fls. 358/361). Contra-razões apresentadas pelo MP (fls. 363/370). Admissibilidade positiva na origem (fls. 372/376). O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso do MP e por estar prejudicado o recurso dos réus (fls. 381/387).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):

1. Matéria devidamente pré-examinada pelo Tribunal *a quo*, afastando o óbice da Súmula 282 do STF. O recorrente realizou, também, satisfatoriamente o cotejo entre os acórdãos com o confronto analítico dos julgados, utilizando como paradigma acórdão do STF, razão pela qual a admissibilidade do recurso do órgão ministerial é positiva.

2. É da letra do artigo 159 do CP:

“Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena – reclusão, de 8 a 15 anos.

(...)

§ 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a liberação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

3. De seu turno, colhe-se do acórdão recorrido (fls. 303/304):

“ (...) ao se dirigir ao local onde deveria buscar o dinheiro, segundo fora combinado, o varão já havia deixado o menor livre no pátio do supermercado, para telefonar ao pai ou tomar o ônibus para casa. Tanto assim, que não tinha em sua companhia, ao ser ali preso, nem os policiais o encontraram na casa dos apelantes, quando, em seguida, lá prenderam a mulher. Ainda que não se esteja em face de uma iniciativa de denuncia do crime a autoridade pelo co-agente dissidente, como enuncia o dispositivo em tela, a atitude deve ser interpretada em mérito dos apelantes, porque concorre para abrandar o conceito do elemento subjetivo do crime, correspondendo, na forma do invocado precedente, a uma renúncia objetiva e eficaz às conseqüências mais funestas do grave empreendimento, não raras no crime em espécie. A liberação do seqüestrado, ileso, pelo agente, voluntariamente e anteriormente à obtenção da própria vantagem material, é o fato mais relevante, constituindo conduta que não pode ser minimizada quando em comparação com aquela outra, de um comparsa que faz delação à polícia, de tal modo só facilitando liberação do seqüestrado. Deve ser estimulada, como é do propósito implícito na lei.”

5. Júlio Fabbrini Mirabete ensina:

“(…) Com o intuito de obter maiores facilidades no esclarecimento do delito em foco, que passou a ter incidência elevadíssima nos últimos tempos em alguns Estados da Federação, o legislador passou a acenar com uma redução expressiva da pena, de caráter obrigatório, para aquele que participa do ilícito, tenha agido como membro de quadrilha ou bando ou apenas em concurso de agentes. Para obtê-la, o agente deve, por iniciativa própria ou quando argüido pela

autoridade, prestar informações que, em concreto, facilitem a liberação do seqüestrado. A simples confissão da prática do delito, ainda que com a denúncia dos demais co-autores ou partícipes, sem tal efeito, pode ser considerada apenas como atenuante genérica (arts. 65, III, d e 66 do CP).” (in Manual de Direito Penal, Parte Especial, Ed. Atlas, 2004, págs. 259/260)

6. Nesse diapasão, não se vê caracterizada, na espécie, hipótese da “delação premiada”, isso porque, a liberação da vítima após configurada a expectativa de êxito da prática delituosa – recebimento do preço do resgate –, ainda que nenhuma outra violência tenha sido praticada contra ela, não se revela conduta própria a autorizar a benesse legal.

“A regra do § 4º do artigo 159 do Código Penal, acrescentada pela Lei nº 8.072/90, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a liberação do seqüestrado” (STF, HC 69.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 05/06/1992)

7. Lado outro, não há falar em prescrição da pretensão punitiva, pois o lapso temporal ocorrido entre a última causa interruptiva – sentença condenatória recorrível, datada de 13/11/97 – e a presente data não supera os doze anos previstos no artigo 109, III, do CP.

8. Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso do órgão ministerial para afastar a redução da pena referente à “delação premiada”, restabelecendo a sentença, nesse particular, e julgo prejudicado o recurso dos réus.

É como voto.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do Ministério Público e julgou prejudicado o recurso dos réus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 30 de junho de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DESANTANA
Secretário

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

**TRABALHADOR DOMÉSTICO -
CONTRIBUIÇÃO INSS - TOMADOR DE SERVIÇOS -
Encargo - RECOLHIMENTO - AUSÊNCIA DE VÍNCULO
DE EMPREGO - Desnecessidade**

Tribunal Regional do Trabalho 2a. Região

Recurso Ordinário nº 02603.2002.431.02.00-6

Órgão julgador: 9a. Turma

Fonte: DJ, 02.09.2005

Rel.: Juiz José Carlos Fogaça

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorridos: Denise Lucia da Silva Moraes e Ana Lúcia

Domingues

DOMÉSTICO. CONTRIBUIÇÃO AO INSS. O tomador de trabalho doméstico não tem o encargo de recolher a contribuição, em favor da previdência social, em razão de serviço prestado sem vínculo de emprego. O acordo homologado em juízo não altera a sua responsabilidade,

porquanto não equiparado a empregador ou empresa. Inteligência dos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 195 do Decreto nº 3.048/99.

Irresignado com ar. Sentença de fls. 18 que homologou acordo entre as partes (fls. 10/11), interpõe o INSS recurso ordinário pelos fundamentos de fls. 23/25. Sustenta o recorrente, em síntese, que a r. Sentença deve ser reformada para determinar a cobrança das contribuições previdenciárias cabíveis sobre o total do valor acordado nos moldes do art. 43, parágrafo único, da Lei 8.212/91 c/c § 3º, do art. 276 do Decreto 3.048/99. Assevera que o acordo entabulado entre as partes constitui flagrante indício de evasão fiscal. Argumenta que as verbas postuladas na prefacial dizem respeito ao pagamento de parcelas salariais remuneratórias. Propugna pela reforma do julgado nos termos das razões de recurso.

Contra-razões inexistentes.

O D. Membro do Ministério Público, através da manifestação de fls. 30/31, opina pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso por presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Sem razão o apelo.

Trata o presente recurso da incidência da contribuição previdenciária sobre o valor de acordo firmado entre pessoa física prestadora de serviço, sem relação de emprego e tomador de serviço doméstico.

É despicando argumentar que o valor decorrente de trabalho resulta em indispensável recolhimento de contribuição em favor da Previdência Social, independentemente da formação de relação de emprego através de acordo judicial, quando prestado a empresas e equiparados.

Inaplicável, *in casu*, o disposto no inciso I, do parágrafo único, do artigo 195 do Decreto nº 3.048/99, o qual trata da contribuição obrigatória da empresa, incidente sobre o valor do trabalho prestado, com ou sem vínculo de emprego, *in verbis*:

“Parágrafo único: Constituem contribuições sociais:

I – as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados e demais pessoas físicas a seu serviço, mesmo sem vínculo empregatício.”

De igual forma o inciso II, da mesma norma, impõe apenas ao empregador doméstico a obrigação de recolher a contribuição do INSS sobre o salário de contribuição do trabalhador doméstico, obviamente em havendo relação de emprego, *in verbis*:

“II – as dos empregadores domésticos incidentes sobre o salário de contribuição dos empregados domésticos a seus serviços.”

A *contrario sensu*, o tomador de serviço doméstico não detém a obrigação de recolher INSS sobre o valor pago a autônomo ou eventual, pois não detém a natureza jurídica de empresa ou empregador doméstico. A celebração de acordo, sem vínculo de emprego com faxineira, jardineiro ou outros prestadores de serviços domésticos, não gera a obrigação de recolher contribuição em favor do INSS, como pretendido no apelo.

Nego provimento.

Do exposto, nego provimento ao recurso ordinário do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, tudo nos termos da fundamentação.

JOSÉ CARLOS FOGAÇA

JUIZ RELATOR

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

LICITAÇÃO-PROCESSO ADMINISTRATIVO- PRAZO - Cômputo - TERMO INICIAL - Vista dos AUTOS

Supremo Tribunal Federal

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.546-6

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJ, 07.10.2005, pág. 27

Rel.: Min. Cezar Peluso

Recorrente: Sistema Canguçu de Comunicação Ltda.

Recorrida: União Federal

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. Recurso. Prazo. Dias úteis. Cômputo. Termo inicial. Licitação. Inabilitação. Aviso. Comunicação do dia em que estaria franqueada vista dos autos.

Exclusão dessa data. Inclusão do dia de vencimento. Recurso protocolado no último dia. Tempestividade reconhecida. Direito líquido e certo da impetrante. Concessão da segurança. Provimento ao recurso para esse fim. Inteligência dos arts. 109 e 110 da Lei nº 8.666/93. Nos procedimentos de licitação, o prazo recursal, que de regra é de 5 (cinco) dias, sempre úteis, se inicia apenas na data em que seja franqueada vista dos autos aos interessados, mas excluindo-se esse dia e incluindo-se o do vencimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Não participaram deste julgamento os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e EROS GRAU.

Brasília, 20 de setembro de 2005.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator):

1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Sistema Canguçu de Comunicação Ltda. contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, para manter-lhe a inabilitação na Concorrência Pública nº 021/97, promovida pelo Ministério das Comunicações, reconheceu a intempestividade do recurso administrativo que manejou a ora recorrente, nos exatos termos da decisão da autoridade (fls. 176-178).

2. Alega a recorrente, em síntese, que, após a fase de habilitação e proclamado seu resultado, a vista dos autos para interposição de recursos só foi franqueada a partir do dia 13 de outubro de 1998 (terça-feira). Daí que seu recurso, apresentado na terça-feira seguinte, 20 de outubro, seria tempestivo, porque o prazo legal de interposição é de 5 (cinco) dias úteis, de cuja contagem exclui-se o dia do início e computa-se o do vencimento, RMS 23.546 / DF consoante dispõem a Lei de Licitações (nº 8.666/93) e o Edital da Concorrência. A União apresentou contra-razões (fls. 217/221). A PGR é pelo provimento do recurso (226/231).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator):

1. Consistente o recurso. É coisa incontestável que, nos precisos termos dos arts. 109 e 110 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para contagem do prazo recursal, que de regra é de 5 (cinco) dias, sempre úteis, se exclui o dia do início e inclui-se o do vencimento, salvo quando em contrário disponha a lei. Tampouco há dúvida de que, nos procedimentos de licitação, nenhum prazo, seja de recurso, representação, ou pedido de reconsideração, se inicia nem corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado. Confira-se (fls. 85):

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I – recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

(...)

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado”.

(...)

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.” (Grifos nossos).

A doutrina justifica a diferença de tratamento em relação aos prazos do direito processual:

“Contrariamente ao que ocorre no direito processual, o prazo somente correrá em dias úteis e em que os autos do procedimento administrativo estejam à disposição do interessado. Justifica-se a diferenciação, porque o particular não tem direito de retirar os documentos e os autos das instalações do órgão administrativo, diversamente do que se passa (em regra) com os prazos judiciais. O particular deve comparecer às instalações do órgão público para manusear, examinar e efetivar anotações do processado. Se o prazo corresse durante dias inúteis, o particular seria prejudicado. Deve-se interpretar como dia útil aquele em que existiria expediente no órgão administrativo.” (MARÇAL JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10a. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 624).

Ora, é fato incontroverso que, do Aviso de desclassificação, publicado no dia 1º de outubro, constou, *expressis verbis*, que os autos do processo só estariam com

vista franqueada a partir do dia 13 de outubro, terça-feira, na Secretaria da Comissão Especial, iniciando-se nessa data a contagem dos prazos para eventuais recursos (fls. 69 verso). De modo que, se o termo legal de início do prazo há de ser sempre dia útil, porque, *ex vi* do art. 109, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1983, nenhum prazo se inicia sem que esteja franqueada vista dos autos, o *dies a quo* só podia ser 13 de outubro, terça-feira, desde quando se cumpria a condição da lei para desencadear-se a contagem. Donde, excluindo-se esse dia, que era só de início do prazo, este compreendeu os dias úteis subsequentes, que foram 14 (quarta), 15 (quinta), 16 (sexta), 19 (segunda) e 20 (terça), RMS 23.546/DF incluindo este, que foi o de vencimento, quando protocolado, a tempo e a hora, o recurso (fls. 70). Tendo-o por intempestivo, o ato da autoridade feriu direito líquido e certo da recorrente.

2. Do exposto, dou provimento ao recurso, para determinar seja conhecido e julgado o recurso administrativo da impetrante.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Não participaram deste julgamento os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. 1a. Turma, 20.09.2005.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Ricardo Dias Duarte

Coordenador

TRIBUTÁRIO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ADMINISTRADOR - AUTÔNOMO - COMPENSAÇÃO - EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES - LEGITIMIDADE DA UNIÃO - PÓLO PASSIVO

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial nº 374.677

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DJ, 10.10.2005, pág. 276

Rel.: Min. Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrente: Amália Mattana - Microempresa e Outros

Recorrido: os mesmos

Interes.: Fazenda Nacional

EMENTA

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF – LEIS 7.787/89 (ART. 3º, I) E 8.212/91 (ART. 22, I) – COMPENSAÇÃO – EMPRESAS OPTANTES PELO “SIMPLES” – ART. 17 DA LEI 9.317/96 – LEGITIMIDADE DA UNIÃO – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO E REMESSA DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO.

– Nas ações que visam a compensação de valores indevidamente recolhidos por empresas optantes pelo “SIMPLES” a título de contribuição previdenciária sobre a remuneração de

trabalhadores autônomos, administradores e avulsos, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, dos arts. 3º, I, da Lei 7.787/89 e 22, I, da Lei 8.212/91, há litisconsórcio passivo necessário entre a União e o INSS.

– Nos termos do art. 47 c/c 472, ambos do CPC, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. – Recurso especial das empresas conhecido e parcialmente provido, apenas para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que profira novo julgamento, com a consequente inclusão da União (Fazenda Nacional) no pólo passivo da relação processual.

– Recurso especial do INSS prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso das empresas e julgar prejudicado o recurso do INSS. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Brasília (DF), 1º de setembro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS:

Trata-se de recursos especiais interpostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL e AMÁLIA MATTANA – MICROEMPRESA E OUTROS, o primeiro com fundamento nas alíneas *a* e *c* e o segundo fundado apenas na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim resumido (fls.296), *verbis*:

“*PRO LABORE*. LEIS 7.787/89 E 8.212/91. COMPENSAÇÃO. SIMPLES. CORREÇÃO MONETÁRIA.”

1 – Ilegitimidade passiva da União.

2 – A contribuição incidente sobre o *pro labore* não comporta, por sua natureza, a transferência de encargo financeiro, sendo inaplicáveis as modificações impostas pelas Leis nºs 9.032/95 no par. 1º do art. 89 da Lei 8.212/91.

4 – Correção monetária pelos os índices da OTN, do BTN, do INPC, este no período de março a dezembro de 1991, da UFIR e do IPC (Súmula 37 deste TRF). Aplicação da SELIC, a partir de 1º.01.1996, substituindo a indexação monetária.”

Alega o INSS violação ao art. 66, § 1º, da Lei 8.383/91. Aduz, em síntese, que as contribuições sobre o “*pro labore*” não podem ser compensadas com a contribuição ao SIMPLES, haja vista que, segundo entende, são tributos de espécies distintas. Aponta divergência jurisprudencial com julgados de outros tribunais. Já as empresas, alegam, preliminarmente, violação aos arts.119 do CTN e 17 da Lei nº 9.317/96, ao fundamento de que a declaração judicial proferida nesta ação deve ser oponível também a União, haja vista sua competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária em comento. No mérito, alegam que têm direito adquirido à compensação, sem qualquer limitação, tendo em vista que o recolhimento indevido ocorreu antes da entrada em vigor das Leis 9.032/95 e 9.129/95. Pleiteiam ainda que a compensação se dê inclusive sobre os valores relativos aos segurados obrigatórios, assim como em relação às parcelas vencidas. Não foram apresentadas contra-razões. Admitidos os apelos, subiram os autos a esta eg. Corte, onde vieram a mim conclusos. Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de questão atinente à compensação de valores indevidamente recolhidos por empresas optantes pelo “SIMPLES” a título de Contribuição Previdenciária sobre a remuneração paga a trabalhadores avulsos, autônomos e administradores, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, dos arts. 3º, I, da Lei 7.787/89 e 22, I, da Lei 8.212/91. O v. acórdão recorrido declarou a ilegitimidade passiva da União e reconheceu o direito das empresas à compensação pleiteada. Em seu recurso especial (fls. 311/328), as empresas alegam, preliminarmente, violação aos arts. 119 do CTN e 17 da Lei nº 9.317/96, ao fundamento de que, não há porque excluir a União da relação processual, haja vista que a declaração judicial deverá lhe ser impositiva, ante sua competência para exigir o cumprimento de referida obrigação tributária. Tenho que lhes assiste razão. Com efeito, o art. 17 da Lei nº 9.317/96, prescreve que:

“Competem à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES.” Ora, a pretensão trazida na petição inicial consiste em obter declaração judicial que permita às empresas

compensarem tributos indevidamente recolhidos, com valores exigíveis pela Secretaria da Receita Federal. Patente, portanto, a legitimidade da União (Fazenda Nacional). Nesse sentido:

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – COMPENSAÇÃO SIMPLES (LEI Nº 9.317/96) – LEGITIMIDADE – UNIÃO – PRESCRIÇÃO – TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO AO CONTRIBUINTE DE FATO – CORREÇÃO MONETÁRIA – LIMITAÇÃO – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL— LEIS Nºs 9.032/95 E 9.129/95.

Conforme prevê o artigo 17 da Lei nº 9.317/96, compete à Receita Federal realizar as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação do SIMPLES, sendo a União parte legítima para integrar o pólo passivo das ações que visam a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária com valores devidos a título de SIMPLES. (...) (REsp 244.418/PR, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.03.2000, DJ 12.06.2000 p. 81)

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. LIMITES PERCENTUAIS À COMPENSAÇÃO. INAPLICABILIDADE. RESSALVADO PONTO DE VISTA DO RELATOR. RESTRIÇÃO AOS TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DA MESMA ESPÉCIE. (...)”

3. Competindo “à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES” (art. 17 da Lei 9.317/96), e pretendendo a autora proceder à compensação com parcelas cujo recolhimento se faz por meio de DARF, deve à União ser oponível a sentença proferida nesta ação, razão pela qual é devida sua inclusão no pólo passivo (...)”

6. Recurso especial da autora parcialmente provido.

7. Recurso especial adesivo do INSS improvido.

(REsp 392.509/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.12.2003, DJ 16.02.2004 p. 205)

Incidem, no particular, os arts. 47 e 472, ambos do CPC, *verbis*:

“Art. 47. Há *litisconsórcio necessário*, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os *litisconsortes* no processo. (grifo nosso)

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros...”

Assim, conheço do recurso das empresas e lhe dou parcial provimento, apenas para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que proceda novo julgamento, com a inclusão da União no pólo passivo da relação processual, e julgo prejudicado o recurso especial do INSS.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso das empresas e julgou prejudicado o recurso do INSS, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 01 de setembro de 2005

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

ACIDENTE DE TRÂNSITO - Cruzamento de VIA PREFERENCIAL sem a devida cautela - Comprovação de CULPA - DANO MATERIAL - INDENIZAÇÃO devida

Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Inobservância do dever de cautela ao adentrar em via preferencial. Culpa caracterizada. Indenização devida. Compatibilidade do orçamento com as avarias. 1. O condutor de veículo automotor ao cruzar via preferencial deve aguardar a passagem dos veículos prioritários, agindo com culpa aquele que não observa os cuidados necessários e abalroa veículo que trafega em condições normais. 2. Configurada a culpa, impõe-se o dever de indenizar os danos causados, nos termos dos artigos 186 e 927 do código civil. 3. O valor da indenização deve guardar correlação com o menor, e o mais compatível com as avarias, dos orçamentos apresentados. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20050710031746 - 2a. T. Recursal dos Juizados Especiais Cív. e Crim. - Ac. unân. - Rel: Juiz César Laboissiere Loyola - j. em 24.08.2005 - Fonte: DJ, 28.09.2005).

ADOÇÃO - Requisitos legais - Necessidade de CADASTRO PRÉVIO perante o JUÍZO - ART. 50/ECA

ECA - Pedido de adoção - Adotantes sem cadastro prévio perante o juízo - Indeferimento de guarda provisória com busca e apreensão da criança - Insurgência - Ausência de dano irreparável ou de difícil reparação. Para garantia da lisura, legalidade e imparcialidade do procedimento de adoção, e de rigor a fiel observância da sistemática imposto pelo art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente se deferindo a adoção a pessoas previamente cadastradas e habilitadas. Salvo em hipóteses excepcionais, analisáveis em cada caso concreto, a adoção exige, também, obediência a cronologia na ordem do cadastro de adotantes. A convivência dos adotantes com a criança adotanda, sem prévio cadastro, autorizada pelos pais biológicos mediante simples termo de declaração, não pode prosperar, uma vez desrespeitados os requisitos legais para a adoção. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1748838 - Comarca de Goioerê - 7a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juiz Espedito Reis do Amaral - conv. - j. em 13.09.2005 - Fonte: DJPR, 20.09.2005).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Espedito Reis do Amaral, a seguinte lição: “Apesar de louvável a atitude de acolher uma criança no seio familiar, os meios não justificam a burla ao sistema. Ressalte-se que os agravantes somente ingressaram com o pedido de adoção depois de três meses da guarda de fato, desrespeitando expressas disposições legais. A observância do cadastro no juízo é requisito essencial para a adoção (art. 50 do ECA), a fim de garantir a lisura, a legalidade e a imparcialidade de todo o procedimento, somente podendo ser deferida a adoção à pessoas previamente cadastradas e habilitadas. (...) Outrossim, pela informação prestada

pelo juízo, foi deferida, depois da concordância do representante do Ministério Público, a guarda provisória da criança a casal que se encontrava na ordem preferencial do cadastro de adoção. Em suma, embora essas considerações sejam pertinentes ao mérito do pedido de adoção, a respeito do qual o magistrado singular pode decidir de acordo com o seu livre convencimento, observa-se que a decisão agravada resguardou o interesse da criança, porquanto a mantém abrigada até a definição acerca da viabilidade do pedido de adoção formulado pelos agravantes e, pois, não ocasiona o aventado risco de dano irreparável ou de difícil reparação.”

CONTRATO BANCÁRIO - Aplicação do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 297/STJ

Contrato bancário - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Súmula nº 297 do STJ - Multa contratual - Limite. Consolidando o entendimento no sentido de que as relações existentes entre os clientes e as instituições financeiras apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo, editou o colendo Superior Tribunal de Justiça a Súmula nº 297, *verbis*: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Neste caso, a multa contratual por inadimplemento de obrigação no seu termo não poderá ser superior a dois por cento do valor da prestação (artigo 52, § 1º, da Lei nº 8.078/90, com redação determinada pela Lei nº 9.298/96). (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.03.058439-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 8a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Duarte de Paula - j. em 05.05.2005 - Fonte: DJMG, 01.09.2005).

CONTRATO de CHEQUE ESPECIAL - CLÁUSULA que permite DESCONTO em CONTA CORRENTE - Possibilidade - Manifestação expressa da VONTADE das partes

Comercial - Bancário - Contrato de cheque-especial celebrado por servidor público - Descontos em conta corrente - Autorização dada à instituição financeira - Ato de disposição de vontade - Legalidade. 1. Não há qualquer ilegalidade na cláusula contratual que permite o desconto em conta corrente de parcelas atinentes a empréstimo bancário (cheque-especial), eis que não resulta da vontade unilateral do banco, mas sim de manifestação expressa das partes, por ocasião da celebração do contrato de mútuo; 2. Recurso conhecido e improvido. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20040111058747 - 4a. T. Cív. - Ac. unân - Rel: Des. Humberto Adjuto Ulhôa - j. em 12.09.2005 - Fonte: DJ, 06.10.2005).

EXECUÇÃO de ALIMENTOS - PAGAMENTO das três últimas prestações - Prestações vencidas no curso da EXECUÇÃO - Possibilidade de PRISÃO CIVIL

Habeas corpus - Prisão civil - Alimentos - Inadimplemento - Prestações vencidas durante

processo de execução - Legitimidade - Denegação. 1 - A pena de prisão por dívida alimentar tem como pressuposto a atualidade do débito, de sorte que restrita a constrição como meio de coagir à quitação de prestações pretéritas inadimplidas, desde que referentes às três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento do processo executivo e as que se vencerem no *iter processual*, como acontece no presente caso. 2 - O pagamento das três últimas prestações, com o inadimplemento daquelas vencidas no curso da execução não afasta a possibilidade de adotar-se a medida extrema. 3 - Precedentes (HC 35.105/SC, Rel. Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, DJU de 23.08.2004, RHC 14.451/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJU de 05.04.2004 e RHC N° 17.058/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJU de 21.03.2005). 4 - Ordem denegada. (STJ - Rec. Especial n. 37727 - São Paulo - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Jorge Scartezini - j. em 02.06.2005 - Fonte: DJ, 20.06.2005).

EXECUÇÃO de TÍTULO EXTRAJUDICIAL - FIRMA individual - NOTA PROMISSÓRIA firmada por FUNCIONÁRIO - Ausência de poderes dele - Impossibilidade da JUNTADA do CONTRATO SOCIAL

Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Nota promissória firmada por funcionário. Demonstrado que o título executivo extrajudicial foi firmado por funcionário, sem poderes para tal, em se tratando de firma individual representada por única sócia, não há que falar em diligência para juntada de contrato social, até porque o mesmo não existe. Correta a decisão que acolheu a exceção de pré-executividade. Apelo improvido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70012666822 - Comarca de Porto Alegre - 16a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Desa. Helena Ruppenthal Cunha - j. em 28.09.2005, Fonte: DJRS, 04.10.2005).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Direito do FILHO pleitear a ALTERAÇÃO do REGISTRO é imprescritível

Direito civil. Investigação de paternidade. Prescrição. Arts. 178, § 9º, VI, e 362, do Código Civil. Orientação da segunda seção. É imprescritível o direito de o filho, mesmo já tendo atingido a maioridade, investigar a paternidade e pleitear a alteração do registro, não se aplicando, no caso, o prazo de quatro anos, sendo, pois, desinfluentes as regras dos artigos 178, § 9º, VI, e 362 do Código Civil então vigente. Precedentes. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 466783 - Rio Grande do Sul - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Castro Filho - j. em 19.04.2005 - Fonte: DJ, 23.05.2005).

PROTESTO indevido - EMPRESA de FACTORING que adquire títulos em razão de FOMENTO MERCANTIL - LEGITIMIDADE PASSIVA

Apelação cível. Anulatória de duplicatas. Empresa de *factoring*. Legitimidade passiva. Duplicatas sem causa. Confissão emitente. Nulidade dos títulos. Responsabilidade do emitente e da empresa de *factoring*. Honorários advocatícios. Modificação. Fixação com base no art. 20, §4º do CPC. 1. A empresa de *factoring* que adquire títulos em razão de fomento mercantil tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação de anulação pelo simples fato de que as duplicatas lhe pertencem, tanto que está movendo execução. 2. A confissão da empresa emitente de que as duplicatas não têm lastro comercial é elemento suficiente para declaração de nulidade destes títulos diante da ausência de prova que a infirme. 3. Há responsabilidade solidária entre a empresa de *factoring* e a empresa emitente de duplicata sem causa, porquanto a empresa de *factoring* que compra títulos de crédito, sem se acautelar de convenientemente confirmar a existência do crédito perante a empresa sacada, assume os riscos pelo protesto indevido. Recurso provido em parte. (Extinto TA/PR - Ap. Cível n. 0285436-8 - Comarca de Araucária - 12a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Hayton Lee Swain Filho - j. em 08.03.2005 - Fonte: DJPR, 18.03.2005).

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL - ROUBO a CLIENTE dentro de INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - Dever de indenizar - Falha na SEGURANÇA

Responsabilidade civil extracontratual, de natureza objetiva. Roubo a clientes e ao banco no interior deste. Falha no "dever de segurança", diante do risco especial a que está sujeita a atividade bancária nos dias violentos de hoje. Dever de indenizar. Relação regida pelo CODECON. Recurso improvido. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 14084/2005 - Comarca do Rio de Janeiro - 12a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Gamaliel Q. de Souza - j. em 21.06.2005 - Fonte: DOERJ, 15.07.2005).

TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Nulidade - DUPLICATA sem ACEITE - PROTESTO indevido - DANOMORAL configurado

Apelação cível - Declaratória de nulidade de título extrajudicial - Duplicata - Sem aceite - Sem comprovação de compra e venda mercantil ou prestação de serviço - Título nulo - Protesto indevido - Dano moral - Prova do prejuízo - Não necessária - Dano presumível - Indenização devida - *Quantum* reduzido - Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2005.008517-5 - Comarca de Dourados - 4a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Atapoã da Costa Feliz - j. em 23.08.2005 - Fonte: DJMS, 06.09.2005).

IMOBILIÁRIO

ÁREA RESIDENCIAL - CONSTRUÇÃO de IGREJA - AÇÃO de NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - LEGITIMIDADE ATIVA do POSSUIDOR ou PROPRIETÁRIO de IMÓVEL vizinho

Ação de nunciação de obra nova - Construção de igreja em área residencial - Culto - Ruído excessivo - Imóvel vizinho - Desnecessidade de ser contíguo - Legitimidade. 1. Detém o proprietário ou possuidor de imóvel vizinho, ainda que não contíguo, legitimidade para ajuizar ação de nunciação de obra nova em virtude de eventual desobediência ao que

dispõe a legislação pertinente, comprometendo o bom uso das edificações existentes bem como desvalorizando-as comercialmente. 2. O tempo não pode ser suficiente para convalidar um desrespeito às normas de ordem pública, nem serve para justificar a construção de templo religioso em área residencial, cujo ruído excessivo e circulação de pessoas incomodam a vizinhança. 3. Embargos providos. (TJ/DF - Emb. Infringentes n. 20000710143037 - 1a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel: Desa. Sandra de Santis - j. em 20.04.2005 - Fonte: DJ, 18.08.2005).

CONTRATO de gaveta - FALECIMENTO do MUTUÁRIO - LEGITIMIDADE ATIVA do gaveteiro para pleitear valores pagos - Postulação de DIREITO PRÓPRIO

Civil. Processo civil. Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de gaveta. Pagamento de prestações atrasadas. Posterior quitação pela seguradora, ante o falecimento da mutuária originária. Legitimidade ativa do gaveteiro para pleitear a restituição do indébito. Postulação de direito próprio. 1. Tem legitimidade ativa o “gaveteiro” para pleitear a restituição do valor que pagou a título de prestações atrasadas, quando, em razão do falecimento da mutuária originária, a dívida já devia ter sido quitada, o que veio a ocorrer, posteriormente, pela seguradora. 2. Trata-se de postulação de direito próprio, e não alheio. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 2001.33.00.007224-2 - Bahia - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro - j. em 29.08.2005 - Fonte: DJ, 12.09.2005).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, a seguinte lição: “Com efeito, não resta dúvida de que o autor era o legítimo ocupante do imóvel na época em que o mesmo foi levado a leilão, tendo efetuado o pagamento das prestações atrasadas para evitar a alienação do bem. Assim, entendo que o autor não postula direito alheio, mas, sim, direito próprio, à restituição do que, indevidamente, pagou à ré, ora apelante. Também não prospera o argumento de que a procuração outorgada ao autor, por meio dos sucessivos contratos de gaveta, não o legitimaria a estar em juízo, vez que não está pleiteando direitos relativos ao contrato de financiamento, mas o direito à restituição do que pagou, quando não mais era devido, em face da quitação do financiamento pela seguradora.”

DESPEJO - LIMINAR para desocupação do IMÓVEL em 15 dias - Hipóteses previstas na LEI 8245/91, art. 59

Agravo de instrumento. Despejo. Locação de imóvel comercial. Tutela antecipada. Aplicação do art. 59, § 1º, da Lei 8.245/91 e 273 do CPC. Ausência de requisitos. A liminar para desocupação do imóvel, no prazo de quinze dias, em ação de despejo, só é cabível nas hipóteses expressamente previstas no art. 59, da Lei 8.245/91. Agravo de instrumento provido. Agravo regimental não provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 297878701 - Comarca de Curitiba - 18a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Nilson Mizuta - j. em 03.08.2005 - Fonte: DJPR, 22.09.2005).

DESPESAS CONDOMINIAIS - Rateio de forma igualitária - ART. 1336/CC - LEI 10931/04

Cotas condominiais. Rateio de forma igualitária. Convenção. Art. 1.336, inciso I, do atual Código Civil. Alteração pela Lei 10.931/2004. A discussão que se estabeleceu com a edição do novo Código Civil sobre o critério de rateio de despesas condominiais ficou superada com a alteração do artigo 1.336, inciso I, do Código Civil, a partir da Lei n. 10.931/04. Improvimento do recurso. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 14233/2005 - Comarca do Rio de Janeiro - 10a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. José Geraldo Antonio - j. em 14.06.2005 - Fonte: DOERJ, 05.07.2005).

EXPEDIÇÃO de ofício ao REGISTRO DE IMÓVEIS comunicando a existência de AÇÃO ANULATÓRIA de ESCRITURA e cancelamento de REGISTRO - Decisão prematura do magistrado - Violação ao DIREITO DE PROPRIEDADE

Agravo de Instrumento. Ação de anulação de escritura e cancelamento de registro. Decisão que determinou a expedição de ofícios ao registro público e ao cartório de notas noticiando a existência da ação. A decisão que determina a expedição de ofícios ao Registro de Imóveis e ao cartório de Notas noticiando a existência de ação anulatória de escritura e cancelamento de registro tem cunho decisório, ensejando, com efeito, a interposição do recurso instrumental. E o é, “tout court” e simplesmente, porque causa gravame à parte, importando em inequívoca redução do valor da propriedade. A despeito de o artigo 167, I, n. 21, da Lei de Registros Públicos autorizar anotação acerca de eventuais ações envolvendo o imóvel, revela-se prematura a providência sem a prévia citação da parte contrária. Em casos tais, necessário que o Magistrado aja com extremada cautela objetivando-se evitar eventual violação ao direito de propriedade, com inequívoca possibilidade de desvalorização econômica do bem. Recurso provido. (TJ/RJ - Ag. de Instrumento n. 4182/2005 - Comarca do Rio de Janeiro - 11a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. José C. Figueiredo - j. em 18.05.2005 - Fonte: DOERJ, 20.07.2005).

HIPOTECA - PENHORA - ARREMATACÃO pelo CREDOR hipotecário - EXECUÇÃO de DESPESAS CONDOMINIAIS - Arrematante passa a figurar no PÓLO PASSIVO

Execução - Condomínio - Despesas condominiais - Substituição processual - Pólo passivo - Imóvel adjudicado pelo credor hipotecário no curso da execução - Admissibilidade. Em razão da natureza *propter rem* da obrigação condominial, o credor hipotecário que arremata a unidade autônoma penhorada responde pela dívida a ela relacionada. Tal peculiaridade torna possível a substituição do antigo proprietário pelo adquirente no pólo passivo da ação de cobrança de despesas condominiais, mesmo que já em fase executória, por aplicação do artigo 42, § 3º do Código de Processo Civil, bem como pelas regras da sucessão de partes na execução. (Extinto 2º TACív./SP - Ag. de Instrumento n. 882.307-00/9 - Comarca de São Paulo - 11a. Câ. - Ac. unân. - Rel: Des. Egidio Giacoia - j. em 18.04.2005 - Fonte: DOESP, 12.05.2005).

IMÓVEL adquirido anteriormente ao CASAMENTO - COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - Incomunicabilidade - Transcrição no REGISTRO DE IMÓVEIS na constância do casamento

Direito civil. Família. Imóvel cuja aquisição tem causa anterior ao casamento. Transcrição na constância da sociedade conjugal. Incomunicabilidade. - Imóvel cuja aquisição tenha causa anterior ao casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens, com transcrição no registro imobiliário na constância deste, é incomunicável. Inteligência do art. 272 do CC/16 (correspondência: art. 1.661 do CC/02). - A jurisprudência deste Tribunal tem abrandado a cogência da regra jurídica que sobreleva a formalidade em detrimento do direito

subjetivo perseguido. Para tal temperamento, contudo, é necessário que a forma imposta esteja sobrepujando a realização da Justiça. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 707092 - Distrito Federal - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Nancy Andrighi - j. em 28.06.2005 - Fonte: DJ, 01.08.2005).

INCORPORADORA IMOBILIÁRIA - RESCISÃO CONTRATUAL de PROMESSA DE COMPRA E VENDA - Retenção de 25% dos valores pagos - Medida abusiva e ilegal - Limitação a 10%

Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Promessa de compra e venda de imóvel. Cláusula penal de 25%. Abusividade. Art. 51, IV, do CDC. Limitação em 10% sobre as parcelas pagas. A retenção de 25% dos valores pagos pelos promitentes compradores, ainda que prevista contratualmente, é abusiva e ilegal, contrariando as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor, mormente no caso concreto, onde o empreendimento sequer estava totalmente concluído. Limitação em 10% sobre as parcelas pagas, possibilitada pelo art. 924 do Código Civil. Precedentes jurisprudenciais. Devolução parcelada dos valores pagos. Impossibilidade. A devolução parcelada dos valores pagos não se justifica, eis que o valor alcançado pela promitente compradora já se integrou ao patrimônio da incorporadora vendedora, tendo sido investido e gerado lucro, nada justificando, assim, que a devolução ocorra de forma parcelada. Comissão de corretagem. Hipótese em que a comissão de corretagem não se inclui entre os valores a serem devolvidos, em face da resolução do contrato, por se tratar de parcela paga pela promitente-compradora ao corretor de imóveis, não compondo o preço do imóvel, e não integrando o patrimônio do promitente vendedor. Apelação parcialmente provida. Unânime. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70012642872 - Comarca de Canoas - 8a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Pedro Celso Dal Pra - j. em 22.09.2005, Fonte: DJRS, 03.10.2005).

LOCAÇÃO - Aluguéis em atraso - ACORDO para PAGAMENTO parcelado dos débitos - Ônus do LOCATÁRIO em comprovar cumprimento do acordo sob pena de DESPEJO

Despejo - Falta de pagamento - Cumulação com cobrança - Execução - Acordo - Inadimplemento - Admissibilidade - Aplicação do artigo 63 da Lei n. 8245/91. Celebrado acordo entre locadora e locatária e fiadores sobre aluguéis e encargos em atraso, convencionando-se o pagamento parcelado dos débitos e noticiado o inadimplemento do ajuste, o ônus de provar o pagamento é do locatário, sob pena de execução do despejo. Não comprovado o exato cumprimento do acordo, impõe-se a execução do despejo e, tratando-se de sociedade locatária que explore estabelecimento de ensino, a evacuação deve respeitar o prazo mínimo de seis meses, devendo a desocupação ocorrer no período de férias escolares. (Extinto 2ª TACív./SP - Ag. de Instrumento n. 879.719-00/0 - Comarca de São Paulo - 5a. Câ. - Ac. unân. - Rel: Des. Pereira Calças - j. em 02.03.2005 - Fonte: DOESP, 16.03.2005).

LOCAÇÃO - PRORROGAÇÃO do CONTRATO sem a anuência do FIADOR - Inexistência de RESPONSABILIDADE dele - Irrelevância de CLÁUSULA CONTRATUAL que previa a FIANÇA até a entrega das chaves

Civil. Locação. Fiança. Prorrogação de contrato por tempo indeterminado. Responsabilidade do garante. Inexistência. Súmula 214/STJ. Recurso especial conhecido e provido. 1. Na fiança firmada em contrato de locação, o garante não responde pelas obrigações futuras que não anuiu, advindas após a prorrogação do contrato por tempo indeterminado, sendo irrelevante cláusula contratual prevendo que estará obrigado até a entrega das chaves. Súmula 214/STJ. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 631400 - Minas Gerais - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima - j. em 23.08.2005 - Fonte: DJ, 03.10.2005).

PROCESSO CIVIL

AÇÃO MONITÓRIA embasada em CHEQUE prescrito - CAUSA DEBENDI - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Processo civil. Monitória. Cheque prescrito. Citação por edital. Nulidade. Não-ocorrência. *Causa debendi*. Declinação. Desnecessidade. I- É cabível a citação por edital, na hipótese de o réu estar em local incerto e não sabido. II- O cheque prescrito, há menos de dois anos, é suficiente para embasar a ação monitória, e, de acordo com os arts. 59 e 61 da lei do cheque, a causa de pedir é o enriquecimento sem causa. III- Apelação conhecida e improvida. Unânime. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20010110416775 - 4a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Vera Andrighi - j. em 22.08.2005 - Fonte: DJ, 11.10.2005).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ausência de PROCURAÇÃO outorgada pela agravada - PEÇA OBRIGATÓRIA - Não conhecimento do RECURSO

Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Execução de alimentos. Ausência de peça obrigatória. Falta de procuração outorgada pela agravada. Descumprimento

do art. 525, inciso I, do CPC. O mandato outorgado pelo agravado ao seu advogado é peça obrigatória no agravo de instrumento. Sua ausência gera o não-conhecimento do recurso, com fulcro no art. 525, inc. I, do CPC. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70013061544 - Comarca de Esteio - 8a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel: Des. José Ataídes Siqueira Trindade - j. em 30.09.2005, Fonte: DJRS, 07.10.2005).

APRESENTAÇÃO de DOCUMENTOS - Dificuldade de acesso - ÔNUS do REQUERENTE

Processual civil. Apresentação de documentos. Ônus do requerente. 1. Não se mostra razoável exigir-se do credor a juntada de documentos que se encontram em poder do devedor. No caso, entretanto, as fichas funcionais/financeiras dos funcionários da agravada estão à disposição dos mesmos, bastando pedido para tanto, não havendo confundir impossibilidade de obter documentos com dificuldades para a realização do ato. Não tendo comprovado a recusa da parte ré em fornecer os documentos, não calha a irresignação da agravante. 2. Agravo de instrumento

conhecido em parte e, na parte cohecida, improvido. (TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 200504010084676 - Santa Catarina - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Wellington M. de Almeida - j. em 18.05.2005 - Fonte: DJ, 01.06.2005).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Possibilidade de REVOGAÇÃO a pedido da PARTE contrária - Necessidade de comprovação dos requisitos que autorizaram a concessão - LEI 1060/50

Assistência judiciária - Revogação - Inexistência dos requisitos - Prova - Necessidade - Exegese do artigo 7º da Lei 1.060/50. O artigo 7º da Lei 1.060/50, permite o requerimento da revogação dos benefícios da assistência judiciária, pela parte contrária, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão. (Extinto 2º TACív./SP - Ag. de Instrumento n. 877.334-00/6 - Comarca de São Paulo - 2a. Câ. - Ac. unân. - Rel: Des. Marcondes D'Angelo - j. em 21.03.2005 - Fonte: DOESP, 04.04.2005).

DECISÃO que aprecia a EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - RECURSO cabível é AGRAVO e não APELAÇÃO

Exceção de incompetência do juízo. Ação de arbitramento de aluguel. Recurso cabível - Agravo de instrumento. O recurso adequado contra as decisões que apreciam a incompetência relativa é o de agravo e não o de apelação. Uma vez que a jurisprudência se posicionou no sentido de que a regra do art. 100, I do CPC aplica-se às ações fundadas em união estável, é de se aplicar a regra da incompetência relativa para a espécie, sendo cabível o agravo e não o apelo contra a decisão proferida em exceção de incompetência. Recurso não conhecido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.03.982599-7/005 - Comarca de Belo Horizonte - 5a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. José Francisco Bueno - j. em 25.08.2005 - Fonte: DJMG, 07.10.2005).

DEPOIMENTO PESSOAL - Ato personalíssimo - Impossibilidade de MANDATÁRIO com poderes especiais prestá-lo

Processo civil. Recurso especial. Depoimento pessoal. Mandatário com poderes especiais. - O depoimento pessoal é ato personalíssimo, em que a parte revela ciência própria sobre determinado fato. Assim, nem o mandatário com poderes especiais pode prestar depoimento pessoal no lugar da parte. Recurso parcialmente provido. (STJ - Rec. Especial n. 623575 - Rondônia - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Nancy Andrighi - j. em 18.11.2004 - Fonte: DJ, 07.03.2005).

DESPACHO de mero expediente - Irrecorribilidade - Ausência de conteúdo decisório e gravame - ART. 504/CPC

Agravo de instrumento. Ato judicial de impulso processual. Despacho de mero expediente. Ausência de conteúdo decisório e gravame. Irrecorribilidade. 1. Os despachos de mero expediente, os quais apenas impulsionam o processo, são irrecorríveis, porquanto destituídos de cunho decisório, não causando gravame à parte. Aplicação do art. 504 do CPC. 2. O ato do Juiz que determina o desentranhamento, a autuação e o registro de petição (anulatória de ato jurídico) protocolada na ação de execução, não passa de mero despacho impulsionador do processo, despido de qualquer conteúdo decisório, vez que em nada lesa eventual direito das partes. Agravo de instrumento não conhecido. (Extinto TA/PR - Ag. de Instrumento n. 282521-0

- Comarca de Curitiba - 14a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Jucimar Novochadlo - j. em 23.03.2005 - Fonte: DJPR, 08.04.2005).

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO intercorrente - LEI 6830/80, art. 40, § 4º - Possibilidade de decretação de ofício

Processual civil. Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Possibilidade de declaração de ofício. Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80). 1. A jurisprudência admitia a prescrição intercorrente na execução fiscal, se a execução restasse suspensa por mais de cinco anos, desde que argüida pela parte interessada ou por curador especial, ao argumento de que a norma inserta no artigo 40 da Lei 6.830/80 (LEF) deveria ser interpretada em harmonia com o artigo 174 do Código Tributário Nacional em ordem a evitar a imprescritibilidade da dívida fiscal. 2. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, viabilizada está a possibilidade da decretação de ofício da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, condicionada, porém, à prévia oitiva da parte exequente para, querendo, argüir quaisquer causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. 3. Tratando-se de norma de natureza processual, a Lei nº 11.051/2004 tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em andamento. Precedente do STJ. 4. Apelação improvida. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 2005.01.00.059085-0 - Goiás - 8a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa - j. em 20.09.2005 - Fonte: DJ, 30.09.2005).

EXTINÇÃO DO PROCESSO sem JULGAMENTO DO MÉRITO - Julgamento de AÇÃO idêntica no JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - COISA JULGADA MATERIAL

Apelação cível - Ação de reparação de danos sentença que julga extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil - Julgamento anterior perante o juizado especial cível - Coisa julgada material - Recurso improvido. Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito de ação proposta na Justiça Comum, após julgamento de ação idêntica no Juizado Especial Cível, em razão da existência de coisa julgada. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2005.009093-2/0000-00 - Comarca de Campo Grande - 3a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - j. em 01.08.2005 - Fonte: DJMS, 21.08.2005).

FRAUDE À EXECUÇÃO - Não configuração - EXECUTADO vendeu VEÍCULO, que se tornou objeto de sucessivas vendas - BOA-FÉ dos adquirentes

Cível e processual. Fraude à execução. Veículo automotor. Sucessivas vendas. Inexistência de restrição junto ao DETRAN. Boa-fé do adquirente. CPC, Art. 593, II. I. Não se configura fraude à execução se o veículo automotor é objeto de sucessivas vendas após aquela iniciada pelo executado, inexistindo qualquer restrição no DETRAN que pudesse levar à indicação da ocorrência do *consilium fraudis*. II. Ademais, em se tratando de bem móvel, não há a praxe de os compradores pesquisarem junto a cartórios de distribuição e protesto para verificar se contra o vendedor pesa alguma dívida ou ação. III. Precedentes do STJ. IV. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 618444 - Santa Catarina - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Aldir Passarinho Junior - j. em 07.04.2005 - Fonte: DJ, 16.05.2005).

PENAL - PROCESSO PENAL

CRIME cometido a bordo de NAVIO - INQUÉRITO POLICIAL deve ser atribuído à POLÍCIA FEDERAL

Habeas Corpus. Inquérito policial instaurado a requerimento do órgão do *Parquet* Estadual com o fito de apurar a ocorrência de crime cometido a bordo de navio. Pretensão de trancamento do inquérito, por incompetência do Dr. Promotor de Justiça, *ex vi* do disposto no art. 109, IX da Constituição Federal. Em se tratando de apuração de delito cometido a bordo de navio, a atribuição para atuar na inquisição deve ser da Polícia Federal e do Dr. Procurador da República. Ordem, parcialmente, concedida para deslocar a atribuição para o Ministério Público Federal e Polícia Federal. (TJ/RJ - *Habeas Corpus n. 2371/2005 - Comarca do Rio de Janeiro - 6a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Salim José Chalub - j. em 24.05.2005 - Fonte: DOERJ, 19.07.2005*).

CRIME de DISCRIMINAÇÃO - Racismo - Desclassificação para INJÚRIA qualificada - Ofensas dirigidas diretamente a pessoa e não a um grupo social - AÇÃO PENAL PRIVADA - NULIDADE - Ausência de queixa - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Crime de preconceito de raça. Réu que dirige à vítima ofensa ligada à cor da pele. Reexame de provas. Autoria comprovada. Tipicidade. *Emendatio libelli*. Conduta típica que se amolda ao tipo do art. 140, § 3º do Código Penal. Crime de ação privada. Ausência de queixa. Nulidade da ação penal. Decadência do direito de oferecimento. Extinção da punibilidade. Recurso provido. - Tendo o réu proferido ofensas alusivas à cor da pele da vítima, dirigidas a ela própria e não a um grupo social, pratica injúria qualificada, e não atos de discriminação, impondo-se a desclassificação para o crime do art. 140, § 3º, do Código Penal. - Em se tratando o delito praticado de crime de ação penal privada, e ausente condição de procedibilidade, deve ser declarada a nulidade de todo o processado, com a consequente extinção da punibilidade do apelante pela decadência do direito de oferecimento da queixa. (TJ/MG - *Ap. Criminal n. 1.0686.01.030756-5/001 - Comarca de Teófilo Ottoni - 2a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Herculano Rodrigues - j. em 04.08.2005 - Fonte: DJMG, 25.08.2005*).

DIREITO AUTORAL - CÓPIA ilegal de software - Absorção do CRIME de FALSIDADE IDEOLÓGICA para conseguir comercializar o programa copiado - CRIME fim absorve o CRIME meio

Processo penal. Penal. Direitos autorais. *Software*. Programa DBXL. Programa dator/2. Cópia. Pedido de licenciamento de programa. Lei 7.646, de 1987, art. 35. Falsidade ideológica. CP, 299. Absorção. Inexistência de concurso material. Extinção da punibilidade. Se a falsidade teve por finalidade tornar viável o pedido de licença para a comercialização do programa copiado, o crime de violação de direito do autor de programas de computador, como crime fim, absorve o de falsidade, crime meio. (TRF/1a. Reg. - *Ap. Criminal n. 1999.01.00.031507-3 - Distrito Federal - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Tourinho Neto - j. em 23.08.2005 - Fonte: DJ, 16.09.2005*).

ERRO MÉDICO - HOMICÍDIO CULPOSO - Ausência de NEXO DE CAUSALIDADE entre a CONDUTA do AGENTE e a MORTE da VÍTIMA - Absolvição - INDUBIO PRO REO

Apelação Criminal. Homicídio culposo. Erro médico. Sentença absolutória. Recurso do assistente de acusação. Não havendo nos autos prova cabal que alicerce juízo de reprovação, muito menos nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo apelado e o resultado morte, correta se mostra a sentença que absolveu o mesmo com fulcro no art. 386, VI do CPP. Não havendo prova contundente nos autos de que o comportamento adotado pelo réu/apelado tenha sido a causa eficiente da morte da vítima, aplica-se o brocardo *in dubio pro reo*. sentença que se mantém. Recurso que se nega provimento. (TJ/RJ - *Ap. Criminal n. 543/2005 - Comarca de Barra do Piraí - 6a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Roberto Cortes - j. em 16.06.2005 - Fonte: DOERJ, 05.07.2005*).

FURTO QUALIFICADO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE se decorrido mais de um ano entre o recebimento da DENÚNCIA e a PUBLICAÇÃO da SENTENÇA

Furto qualificado. Réu menor de vinte e um anos na data do fato. Prescrição. Extinção da punibilidade. Menor de vinte e um anos o réu na data em que praticou o crime, e fixada a pena de oito meses e dez dias de reclusão, declara-se extinta sua punibilidade se decorrido mais de um ano entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença. (TJ/DF - *Ap. Criminal n. 20000110470090 - 2a. T. Crim. - Ac. unân - Rel: Des. Getulio Pinheiro - j. em 31.08.2005 - Fonte: DJ, 13.10.2005*).

FURTO TENTADO - CRIME praticado sem VIOLÊNCIA ou GRAVE AMEAÇA - Desnecessidade da PRISÃO

Habeas corpus. Furto qualificado tentado. Desnecessidade da prisão. Em se tratando de crime praticado sem violência ou grave ameaça, que sequer se consumou, e sem haver qualquer demonstração da necessidade da prisão é de ser posto o paciente em liberdade. Ordem concedida. (TJ/RS - *Habeas Corpus n. 70012671764 - Comarca de Alvorada - 7a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Nereu José Giacomolli - j. em 15.09.2005, Fonte: DJRS, 04.10.2005*).

INTIMAÇÃO de SENTENÇA CONDENATÓRIA por CARTA PRECATÓRIA - PRAZO RECURSAL inicia-se com a JUNTADA nos autos da carta devidamente cumprida

Habeas corpus. Sentença condenatória. Intimação por carta precatória. Prazo recursal. Termo inicial. Juntada. 1. Esta Corte firmou entendimento de que, intimado o réu da sentença condenatória por carta precatória, inicia-se o prazo recursal na data da juntada da carta aos autos devidamente cumprida. 2. Ordem concedida para que o Tribunal de origem examine, como de direito, o recurso de apelação interposto pelo paciente. (STJ - *Habeas Corpus n. 28433 - Santa Catarina - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Paulo Gallotti - j. em 24.05.2005 - Fonte: DJ, 13.06.2005*).

PRISÃO CIVIL decretada por JUIZ DO TRABALHO-CONFLITO DE COMPETÊNCIA-STJ - TST - Julgamento anterior à EC 45/04 - COMPETÊNCIA do JUÍZO criminal

Habeas corpus contra decreto de prisão civil de Juiz do Trabalho: coação atribuída ao Tribunal Regional do Trabalho: coexistência de acórdãos diversos para o mesmo caso, emanados de tribunais de idêntica hierarquia (STJ e TST): validade do acórdão do STJ, no caso, dado que as impetrações foram julgadas antes da EC 45/04. Até a edição da EC 45/04, firme a jurisprudência do Tribunal em que, sendo o *habeas corpus* uma ação de natureza penal, a competência para o seu julgamento “será sempre de juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de sentença”; e, por isso, quando se imputa coação a Juiz do Trabalho de 1º Grau, compete ao Tribunal Regional Federal o seu julgamento, dado que a Justiça do Trabalho não possui competência criminal (v.g., CC 6.979, 15.8.91, Velloso, RTJ 111/794; HC 68.687, 2a. T., 20.8.91, Velloso, DJ 4.10.91). (STF - *Habeas Corpus* n. 85096 - Minas Gerais - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Sepúlveda Pertence - j. em 28.06.2005 - Fonte: DJ, 14.10.2005).

PRISÃO EM FLAGRANTE - CRIME PERMANENTE - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - Necessidade de comprovação

Habeas corpus. Art. 12 da Lei 6.368/76. Prisão em flagrante. Crime permanente na modalidade “guardar e ter em depósito”. Trancamento da ação penal só possível quando demonstrado de forma categórica a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Inexistência de comprovação a ensejar o

trancamento da ação penal no caso em concreto. Supostas provas ilícitas e desclassificação delitiva que necessitam de dilação probatória, o que é vedado dentro da angusta via do *writ*. Crime imputado ao paciente equiparado a hediondo, com vedação legal de concessão de liberdade provisória. Necessidade de se garantir a ordem pública inerente a espécie. Ordem denegada. (TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 3050119 - Comarca de Campina Grande do Sul - 5a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Desa. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - j. em 01.09.2005 - Fonte: DJPR, 15.09.2005).

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - DENÚNCIA inepta - Oferecimento com base em RELATÓRIO fiscal e em CONTRATO SOCIAL

Habeas corpus. Direito processual penal. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Ocorrência. 1. A denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a definição da conduta do autor, sua qualificação ou esclarecimentos capazes de identificá-lo, bem como, quando necessário, o rol de testemunhas. 2. Não se ajusta a seu estatuto de validade (Código de Processo Penal, artigo 41), a denúncia oferecida exclusivamente com base em relatório fiscal e em contrato social, indubitavelmente insuficientes para a imputação de fato-crime a quem quer que seja, não se constituindo a ação penal em esdrúxula forma de cobrança de débito fiscal, como se a pena criminal pudesse transvestir-se em medida coercitiva. 3. Ordem concedida. (STJ - *Habeas Corpus* n. 28002 - Pernambuco - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Hamilton Carvalhido - j. em 01.03.2005 - Fonte: DJ, 20.06.2005).

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

ACIDENTE DO TRABALHO - AUXILIAR de almoxarife - Queda de MOTOCICLETA enquanto deslocava-se para comprar PEÇAS para a empresa - DESVIO DE FUNÇÃO não caracterizado - DANO MORAL - Alegação de má conservação da motocicleta - Ausência de comprovação

Ação de indenização por danos materiais e morais. Queda de moto durante o trabalho. Alegação de desvio de função. Culpa. Comprovação inexistente. O autor pleiteou verba indenizatória por danos materiais e morais porque sofreu queda de motocicleta quando se deslocava para cidade vizinha, em dia chuvoso e com a pista escorregadia, para comprar peças para a empresa em que trabalhava. A sentença negou provimento ao pedido de danos materiais por falta de comprovação, e deu provimento ao pedido de danos morais porque entendeu que a culpa da ré ficou demonstrada pelo desvio de função do auxiliar de almoxarife e não por não ter a empresa demonstrado que a moto estava em situação regular. Não é incompatível, com a função de auxiliar de almoxarife a tarefa externa consistente em aquisição de peça para a manutenção do estoque, se comprovado está que tinha ele habilitação para o deslocamento por motocicleta, não ocorrendo, assim o desvio de função. O ônus da prova é de quem alega e tendo o autor sugerido que talvez a motocicleta não estivesse em

boas condições a ele cabia a prova dessa alegação, do que não se desincumbiu. Sentença que se reforma. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 7425/2005 - Comarca de Rio Claro - 1a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Desa. Maria Augusta Vaz - j. em 31.05.2005 - Fonte: DOERJ, 01.07.2005).

ASSÉDIO MORAL - Não comprovada a perseguição patronal - CONDUTA INADEQUADA do EMPREGADO no ambiente de trabalho que ocasionou SANÇÃO DISCIPLINAR

Nulidade de sanções disciplinares. Assédio moral. Não demonstrada a alegada perseguição patronal decorrente do exercício da ação fiscalizadora do dirigente sindical e comprovada a conduta inadequada do empregado no ambiente de trabalho, impõe-se a manutenção da validade das sanções disciplinares aplicadas pelo empregador no exercício regular do seu poder diretivo. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00611-2004-018-12-00-2 - Comarca de Blumenau - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Roberto Basilone Leite - j. em 03.10.2005 - Fonte: DJSC, 17.10.2005).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Roberto Basilone Leite, a seguinte lição: “Ultrapassadas essas questões iniciais e compulsando os autos, observo que o autor foi admitido, como soldador, em 24.9.1997, e durante a contratualidade lhe foram aplicadas

duas advertências e duas suspensões. Foi advertido em 17.7.2000 por desacatar ordem de superiores (fl. 38), suspenso por dois dias em 13.2.2001 por desacatar a chefia e se recusar a trabalhar (fl. 37), advertido em 24.10.2003 por haver se recusado a trabalhar, permanecendo três horas parado (fl. 36) e, finalmente, suspenso em 9.01.2004, por se ausentar do setor várias vezes no dia anterior e permanecer conversando, sem trabalhar, das 6h40min às 8h45min. Constatado que não há nos autos qualquer indício de que o autor se tenha insurgido contra as três primeiras punições, somente vindo a aventar uma pretensa perseguição após a suspensão aplicada em janeiro de 2004. Contudo, as condutas atribuídas ao autor, motivadoras das punições, têm sido sempre da mesma natureza, ou seja, ausentar-se de seu local de serviço e recusar-se a trabalhar, denotando um forte indício de conduta inadequada no trabalho (insubordinação e mau comportamento). Portanto, se as punições já lhe vinham sendo aplicadas desde o ano 2000, por condutas similares, parece pouco plausível que teria havido uma mudança de atitude da reclamada criando uma situação inadequada para o desenvolvimento de suas atividades laborais. Até porque a denúncia formulada junto ao Ministério do Trabalho (fl. 16) e a ação anteriormente ajuizada contra a reclamada (fl. 18) são posteriores às duas primeiras medidas punitivas aplicadas ao autor, o que já introduz alguma dúvida quanto à alegação de que as punições teriam decorrido de perseguição patronal.”

AUDIÊNCIA - Presença de PREPOSTO - Necessidade de ler EMPREGADO da EMPRESA reclamada - OFENSA a DISPOSIÇÃO LITERAL DA LEI - Inocorrência

Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei e existência de fundamento para invalidar confissão. Diante da notória divergência de interpretações, em nossos Tribunais, acerca da necessidade, ou não, de o preposto presente à audiência deter a condição de empregado da empresa reclamada, afigura-se incabível o corte rescisório pretendido, com fundamento no que dispõe o inciso V do artigo 485 do CPC. Aplicação, à espécie, do entendimento cristalizado nas Súmulas nº 343 do Supremo Tribunal Federal e nº 83 do Tribunal Superior do Trabalho. De outro lado, o entendimento do julgador, no sentido de que é necessário que o preposto presente à audiência seja empregado da empresa ré, decorre da razoável interpretação e aplicação das normas vigentes acerca da matéria, considerando os elementos trazidos aos autos, o que também impossibilita a desconstituição do julgado, com base em alegada violação a literal disposição de lei. Pelos mesmos motivos, tem-se, ainda, por inexistente fundamento para invalidar a confissão aplicada, previsto no inciso VIII do artigo 485 do CPC. Improcedente a ação. (TRT/4a. Reg. - Ação Rescisória n. 02039-2004-000-04-00-1 - Comarca de Porto Alegre - 2a. Seção de Dissídios Individuais - Ac. unân. - Rel: Juíza Rosane Serafini Casa Nova - j. em 15.08.2005 - Fonte: DOERGS, 15.09.2005).

CONSULADO - VÍNCULO EMPREGATÍCIO - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO inaplicável, pois não trata de ato de império do ESTADO ESTRANGEIRO

Consulado. Vínculo empregatício. Imunidade de

jurisdição. Inaplicabilidade. Competência material da Justiça do Trabalho. Não há que se falar em imunidade de jurisdição se a matéria tratada nos autos versa sobre vínculo empregatício, e assim, não diz respeito a atos de império do Estado estrangeiro mas de mera gestão do consulado, através da contratação direta por este, de trabalhadora com a qual a representação asiática estabeleceu comprovada relação de emprego, sujeita à legislação trabalhista brasileira (*lex loci executionis*, Código de Bustamante, 1928). A competência material da Justiça do Trabalho abrange os entes públicos de direito público externo, nos exatos termos do artigo 114, I, da Constituição Federal. (TRT/2a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01322-1999-046-02-00-6 - Comarca de São Paulo - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros - j. em 07.06.2005 - Fonte: DOESP, 17.06.2005).

CONVERSÃO de PROCESSO DE EXECUÇÃO em INDENIZAÇÃO - Reintegração ao EMPREGO - EMPRESA extinta - OFENSA a DISPOSIÇÃO LITERAL DA LEI - Não configuração

Agravo de instrumento. Processo de execução. Reintegração convertida em indenização. Ofensa direta a literal dispositivo da Constituição Federal. Não-configuração. O cerne da questão submetida à apreciação desta Corte Superior diz respeito à conversão, no processo de execução, em indenização da obrigação de reintegração do reclamante no emprego. Não há ofensa à coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, CF) quando se verifica que a decisão exequenda, determinando uma condenação em obrigação de fazer, foi proferida e confirmada antes da extinção da empresa reclamada, quando ainda era possível cogitar-se de reintegração do reclamante. No caso, a atual situação não mais comporta a condenação imposta anteriormente. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - Ag. de Instrumento n. 108/2000-001-08-41.0 - Amazonas - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Guilherme Bastos - conv. - j. em 29.06.2005 - Fonte: DJ, 05.08.2005).

DANO MORAL - Cabimento - CONVENÇÃO 111/ OIT - DISCRIMINAÇÃO racista - Ofensa à DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dano moral. Indenização. Racismo. Discriminação. Ofensas verbais. 1. O ordenamento jurídico brasileiro e normas internacionais proíbem ao empregador e a qualquer pessoa a adoção de qualquer prática que implique preconceito ou discriminação em virtude de raça. Constituição Federal, 3º, inciso IV e art. 5º *caput*. Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 62150, de 19.01.1968, em que se preconiza a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego, inclusive por motivos de raça. Assim também a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, na qual se reafirmou o compromisso dos Estados-membros, dentre os quais figura o Brasil, de aplicar o princípio da não-discriminação em matéria de emprego e ocupação. Nesse sentido também a Lei nº 9.029, de 13.04.95. 2. A emissão de vocativos de cunho explicitamente racista e de conteúdo depreciativo, dirigidos por chefe imediato a empregado negro, constitui ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana. Patente que constringe e

humilha o ser humano, provocando-lhe profunda dor na alma. Comportamento discriminatório e preconceituoso desse jaez não apenas merece o mais candente repúdio da cidadania, como também gera direito a uma compensação pelo dano moral daí advindo. 3. Incumbe ao empregador velar pela respeitabilidade, civilidade e decoro no ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego, cabendo-lhe responsabilidade civil por quaisquer danos causados a outrem por seus prepostos (Código Civil de 2002, arts. 932, III e 933). 4. Recurso de revista de que não se conhece, no particular. (TST - Rec. de Revista n. 1011/2001-561-04-00 - Rio Grande do Sul - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. João Oreste Dalazen - j. em 10.08.2005 - Fonte: DJ, 26.08.2005).

DEMISSÃO - Ato não homologado conforme ART. 477/CLT, § 1º

Pedido de demissão. Ato não homologado na forma da lei. Solenidade que se considera suprida pela confissão judicial. A confissão, perante o juiz, supre a ausência de homologação prevista no 1º do art. 477 da CLT. (TRT/2a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01237-2002-068-02-00-1 - Comarca de São Paulo - Ac. unân. - Rel: Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira - j. em 07.07.2005 - Fonte: DOESP, 29.07.2005)

ESTÁGIO remunerado em regime de internato - Ausência de VÍNCULO EMPREGATÍCIO - DIREITO do ESTAGIÁRIO à INTEGRAÇÃO desse tempo para PREVIDÊNCIA SOCIAL

Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Trabalhador urbano. Estágio acadêmico. Contrato de bolsa de complementação educacional. Ausência de vínculo empregatício. Leis 3.087/60 e 6.494/77. Apelação não provida. 1. O estagiário remunerado que permanece oito horas à disposição da empresa, em regime de internato, tem direito ao cômputo desse tempo para fins previdenciários. 2. Não se tratando de estágio remunerado, o estagiário não tem direito ao cômputo desse tempo para fins previdenciários. 3. Apelação a que se nega provimento. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 2003.01.99.007599-4 - Minas Gerais - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves - j. em 31.08.2005 - Fonte: DJ, 19.09.2005).

MOTORISTA de ônibus - Exigência do EMPREGADOR de realização de TESTE DO BAFÔMETRO - Inocorrência de DANOMORAL - SEGURANÇA da população como finalidade

Motorista de ônibus. Teste do bafômetro. Dano moral. Inocorrência. Não se cogita de indenização por dano moral decorrente da prática do empregador, mesmo que reiterada e generalizada, consubstanciada na exigência do teste do bafômetro pelos empregados motoristas e cobradores, cuja finalidade maior extravasa o âmbito da empresa, atingindo a segurança da população em geral. Hipótese em que inexistente ato ilícito ou qualquer violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa humana, que o caracterizam, a teor do preceituado no art. 5º, X, da CF. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00062-2004-241-04-00-3 - Comarca de Gravataí - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Milton Varela Dutra - j. em 25.08.2005 - Fonte: DOERGS, 15.09.2005).

PROGRAMA DE DISPENSA INCENTIVADA - QUITAÇÃO do CONTRATO DE TRABALHO - Necessidade de especificar o VALOR e a NATUREZA de cada parcela paga

Programa de dispensa incentivada. Quitação do contrato. O instrumento de quitação do contrato de trabalho deve especificar a natureza de cada parcela, bem como o valor, sendo válida a quitação tão-somente com relação a tais parcelas, nos termos do art. 477, §2º, da CLT. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 03711-2004-037-12-00-9 - Comarca de Florianópolis - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Amildo Carlos de Lima - j. em 14.10.2005 - Fonte: DJSC, 17.10.2005).

PROVA TESTEMUNHAL - Imediação pessoal do JUIZ - Possibilidade de valer ou desvaler os testemunhos

Prova testemunhal. Valoração. Imediação pessoal do juiz. Na valoração da prova testemunhal não importa somente o que é dito pelas testemunhas, mas também como são reveladas as suas declarações, principalmente porque o juízo de primeiro grau tem contato direto com as mesmas (imediação pessoal do julgador) e, através da sua experiência e sensibilidade, tem plena condições de captar todos os detalhes que podem ser úteis para valer ou desvaler os testemunhos. A valoração decorre de uma operação mental que visa extrair o valor de convicção, segundo a lição de (Echandia, Hernando Devis. Teoria General de la Prueba Judicial. Tomo I, Zavalia, Buenos Aires, 1970, pág. 287). (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 02561-2003-231-04-00-7 - Comarca de Gravataí - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Manuel Cid Jardon - conv. - j. em 31.08.2005 - Fonte: DOERGS, 15.09.2005).

RECURSO DE REVISTA - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - Necessidade de interposição por ADVOGADO - Interpretação do ART. 791/CLT

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Representação processual. *Jus postulandi*. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, que, também, veio subscrito pelo reclamante. O *jus postulandi* está agasalhado no art. 791 da CLT, que preceitua: "Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final". A expressão "até o final", portanto, deve ser interpretada levando-se em consideração a instância ordinária, já que esta é soberana para rever os fatos e as provas dos autos. O recurso de revista, por sua natureza de recurso extraordinário, exige seja interposto por advogado devidamente inscrito na OAB, a quem é reservada a atividade privativa da postulação em juízo, incluindo-se o ato de recorrer art. 1º da Lei nº 8.906/94. Agravo de instrumento não conhecido. (TST - Ag. de Instrumento em Rec. de Revista n. 886/2000-401-05-00.1 - Bahia - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Luiz Antonio Lazarim - conv. - j. em 22.06.2005 - Fonte: DJ, 12.08.2005).

RESCISÃO de CONTRATO DE TRABALHO - EMPREGADO portador do VÍRUS HIV - ART. 170/CF - Valorização do trabalho humano - Reintegração devida com direito a SALÁRIO e TRATAMENTO MÉDICO

Recurso de revista. Contrato de trabalho. Rescisão.

Empregado portador do vírus HIV. Discriminação. Reintegração devida. A Constituição Federal, em seu artigo 170, estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Competindo aos Poderes Públicos e à sociedade a iniciativa de ações destinadas a assegurar à população os direitos relativos à saúde, nos termos do artigo 194, segue-se que a ordem jurídica constitucional impõe a essa mesma sociedade, como um todo, aí incluídas as empresas, o dever jurídico geral de colaborar com o Estado na concretização do direito à saúde. Neste contexto, a determinação judicial de reintegração de empregado portador do vírus HIV não implica desrespeito ao princípio da legalidade, porque a sua manutenção no emprego, com direito aos salários, assistência e tratamento médicos, decorre de princípios e garantias fundamentais da própria Constituição Federal, frente à qual cede passo e torna-se irrelevante a ausência de norma infraconstitucional expressa proibindo a dispensa de empregado portador do vírus HIV. Recurso de revista não conhecido. (TST - Rec. de Revista n. 1059/1999-087-15-00 - Campinas - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Altino Pedrozo dos Santos - conv. - j. em 29.06.2005 - Fonte: DJ, 19.08.2005).

TRABALHO de MENOR de 16 anos - CONTRATO nulo - Assegurados ao menor os DIREITOS TRABALHISTAS do período laborado sob pena de ENRIQUECIMENTO ILÍCITO do EMPREGADOR
Trabalho. Menor de 16 anos. Contrato inválido.

Direitos trabalhistas do período laborado assegurado. Conforme previsão Constitucional (art. 7º, XXXIII), o trabalho do menor de 16 anos é proibido, contudo se ficar comprovado seu labor, ainda que seja nulo o seu contrato de trabalho, impossibilitando o reconhecimento do vínculo neste período, o reclamado, ante a impossibilidade de restituição da prestação de trabalho, é responsável pela quitação dos direitos assegurados pela legislação trabalhista quanto ao período laborado, sob pena de configurar o enriquecimento ilícito. (TRT/15a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01027-2004-120-15-00-2 - Comarca de Jaboticabal - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Lorival Ferreira dos Santos - j. em 09.08.2005 - Fonte: DOESP, 19.08.2005).

TURNO ININTERRUPTO de revezamento - ART. 7º/CF, XIV - Direito a HORA EXTRA

Turnos ininterruptos de revezamento. Cumprindo o empregado jornada de trabalho de 8h20min diárias em escala 4x2x4, isto é, laborando 4 dias no turno da tarde, 2 dias no turno da noite, gozando 4 dias de folga na seqüência, resta caracterizado o labor em regime de turnos ininterruptos de revezamento, nos termos do art. 7º, inciso XIV, da Constituição Federal. Horas extras devidas além da sexta diária nos períodos em que não há vigência de norma coletiva inserida em Acordos Coletivos de Trabalho. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00032-2004-029-04-00-7 - Comarca de Porto Alegre - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Hugo Carlos Scheuermann - j. em 24.08.2005 - Fonte: DOERGS, 15.09.2005).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

ANISTIA política - Exercício gratuito do MANDADO de VEREADOR - ART. 2º/ADCT - LEI 10559/02 - AVERBAÇÃO do TEMPO DE SERVIÇO para fins de APOSENTADORIA

Constitucional e administrativo. Anistia política. Vereador. Exercício gratuito do mandato. Artigo 8º, § 4º, do ADCT. Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 10.559/2002. Interpretação sistemática. Princípio da especialidade. 1. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 e a Lei nº 10.559/2002 incluíram, no rol de anistiados políticos, aqueles que foram compelidos, por atos institucionais, a exercer, gratuitamente, mandato de vereador. 2. No entanto, o parágrafo 4º, do artigo 8º, do ADCT, e o parágrafo 1º, do artigo 2º, da citada Lei, ressaltaram que tais anistiados somente fariam jus à averbação do respectivo tempo de serviço, para fins de aposentadoria, no serviço público ou na Previdência Social. 3. Considerando a necessidade de se interpretar as normas de regência de forma sistemática e por se cuidar de norma especial, a prevalecer sobre a regra geral, o autor não faz jus à indenização pleiteada. 4. Apelação improvida. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 2004.38.00.046496-0 - Minas Gerais - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Selene Maria de Almeida - j. em 31.08.2005 - Fonte: DJ, 21.09.2005).

COMPRA de MEDICAMENTOS - BLOQUEIO de verbas públicas - Possibilidade - Direito fundamental à SAÚDE

Agravo de instrumento. Medicamento. Criança.

Bloqueio de valores. A jurisprudência desta corte e do Superior Tribunal de Justiça autoriza o bloqueio de valores para atender o direito à saúde. O bloqueio de verbas públicas para o fim de garantir que o estado cumpra direito fundamental do cidadão encontra respaldo na constituição da república e no estatuto da criança e do adolescente. A criança e o adolescente têm prioridade de atendimento em ações de saúde. Negado provimento. Em monocrática. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70012831798 - Comarca de Porto Alegre - 8a. Câmara Cív. - Dec. monocrática - Rel: Des. Rui Portanova - j. em 21.09.2005, Fonte: DJRS, 30.09.2005).

CONCURSO PÚBLICO - EXERCÍCIO FÍSICO - ALTERAÇÃO no EDITAL dias antes da PROVA - PUBLICAÇÃO do DIÁRIO OFICIAL

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Prova física. Alteração no edital. Princípios da razoabilidade e da publicidade. 1. Alterações no edital do concurso para agente penitenciário, na parte que disciplinou o exercício abdominal, para sanar erro material, mediante uma "errata" publicada dias antes da realização da prova física no Diário Oficial do Estado. 2. Desnecessária a sua veiculação em jornais de grande circulação. A divulgação no Diário Oficial é suficiente per se para dar publicidade a um ato administrativo. 3. A Administração pode, a qualquer tempo, corrigir seus atos e, no presente caso, garantiu aos candidatos prazo razoável para o conhecimento prévio do exercício a ser realizado. 4. Recurso extraordinário

conhecido e provido. (STF - Rec. Extraordinário n. 390939 - Maranhão - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Ellen Gracie - j. em 16.08.2005 - Fonte: DJ, 09.09.2005).

CONCURSO PÚBLICO - Se o CANDIDATO aprovado RECUSA a NOMEAÇÃO, passa a figurar no último lugar na lista dos aprovados

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Recusa à nomeação. Passagem para o último lugar dos aprovados. Regra prevista no edital. Ausência do alegado direito líquido e certo. Tendo o impetrante recusado a vaga que lhe foi oferecida, passou a figurar no último lugar na lista dos aprovados, de acordo com a regra editalícia, que não foi impugnada no momento oportuno. Ausência do alegado direito líquido e certo. Recurso desprovido. (STJ - Rec. Ordinário em Mandado de Segurança n. 17099 - Rio Grande do Sul - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. José Arnaldo da Fonseca - Fonte: DJ, 21.02.2005).

CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA - EMPRESA que oferece serviço de piscinas em CONDOMÍNIO - Desnecessidade de inscrição

Conselho Regional de Química. Necessidade de inscrição de condomínio residencial. - A obrigatoriedade de registro em órgãos de fiscalização da profissão se dá em razão da atividade básica ou a da natureza dos serviços prestados a terceiros. O oferecimento do serviço de piscinas em condomínios residenciais não configura qualquer das hipóteses em que se faz necessária a contratação de profissional da química ou a inscrição do condomínio. (TRF/4a. Reg. - Rem. Ex Officio n. 16620 - Santa Catarina - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Federal Edgard A Lippmann Junior - j. em 13.04.2005 - Fonte: DJ, 25.05.2005).

CORTE ao FORNECIMENTO DE ÁGUA - INADIMPLENTO - Pessoa em estado de MISERABILIDADE - Religamento - Não configuração de DANO MORAL

Direito constitucional e civil. Fornecimento de água à pessoa em estado de miserabilidade. Impossibilidade de corte. a) O corte do fornecimento de água em caso de inadimplemento de usuário em situação de miserabilidade constitui ato reprovável e atentatório à dignidade da pessoa humana, vez que se trata de um serviço essencial de natureza contínua e ininterrupta. Pode-se, na espécie, dizer-se em estado de miserabilidade da mulher, caso da autora, que está desempregada, tem sete filhos e o marido se encontra na prisão, cumprindo pena. b) A concessionária dispõe de meios legais para efetuar a cobrança do devedor, sendo inviável a utilização da justiça privada em detrimento do Estado-Juiz. c) O consumidor inadimplente favorecido com o religamento do fornecimento de água não tem direito, entretanto, à indenização por dano moral. 2) Apelo a que se dá parcial provimento. (Extinto TA/PR - Ap. Cível n. 0281660-8 - Comarca de Londrina - 10a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Antonio de Sá Ravagnani - j. em 31.05.2005 - Fonte: DJPR, 17.06.2005).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Antonio de Sá Ravagnani, a seguinte lição: “Embora existam precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível o corte de fornecimento de água em caso de inadimplemento do usuário, entendo

ser inconstitucional a interrupção do fornecimento de água às famílias em situação de miserabilidade absoluta, não só por ser a água bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população, mas também porque a sua ausência diz direto respeito à dignidade da pessoa humana. Ora, ‘*in casu*, não se trata de uma empresa que reclama uma forma de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável, de sorte que a ótica tem que ser outra. O direito é aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Imperioso, assim tenhamos, em primeiro lugar, distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica’ (STJ, Primeira Seção, ERESP 337965/MG, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 22/09/2004, DJ 08/11/2004, p. 155). (...) Logo, abusivo o meio utilizado pela Apelada para obrigar a devedora a pagar o que lhe é devido, vez que o fornecimento de água é serviço essencial de natureza contínua e ininterrupta. Para a Concessionária receber o que lhe é devido pelo consumidor inadimplente, pode e deve se valer dos meios legais que lhe são disponíveis.”

DANO a PATRIMÔNIO HISTÓRICO e cultural - Inocorrência - Instalação de trailer para VENDA de sanduíches na PRAÇA central - Ausência de potencial danoso

Apelação cível. Ação popular ajuizada para impedir a Administração Municipal de autorizar a instalação de “trailer” de sanduíches na praça central da cidade, ante o argumento de ofensa ao patrimônio público e cultural. Hipótese não configurada. Ausência de potencial danoso ao patrimônio municipal. Sentença que julgou procedente o pedido reformada. 1. A colocação de “trailer” de sanduíches na praça central da cidade, desde que não traga qualquer dano ao patrimônio histórico e cultural do Município, representado por árvore antiga, pode ser perfeitamente autorizado pela Administração Municipal. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0527.04.911830-2/001 - Comarca de Prados - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Jarbas Ladeira - j. em 16.08.2005 - Fonte: DJMG, 02.09.2005)

DITADURA MILITAR - TORTURA de PRESO político - INDENIZAÇÃO por DANO MORAL e DANO MATERIAL - PRAZO PRESCRICIONAL reaberto pela LEI 9140/50 - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Administrativo - ação de indenização - preso político torturado - prescrição - termo inicial. 1. A Lei 9.140/95 refere-se a indenização aos parentes dos presos políticos mortos ou desaparecidos no período da ditadura militar iniciada no Brasil, em 1964. 2. A ação de indenização por danos morais e materiais de preso político que se diz torturado, na dicção do Direito pretoriano desta Corte, teve reaberto o prazo prescricional pela Lei 9.140/95. 3. Prescrição quinquenal a partir da data da lei. 4. Recurso especial improvido. (STJ - Rec. Especial n. 524889 - Paraná - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Eliana Calmon - j. em 01.09.2005 - Fonte: DJ, 19.09.2005)

ELEIÇÕES - CANDIDATO a PREFEITO - Ex-marido da filha do então prefeito - ART. 14/CF - SEPARAÇÃO DE FATO

Recurso extraordinário. Eleitoral. Registro de

candidatura ao cargo de prefeito. Eleições de 2004. Art. 14, §7º da CF. Candidato separado de fato da filha do então prefeito. Sentença de divórcio proferida no curso do mandato do ex-sogro. Reconhecimento judicial da separação de fato antes do período vedado. Interpretação teleológica da regra de inelegibilidade. 1. A regra estabelecida no art. 14, §7º da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Precedente. 2. Havendo a sentença reconhecendo a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há falar em perenização no poder da mesma família (Consulta nº 964/DF - Res./TSE nº 21.775, de minha relatoria). 3. Recurso extraordinário provido para restabelecer o registro de candidatura. (STF - Rec. Extraordinário n. 446999 - Pernambuco - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Ellen Gracie - j. em 28.06.2005 - Fonte: DJ, 09.09.2005).

PENSÃO - EXTINÇÃO devido a filha maior de 21 anos ocupar CARGO PÚBLICO - LEI 3373/58 - Impossibilidade de restabelecimento do BENEFÍCIO após EXONERAÇÃO do cargo

Processual civil. Pensão temporária. Filha de ex-servidora. Exercício de cargo público. Extinção do direito subjetivo. Pedido de restabelecimento de pensão. Impossibilidade. Art. 5º, parágrafo único, Lei nº 3.373/58. I - Constitui causa extintiva do direito ao recebimento de pensão a ocupação de cargo público por filha solteira maior de 21 anos. Inteligência do art. 5º da Lei nº 3.373/58. II - Após exoneração de cargo público, impossível restabelecimento da pensão prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 3.373/58. III - Apelação da autora improvida. Sentença mantida. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 2002.34.00.026590-2 - Distrito Federal - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Federal Lincoln Rodrigues de Faria - conv. - j. em 14.09.2005 - Fonte: DJ, 26.09.2005).

TRIBUTÁRIO

ICMS - Incidência sobre a comercialização de softwares - Entendimento pacificado do STJ

Tributário. Programas de computador (*softwares*). Comercialização. ICMS. Incidência. 1. Está pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que incide ICMS nas operações relativas à comercialização despersonalizada de programas de computador. 2. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - Emb. de Declaração em Rec. Especial n. 222001 - São Paulo - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. João Otávio de Noronha - j. em 03.05.2005 - Fonte: DJ, 05.09.2005).

ICMS - Incidência sobre IMPORTAÇÃO de BEM MÓVEL - Impossibilidade antes da vigência da EMENDA CONSTITUCIONAL 33/01 - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

Tributário. Importação de bem móvel. Sociedade civil de prestação de serviços médicos. ICMS. Incidência. Impossibilidade. Violação ao princípio da legalidade e da irretroatividade da lei. 1 - Antes da vigência da emenda constitucional 33/2001, é inexigível o pagamento do ICMS na importação de bem por sociedade civil para prestação de serviços médicos. 2 - Correta, no caso, a fixação de honorários em R\$ 1.000,00 (um mil reais), dada a simplicidade da causa. 3 - Apelações e remessa *ex-officio* improvidas. (TJ/DF - Ap. Cível e Rem. de Ofício n. 20020110538378 - 2a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Sérgio Rocha - j. em 04.04.2005 - Fonte: DJ, 07.06.2005).

ICMS - Não cumulatividade - MERCADORIA revendida por PREÇO inferior ao da COMPRA - Possibilidade do COMERCIANTE ser creditado desta DIFERENÇA

Anulatória de débito fiscal. ICMS. Princípio da não comutatividade. Distribuição de álcool combustível. Direito ao crédito integral do imposto pago na entrada da mercadoria e que depois é revendida por preço inferior. Precedentes. 1. Se a mercadoria adquirida é depois

revendida por preço inferior da compra e se não há sequer indício de fraude nesta operação, o comerciante tem o direito de ser creditado desta diferença. 2. Precedentes. Apelação Cível n. 1995.001.01705. Oitava Câmara cível. Relator Desembargador Ralfh Lopes Pinheiro. Julgado em 08 de agosto de 1995. 3. Agravo de Instrumento n. 1997.002.04254. Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Joao Carlos Pestana de Aguiar Silva. Julgado em 05 de maio de 1998. 4. Provimento do recurso. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 9924/2004 - Comarca do Rio de Janeiro - 8a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Desa. Letícia Sardas - j. em 19.10.2004 - Fonte: DOERJ, 21.07.2005).

IOF - Incidência sobre SAQUE em CADERNETA DE POUPANÇA - Inconstitucionalidade

Direito processual civil. Constitucional. Tributário. Agravo inominado. IOF. Saque em cadernetas de poupança. Artigo 1º, V, da Lei nº 8.033/90. Inconstitucionalidade. Jurisprudência pacífica. 1. Sedimentada a jurisprudência, firme no sentido de que é inconstitucional a incidência do IOF no saque em cadernetas de poupança, como previsto no artigo 1º, V, da Lei nº 8.033/90; abrangendo a solução, como dada, todos os aspectos e fundamentos discutidos na ação. 2. Agravo inominado desprovido. (TRF/3a. Reg. - Ap. Cível n. 462518 - São Paulo - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Carlos Muta - j. em 09.03.2005 - Fonte: DJ, 20.04.2005).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Juiz Carlos Muta, a seguinte lição: “Como se observa, esta Corte declarou a inconstitucionalidade da incidência enfocada, sob diversos fundamentos, sendo a conclusão confirmada pela Suprema Corte, o que permite, de plano, solucionar a questão de fundo, versada nos autos, na linha da jurisprudência firmada. Na espécie, incorporando ao presente julgamento toda a fundamentação adotada pela Suprema Corte, no exame do *leading case*, a solução cabível é no sentido da confirmação da r. sentença, que

reconheceu a inexigibilidade do IOF sobre os saques de cadernetas de poupança, garantindo à parte autora a restituição do quanto recolhido, conforme documentalmente comprovado nos autos. Consolidando a orientação destacada, a Suprema Corte editou a Súmula 664, verbis: “É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei 8.033/90, que instituiu a incidência do imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros - IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança”.

IPI-PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - Direito a creditamento - CORREÇÃO MONETÁRIA

Constitucional. Tributário. IPI. Crédito decorrente do princípio da não-cumulatividade: correção monetária. Não-prequestionamento do princípio constitucional: CF, art. 153, § 3º, II. I. - Mesmo que se considere prequestionada a questão constitucional, certo é que o citado princípio da não-cumulatividade simplesmente confere ao contribuinte o direito ao crédito, não estabelecendo que será este corrigido, ou não. A correção inscreve-se no contencioso infraconstitucional. II. - Agravo não provido. (STF - Ag. Regimental n. 502958 - Goiás - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Carlos Velloso - j. em 20.09.2005 - Fonte: DJ, 14.10.2005)

IPTU - Não incidência sobre IMÓVEL pertencente à UNIÃO - IMUNIDADE recíproca

Embargos à execução fiscal. Autarquia. IPTU. Imunidade. Imóvel pertencente à União. Em face do princípio da imunidade recíproca o IPTU não incide sobre o patrimônio da União, ainda que seja explorado economicamente por uma autarquia. Apelação Cível desprovida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 271421800 - Comarca de Paranaguá - 12a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Paulo Cezar Bellio - j. em 17.08.2005 - Fonte: DJPR, 21.09.2005).

ISS - CONTRATO DE SEGURO saúde - EMPRESA intermediadora - Atividade tributável com base na COMISSÃO

Processual civil e tributário. Contrato de seguro saúde. ISS. Bi-tributação. I - Nas operações decorrentes de contrato de seguro-saúde, o ISS não deve ser tributado com base no valor bruto entregue à empresa que intermedia a transação, mas sim pela comissão, ou seja, pela receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros, efetivamente prestadores dos serviços. II - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de permitir à empresa-recorrente a dedução dos valores correspondentes aos repasses entregues aos terceiros prestadores de serviço. (STJ - Emb. de Declaração n. 227293 - Rio de Janeiro - 1a. T. - Ac. por maioria - Rel: Min. Francisco Peçanha Martins - j. em 09.08.2005 - Fonte: DJ, 19.09.2005).

ISS - Incidência do IMPOSTO no local em que foi concretizado o FATO GERADOR

Apelação. Ação ordinária. ISS. Competência. Local da prestação de serviço. I - Para fins de incidência do ISS,

importa o local onde foi concretizado o fato gerador, como critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário, ainda que se revele o teor do art. 12, alínea 'a' do Decreto-lei nº 406/68. 2 - Recurso improvido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0027.02.001462-0/001 - Comarca de Betim - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Nilson Reis - j. em 06.09.2005 - Fonte: DJMG, 30.09.2005).

ISS - LOCAÇÃO de equipamentos - Não incidência do imposto - MANUTENÇÃO técnica dos equipamentos e tributável somente se debitados os CUSTOS ao LOCATÁRIO

Direito tributário. ISS. Locação de bens móveis sem a concomitante cobrança de serviços de manutenção e de assistência técnica: não-incidência. Provado, pelas notas fiscais juntadas que a receita bruta da auçada, sobre a qual pretende o Fisco Municipal a cobrança de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), que nada mais representam elas do que aluguéis pela locação, pura e simples, a terceiros, de equipamentos e peças para compressores e ferramentas pneumáticas, sem que haja qualquer prova inequívoca, porque a presunção não é admitida, de que possa ter havido a concomitante prestação de serviços de assistência técnica, tem-se como aplicável à espécie a orientação do Pleno do STF (RE nº 116121/SP, de 11/10/2000, DJ de 25/05/01, p. 17, Pleno, STF), no sentido de que conflita com a Lei Maior o item 79 da Lista de Serviços aprovada pela Lei Complementar nº 56/87, que impõe o ISS sobre locação de bem móvel. Ademais, a permanente e continuada manutenção técnica dos aparelhos e equipamentos locáveis, deixando-os aptos a atender aos fins a que se destinam, seja antes, durante ou depois da locação, faz parte da atividade, mas não tem o condão de configurar assistência técnica tributável pelo ISS quando não debitados os respectivos custos ao locatário. Deram provimento ao apelo. Unânime. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70012137691 - Comarca de Porto Alegre - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Roque Joaquim Volkweiss - j. em 14.09.2005, Fonte: DJRS, 07.10.2005).

REFORMA de IMÓVEL - Equiparação a OBRA de CONSTRUÇÃO CIVIL para fins de incidência de ISS

Apelação Cível - Tributário - ISS - Obras de reforma de imóvel - Equiparação à construção civil - Jurisprudência do TJSE - Beneficiário do tributo o Município onde se realiza a obra - Art 115, II, do Código Tributário Municipal (lei 1547/89) - Recurso improvido. - Na esteira da jurisprudência deste TJSE, nada obstante a lei tributária municipal diferencie obras de construção civil e reforma de imóveis, devem as mesmas ser equiparadas, posto existir entre ambas relação de gênero e espécie. Por consequência, a tributação do ISS compete ao município em que foram realizadas aludidas obras, por força do que dispõe o art. 115, II, do CTMA, Lei 1547/89; - Recurso conhecido e improvido. (TJ/SE - Ap. cível n. 2003204652 - Comarca de Aracaju - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Manoel Cândido Filho - j. em 16.08.2005 - Fonte: DJSE, 24.08.2005).

PROJETO ESCOLA DE FÁBRICA - JOVENS DE BAIXA RENDA - CONCESSÃO DE BOLSAS - APRENDIZ - MAIOR DE 14 E MENOR DE 24 ANOS

LEI Nº 11.180, DE 23 DE SETEMBRO DE 2005

Institui o Projeto Escola de Fábrica, autoriza a concessão de bolsas de permanência a estudantes beneficiários do Programa Universidade para Todos – PROUNI, institui o Programa de Educação Tutorial – PET, altera a Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

OPRESIDENTEDAREPÚBLICA

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

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Educação, como parte integrante da política nacional para a juventude, o Projeto Escola de Fábrica, com a finalidade de prover formação profissional inicial e continuada a jovens de baixa renda que atendam aos requisitos previstos no art. 2º desta Lei, mediante cursos ministrados em espaços educativos específicos, instalados no âmbito de estabelecimentos produtivos urbanos ou rurais.

Art. 2º Os jovens participantes do Projeto Escola de Fábrica deverão ter idade entre 16 (dezesseis) e 24 (vinte e quatro) anos, renda familiar mensal *per capita* de até um salário mínimo e meio e estar matriculados na educação básica regular da rede pública ou na modalidade de Educação de Jovens e Adultos, prioritariamente no ensino de nível médio, observadas as restrições fixadas em regulamento.

(...)

§ 1º Fica autorizada a concessão de bolsa-auxílio aos jovens admitidos no Projeto Escola de Fábrica no valor de até R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) mensais, durante o período do curso, mediante comprovação da renda prevista no *caput* deste artigo, conforme dispuser o regulamento.

§ 2º Os portadores de deficiência, assim definidos em lei, terão tratamento adequado às suas necessidades em todo o Projeto Escola de Fábrica.

(...)

Art. 4º A avaliação dos alunos e a expedição de certificados de formação inicial serão de responsabilidade das instituições oficiais de educação profissional e tecnológica ou de unidades gestoras credenciadas perante as autoridades educacionais competentes.

Art. 5º O Projeto Escola de Fábrica será executado mediante:

I – transferência de recursos financeiros às unidades gestoras selecionadas e credenciadas pelo Ministério da Educação por meio de convênio;

II – pagamento de bolsas-auxílio.

§ 1º O pagamento das bolsas-auxílio aos jovens poderá ser executado pela Caixa Econômica Federal, mediante remuneração e condições a serem pactuadas, obedecidas as formalidades legais.

§ 2º Fica autorizada a suspensão da transferência de recursos financeiros à unidade gestora que:

I – não cumprir, no todo ou em parte, o plano de trabalho apresentado ao Ministério da Educação; ou

II – utilizar os recursos recebidos em desacordo com os critérios estabelecidos para a execução do Projeto Escola de Fábrica, conforme constatado por análise documental ou auditoria.

§ 3º Os critérios e condições adicionais para concessão, distribuição, manutenção e cancelamento das bolsas, inclusive quanto à frequência escolar mínima a ser exigida do jovem participante do Projeto Escola de Fábrica, bem como os critérios para a transferência de recursos às unidades gestoras, serão definidos em regulamento.

Art. 6º Poderá ser unidade gestora qualquer órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, inclusive instituição oficial de educação profissional e tecnológica, ou entidade privada sem fins lucrativos, que possua comprovada experiência em gestão de projetos educacionais ou em gestão de projetos sociais.

Parágrafo único. Os recursos financeiros recebidos pelas unidades gestoras deverão ser aplicados em despesas consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, de acordo com os arts. 70 e 71 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

(...)

Art. 16. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei.

Art. 17. O *caput* do art. 3º da Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea:

“Art. 3º.....

d) financiar programas de ensino profissional e tecnológico.

.....”(NR)

Art. 18. Os arts. 428 e 433 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

§ 5º A idade máxima prevista no *caput* deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.

§ 6º Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.”(NR)

“Art. 433. O contrato de aprendizagem extingue-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses:

.....”(NR)

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de setembro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULADA SILVA

Fernando Haddad

Luiz Marinho

Luiz Soares Dulci

(D.O.U., Col III, de 26.9.2005, pág. 01.)

LEGISLAÇÃO

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

Breno Green Koff

Advogado e professor de Direito/RS

Os sindicatos estaduais “...salvo honrosas exceções, são aqueles denominados de sindicatos de cartório que pouca ou quase nenhuma representatividade possuem, existindo na sua grande maioria somente para arrecadar em benefício e direito exclusivo de sua diretoria”¹.

1. Considerações iniciais

As associações de profissionais liberais questionam a legalidade da cobrança sindical que lhes está sendo exigida pelos sindicatos das respectivas categorias.

Os sindicatos, em contrapartida, alegam que são entidades responsáveis pelo recolhimento, inclusive do liberal autônomo, da contribuição sindical e a confederativa previstas respectivamente nos arts. 578 e *ss.* da Consolidação das Leis Trabalhistas, e art. 8º, IV, da Constituição Federal.

A tese primacial defendida pelos sindicatos lastreia-se no sentido de que a contribuição sindical tem caráter tributário; logo, a cobrança é devida independente de filiação.

Os profissionais liberais, em suas antíteses, ponderam que estão dispensados da contribuição sindical, porque se encontram devidamente registrados e inscritos nos seus conselhos de classe, órgãos estes que, tendo em vista seu *munus publicum*, laboram na defesa da sociedade, na observância das leis e da Constituição, valorizando os princípios da ética, da cidadania e da pessoa humana.

Com efeito, a matéria versada, de há muito discutida em nossos pretórios, envolve a conflitante imposição da contribuição sindical e a confederativa, ao profissional liberal.

No intuito de contribuir, apresentamos sucinto apanhado sobre o tema em questão.

2. O sistema sindical brasileiro

A contribuição sindical foi criada pela hegemonia do governo de Getúlio Vargas, em 1939, cuja finalidade era vincular os sindicatos ao Estado. Consistia no valor pago compulsoriamente pelos trabalhadores, de natureza tributária, no mês de março de cada ano, com o propósito de sustentar o Sistema Sindical Confederativo².

Esperava-se, contudo, uma modernização em nosso sistema sindical com o advento da Constituição de 1988, pois os artigos 511 a 625 da Consolidação das Leis do Trabalho, que tratam da organização sindical e das convenções coletivas de trabalho, foram quase na sua totalidade *ab-rogados*³ de suas redações originais. Porém, alguns pressupostos básicos impedem a modernização. Com o objetivo de gerar uma profusa e automática fonte de renda para os sindicatos, alguns de seus dirigentes insistem em uma contribuição sindical obrigatória, mesmo para os trabalhadores não-sindicalizados e a proibição de haver mais de um sindicato de cada categoria na mesma base territorial.

Nada obstante, o *caput* do art. 8º da Constituição da República prevê, de maneira genérica, a liberdade sindical, ao enunciar: “É livre a associação sindical (...).” Contudo, os incisos trazem restrições, veja-se:

“II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

IV – a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição sindical prevista em lei;”

Há de se perceber, com isso, a discrepância entre o *caput* do art. 8º e os dois incisos acima referidos. Enquanto o *caput* prevê a independência sindical, os incisos estabelecem a contribuição sindical compulsória.

Conforme se depreende da letra do texto transcrito, o inciso IV do art. 8º da Constituição Federal dispõe que caberá à assembléia geral dispor sobre a contribuição confederativa (contribuição para custeio do sistema confederativo), sendo descontada em folha de pagamento, independente da contribuição sindical prevista em lei.

Está cristalina, pois, a distinção entre as duas modalidades de contribuição: uma, trata de contribuição confederativa, prevista por ato decisório, em assembléia geral de qualquer categoria profissional e serve para o custeio do sistema confederativo e a representação sindical; a outra, é uma contribuição sindical prevista em lei.

Em que pese a abrangência das instituições de Direito do Trabalho, o sistema sindical pátrio está, *in totum*, dirigido para as diferenças existentes nas relações das duas categorias profissionais. De um lado a classe dos trabalhadores e em oposição a esta, a dos empregadores. Assim, não há se incluir, nessa situação, os profissionais liberais, porque eles não participam das relações de emprego, estando, conseqüentemente, fora da abrangência das instituições acima aludidas.

Todas as referências eventualmente registradas na legislação trabalhista sobre profissionais liberais ou agentes autônomos são casuais, isso porque estes trabalhadores não mantêm relação de emprego. Por decorrência, estão fora do âmbito das instituições de Direito do Trabalho, e assim, não se sujeitam ao pagamento de contribuição sindical.

Como as prerrogativas dos sindicatos estão todas voltadas para a proteção da categoria dos profissionais (empregados) em face da categoria econômica (empregadores), existindo relação somente entre estes dois pólos, o sindicato nada poderá fazer para ajudar o liberal autônomo. Apenas para exemplificar, veja-se na prerrogativa normativa: o sindicato poderá firmar acordos e convenções coletivas de trabalho, para reger as condições da categoria (Constituição, art. 7º, XXVI), mas esta tarefa irá refletir apenas em quem tem relação de emprego. Da mesma forma, ocorre na prerrogativa de declaração de greve (Lei 7.783/89): em face de quem farão greve os profissionais liberais? Logo, o sindicato não possui

capacidade representativa para proteger os trabalhadores sem vínculo empregatício e resta sem sentido que receba contribuição pecuniária deles.

3. Da cobrança abusiva

Por imposição legal, como sabido, todos os profissionais liberais, para exercer a sua profissão, deverão estar inscritos no conselho profissional de sua categoria e pagar a contribuição correspondente.

Logo, um profissional liberal ao pagar seu conselho profissional e o sindicato de sua categoria, e sendo ambas cobranças pagas com a mesma finalidade, e diante das questões já expostas sobre a falta de capacidade representativa dos sindicatos quanto aos profissionais liberais autônomos, será praticamente um enriquecimento ilícito dos sindicatos recolher contribuição dos profissionais liberais, já que os sindicatos nada podem fazer por eles, em face do caráter bipolar do sistema sindical brasileiro.

Consecutivamente, inaceitável se comine ao profissional liberal duas modalidades de pagamento, com a mesma finalidade, a implicar manifesto abuso. Neste talante, convém lembrar: todo o profissional que esteja em dia com a anuidade devida ao seu Conselho terá, obrigatoriamente, isenção do pagamento da contribuição sindical, conforme art. 47 da Lei 8.906/94.

A propósito, nesse sentido é o precedente normativo 119 do Tribunal Superior do Trabalho, que bem fundamenta a *quaestio*⁴:

“Fere o direito à plena liberdade de associação e de sindicalização cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa fixando contribuição a ser descontada dos salários dos trabalhadores não filiados a sindicato profissional, sob a denominação de taxa assistencial ou para custeio de sistema federativo. A Constituição da República nos arts. 5º, XX e 8º, V, assegura ao trabalhador o direito de livre associação e sindicalização.”

A imposição de dupla contribuição ao profissional liberal, não filiado a sindicato, configura-se inadmissível, por representar, em suma, verdadeira afronta à Constituição Federal, que garante a livre associação, preconizada no artigo 5º, X, e mais precisamente o artigo 8º, V, conforme segue:

Art. 5º, XX – “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”;

Art. 8º, V – “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.”

Por oportuno, transcreve-se parte do esclarecedor estudo do Sindicato Varejista de Campinas, que expõe aspectos legais e constitucionais da não-obrigatoriedade da contribuição sindical, *verbis*⁵:

“Em síntese, permaneceu o que tanto foi combatido pelos estudiosos do Direito do Trabalho, antes da promulgação da atual Lei Maior, como sendo ‘um ranço da origem fascista do sindicato no Brasil’. Um retrocesso, pois a tendência do imposto sindical se fazia no sentido de desaparecer de vez a legislação ordinária. O Brasil é o único país no mundo que contém depois de haver copiado da legislação fascista do trabalho. Enquanto houver imposto não haverá liberdade sindical...com imposto não haverá

nunca, o sindicalismo autêntico e democrático entre nós”.(Evaristo de Moraes filho, citado por Cretella – *Comentários à Constituição de 1988* – pág. 1.052). Mudou somente a denominação, em que pese toda essa crítica (e outras tantas), a nova carta acabou por absorver dupla contribuição, ou seja, a sindical e a confederativa.

No mesmo sentido colhe-se a AIRR – 51651/02, a seguinte posição jurisprudencial, a seguir transcrita:

“A imposição do recolhimento de contribuição confederativa sobre sindicato dos trabalhadores não sindicalizados é inconstitucional, mesmo que exista cláusula de norma coletiva ou sentença normativa prevendo expressamente essa cobrança”.

Neste talante, acresça-se a importante decisão unânime da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao negar provimento a um agravo de instrumento interposto pelo município de São Bernardo do Campo contra a decisão do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (TRT-SP). O relator da matéria no TST foi o ministro Barros Levenhagen, com o brilhante e lúcido entendimento de que:

“A Constituição da República, em seus artigos 5º, XX e 8º, V assegura o direito de livre sindicalização, observou o ministro Levenhagen. ‘É ofensiva a essa modalidade de liberdade a cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio de sistema confederativo, assistencial,

revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados’, completou o relator do agravo ao reproduzir o precedente normativo 119 do TST.”

Em sua manifestação, o ministro Barros Levenhagen registrou a posição do TST em relação às contribuições sindicais (precedente normativo 119) e a impossibilidade de seu recolhimento junto aos não sindicalizados.

“Sendo nula as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados”. (AIRR-51651/02).

4. Da liberdade de associação profissional

Muito embora a contribuição sindical represente a pilastra sustentadora do sistema de criação e organização dos sindicatos, não prospera a alegação da cobrança obrigatória⁶, porque desnecessária e cerceadora da liberdade de associação dos profissionais que labutam em regime autônomo. Nesse sentido a matéria do eminente magistrado Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, o qual refere inclusive que o artigo 149 da Constituição Federal não prejudica este entendimento, *in verbis*⁷:

“(…) a União não pode instituir contribuição compulsória em favor de entidade privada (sindicato ou confederação) em face de quem a ela não pertence, amparada na própria Constituição que diz voluntária a filiação. Já é tempo dos sindicatos conquistarem filiados pelo seu mérito e deixarem de depender da ‘bondade legislativa’ no alcançar recursos”.

Entende-se necessário, nesse momento, a distinção entre as duas contribuições. José Afonso da Silva, dissertando a respeito, preleciona: “Há, portanto, duas

“A imposição de dupla contribuição ao profissional liberal, não filiado a sindicato, configura-se inadmissível, por representar, em suma, verdadeira afronta à Constituição Federal, que garante a livre associação, preconizada no artigo 5º, X, e mais precisamente o artigo 8º, V.”

contribuições: uma para custeio de confederações e outra de caráter parafiscal, porque compulsória estatuída em lei, que são, hoje, os arts. 578 e 610 da CLT, chamada 'Contribuição Sindical', paga, recolhida e aplicada na execução de programas sociais de interesse das categorias representadas⁸.”

Com o mesmo entendimento, o Recurso Extraordinário a seguir focado:

R. Ext. nº 176.548: Art. 8º, IV, da Constituição Federal. Contribuição para custeio do sistema confederativo da representação sindical de categoria profissional. Norma cuja eficácia não depende de lei integrativa, havendo estabelecido, de pronto, a competência para fixação da contribuição a destinação desta e a forma do respectivo recolhimento. Encargo que, por despido de caráter tributário, não sujeita senão filiados da entidade de representação profissional. Interpretação que, de resto, está em consonância com o princípio da liberdade sindical consagrado na Carta da República. Recurso conhecido e provido em parte. (Relator Ilmar Galvão, julgamento 1a. turma).”

O Superior Tribunal de Justiça vem, reiteradamente, confirmando decisões de Tribunais Estaduais e Regionais⁹, no sentido de que os sindicatos não têm o direito de estipular e cobrar contribuição confederativa. A norma insculpida no art. 8º da Constituição da República tem caráter compulsório de fixação de contribuição confederativa, mas depende de regulamentação de lei ordinária, como definido no Recurso Especial, abaixo transcrito Recurso Especial nº 0053228 com a seguinte ementa:

“Contribuição assistencial patronal. Empresa não filiada. Liberdade de associação (C.F. Art. 8º).

1. Inexigível, por sindicato patronal, contribuição assistencial da empresa que não é filiada, não participou da Assembléia Geral, nem foi para tanto, convocada.

2. A liberdade de associação profissional ou sindical é assegurada na Constituição Federal.

3. Recurso Especial improvido por unanimidade”.

O professor Arnaldo Sussekin, em notável lição, expressa que:

“A contribuição confederativa, fixada pela assembléia geral do sindicato, não pode obrigar o empregado que não é filiado. A Constituição Federal, ao estabelecer a livre associação profissional ou sindical, vedando qualquer interferência do Poder Público, e estabelecendo que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato, não permite que a imposição de uma contribuição fixada por um órgão sindical alcance a generalidade da categoria profissional, eis que só a lei poderá impor tal dever, daí explicar-se a manutenção no próprio texto constitucional da contribuição prevista em lei. Não é razoável uma interpretação que torna compulsória à generalidade dos integrantes da categoria uma contribuição criada por um órgão sindical, quando todo o sistema é o da livre associação profissional ou sindical assegurada a liberdade e filiação¹⁰.”

Entende-se, destarte, pelo já exposto, precipuamente por força do princípio da liberdade sindical, art. 8º da CF, que não havendo prova das filiações, bem como não tendo estes se manifestado positivamente acerca da taxa assistencial, a cobrança é indevida:

1. Contribuição confederativa instituída por assembléia geral. Competência Justiça comum – Caráter não tributário – Obrigatoriedade de recolhimento apenas dos trabalhadores filiados à entidade sindical – Falta de provas acerca da filiação – Inadmissibilidade da cobrança. (AC nº 97.010783-8, 2a. Câmara Cível do TJSC)

2. Contribuição sindical – Liberdade de associação – Inexigibilidade da cobrança de taxa sindical – Necessidade de lei regulamentadora. Recurso conhecido e desprovido. A norma insculpida no art. 8º, IV, da CF, não é auto aplicável, dependendo portanto de regulamentação. A liberdade de associação sindical é assegurada na Lei Maior. (AC nº 97.001690-5, 2ª Câmara Cível do TJSC, 09/09/1999).

Alexandre Moraes elucida em sua obra, as diferenças sobre contribuição assistencial, comparando-a com a contribuição sindical¹¹, como abaixo segue:

“É certo que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato (CF, art. 8º, V) não podendo o sindicato compelir os não filiados para obrigá-los a pagar-lhe contribuição assistencial nem obrigar aos filiados a permanecerem no sindicato. Porém, não se pode confundir a chamada contribuição assistencial ou confederativa com a contribuição sindical. A primeira é prevista no início do inciso IV, art. 8º da Constituição federal (a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva’); enquanto a segunda é prevista no final do citado inciso (“independente da contribuição prevista em lei.”)

Deduz-se que a norma do art. 8º, IV, da CF/88 não é auto-aplicável, exigindo uma disposição legal regulamentadora, podendo, assim o trabalhador optar se deseja ou não filiar-se ao sindicato de sua categoria. E com maior propriedade ao profissional liberal autônomo, dispensando-o da contribuição.

5. Da portaria nº 160, de 13 de abril de 2004

A Portaria nº 160, de 13 de abril de 2004, esclarece que os sindicatos só poderão cobrar a contribuição confederativa sindical de trabalhadores sindicalizados. Esta portaria¹² representou uma grande conquista para os trabalhadores não-sindicalizados, pois os sindicatos tinham sua receita acrescida pelas contribuições cobradas indistintamente pelas diferentes classes laborais. “Essas duas contribuições, a confederativa e a assistencial, previstas na Constituição, nunca foram regulamentadas, o que gerou ao longo do tempo todo o tipo de abuso”, é o que relatou o secretário-adjunto de Relações do Trabalho, Marco Antonio Oliveira.

A referida portaria fundamenta-se na Súmula nº 666 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 666 – STF – 24.09.2003

A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao respectivo sindicato.

Referência: Art. 8º, Direitos Sociais – Direitos e Garantias Fundamentais – CF

obs.dji: Contribuição Sindical; Contribuições; Sindicato.

A portaria regulariza a cobrança da contribuição confederativa pelos sindicatos, informando sua obrigatoriedade, quem está obrigado a pagá-la e de que forma. O art. 1º informa:

“As contribuições instituídas pelos sindicatos em assembléia geral da categoria, em especial a confederativa e/ou as constantes de convenção ou acordo coletivo e sentença normativa em especial a contribuição assistencial, são obrigatórias apenas para os empregados sindicalizado.”

Conclui-se, desse modo, que a única contribuição exigível indistintamente de todos os trabalhadores, e que corresponde a um dia de salário no ano, é a sindical, excluindo-se, por tal, da obrigatoriedade do pagamento das mencionadas contribuições, os trabalhadores não-sindicalizados.

A Portaria nº 160 foi editada com o objetivo de normalizar as inúmeras diferenças existentes entre o modo de arrecadação dos sindicatos que “em determinadas entidades sindicais a soma das contribuições confederativa e assistencial é maior que a arrecadação do imposto sindical”, refere Marco Antonio Oliveira.

No entanto, era certo que, em cumprimento da referida portaria, os sindicatos perderiam grande parte de sua arrecadação, o que gerou manifestações contrárias e muitas notas de repúdio.

Devido a vastas pressões políticas o governo do Presidente Lula suspendeu¹³ a Portaria nº 160, até o mês de maio de 2005¹⁴.

6. Das considerações finais

6.1. Convém salientar, novamente, a contradição que a Carta Magna de 88 instituiu no ordenamento jurídico pátrio, ao tratar da matéria de forma incongruente, como bem explana Amauri Mascaro Nascimento¹⁵, o qual entende que se de um lado ao Estado está proibida a intervenção na organização sindical, de outro são impostos grandes obstáculos ao seu livre desenvolvimento, através das restrições constitucionais já referidas. Não se justifica mais a existência de amarras normativas que prendam o sindicalismo brasileiro no patamar onde se encontra.

6.2. Enquanto não houver norma reguladora sobre a obrigatoriedade das cobranças sindicais (art. 8º CF), por inexistência de certeza quanto à sua exigibilidade, não deverá ser cobrada coercitivamente.

6.3. Era certo que, com a Portaria nº 160, os sindicatos perderiam parte de sua arrecadação, mas foi justamente a cobrança abusiva que levou os trabalhadores à Justiça.

6.5. A reforma sindical, que se faz necessária, deveria extinguir todas as contribuições, passando a existir uma única contribuição, chamada de contribuição negocial, com os limites definidos em lei.

6.6. A dicotomia existente entre as duas categorias profissionais, de trabalhadores e empregadores, não deve gerar a presunção de que o profissional autônomo seja obrigado a contribuir para um sindicato ao qual não esteja filiado.

6.7. O profissional autônomo deverá pagar, tão-somente, seu conselho de classe, sob forma de anuidade, pois esta é a única entidade que poderá exercer alguma influência na sua atividade laboral.

6.8. Por derradeiro, concluímos, pelos breves apontamentos desdobrados, que ninguém pode ser obrigado a se filiar a um sindicato, com o que o profissional não será obrigado a pagar a contribuição sindical e muito menos ainda a confederativa, com o devido respeito às opiniões contrárias. ■

NOTAS

1 MORALES, C.R. *Manual prático para constituições de sindicatos*, Editora Rtr- pag.16.

2 GUEDES, Thiago. *Parecer sobre a exigibilidade da Contribuição Sindical, descontada de profissionais liberais fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais*, Crefito 5, Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia 5a. Região, 16/07/2004.

3 *Ab-rogado*: cessação total da validade de uma lei. Revogar.

4 “Ementa: CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. Liberdade Sindical. A imposição de contribuição assistencial em montante diversificado, para associados e não associados revela-se como uma afronta ao princípio da liberdade de associação inculcado do artigo 8º, inciso V, da Carta Recurso Ordinário a que se nega provimento.”

5 OLIVEIRA, F. A. *CLT Comentada*, 2a. ed., arts. 578/579. E, com acuidade, complementa:

“Nosso Pretório Excelso tem decidido que a referida contribuição somente é devida aos filiados do sindicato (v. RE. 198092-3-Rel. Min. Elma Galvão; Agr. Reg. em RE. 171905-SP – Rel. Min. Neri da Silveira, RE. 196110-SP – Rel. Min. Marco Aurélio). Do mesmo teor o Precedente Normativo nº 119, do TST. Por outro lado, o STJ vem entendendo, inclusive que o não associado não está obrigado a pagar tal contribuição assistencial em decorrência do disposto constitucional da livre associação ao sindicato, dado que, uma coisa é pertencer a uma categoria profissional e outra é sindicalizar-se. (v. REsp. 56.310-0-SP – Rel. Min. Garcia Vieira – 1a. T.; RSsp. 56.500-66+SP – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – 1a. T.). Para corroborar, no mesmo sentido, consta do Precedente 119 da SDC do TST, já citado, que a contribuição assistencial somente poderá ser cobrada do associado ao sindicato, sob pena de nulidade ante os termos do disposto no art. 8º, inciso V, da Carta Constitucional. De resto, exceções apresentadas, sobra aos sindicatos, livre de litígios, apenas a cobrança anual do tão combatido e odiado imposto sindical, hoje travestido de contribuição sindical que tal como Fênix, renasceu das cinzas e permaneceu, intocável, na Constituição Federal de 1988”.

6 O Supremo Tribunal Federal, a propósito, assim decidiu: R. Ext. nº 173.869: Contribuição confederativa, art. 8º, IV, da Constituição. Trata-se de encargo que, por despido de caráter tributário, não sujeita senão os filiados da entidade de representação profissional. Interpretação que, de resto, está em consonância com o princípio da liberdade sindical consagrado na Carta da República. Recurso não conhecido. (Relator(a) Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 22.04.1997)

7 Apelação Cível nº 70002108165, julgada em 01.10.01. Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

8 SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editora, 12a. ed., 1996, pág. 293.

9 O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, igualmente, comunga do mesmo entendimento, conforme a : Ementa nº 25. Sindicato de classe. Contribuição sindical. Ação de cobrança. Art. 8, IV, da Constituição Federal.

Contribuição Sindical. Cobrança. Desconto Assistencial. Obrigatório ou Voluntário. Norma incompleta disposta no art. 8º, inciso IV, da Constituição da República. Ausência de orientação segura e definitiva sobre o caráter compulsório da contribuição sindical. Dispositivo constitucional que depende de regulamentação, como previsto no art. 13 da Lei nº 8.170 de 10.03.1991. Regra, embora incerta, aplicável exclusivamente ao sistema confederativo da representação sindical. Sendo este de âmbito nacional, a contribuição fixada em assembléia Geral da confederação torna-se obrigatória, enquanto lei ordinária não regulamentar a matéria. A contribuição fixada pelo sindicato, por ser assistencial, não é obrigatória. Filiação facultativa ao sindicato de classe (art. 8º, V, CF). Pedido improcedente. Sentença reformada. (DP).” AC 1637/93, 6a. Câmara Cível, Unanimidade – TJRJ.

Ressalta-se, por pertinente, que a Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com muita propriedade pronunciou-se sobre o assunto:

1. Ação monitória. Contribuição sindical rural. Ilegitimidade passiva. Produtor não pode ser compelido a contribuir para organismo sindical ao qual não esteja filiado. A liberdade de associação profissional ou sindical é princípio constitucional. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Apelo prejudicado. (AC 70002131696, 15.04.03)

10 (Instituições de Direito do Trabalho. Vol. 2. 19a. ed. São Paulo: LTr, 2000, pág. 1149).

11 (MORAES, A. *Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Atlas, 15a. ed., 2004, págs. 210 e 211).

12 Portaria nº 160 de 13 de abril de 2004. Assinada pelo ministro do Trabalho Ricardo Berzoini.

13 No dia 22 de abril de 2004, a referida Portaria foi suspensa até maio de 2005, pela portaria nº 180/04, devido às negociações junto ao governo do Presidente Lula, das Centrais Sindicais, das Federações e dos Sindicatos.

15 *In Curso de Direito do Trabalho*, 13a. ed., rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 1997, pág. 727.

EVENTOS/NOTÍCIAS

PROCESSO CIVIL – RESPOSTAS DO RÉU NA PRÁTICA

Local: Av. Marechal Câmara, 150, 2º andar, Rio de Janeiro/RJ
Data: 01, 08, 22 e 29 de novembro/2005
Tel.: 2272-2098, 2272-2099

DIREITO DOS HOMOSSEXUAIS

Local: ESA – Av. Marechal Câmara, 150, 2º andar – Rio de Janeiro/RJ
Data: 8, 10, 17, 22 e 24 de novembro/2005
Tel.: 2272-2098, 2272-2099

CONFERÊNCIA ESTADUAL DOS ADVOGADOS DE MATO GROSSO DO SUL

Local: Centro de Convenções Arquiteto Rubens Gil de Camilo, Campo Grande/MS
Data: 10, 11 e 12 de novembro/2005
Informações: www.oabms.com.br

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – PALESTRA

Local: Casa do Advogado de Pindamonhangaba/SP
Av. Coronel Fernando Prestes, 149 – Centro
Data: 11 de novembro de 2005, às 19:30
Tel.: (12) 3642-4255 ou 3642-4234

TEMAS DE DIREITO CIVIL – ASPECTOS RELEVANTES DA PARTE GERAL, DIREITOS REAIS, DIREITOS DO CONSUMIDOR, DIREITO EMPRESARIAL

Local: ESA – Av. Marechal Câmara, 150, 2º andar – Rio de Janeiro/RJ
Data: 19 e 26 de novembro/2005
Tel.: (21) 2272-2098, 2272-2099

DIREITO DO CONSUMIDOR – TEORIA E PRÁTICA

Local: Av. Marechal Câmara, 150, 2º andar, Rio de Janeiro/RJ
Data: 21, 23, 28 e 30 de novembro/2005
Tel.: (21) 2272-2098, 2272-2099

DIREITO DAS SUCESSÕES

Local: Av. Marechal Câmara, 150, 2º andar, Rio de Janeiro/RJ
Data: 21, 23, 28 e 30 de novembro/2005
Tel.: (21) 2272-2098, 2272-2099

SEMINÁRIO SOBRE LICITAÇÃO E MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Local: Auditório da ESA/MG – Rua Guajajaras, 1757, Barro Preto/MG
Data: 22 e 23 de novembro/2005
Tel.: (31) 2102-8282.

A ESTRUTURA DA POLÍCIA CIENTÍFICA, SUAS ATRIBUIÇÕES E O TRABALHO PERICIAL NA REGIÃO NORTE – SANTANA

Local: Casa do Advogado de Santana/SP – Rua Victória Primon, 372 – Casa Verde
Data: 23 de novembro de 2005, às 19:00
Tel.: (11) 3966-0619, 3857-2298, ou www.oabsantana.org.br

XX ENCONTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Local: Casa do Advogado – Rua Salvador Grau, 68, São Sebastião Paraíso/MG
Data: 25 e 26 de novembro/2005
Tel.: (31) 2102-5800

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) 3322-3835 - e-mail: juridico@bonijuris.com.br

Para anunciar seu produto, serviço ou publicação entre em contato conosco.

Fone-fax: (41) 3323-4020 ou e-mail: bonijuris@bonijuris.com.br