

Acórdão em Destaque: Abandono Afetivo por Pai - Abandono Moral como Dano Indenizável (STJ)

Revista Bonijuris

ANO XVIII - Nº 510 - Maio/2006 - R\$ 45,00

ACÓRDÃOS - INTEIRO TEOR

Direito Autoral - Proteção Independente de Registro - Lei 9.610/98 (TJRS)

Ação de Despejo - Locatário Impossibilidade (TJ/DF)

Honorários Advocatícios - Cobrança Contrato Verbal (TJ/PR)

Ausência do Réu em Ato Processual Cerceamento de Defesa Configurado (STF)

Vínculo Empregatício - Inexistência - Prestação de Serviço Autônomo (TRT/24a. Reg.)

Estabelecimento Bancário - Equipamento de Segurança (TRF/1a. Reg.)

Imposto de Renda - Isenção - Portador de Neoplasia Maligna (TRF/2a. Reg.)

LEGISLAÇÃO

Lei Complementar nº 121 - Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A Proteção Constitucional do Meio Ambiente.

Aspectos sobre a (Im)Possibilidade da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

André Barbieri Souza

DOCTRINA

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adriana Monclaro Grandinetti

FUNDO DE COMPENSAÇÃO SALARIAL E INEXIGÊNCIA DO SALDO DEVEDOR DO MUTUÁRIO

Alex Sandro Ribeiro

JULGAMENTO DE MÉRITO CONFORME O ESTADO INICIAL DO PROCESSO - ANÁLISE DO ART. 285-A DO CPC (LEI N. 11.277, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2006)

Joel Dias Figueira Júnior

DA LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA REQUERER A PRISÃO PREVENTIVA

Rogério Theofilo Fernandez

O CONSÓRCIO DE EMPREGADORES E SUA UTILIZAÇÃO PELAS INDÚSTRIAS PESQUEIRAS (MANIPULAÇÃO DE PESCADOS)

Fabio Cadilhe do Nascimento

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
Maximiliano Nagl Garcez
Paulo Henrique Blasi
Zeno Simm

DIRETOR

Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO DE PESQUISADORES

Carlos Oswaldo M. Andrade
Eduardo Cambi
Elionora Harumi Takeshiro
Geison de Oliveira Rodrigues
Geraldo Vaz da Silva
Grazielle Riesel
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

- O Papel do Poder Judiciário na Efetividade dos Direitos Fundamentais** 05
Adriana Monclaro Grandinetti
- Fundo de Compensação Salarial e Inexigência do Saldo Devedor do Mutuário** 11
Alex Sandro Ribeiro
- Julgamento de Mérito Conforme o Estado Inicial do Processo - Análise do Art. 285-A do CPC (Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006)** 14
Joel Dias Figueira Júnior
- Da Legitimidade do Assistente de Acusação para Requerer a Prisão Preventiva** 17
Rogério Theofilo Fernandez
- O Consórcio de Empregadores e sua Utilização pelas Indústrias Pesqueiras (Manipulação de Pescados)** 18
Fabio Cadilhe do Nascimento

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

- Abandono Afetivo por Pai - Abandono Moral como Dano Indenizável (STJ) 20

INTEIRO TEOR

- Direito Autoral - Proteção Independe de Registro - Lei 9.610/98 (TJ/RS) 24
- Ação de Despejo - Locatário - Impossibilidade (TJ/DF) 26
- Honorários Advocatícios - Cobrança - Contrato Verbal (TJ/PR) 30
- Ausência do Réu em Ato Processual - Cerceamento de Defesa Configurado (STF) ... 31
- Vínculo Empregatício - Inexistência - Prestação de Serviço Autônomo (TRT/24a. Reg.) . 35
- Estabelecimento Bancário - Equipamento de Segurança (TRF/1a. Reg.) 37
- Imposto de Renda - Isenção - Portador de Neoplasia Maligna (TRF/2a. Reg.) 39

EMENTÁRIO

- Civil - Comercial 40
- Imobiliário 42
- Processo Civil 44
- Penal - Processo Penal 45
- Trabalhista - Previdenciário 48
- Administrativo - Constitucional 50
- Tributário 52

LEGISLAÇÃO

- Lei Complementar nº 121 - Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas 54

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

- A Proteção Constitucional do Meio Ambiente. Aspectos sobre a (Im)Possibilidade da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica 55
André Barbieri Souza

- EVENTOS/NOTÍCIAS 58

REPOSITÓRIO OFICIALIZADO

TST Nº 24/2001
STF Nº 34/2003
STJ Nº 56/2005

CO-EDIÇÃO:

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

Revista Bonijuris
ISSN 1809-3256
Ano XVIII - Nº 510
Edição Mensal - Maio/2006
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

Inauguramos a seção *Doutrina* deste mês com o artigo da advogada e especialista em direito processual civil Adriana Monclaro Grandinetti, que escreve sobre o papel do Poder Judiciário na efetividade dos Direitos Fundamentais, a necessidade das normas serem interpretadas visando à efetividade destes, pois, assim, o Judiciário viabiliza a aplicação das normas gerais a uma situação particular, ou seja, à efetiva realização do direito. A autora comenta também a eficácia dos princípios fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988, o reconhecimento dos direitos fundamentais como elementos integrantes da identidade da Constituição, integrando o rol das cláusulas pétreas, os limites impostos ao legislador e a força normativa dos princípios.

O advogado paulista Alex Sandro Ribeiro discorre acerca da conduta de algumas instituições financeiras em exigir de mutuários de outrora pagamento de valor referente a saldo devedor advindo de contratos de financiamento regulamentado pelo Sistema Financeiro de Habitação e vinculados ao Fundo de Compensação e Variação Salarial, alegando a existência de duplo financiamento imobiliário na mesma localidade, o que inviabiliza a quitação do segundo valor residual do contrato pelo FCVS. Destaca que o mutuário se encontra desobrigado de tal encargo se a aquisição de dois imóveis pelo SFH com cobertura do FCVS se deu antes da promulgação da Lei 8.100/90 e obedece às determinações deste dispositivo legal.

Na seqüência, o magistrado Joel Dias Figueira Júnior aborda o artigo 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que instituiu o julgamento de mérito conforme o estado inicial do processo, possibilitando ao juiz, nos casos de processos idênticos e em que a lide for unicamente de direito, dispensar a citação do réu e proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada, desde que haja sentença de total improcedência no próprio juízo (não necessariamente do juiz sentenciante). Defende a constitucionalidade do referido dispositivo, a inexistência de afronta aos princípios do acesso à jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, como proceder no caso de pedidos cumulados em que nem todos se enquadrem no artigo 285-A, a aplicabilidade em segundo grau de jurisdição ou instâncias superiores, e demais peculiaridades originárias dessa inovação processual.

Rogério Theofilo Fernandez, advogado em Salvador/BA, trata da legitimidade do assistente de acusação para requerer prisão preventiva, à luz da doutrina do professor Fernando Capez, demonstrando seus limites de atuação e concluindo pela possibilidade daquele requerer a prisão preventiva para resguardar a conveniência da instrução criminal, por seu interesse consistir na formação do título executivo judicial, com vistas à futura reparação de dano cível.

Encerrando a seção, o advogado catarinense Fabio Cadilhe do Nascimento versa sobre o consórcio de empregadores, que é a contratação de trabalhadores em comum por um conjunto de empregadores, que, de acordo com as suas necessidades eventuais e intermitentes, utilizam dessa mão-de-obra em sistema de revezamento, desta forma, o empregado dificilmente permanecerá grandes períodos sem trabalhar. No âmbito urbano, ao adotar este regime os empregadores, além de retirarem os trabalhadores da informalidade, propiciam a valorização do trabalho humano.

Em *Acórdão em Destaque*, vemos a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 757.411, em que se pleiteia indenização por dano moral de um filho em face do pai sob a alegação de abandono afetivo. A corte decidiu pela improcedência do pedido e a impossibilidade de reparação pecuniária, corrigindo a decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que havia condenado com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

A seção *Legislação* desta edição traz a Lei Complementar n. 121/06, que cria o sistema nacional de prevenção, fiscalização e repressão ao furto e roubo de veículos e cargas, que será responsável pelo planejamento e implantação da política nacional de combate ao furto e roubo de veículos e cargas, pela propositura de alterações na legislação nacional de trânsito e penal objetivando à redução dos índices de furto e roubo de veículos e cargas, dentre outras providências.

Em *Como Decidem os Tribunais*, André Barbieri Souza discorre sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica diante da ocorrência de crimes ambientais, tendo em vista a proteção do meio ambiente prevista no § 3º, artigo 225 da Constituição, demonstrando embate jurisprudencial nas decisões dos tribunais de justiça estaduais e a oscilação do posicionamento do STJ, pois para o ministro Gilson Dipp é plenamente possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, ao contrário do que pensa o ministro Felix Fischer, para quem a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adriana Monclaro Grandinetti

Advogada. Especialista em Direito Processual Civil – PUCPR e Direito Tributário na Academia Brasileira de Direito Constitucional, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Università degli Studi di Milano

1. A origem e evolução dos direitos fundamentais

Antes de adentrarmos no tema que pretendemos analisar, que consiste na necessidade do Poder Judiciário interpretar as normas tendo em vista a efetividade dos direitos fundamentais, interessante observar algumas questões referentes à origem e à teoria dos direitos fundamentais.

Sob a perspectiva histórica dos direitos fundamentais, percebe-se que um dos primeiros e talvez o mais famoso texto da Idade Média que estabeleceu, mesmo que de forma precária, uma restrição ao poder do soberano perante seus súditos, foi a Carta Magna, conquistada pelos barões ingleses junto ao rei João “Sem Terra”, em 15 de junho de 1215¹. Contra os desmedidos privilégios e atitudes do soberano, garantiu a Magna Carta os direitos individuais dos nobres em face do Poder Público.

Os direitos fundamentais surgiram nas Constituições à época do movimento político-social no “Século das Luzes”, obra do pensamento propagado pelo iluminismo. O liberalismo político de Locke², no âmbito filosófico, consolida-se a partir das Revoluções liberais, as quais assinalaram uma expressiva ruptura com o formalismo jurídico do padrão absolutista.

A Revolução Americana e a Francesa iniciaram a fase de constitucionalização dos direitos fundamentais, e os principais documentos que demonstraram o aparecimento desses direitos foram a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³. Estas garantias nasceram atreladas ao Estado de Direito Liberal e resguardaram, primeiramente, proteger a liberdade, a propriedade e a resistência à opressão. Como bem esclarece Jorge Miranda: “O Estado Constitucional, representativo ou de Direito como surge o Estado liberal, assenta na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhando em limitar o poder político tanto internamente como externamente”⁴.

Os direitos liberais entram na classe dos direitos de abstenção, isto é, geram uma limitação ao Poder Público, um não-fazer do Estado⁵. Considera-se que os direitos fundamentais nasceram como instrumentos de defesa contra o Estado e correspondem, hoje, aos denominados direitos de “primeira geração”⁶.

Ao fazer uma abordagem acerca das gerações de direitos fundamentais, importa recordar a teoria dos *quatro status* desenvolvida por Georg Jellinek. A teoria é embasada na idéia de que o indivíduo, na

condição de membro do Estado, mantém com este diversas relações, às quais Jellinek denomina *status*⁷. O *status* qualifica a situação jurídica do indivíduo diante do Estado. O *status passivo* é aquele no qual o indivíduo está submisso aos poderes estatais, sendo portador de deveres individuais e não de direitos; o *status negativus* consiste na esfera individual de liberdade imune ao poder do Estado, o indivíduo encontra-se livre da interferência estatal, é um direito de defesa; o *status positivus* é a prerrogativa do indivíduo exigir prestações positivas do Estado, agindo o Poder Público concretamente para a satisfação dos interesses dos cidadãos. Por fim, o *status activus civitatis* é identificado como direito de participação, reconhece a capacidade de participação do indivíduo na formação da vontade política do Estado⁸.

A história nos mostrou que, com o passar do tempo, não foi suficiente apenas garantir a liberdade formal dos indivíduos, sendo imperativo postular uma atuação positiva do Estado. O modelo liberal de Estado de Direito que serviu para a positivação dos direitos fundamentais, se tornou insatisfatório. O conceito de Estado impossibilitado de interferir na ordem econômica, inclusive para atuar positivamente no que se refere às desigualdades sociais, teve de ser superado⁹.

É, então, com o surgimento do Estado Social de Direito, decorrente da I Guerra Mundial e da influência marxista, que apareceram no século XX, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, os direitos econômicos, sociais e culturais, exigindo-se com eles, não mais abstenção do Estado, mas, sim, prestações materiais. Pretendeu-se dar ao Estado um papel intervencionista, tornando-se agente do desenvolvimento e da justiça social, assumindo um papel ativo como agente econômico, minimizando as desigualdades presentes¹⁰. Os direitos sociais surgem vinculados ao desenvolvimento industrial e ao aparecimento de um proletariado, sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Estes anseios estão intimamente ligados ao ideal de igualdade e são designados como direitos de “segunda geração”¹¹. Os direitos fundamentais de segunda geração postulam, desta forma, uma exigência ao Poder Público no sentido de que este atue em favor do cidadão, e não mais para deixar de fazer alguma coisa (corresponderia, então ao *status positivus* de Jellinek).

Sobreleva frisar que é somente a partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi efetivamente consolidado. Os tratados internacionais de proteção

de direitos humanos decorreram dos horrores da era Hitler, das atrocidades cometidas a milhões de pessoas durante o Nazismo. Nas palavras de André Franco Montoro, os absurdos cometidos durante o período nazista provocaram a revolta da consciência mundial e a constituição de um Tribunal Internacional em Nuremberg, para julgar os crimes contra a humanidade, violadores dos fundamentos éticos da vida social¹².

Neste contexto, em 1948 a Organização das Nações Unidas editou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, estendendo para praticamente todo o mundo a proteção aos direitos fundamentais do ser humano, sendo considerada um marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos. Merecem anotação os ensinamentos de Flávia Piovesan, quando tece comentários acerca da Declaração da ONU: “A Declaração surgiu como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados. Ela demarca a concepção inovadora de que os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”¹³.

É oportuno analisar a terceira geração dos direitos fundamentais¹⁴, a qual corresponderia ao terceiro elemento preconizado na Revolução Francesa, a “fraternidade”. Esta categoria de direitos representa a evolução das garantias fundamentais para efetivar a proteção dos direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, envolvendo problemas relativos à industrialização e urbanização. Nesta terceira geração de direitos fundamentais, podemos citar: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à comunicação, os direitos dos consumidores e vários outros direitos, especialmente aqueles relacionados aos grupos de pessoas mais vulneráveis. Ainda no que tange às gerações de direitos fundamentais, deve ser mencionada, por último, uma quarta geração de direitos¹⁵, identificada por vários autores, a qual decorre da atual globalização dos direitos fundamentais, tais como a democracia, o direito à informação e ao pluralismo.

Consoante a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, é possível concluir, com relação à geração de direitos, que estes são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça ou de agressão a bens elementares do ser humano¹⁶.

Estes direitos são os elementos essenciais para que seja preservada a vida digna, qualificados na condição de fundamentais pelo direito, especialmente o constitucional de determinado Estado¹⁷. Eles compilam princípios que as pessoas, individualmente ou como um grupo, escolheram para representar as condições de uma vida e convivência humana justa e pacífica. Além disto, constituem-se diretrizes que orientam a organização da sociedade e do Direito.

Neste sentido, Robert Alexy assim os descreve: “Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo; estes direitos são elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva, são direitos que determinada sociedade escolheu por bem inseri-los em seu direito positivo, sendo resguardados pela Constituição”¹⁸.

Norberto Bobbio defende que direitos fundamentais, democracia e paz são três momentos necessários para o desenvolvimento histórico: sem direitos do homem

reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia inexistem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos¹⁹. Neste prisma, Habermas conclui que não é possível realizar a democracia apartada da realização e efetividade dos princípios fundamentais. Realmente, não há democracia sem respeito à Constituição, que deve ser entendida como guardiã de um processo de criação democrática de direito.

2. Os princípios fundamentais na Constituição Federal de 1988 – a sua eficácia e os limites impostos ao legislador

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais²⁰. De fato, a nossa Carta Magna permitiu um avanço extraordinário na teoria jurídica dos direitos fundamentais. Esses direitos passaram a ocupar uma posição privilegiada dentro do nosso ordenamento jurídico atual. Nos termos do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse contexto, pode se concluir que a norma exibida no art. 5º, § 1º da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais²¹. Isso quer dizer que o intérprete do direito, ao se deparar com uma situação em que esteja em jogo um direito fundamental, tem o dever de efetivar esse direito, independentemente de existir norma infraconstitucional que esteja dificultando a concretização dessa garantia.

O constituinte reconheceu, ainda, que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade da Constituição, considerando-os, por isso, protegidos pelo Poder Constituinte Reformador, por integrarem o rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º)²². E como acentua Ingo Wolfgang Sarlet; “se até mesmo contra as emendas da Constituição, os direitos fundamentais se encontram protegidos, com ainda maior razão se justifica uma proteção contra uma eventual erosão por parte do legislador infraconstitucional, a quem incumbe, em princípio, a concretização e regulamentação dos direitos fundamentais. Essa proteção jurídica não deixa de poder ser pensada com um dos efeitos jurídicos gerados pelos direitos fundamentais, e, portanto, uma dimensão de sua eficácia”²³.

Destarte, Ingo Wolfgang Sarlet alerta que o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade das normas fundamentais²⁴.

J.J Gomes Canotilho, ao se referir à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, entende, da mesma forma, que existe uma vinculação do legislador, visto que há uma dimensão proibitiva que veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem atos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanação de leis inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades e garantias²⁵.

Com posição semelhante, José Carlos Vieira de Andrade justifica que a partir do conteúdo do princípio da aplicabilidade direta, é possível conseguir que uma norma legal não seja aplicada ou que seja mesmo retirada do ordenamento jurídico por contrariar preceito constitucional que estabelece direito fundamental²⁶.

Para Vieira de Andrade, o Poder Legislativo deixou de corresponder à idéia de um poder soberano que se auto-limita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante e juridicamente débil. Aponta o jurista que o Poder legiferante é um poder constituído, obrigado a realizar tarefas, respeitar limites, acatar proibições, a prosseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objetivos a que se propõe, movendo-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definidos²⁷.

É importante deixar claro nesta linha de argumentação, que o Poder Judiciário também está igualmente submetido à Constituição, e deve respeitar os preceitos relativos aos direitos fundamentais no conteúdo de suas decisões. Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, deve-se levar em consideração, sobretudo, o poder-dever dos juízes de não aplicarem ou substituírem as normas que não estejam de acordo com a Constituição.

Feitas estas anotações sobre os direitos fundamentais, é necessário advertir que não basta estar consagrado na Constituição Federal o rol de direitos fundamentais e a sua eficácia plena (art. 5º, § 1º), faz-se imprescindível, ainda, a disponibilização de meios que sejam capazes de assegurar e efetivar o pleno exercício destes direitos.

A Constituição principiológica constitui-se em importante instrumento para a consolidação das conquistas da civilização no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão e para a proclamação da dignidade da pessoa humana como valor supremo²⁸. Porém, em que pese o inquestionável progresso na esfera da posituação dos direitos fundamentais, segue particularmente agudo o problema em relação à concretização e à efetivação destes direitos, já que não há mais como aceitar que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador e pela insuficiência de fundos do Poder Público, “substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada”²⁹.

3. A força normativa dos princípios

O sistema jurídico do Estado brasileiro é concebido como sistema normativo aberto a regras e princípios³⁰. É um sistema normativo, porque toda a estruturação referente a valores, programas e funções é feita através de normas; e é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob sua forma de regras³¹. A Constituição é um conjunto de princípios e regras destinados a realizar valores; a idéia de sistema aberto traduz-se no sentido de que não é indispensável elencar os inúmeros princípios existentes taxativamente. Claus Wilhelm Canaris, insigne jurista alemão, assim discorre sobre o tema: “O sistema jurídico não é fechado, mas aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou sistema científico, como para o próprio sistema da ordem jurídica. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”³².

É primordial ter sempre em mente que os princípios formam, ao lado das regras, duas modalidades de normas existentes. Segundo o pensamento de Canotilho, a coexistência de ambos permite a compreensão da Constituição como um sistema aberto, excluindo a possibilidade de se caracterizar como um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, caso o sistema fosse constituído exclusivamente por regras, assim como não se caracteriza como um sistema falho de segurança jurídica, como ocorreria caso fosse composto apenas por princípios³³.

É notório que o caminho percorrido pelos princípios, até que se lhes reconhecesse força normativa e cogente, foi difícil e muito longo³⁴. Não existe mais espaço, porém, a que se deixe de os ter como plenamente normativos. Paulo Bonavides explica: “Faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”³⁵. Os princípios conquistaram a posição de norma jurídica, superando o conceito de que teriam apenas uma dimensão axiológica, sem eficácia jurídica. Foi Vézio Crisafulli que, pela primeira vez, teoriza a normatividade dos princípios, aspecto de maior relevância estudado pela doutrina contemporânea³⁶.

No que tange à sua eficácia normativa, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷ explica: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.

Sob esta ótica, é imprescindível reafirmar que no atual estágio do Direito, norma é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios, os quais se diferenciam lógica e qualitativamente³⁸. Para Dworkin a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica. Ambos são normas, mas se diferenciam no caráter da direção que apontam. As regras são aplicáveis na forma do “tudo ou nada”, ou seja, são disjuntivas, aplicam-se ou não se aplicam ao caso. Por sua vez, os princípios, embora muito se pareçam com as regras, não indicam uma consequência legal que automaticamente se segue quando as condições dadas se realizam; para o mestre, os princípios não determinam vinculativamente uma decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios³⁹.

“A Constituição principiológica constitui-se em importante instrumento para a consolidação das conquistas da civilização no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão e para a proclamação da dignidade da pessoa humana como valor supremo.”

Dworkin afirma ainda que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca a sua validade⁴⁰.

Na realidade, quando se pensa na afirmação de que a Constituição é um sistema de normas, e que os princípios são normas de hierarquia constitucional, não mais há como negar a sua eficácia jurídica vinculante, impondo, por esse motivo, a sua observação e concretização pelos três poderes estatais (Executivo, Legislativo, e Judiciário)⁴¹. Impende salientar a lição de Alexy, que argumenta: “Se a Constituição garante ao indivíduo direitos frente ao legislador e também prevê para a garantia desses direitos um Poder Judiciário, então a intervenção desse poder no âmbito da legislação, para a garantia e a eficácia desses direitos, não é uma assunção inconstitucional das competências legislativas, mas sim, algo que não está somente permitido como também ordenado pela Constituição”⁴².

Alexy sustenta que não há dúvida que o Judiciário possui competência para o controle de legitimidade das leis, porém o que importa saber é qual o alcance do Poder Judiciário enquanto instância garantidora e concretizadora dos direitos fundamentais.

Concretizar o princípio, segundo as palavras do jurista Canotilho, é fazer com que ele chegue até a norma de decisão, ou seja, é fazer com que o princípio “construa” a norma jurídica concreta, passando de normas generalíssimas abstratas a normas concretas de decisão. Konrad Hesse enfatiza que o processo de aplicação de uma norma ao caso concreto se constitui em “concretizar”, ou seja, estabelecer a relação entre o problema concreto e a norma que se pretende utilizar. Essa determinação, como a aplicação da norma ao caso concreto, constitui uma relação entre o texto da norma e a realidade⁴³.

4. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais – A necessidade de uma interpretação que dê maior eficácia à ordem valorativa constitucional

Como explica Kelsen, quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai utilizar, possui o dever de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior⁴⁴.

A interpretação se coloca como parte integrante do direito, pois viabiliza a aplicação das normas gerais a uma situação particular, ou seja, à efetiva realização do direito. A norma, por si, é um dispositivo inerte. Necessita da intervenção humana para que sirva como uma razão para agir, para a tomada de decisão por parte daquela autoridade responsável por resolver o conflito. Hans Georg Gadamer expõe que um texto de lei somente pode ser interpretado e compreendido tendo em vista sua aplicação ao caso concreto.

Como já abordamos, o juiz tem o dever de buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, para isso, deverá interpretar as normas de acordo com a Constituição, ou seja, de acordo com os princípios e valores expostos explicitamente ou implicitamente. Luiz Guilherme Marinoni conclui que: “Esta afirmação é decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou melhor, da força jurídica desses direitos. Fala-se, nesse sentido, em eficácia

irradiante dos direitos fundamentais no sentido de que esses fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Tal eficácia irradiante é que faz surgir a tese da interpretação de acordo com os direitos fundamentais”⁴⁵.

Nas palavras de Cláudio Ari Mello, quando a sociedade, no exercício máximo e decisivo da sua soberania, elabora sua lei fundamental e nela institui um determinado catálogo de direitos fundamentais, ela impõe aos poderes constituídos o dever de concretizá-los na melhor e mais ampla medida possível; ela torna os poderes constituídos instrumentais à efetividade dos direitos, e portanto, a lógica de funcionamento deles não pode ser pretextada para limitar a eficácia dos direitos fundamentais⁴⁶.

E assim, como cita Carmem Lúcia da Rocha⁴⁷: “Os sistemas constitucionais deste final de século encarecem o papel do Poder Judiciário como aquele que se dota de melhores condições para assegurar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação dos mesmos”.

Realmente, o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel de extrema relevância na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais. No exercício dessa competência, ademais, compete a este Poder exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade e cuidando para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional, fazendo o possível para que ele realize uma tarefa de Justiça e não de injustiças menores⁴⁸.

A ministra Fátima Nancy Andrichi, ao comentar a utilização dos direitos fundamentais na prática do Superior Tribunal de Justiça relata: “Deve ser frisado, e buscado, que esses direitos e garantias fundamentais, que podem ser resumidos como a busca da concretização da plena dignidade humana, devem ser o norte do julgador e se, pela sua grande relevância, foram alçados à condição de princípios constitucionais, todo o sistema jurídico deve não apenas se adequar a esses princípios, mas por eles ser regulado”⁴⁹.

Os magistrados, diante da situação atual, não podem se limitar ao campo puramente processual e a um conservadorismo legalista; devem procurar conceitos e normas no sistema jurídico que atendam satisfatoriamente à realidade social e aos direitos essenciais postulados pelos consumidores da justiça.

Como reconhecia C. Maximiliano, o juiz tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional⁵⁰.

Notável é a posição de Recaséns Siches⁵¹ para quem “A norma jurídica não é mais do que um pedaço de vida humana objetivada, sendo que o direito deve ser uma resposta do legislador à sociedade para satisfazer determinadas necessidades, resolver certos problemas humanos, tal como se apresentam em determinado tempo e lugar, inspirando-se, para isto, naquelas valorações que julgar corretas”. Estes valores, por óbvio, são retirados da norma constitucional e de sua premissa maior.

O intérprete do direito deve perseguir o espírito que paira sobre todo o sistema constitucional, como superior diretriz de entendimento. Os valores superiores são os vetores

axiológicos fundamentais que o Estado pretende implementar por meio de uma ordem jurídica. Considera-se que é a partir de uma norma fundamental que se conhece a dimensão valorativa constante nas outras; sendo assim, o magistrado tem o dever de descobrir o verdadeiro sentido do sistema para encontrar a riqueza em sua decisão. García de Enterría informa que a constituição assegura uma unidade do ordenamento essencialmente sobre a base de uma ordem de valores, e não sobre as simples regras formais⁵².

É preciso lembrar que era comum no sistema jurídico brasileiro, pelo menos até algum tempo atrás, interpretar determinado caso concreto tendo-se em conta apenas a lei ordinária que o regulamentava⁵³. Absolutamente equivocada esta interpretação, Nelson Nery Júnior assim a critica: “O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois sim, deverá consultar a lei infraconstitucional que dispõe sobre o tema⁵⁴”.

Na medida em que os sistemas jurídicos forem analisados segundo os corretos preceitos da interpretação constitucional e também da interpretação teleológica, buscando a sua harmonia baseada nos princípios e valores que os ordenam, não é difícil admitir que as regras não são mais as únicas que irão ser utilizadas pelo juiz ao decidir o caso concreto. Isto significa dizer que a concretização dos direitos fundamentais deve ser buscada mesmo contra a vontade da lei ou na ausência desta. Como bem denota Luiz Fernando Coelho, sendo inegável a existência de leis injustas, a resistência a elas deve começar pelos juízes.

A afirmação de que o juiz pode julgar contra a lei encontra-se albergada pela moderna doutrina; segundo se manifesta Teresa Arruda Alvim Wambier, estando o juiz, em sua decisão, submetido ao sistema jurídico, não somente à letra da lei, torna-se fácil compreender a ocorrência de decisões judiciais aparentemente contrárias à lei, mas em perfeita harmonia com o sistema jurídico⁵⁵.

De acordo com Robert Alexy, a existência de princípios de ordem fundamental resulta que, na interpretação e na aplicação das normas infraconstitucionais, o juiz deve considerar a ordem valorativa fundamental, sob pena de lesionar direitos fundamentais perante a própria administração da justiça⁵⁶. Nelson Nery Júnior recomenda que caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve por óbvio ser aplicada⁵⁷.

Vê-se, pois, que a lei não é a única diretriz que o juiz se limita a seguir, sem qualquer possibilidade de adaptação. O magistrado contemporâneo é um agente transformador do direito, pois não basta ser ele um grande conhecedor do mesmo, é preciso que ele participe ativamente da sociedade em transformação, comprometendo-se com a justiça e não com a lei formal. Nas palavras de Platão, considera-se que a “virtude” é requisito indispensável aos juízes, e que além de sabedoria, muitas vezes estes precisam dispor de coragem para alcançar o justo⁵⁸. E como o justo na maioria das vezes é a proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser

humano, deve o magistrado adaptar a lei e os princípios de forma a dar efetividade aos valores fundamentais expressos na Constituição Federal.

Para Bobbio, desde que a maior parte dos governos existentes proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, demonstrando haver consenso a respeito de quais os direitos humanos que devem ser protegidos na sua relação com o Estado, a questão do elenco de direitos perdeu grande parte do seu interesse. Agora, o problema nuclear dos homens seria, então a sua proteção, vale dizer, a eficácia dos direitos fundamentais⁵⁹. Realmente, temos que admitir que o grande problema da Constituição de 1988 é o de como aplicá-la, como realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional, uma vez que não se reclamam mais direitos,

mas garantias de sua implementação. E nas palavras de Gilberto Bercovici: “Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensificase o grau de desconfiança e descrédito no Estado”⁶⁰.

De tudo, conclui-se que, hoje, o intérprete e o estudioso do direito possuem um trabalho muito mais árduo, porquanto se tem como possível a existência em um mesmo caso concreto de regras e princípios colidentes, os quais podem ser interpretados de diversas formas. O essencial, e aqui é importante dizer, é que cabe ao moderno operador jurídico analisar o conflito

instaurado de acordo, “principalmente”, com os princípios fundamentais e valores vigentes no momento pelo qual atravessa a sociedade⁶¹.

Ao contrário do que se pensa, a Constituição Federal de 1988 não foi o coroamento da luta pela democracia. Não foi o final, mas apenas o início. O caminho é longo e pressupõe um Judiciário com vontade e razoabilidade para decidir assegurando eficácia às garantias fundamentais. ■

NOTAS

1 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 3a. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 47.

2 LOCKE, Jonh. “Segundo tratado sobre o governo”. In: *Os pensadores*. 5a. ed., Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Nova Cultural, n° 9, pp. 213-313.

3 O constitucionalismo moderno afirma-se na garantia a que ele se entrega quanto aos direitos humanos. Daí a dicção do art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo a qual *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution*.

4 MIRANDA, Jorge. Obra citada, p. 85.

5 Conforme o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, o juiz do direito liberal estava proibido de assumir uma postura ativa no processo. Em nome da liberdade do indivíduo, chegou-se, até mesmo, nos países onde o pensamento de Montesquieu era mais vivo, a se proibir ao juiz a interpretação da lei. A figura do magistrado inerte, do julgador que era a *bouche de loi*, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, foi sustentada pelo mito da neutralidade, que supôs ter o processo caráter privado, no sentido da prevalência do interesse das partes em detrimento do interesse público, sendo que, dessa forma, o juiz não teria relação alguma com

o resultado da instrução, como se a busca do direito material adequado para sua decisão fosse somente problema das partes, no qual o magistrado não deve interferir. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 66.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

7 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de los studios Constitucionales, 1993, pp. 247-261.

8 Idem, p. 255.

9 MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

10 Assim explica Marinoni: “Com o advento da democracia social, portanto, intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das regras do jogo. Cabe a ele zelar por um processo justo, capaz de permitir a justa aplicação das normas de direito material, a adequada verificação dos fatos, a participação das partes num contraditório real e a efetividade da tutela dos direitos. Uma coisa é certa: a neutralidade passou a ser um mito, e a inércia do julgador (= abandono do processo à sorte que as partes lhe derem), é incompatível com os valores do Estado atual.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 66.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 470-780.

12 FRANCO MONTORO, André. “Cultura dos direitos humanos”. *Direitos humanos, legislação e jurisprudência*, vol I. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999, p. 23.

13 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 247.

15 Segundo o professor Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia, direito de quarta geração. (Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, pp. 514-531).

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

17 De acordo com L.M. da Silva Cabral Pinto (*Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 142): “Com efeito, o poder constituinte, ao estabelecer o estatuto de governantes e governados, isto é o domínio de homens sobre homens, não pode divorciar-se da idéia de que a legitimidade do poder assenta nos ‘direitos da pessoa humana, sendo os indivíduos simultaneamente a causa eficiente e a causa final de toda a organização política’; ou seja, uma estrutura de domínio justificar-se-á quando o poder se institua pela vontade dos cidadãos e tenha por telos a emancipação humana”.

18 ALEXY, Robert. “Colisão fundamentais no Estado constitucional democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Renovar e Fundação Getúlio Vargas, nº 217, julho /setembro 1999, pp. 55-66.

19 BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992, p. 49.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 104.

21 Idem, p. 114.

22 MENDES, Gilmar Ferreira. “Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional”. *Revista de diálogo jurídico*. Salvador: janeiro de 2002, nº 10 e também SARLET, Ingo Wolfgang “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”, pp. 98 e ss.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 362.

24 Idem, p. 343.

25 CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 402.

26 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 255.

27 Idem, p. 264.

28 COELHO, Luiz Fernando. “A Constituição Horizontal”. *Revista Bonijuris*, Curitiba, PR, ano XVII, n. 495, fevereiro/2005, pp. 05-16.

29 PEREZ, Marcos Augusto. *O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais*. Disponível em: Site: www.unifil.br/materiais/direito/materiais/papelodopoderjudiciario. Acesso em: 20 de novembro de 2003.

30 MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional*, p. 171, relata que: “O sistema jurídico do Estado Democrático português é um sistema normativo aberto a regras e princípios; 1- é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; 2- é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; 3- é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios com sob a sua forma de regra.”

31 CANOTILHO, J.J Gomes. Obra citada, p.165.

32 CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1996, p. 281.

33 CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*, p. 23.

34 NASCIMENTO NETTO, Agostinho do. *Princípios constitucionais e tributação*. Disponível em: <http://www.fdc.br/artigos/pct.htm>. Acesso em 26 de abril de 2004.

35 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, pp. 243-244.

36 CRISAFULLI, Vezio *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 230.

37 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 747/748.

38 LIMA, Georg Marmetstein. *A força normativa dos princípios constitucionais*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto038htm. Acesso em: 05 de janeiro de 2004.

39 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 6 imp. Londres: Duckworth, 1991 p. 26.

40 Idem.

41 LIMA, Georg Marmetstein. Obra citada.

42 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 527.

43 HESSE, Konrad. *Escritos de derechos constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 35-50.

44 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 102.

45 MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdiccional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, p. 299.

46 MELLO, Cláudio Ari. “Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito”. *Revista de Direito Administrativo*, ano 224. Rio de Janeiro: Editora Renovar, abril/junho 2001, p. 278.

47 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em 03 de julho de 2005.

48 Idem.

49 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O STJ e os Direitos*

Fundamentais. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/Discursos>. Acesso em 15 de julho de 2005.

50 MAXIMILIANO, Carlos *apud* SCHNAID, David. *Filosofia do Direito e Interpretação*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

51 RECASÉNS SICHES, Luís. *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. 2a. ed. México: Ed. Porrúa, 1973, pp. 274-276.

52 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: editora Civitas, 1981, p. 97.

53 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 19.

54 *Idem*, p. 20.

55 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *apud* MESQUITA, Eduardo de Melo. *As tutelas Cautelar e Antecipada*, p. 345.

56 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 513/524.

57 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 20.

58 PLATÃO *apud* ROCHA, Ibraim. “O pacto fundamental da Justiça - Um enfoque processual”, *Revista de Direito Internacional e Constitucional*. São Paulo, ano 11, out/dez 2003, nº 45, p. 299.

59 BOBBIO, Norberto *apud* MELLO, Cláudio Ari. “Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito”. *Revista de Direito Administrativo*, abril/junho 2001, ano 224. Rio de Janeiro: Editora Renovar, pp. 239-284.

60 BERCOVICI, Gilberto. “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”. *Revista Legislativa de Brasília*, n. 142, abr/jun 1999, pp. 47-35-47.

61 ABAD, Raphael Madeira. “A solução para as antinomias reais entre regras através da interpretação sistemática da norma jurídica”. Disponível no site: http://geocities.yahoo.com.br/get_es/get_es/artigos/int_sist.htm. Acesso em 02 de janeiro de 2004.

FUNDO DE COMPENSAÇÃO SALARIAL E INEXIGÊNCIA DO SALDO DEVEDOR DO MUTUÁRIO

Alex Sandro Ribeiro

*Advogado e parecerista em São Paulo
Pós-graduado em Direito Civil pelo UniFMU*

Tem sido uma constante, nos últimos anos, a conduta de determinadas instituições financeiras em notificar mutuário de outrora instando-o a proceder ao pagamento de valor inerente ao saldo devedor havido em contrato de financiamento regulamentado pelo Sistema Financeiro de Habitação-SFH e vinculado ao Fundo de Compensação e Variação Salarial-FCVS, alegando que constataram a existência de duplo financiamento imobiliário na mesma localidade, o que inviabiliza a quitação do segundo valor residual do contrato pelo FCVS.

Anote-se que as instituições bancárias só promovem a cobrança do malfadado saldo residual, aduzindo a impossibilidade de habilitar o mutuário junto ao FCVS por constar no Cadastro Nacional de Mutuários a existência de outro financiamento em nome dele, por aquele mesmo sistema. Em razão disso, asseveram que o § 3º da Lei n. 8.100, de dezembro de 1990, exige que não haja multiplicidade de contratos de financiamento. Havendo, não poderia o mutuário se valer do FCVS, daí a cobrança do saldo devedor, não obstante o fato de a cédula hipotecária já haver sido cancelada em virtude da quitação do contrato.

Ou seja, por ter o mutuário, normalmente, há década, realizado outro financiamento, tem de sofrer os efeitos da Lei que só entrou em vigor em 5 de dezembro de 1990!

Trava-se a celeuma, pois, em se saber se o mutuário agiu com má-fé ao afirmar na declaração que promoveu perante a instituição financeira que haveria uma única operação de financiamento imobiliário vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação e com cobertura do FCVS e de que como consequência não teria efetuado a liquidação antecipada que o beneficiaria a Medida Provisória 196 de 30.06.1990, tornando-se devedor do valor residual impago pelo FCVS, ou se o sistema legislativo em vigor quando da

contratação tornava irrelevante e sem efeito jurídico punitivo a situação de duplo financiamento.

Pois muito bem.

O Fundo de Compensação de Variações Salariais foi instituído pela Resolução nº 25 do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação em 16.06.1967 e tem como objetivos básicos a garantia do limite de prazo para amortização das dívidas contraídas pelos adquirentes de unidades habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, respondendo pela cobertura dos saldos devedores residuais aos agentes financeiros, assim como de ressarcir-lhes os descontos concedidos aos mutuários finais e assegurar o equilíbrio do seguro habitacional do SFH. Para tanto, recebeu uma dotação inicial e posteriormente passou a ser gerido com base nas fontes de recursos originadas de contribuições mensais dos mutuários à razão de 3% do valor da prestação mensal, acrescido do Coeficiente de Equiparação Salarial, da contribuição de agentes financeiros do SFH, de saldos de recursos existentes no FUNDHAB e de dotação orçamentária da União. Os seus recursos são aplicados exclusivamente em títulos públicos federais.

Em meados da década de 90 verificou-se no Fundo um significativo passivo que levou o Governo Federal a novar as dívidas do FCVS mediante a securitização, de sorte que a dívida perante as instituições financeiras seria quitada em prazo de trinta anos com oito de carência para o pagamento de juros e doze para o pagamento do principal. Disto resultou em dezembro de 2001 um valor bruto novado de 23,7 bilhões de reais.

Consoante o espírito que norteou a criação do Fundo, uma dívida dessa dimensão não deveria ter ocorrido, mas a estagnação econômica, os altos índices inflacionários e as elevadas taxas de juros verificados na década de 80 induziram

a que o Governo Federal concedesse sucessivos e cumulativos benefícios aos mutuários do SFH. As prestações previstas nos contratos não foram majoradas com base nas condições contratualmente pactuadas.

Reduziram-se os saldos devedores dos financiamentos (Decreto-Lei 2.065/83), imputando ao FCVS a responsabilidade pelo pagamento desses benefícios. Igualmente sucessivas postergações do pagamento de obrigações do Fundo promoveram o desequilíbrio entre o ativo e o passivo.

O Decreto-Lei 2.164/84 concedeu subsídio de 10 a 25% aos mutuários, mediante emissão de bônus pelo SFH, cumprindo ao FCVS o ressarcimento dos saldos devedores em parcela única. Novo subsídio foi concedido pelo Decreto-Lei 2.291/86 e pelo Decreto-Lei 2.406/88.

Novos subsídios foram concedidos pela Lei 8.004/90 que determinou que o Fundo quitaria os saldos de sua responsabilidade no prazo de dez anos, de tal sorte que, para o gozo dos benefícios estabelecidos pelos arts. 5º e 6º da Lei nº 8.004/90, exige-se, tão-somente, que o contrato de mútuo habitacional tenha sido firmado até 28 de fevereiro de 1986 e que contenha a cláusula de cobertura de eventuais saldos devedores residuais pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS.

É fato que essa visão histórica revela que o Fundo de Compensação de Variações Salariais objetiva assegurar a uma ampla parcela da população brasileira a possibilidade de adquirir em definitivo um imóvel residencial para a segurança da família. Os seus recursos nunca visaram o crescimento patrimonial, mas tão-somente evitar que na aquisição do imóvel a família fosse premiada pela circunstância desfavorável do descompasso da evolução dos salários ao longo da relação de financiamento em que não poderia de modo algum satisfazer sem prejuízo o resíduo no saldo devedor.

Sabidamente, é *sui generis* o contrato de financiamento vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Nele, os financiados aderem a cláusulas e condições impostas pelo financiador, sem qualquer alternativa.

Além disso, nesse contrato de adesão, dentre as imposições, está a dos financiados contratarem o seguro do contrato e do imóvel, cuja companhia seguradora é escolhida pela instituição de crédito que está a financiá-los.

Por conseguinte, também a financiante tem interesse na cobrança e execução do seguro, pois este é que vem garantir a quitação do débito, inclusive na hipótese de morte de um dos financiados.

Contudo, não há como compelir o mutuário ao pagamento do valor residual, se a aquisição de dois imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação e cobertura do FCVS se deu bem antes da promulgação da Lei 8.100/90, tendo em vista que esta é a única existente sobre a matéria com o proibitivo de duplo financiamento para se valer da quitação do saldo e, principalmente, punindo com a perda da cobertura do segundo financiamento.

As leis anteriores, em regra, não autorizam duplo financiamento. Contudo, não punem o mutuário que assim procede, delegando para os agentes financeiros a cautela de consultar, perante os cadastros inerentes, a existência de outro contrato firmado pelo mesmo mutuário e sob as mesmas regras. Se não havia sanção legalmente prevista para aquele ilícito civil, não se pode punir o mutuário! Se a questão fosse de erro essencial, ou de algum outro vício de manifestação

de vontade, o que se deveria *oportune tempore* era buscar a anulação do negócio e não, anos depois, arvorar-se de credor e exigir do mutuário o pagamento.

Eventual saldo remanescente, portanto, tem de ser cobrado do já citado Fundo de Compensação de Variações Salariais-FCVS, por não ter o mutuário qualquer obrigação legal ou contratual.

Mesmo e até porque, se se quedou inerte o agente financeiro, deixando de fiscalizar o cumprimento da regra que só agora tenta impor, não pode valer-se de sua própria torpeza. Que se exigisse, à época, declaração ou mesmo certidão negativa de inscrição de outro idêntico mútuo no registro imobiliário, de modo a se precaver e negar o financiamento que duas décadas depois diz vedado pela Lei.

Aliás, simples certidão provavelmente resolveria a pendência, uma vez que, normalmente, por ocasião do segundo financiamento o primeiro já constava do registro imobiliário. Prevalece, portanto, a presunção de que o mutuário está e sempre esteve de boa-fé.

Inolvidável ainda que o banco deu inteira quitação ao contrato do mutuário e procedeu ao cancelamento da hipoteca (CC/1916, art. 849, inciso I). Logo, não se pode mais fazer prova de não-pagamento, pois suplantado o prazo decadencial de 60 dias (CC/1916, art. 945, § 1º, *in fine*) e, principalmente, por ter a quitação se dado por escritura pública e registrada (CC/1916, art. 945, § 2º).

E não é tudo.

Do acervo legislativo sobre o sistema financeiro imobiliário, a única lei que passou a exigir a inexistência de mais de um financiamento como condição para valer-se do FCVS foi a Lei nº 8.100/90, alterada pelo artigo 4º da Lei 10.150, de 2000, e que, notadamente punia o mutuário com a perda da cobertura do segundo contrato.

Tal lei, contudo, não se aplica ao negócio jurídico havido anteriormente, tisanando de impossível mesmo a cobrança pretendida se o financiamento foi realizado sob a égide de outra Lei, a de nº 4.380, de 1964, que não previa nenhuma sanção. Ademais, normalmente é incontestável a quitação do valor devido pelo mutuário ante o levantamento da hipoteca respectiva. Com isso, evidente que nada mais pode ser dele demandado.

Sabe-o, toda a gente que, uma lei material posterior em regra não retroage, não atinge atos jurídicos pretéritos. Até para a segurança dos cidadãos, deve-se respeitar os atos anteriormente praticados, concluídos e acabados.

Nesse sentido, a esmerada sentença proferida nos autos do processo n. 02.147293-9 em março de 2003, que tramitou perante a Décima Quinta Vara Cível do Foro Central da Capital/SP, acolhendo a tese por nós defendida e agora difundida neste artigo, versando exatamente sobre a mesma matéria tratada neste estudo, asseverando o julgador, em síntese, que face à quitação do valor devido, o levantamento da hipoteca e, principalmente, a inaplicabilidade da sanção surgida apenas com a Lei n. 8.100/90 – mais de dez anos depois de concluído o contrato do autor –, o imóvel adquirido estava totalmente quitado, nada mais podendo ser demandado.

Antes disso, o Superior Tribunal de Justiça, em 7 de março de 2002, decidira que:

“Direito econômico e financeiro. Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Dois imóveis adquiridos pelo mesmo mutuário com financiamento e cobertura do FCVS. Saldo

devedor do primeiro imóvel. Quitação com o desconto previsto na Lei n. 8.004/90. *Inaplicabilidade da restrição surgida posteriormente com o advento da Lei n. 8.100/90. Pagamento total do valor das prestações do segundo imóvel. Direito à quitação sem a perda da cobertura do FCVS (Art. 9º, § 1º da Lei n. 4.380/64). Penalidade inaplicável à espécie.*” (destaques nossos)

No mesmo sentido, o STJ, em recentíssimo acórdão veiculado na revista paranaense *Bonijuris*, voltou a emendar que:

Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Duplo. Financiamento. Cobertura do saldo residual pelo FCVS. Inexistência de vedação legal à época da celebração dos contratos de mútuo. Hipotecário. Processual civil. Art. 20, § 4º, do CPC. Matéria fática. Súmula 07/STJ.

1. Somente após as alterações introduzidas pela Lei 10.150/2000, estabeleceu-se que, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, o descumprimento do preceito legal que veda a duplicidade de financiamento dá ensejo à perda da cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS de um dos financiamentos.

2. Não se pode estender ao mutuário, que obteve duplo financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação em data anterior à edição da Lei 10.150/2000, penalidade pelo descumprimento das obrigações assumidas que não aquelas avençadas no contrato firmado e na legislação então em vigor. Diante disso, tem-se por inaplicável a norma superveniente, restritiva da concessão do benefício à quitação de um único contrato de financiamento pelo FCVS. Precedentes.

3. Conforme dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

4. Nessas hipóteses, não está o juiz adstrito aos limites indicados no § 3º do referido artigo (mínimo de 10% e máximo de 20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, tão-somente, e não ao seu *caput*. Precedentes da Corte Especial, da 1ª Seção e das Turmas.

5. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias previstas nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ e, por analogia, da Súmula 389/STF.

6. Recurso especial a que se nega provimento¹.

Ora, tentam as instituições bancárias, a todo custo, se agarrar aos termos da Lei n. 4.380/64 para dizer que o mutuário está obrigado ao pagamento do saldo devedor. Mas, diversamente por elas alegado, esse diploma congressual não punia o mutuário com a perda da quitação do saldo ante a existência de outro imóvel.

A questão é simples: irretroatividade da Lei n. 8.100/90 ao negócio jurídico realizado anteriormente à sua entrada em vigor e quitado há mais de décadas, inclusive levantando-se a hipoteca. O próprio banco outorga a quitação geral e procede ao levantamento da hipoteca! Como, então, pode arvorar-se de credor anos depois?!

Basta ver-se que a Lei n. 4.380/64 não punia o mutuário com a perda da quitação do saldo ante a existência de outro imóvel. No corpo do venerando aresto retro mencionado, anotou o ministro Garcia Vieira que: “não favorece à exequente a alegação de que o contrato sofreu antecipado vencimento por descumprimento da cláusula que obrigava os autores a alienar o primeiro imóvel. Essa cláusula só poderia ser aplicada enquanto ainda pendentes de pagamento as prestações. Pagas todas as prestações, incidiu automaticamente outra cláusula do contrato, que estabelecia que, nessa hipótese, ‘o credor dará quitação ao devedor, de que, mais nenhuma importância poderá ser exigido’ (...) Não poderia a CEF dar por vencido o contrato quando já operada sua automática quitação.

É exatamente o caso fluente, tornando despicando maiores aduções.

De outra banda, afigura-se-nos despropositado, ainda, recusar o pagamento da indenização pela seguradora, pelo fato dos financiados terem adquirido na mesma localidade mais de um imóvel, ficando-se a negativa da cobertura do seguro à

vedação insculpida no artigo 9º, da Lei n. 4.380, de 1964. Ora, não só o Agente Financeiro, mas também as seguradoras, têm o dever de controlar o cumprimento da referida regra, de modo a se precaverem e negarem o financiamento vedado pela lei.

Destarte, descabe a qualquer deles se valer do preceito do artigo 9º e § 1º da Lei n. 4.380, de 1964, “para, sobrevivendo a defunção do financiado, pretender exonerar-se da indenização que quita os débitos pendentes em mais de um imóvel assim adquirido, uma vez que o prejuízo que sofrem decorre da própria álea ínsita no seguro e já coberto pelos pagamentos dos respectivos prêmios”. E mais: “Para a seguradora, em termos de risco, é como se o seguro abrangesse um só imóvel, cujo valor seria correspondente à soma dos dois por ela segurados, e cujos prêmios foram pagos na mesma proporção. Não há aí, portanto, agravamento desse risco” (cf. Apelação Cível n. 587019639–4a. Câ. Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Sr. Des. Jairo Duarte Gehlen, v.u., j. em 24.06.87 – in RJTJRS 126/360-364 – fls. 12 a 16 destes autos).

Essa questão, cumpre observar, já se pacificou, conforme enunciado na Súmula n. 31 do Superior Tribunal de Justiça: “A aquisição pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação, situados na mesma localidade, não exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros” (DJU de 18.10.91).

Tendo, aliás, o artigo 9º, § 1º, da Lei n. 4.380/64, objetivado impedir a especulação imobiliária com tais financiamentos, a proibição desse negócio destinou-se

especificamente às financiadoras, pois estas é que não podem ignorar a lei e propiciar, com esse mútuo, venha uma mesma pessoa, na mesma localidade, adquirir mais de um imóvel.

Desse modo, não pode o financiador exigir do mutuário o pagamento de eventual saldo devedor, em face de injustificável recusa da seguradora em pagar o prêmio, máxime cabendo a ambos (financiador e seguradora) a culpa pela não-observância da norma, que estaria a proibir o financiamento, mormente se o seguro foi pago pelos mutuários – o que normalmente acontece, porquanto o prêmio comumente é embutido automaticamente nas prestações do mútuo –, fato que, também, está a exigir a quitação do débito.

Em suma, seguindo a forte posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que foram adquiridos dois imóveis com financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação e cobertura do FCVS, se o mutuário que os adquiriu quitar o primeiro com os benefícios da Lei nº 8.004/90, pagando 50% do saldo devedor e respondendo

o referido fundo pelo restante, assiste-lhe o direito de exigir a quitação do saldo devedor do segundo, após efetuar o pagamento da totalidade das prestações, porquanto não tem aplicação, na espécie, a norma restritiva sobre a quitação, pelo FCVS, de um único saldo devedor, porque só sobreveio com o advento da Lei nº 8.100/90, quando o mutuário já havia quitado o imóvel com os benefícios da Lei nº 8.004/90, que não previa tal limitação, sendo que estas normas (em especial a Lei nº 8.100/90) não podem ser aplicadas retroativamente para limitar a quitação pelo FCVS a um único saldo devedor. *In casu*, o artigo 9º, § 1º, da Lei 4.380/64 não socorre o agente financeiro, porque não lhe dá poder de aplicar penalidade, determinando a perda da cobertura do FCVS, quando houver duplo financiamento. ■

NOTA

1 STJ-1a. T., REsp 782710 / SC ; Recurso Especial 2005/0155292-2, v.u., j. 17.11.05, DJ 05.12.2005 p. 252. *Apud*: Revista *Bonijuris*, Curitiba, PR, ano XVIII, n. 507, fev./2006, p. 40.

JULGAMENTO DE MÉRITO CONFORME O ESTADO INICIAL DO PROCESSO

Análise do art. 285-A do CPC (Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006)

Joel Dias Figueira Júnior

*Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP
Desembargador substituto no TJSC*

1. Escopos do novo dispositivo (art. 285-A) que institui o julgamento de mérito conforme o estado inicial do processo

O novo dispositivo introduzido no Código através da Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006¹, é de autoria do Poder Executivo (PL 4.728/04; EM n. 00186 – MJ), e faz coro com as diversas inovações atinentes às diretrizes reformistas do sistema instrumental brasileiro que, entre outros escopos, objetivam conferir mais celeridade e racionalidade na prestação da tutela jurisdicional, notadamente para atender às hipóteses de demandas repetitivas.

Nesse sentido, extrai-se da exposição de motivos da referida Lei que a nova proposição busca “...criar mecanismo que permite ao juiz, nos casos de processos repetitivos, em que a matéria controvertida for unicamente de direito, e no juízo já houver sentença de total improcedência, dispensar a citação e proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada”.

2. Da constitucionalidade da lei nova

O dispositivo em voga recebeu voto (vencido) de rejeição no Congresso Nacional sob o fundamento de injuridicidade e inconstitucionalidade e, no final de março

do corrente ano [2006], a Ordem dos Advogados do Brasil protocolou perante o Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (n. 3695, rel. min. Cezar Peluso) pelos motivos que acabamos de apontar. Em defesa da tese da inconstitucionalidade da Lei 11.277/06, diz a OAB que o novo dispositivo (art. 285-A) “...institui uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau...”, violando os princípios da isonomia, da segurança jurídica, do direito de ação, do contraditório e do devido processo legal².

Em que pesem os judiciosos argumentos em sentido contrário, entendemos que a novel lei não viola qualquer dispositivo ou princípio constitucional, assim como não colide com normas infraconstitucionais ou com o sistema instrumental.

Em primeiro lugar, não há que se falar em supressão de instância ou de óbice ao acesso à jurisdição, porquanto o interessado demanda em juízo, articula os fatos e fundamentos jurídicos e formula o seu pedido ao Estado-juiz. O que ocorrerá é, dependendo do caso, a rejeição liminar do pedido do autor, através da prolação de sentença de total improcedência.

Não existe também qualquer afronta ao contraditório ou ampla defesa, se não vejamos: ao réu,

nenhum prejuízo se verifica pela ausência de citação e formação da relação jurídico-processual, visto que o autor sucumbe de plano, obtendo o sujeito passivo, por conseguinte, ganho de causa.

Ademais, com o julgamento imediato em desfavor do postulante, as despesas processuais serão mínimas, porquanto adstritas ao depósito das custas iniciais, donde exsurge não só a economia de tempo (celeridade processual), mas também financeira, pois o autor não arcará sequer com a verba honorária do vencedor, em decorrência da não-formação do contraditório.

O duplo grau de jurisdição também é preservado, segundo se infere das regras insculpidas nos §§ 1º e 2º do art. 285-A.

3. Requisitos para o julgamento de mérito conforme o estado inicial do processo

Para que o julgamento de mérito se verifique de plano, ou seja, *initio litis*, são imprescindíveis que se façam presentes os seguintes requisitos, sob pena de nulidade absoluta da sentença: a) lide unicamente de direito; b) precedentes do próprio juízo (não necessariamente do juiz sentenciante) em casos idênticos; c) julgamentos anteriores pela improcedência total do pedido.

Note-se que o dispositivo em questão não dá respaldo às hipóteses de precedentes semelhantes ou a precedentes idênticos de procedência total do pedido. Na verdade se já existirem precedentes favoráveis ao pleito do autor, formar-se-á o contraditório e, concluída a fase postulatória, deverá o magistrado resolver a lide conforme o estado do processo, com fulcro no art. 330, I, do CPC. O que não se admite, sob pena de nulidade da sentença, é que o juiz dê ganho de causa ao autor, liminarmente, sem oportunizar ao réu o contraditório e ampla defesa.

O legislador fez uso da expressão “outros casos idênticos” para designar a existência de precedentes jurisprudenciais daquele mesmo juízo. Para que se considere jurisprudência do juízo, os casos haverão de ser idênticos, as lides unicamente de direito, as sentenças anteriores sejam todas no mesmo sentido: de rejeitar integralmente o pedido do autor, e, reiteradas, no mínimo, com três repetições idênticas.

Nada obsta que, antes de sentenciar com fulcro no art. 285-A, determine que o autor emende ou complete a inicial, no prazo de dez dias, ao verificar que a peça inaugural não preenche os requisitos dos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar a resolução da lide, conforme preconizado no art. 284, do mesmo Diploma Legal. Sanados os vícios, lacunas ou irregularidades, o julgador estará, então, apto a resolver o mérito, rejeitando de plano o pedido formulado pelo autor (art. 269, I, CPC).

4. Cumulação de ações

Poderá ocorrer também que o autor cumule pretensões, isto é, que formule pedidos cumulados, sendo um deles totalmente improcedente, conforme decisões reiteradas daquele juízo, fundadas unicamente em questões de direito.

Nesse caso, a demanda cumulada que se enquadrar nos moldes do art. 285-A, poderá ser rejeitada, de plano, prosseguindo-se no processo com referência ao outro pedido. Se houver impugnação, haverá de ser por intermédio de agravo e não através de apelação, sendo pressuposto para a incidência do artigo em comento que se verifique a resolução total do mérito, com a improcedência de todos os pedidos ou do único pedido formulado (v. item n. 1.9, *infra*).

5. Discricionariedade judicial

Diz o artigo em tela que o juiz *poderá* dispensar a formação do contraditório, sem sequer ordenar a citação do réu, proferindo imediatamente sentença de total improcedência do pedido. Indaga-se: trata-se de um poder-dever, de mera faculdade, ou de discricionariedade conferida ao Estado-juiz?

Em que pese tratar-se de questões idênticas repetitivas, entendemos que a norma confere ao julgador absoluta discricionariedade para a resolução imediata do conflito, ficando ao seu prudente talante a formação do contraditório através da citação do réu, seguindo-se a resposta e fases processuais seguintes, se for o caso, sem perder de vista que ainda poderá ocorrer o julgamento antecipado da lide.

Significa dizer que o magistrado não está obrigado a decidir, de plano, pela improcedência do pedido, mesmo em se tratando de questões idênticas repisadas naquele mesmo juízo, e, por conseguinte, não caberá qualquer tipo de recurso contra o ato judicial de recebimento da inicial ordenando a citação do réu. Aliás, o simples comando determinador da citação é mero despacho de expediente, portanto, irrecorrível (art. 504, CPC).

Recebida a inicial e processado o feito, ao oferecer resposta, se o caso em concreto enquadrar-se na moldura do art. 285-A, é de bom alvitre que o réu traga à colação, entre outros documentos que entender necessários a sua defesa, os precedentes daquele juízo que lhe são favoráveis, arrematando com o pedido de julgamento antecipado da lide, com base no art. 330, I, do CPC.

6. Reconhecimento de prescrição ou decadência

Se o juiz verificar, de plano, a incidência de *prescrição*³ ou *decadência*, havendo ou não precedentes reiterados, haverá de pronunciá-las de ofício, resolvendo o mérito do conflito, com fulcro no art. 219, § 5º c/c art. 269, IV, ambos do CPC.

“Para que se considere jurisprudência do juízo, os casos haverão de ser idênticos, as lides unicamente de direito, as sentenças anteriores sejam todas no mesmo sentido: de rejeitar integralmente o pedido do autor, e, reiteradas, no mínimo, com três repetições idênticas.”

7. Ação rescisória, mandado de segurança e habeas corpus

Em se tratando de *ação rescisória*, *mandado de segurança* ou *habeas corpus*, afigura-se-nos perfeitamente possível a aplicação do art. 285-A em segundo grau de jurisdição ou instâncias superiores.

Assim, constatando o ministro ou desembargador relator que a hipótese vertente reproduz julgamentos unânimes e reiterados de improcedência do pedido daquela mesma turma ou câmara, a decisão de plano poderá ser proferida.

Outro não pode ser o entendimento, tendo-se sempre presente que o Código de Processo Civil aparece como macrossistema instrumental, aplicável subsidiariamente aos demais microsistemas se e quando a norma específica for lacunosa, sem violar qualquer de seus princípios orientadores.

8. Requisitos da sentença

A sentença que rejeita integralmente o pedido do autor, de plano, resolvendo o mérito, com fulcro no art. 269, I do CPC, haverá de observar os requisitos definidos no art. 458 do mesmo Diploma Legal.

Diz a parte final do art. 285-A que o juiz reproduzirá o teor da sentença “anteriormente prolatada”. Há de se compreender da dicção do dispositivo analisado que a reprodução respeita aos fundamentos jurídicos da decisão, podendo ser literal ou não. O que a lei deseja é que os fundamentos jurídicos sejam os mesmos, precisamente idênticos, motivo pelo qual o juiz pode limitar-se a reproduzir algum dos julgados precedentes.

Parece-nos crucial que o julgador aponte os precedentes do juízo, mencionando-os com precisão, fazendo, para tanto, referência aos respectivos números dos atos dos processos decididos naquele mesmo sentido, acrescido da “reprodução” de um deles, adotado como razão de decidir.

Essa referência numérica aos precedentes serve como norte inibidor de recursos, além de permitir ao autor constatar com precisão se os precedentes acerca dos quais se funda o indeferimento do seu pedido são realmente aplicáveis à hipótese vertente.

Sem sentenças desse naipe, é fundamental a referência aos precedentes jurisprudenciais do juízo, assim compreendida como indicação específica dos julgados nos quais se ancora a decisão de indeferimento da pretensão do autor, tornando-se requisito essencial do próprio ato. Há de se ter presente que, sem os precedentes, não há possibilidade jurídica para a prolação de sentença de improcedência do pedido *initio litis*.

9. Recursos

Descontente o autor com o julgamento que, de plano, rejeita o seu pedido, poderá apelar objetivando reverter esse quadro, de maneira a ver o processo seguir o seu curso normal.

Nessa oportunidade poderá o magistrado retratar-se, no prazo de cinco dias, sem a ouvida da parte contrária, através de decisão fundamentada, lançando as razões que o levaram a não manter a sentença impugnada, terminando por ordenar o prosseguimento do processo (art. 285-A, § 1º)⁴.

Diversamente, caso seja mantida a sentença (também por decisão fundamentada, mesmo que concisa), será ordenada a citação do sujeito passivo para, no prazo legal, responder ao recurso de apelação (§ 2º).

Em que pese o novo dispositivo aludir apenas ao recurso de apelação, hipóteses poderão surgir em que a lide não seja extinta por completo, mas tão-somente uma parcela

do conflito, tal como ocorre com a cumulação de ações (cúmulo objetivo).

Em situações como essas, conforme já dissemos alhures, nada obsta que o juiz rejeite integralmente um dos pedidos formulados, nos termos do disposto no *caput* do art. 285-A do CPC, ordenando o prosseguimento do feito em relação ao pedido ou pedidos cumulativos restantes. Dessa decisão de extinção parcial do processo, caberá recurso de agravo por instrumento (inexistindo interesse na modalidade retida), prosseguindo-se nos moldes preconizados pelos §§ 1º e 2º do referido artigo.■

“Em que pese o novo dispositivo aludir apenas ao recurso de apelação, hipóteses poderão surgir em que a lide não seja extinta por completo, mas tão-somente uma parcela do conflito, tal como ocorre com a cumulação de ações (cúmulo objetivo).”

NOTAS

1 Assim dispõe o novo artigo, *in verbis*: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

2 Lamentável a insurgência da OAB contra a nova lei, que traz em seu bojo importante técnica voltada à agilização do processo e, mais do que isto, viabiliza a pronta prestação da tutela jurisdicional, poupando o autor de verdadeira via-crúcis para, ao final, ver o seu pleito sucumbir, quando, de plano, o indeferimento do pedido já era certo. Oxalá não seja acolhido o requerimento de inconstitucionalidade da Lei 11.277/06. Ao menos, até o presente momento, a liminar não foi concedida, tendo sido pedido informações em 11/4/06 ao Congresso Nacional. Bom sinal!

3 Cf. nova redação conferida ao art. 219, § 5º, do CPC, através da Lei 11.280, de 16/2/06.

4 Constata-se atecnia do legislador ao assinalar na parte final do § 1º, do art. 285-A, que o juiz determinará o “prosseguimento da ação”, pois a demanda, na qualidade de efetivo exercício de um direito subjetivo público e abstrato, voltada à obtenção da tutela jurisdicional do Estado para satisfação das pretensões do autor, já foi deflagrada, dando ensejo à formação do instrumento de realização desse mesmo direito, que nada mais é do que o processo. De conseqüência, o “prosseguimento” é do processo, que se desenvolve em etapas ou fases procedimentais.

DA LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA REQUERER A PRISÃO PREVENTIVA

Rogério Theofilo Fernandez
Advogado em Salvador/BA

O assistente de acusação não pode requerê-la, pois seu interesse se resume à formação do título executivo judicial, com vistas à futura reparação do dano cível.

Fernando Capez¹

O aluno, exatamente porque conhecedor do grau de conhecimento do mestre, busca sorver cada palavra, cada vírgula da fala do seu doutrinador.

Precisamente por atribuir a importância devida à palavra do professor é que o aluno termina por refletir o seu dizer em grau de dissecação.

E penso que a melhor homenagem que o aluno pode lhe prestar evidencia-se pelo refletir acerca da lição. E tal se dá não pela mera repetição acrítica do que ouviu (ou leu), mas por buscar o significado efetivo acerca do que lhe foi ensinado.

A escolha da referência doutrinária acima exposta não é gratuita. Escolhi a dicção do professor Fernando Capez, não só pela envergadura doutrinária que ostenta, mas também, porque sua assertiva expressa, em brilhante síntese, o entendimento majoritário, senão unânime, da doutrina.

Duas possíveis ordens de interesses são ventiladas como capazes de legitimar a intervenção do assistente da acusação no processo penal.

A primeira delas é de que o ofendido não atua na ação penal defendendo direito seu, mas auxiliando a acusação. Notícia Fernando da Costa Tourinho Filho² ser este o entendimento de Frederico Marques³ e Espínola Filho⁴.

O próprio Fernando Tourinho⁵ discorda desta vertente para concluir que o que legitima a intervenção do assistente de acusação no processo penal é o seu interesse na reparação do dano emergente da prática do delito.

Fundamenta seu entendimento a partir da interpretação do quanto disposto no art. 91, I do Código Penal, do art. 63 do Código de Processo Penal e do art. 1525 do Código Civil, hoje correspondente ao art. 935 do CC/2002.

Este o mesmo entendimento esposado pelo professor Fernando Capez⁶:

“Ao habilitar-se como assistente, o ofendido não o faz com o fim de auxiliar a acusação, mas de defender um seu interesse na reparação do dano causado pelo ilícito (*ex delicto*). Para tanto, a vítima assiste ao Ministério Público no Processo Penal, mas apenas enquanto meio útil de lograr a satisfação do seu interesse civil, haja vista que, segundo o Código Penal, art.

“Se se diz que o assistente tem sua intervenção fundamentada (e bitolada) pelo interesse em preservar o seu direito ao ressarcimento do dano emergente do delito, quer-se dizer que ele tem interesse em obter, no processo penal, uma sentença condenatória apta a produzir um título executivo capaz de realizar, na seara cível, o seu direito àquele ressarcimento.”

911, constitui efeito genérico da condenação penal tornar certa a obrigação de indenizar o dano, fazendo coisa julgada no cível (CC/1916, art. 1.525-CC/2002, art. 935; CPP, art. 63)”.

Esta segunda linha de entendimento, preconizada pelos professores Fernando Capez e Fernando Tourinho, parece corresponder à tendência majoritária do que vem sendo adotado pela doutrina e pelos tribunais.

Contudo, cumpre anotar que a seguir-se pela outra vertente que entende como fundamento à legitimidade à intervenção do assistente no processo penal a sua mera condição de auxiliar da acusação, onde curaria, ao lado do Ministério Público, da própria aplicação do reproche penal, em nada se prejudica a conclusão aqui defendida no que toca à legitimidade do assistente para formular o requerimento da preventiva.

Esta corrente de entendimento concebe, por seus próprios fundamentos, uma atuação mais ampla do assistente.

Aparentemente, o óbice ao requerimento do assistente pela preventiva surgiria para os que sustentam a corrente que só tem por legitimada a intervenção do assistente caso haja, o delito, dado causa a um dano ressarcível.

Procurarei demonstrar que tal só se dá, apenas, aparentemente. Em realidade a própria razão apontada como fundamentadora da intervenção assistencial também legítima o assistente a pleitear pela imposição da custódia preventiva.

Se se diz que o assistente tem sua intervenção fundamentada (e bitolada) pelo interesse em preservar o seu direito ao ressarcimento do dano emergente do delito, quer-se dizer que ele tem interesse em obter, no processo penal, uma sentença condenatória apta a produzir um título executivo capaz de realizar, na seara cível, o seu direito àquele ressarcimento.

O art. 91 do Código Penal atribui à sentença condenatória penal a virtude de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Este artigo, conjugado com as disposições constantes dos artigos 63 do Código de Processo Penal e do art. 935 do CC/2002, equivalem a dizer que uma vez obtida, em caráter definitivo, a condenação penal, o ofendido não precisa – está dispensado de propor – demanda de conhecimento condenatória cível. Apenas resta-lhe proceder à liquidação e posterior execução do título.

Em sendo desta forma fica claro que, para que se viabilize este itinerário ao ofendido, faz-se condição essencial a obtenção da sentença condenatória penal.

Destarte, soa evidente que sem uma instrução criminal livre de interferências inadmitidas pela lei e capazes de comprometer a formação do convencimento judicial, o ofendido jamais poderá valer-se do título executivo de origem penal que deixou de existir por ter a sua formação comprometida por uma instrução deficiente ou ameaçada.

Assim sendo, como sustentar inexistir uma relação de suposto a pressuposto entre a formação do título executivo (a condenação criminal) e a existência de uma instrução criminal livre de ameaças?

Se testemunhas estão sendo ameaçadas, se o estado das coisas está sendo modificado, se existir peita a peritos e testemunhas, como dizer que o direito à formação do título executivo não está ameaçado?

É comum dizer que quem oferece os fins não pode negar os meios.

Como se continuar afirmando que o assistente de acusação não pode requerer pela prisão preventiva quando a conveniência da instrução criminal estiver sendo ameaçada?

Será que isto não tem qualquer relação com o seu interesse em obter a condenação criminal capaz de viabilizar o exercício do seu direito à indenização?

Vejo-me seduzido a concluir que, da mesma forma que a realização da indenização do dano ressarcível emergente do delito depende da obtenção do título executivo criminal (vale dizer, da condenação na esfera criminal) com efeitos no cível; esta mesma condenação reclama, por pressuposto, uma instrução criminal livre de ameaças e capaz de conduzir o julgador a um convencimento livremente formado.

É sabido que em mais de uma hipótese a lei indica como necessária a prisão preventiva do imputado. Nas outras hipóteses, que não essa da “conveniência da instrução criminal”, também não vislumbro possibilidade de requerimento por parte do assistente da acusação pelo simples fato de não guardarem qualquer relação com a obtenção do título executivo penal.

Mas parece inegável que no caso de “conveniência da instrução criminal” tal legitimidade emerge exatamente por conta do interesse apontado como fundamentador da sua intervenção no processo penal, ou seja, o seu interesse na obtenção do título executivo de origem penal.

Em sendo assim, onde diz a doutrina, aqui materializada na síntese do professor Fernando Capez⁷:

“O assistente de acusação não pode requerê-la, pois seu interesse se resume à formação do título executivo judicial, com vistas à futura reparação do dano cível”.

Sugiro:

Exatamente por seu interesse consistir na formação do título executivo judicial, com vistas à futura reparação do dano cível, o assistente de acusação pode requerer a prisão preventiva para resguardar a conveniência da instrução criminal.

A questão, pois, segue aqui posta, em sede de reflexão por parte do aluno-leitor a partir da lição do professor-doutrinador.

Esta, por ora, a modesta contribuição oferecida. ■

NOTAS

1 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Ed. Saraiva, 10 ed., p. 232.

2 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Ed. Saraiva, 2001, p. 252.

3 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Ed. Forense, 1961, v. 2, p. 249.

4 SPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Ed. Borsoi, 1954, v. 3, p. 269.

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Ed. Saraiva, 2001, p. 253.

6 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Ed. Saraiva, 10 ed., p. 169.

7 *Idem*, p. 232.

O CONSÓRCIO DE EMPREGADORES E SUA UTILIZAÇÃO PELAS INDÚSTRIAS PESQUEIRAS (MANIPULAÇÃO DE PESCADOS)

Fabio Cadilhe do Nascimento
Advogado em Santa Catarina

Com excesso de dúvidas e escassa doutrina específica, percebe-se que o consórcio de empregadores, seja rural ou urbano, é, sob a ótica dos estudiosos do direito, um dos mais eminentes e inovadores temas do renovado direito do trabalho.

O chamado consórcio ou condomínio de empregadores, se assim preferirem, nada mais seria do que a união de empregadores para utilização conjunta da mão-de-obra de empregados, contratados pelo grupo de acordo com as suas necessidades, ocorrendo o revezamento de prestação de serviço dos trabalhadores entre os vários empregadores.

O consórcio de empregadores rurais

Como é sabido, a relação de trabalho rural, em sua grande maioria, é caracterizada pela utilização do grupo de trabalhadores informais, no qual o principal exemplo é o bóia-fria, cuja principal característica da prestação de serviço é a eventualidade, a precariedade.

A eventualidade da prestação de serviço, no caso exemplificativo, do bóia-fria, é caracterizada normalmente pela sua utilização em períodos de safra, ou seja, em atividades de curtos períodos de tempo.

Como conseqüência da eventualidade de labor, o bóia-fria não possui anotação do contrato de trabalho em CTPS, sendo usurpado, tolhido nos mais básicos direitos oriundos da relação de emprego.

Neste caso, muitas são as dificuldades encontradas, tanto pelo empregador como pelo trabalhador rural, para que ocorra o devido registro da relação empregatícia, senão vejamos:

– O trabalhador eventual, na maioria das vezes, consegue auferir um ganho (financeiro) maior do que se estivesse devidamente registrado.

– Os costumes da região interferem na relação laboral, pois, em várias localidades, a eventualidade do labor é contumaz e normal.

– Por fim, há dificuldade em viabilizar o devido registro para poucos dias de prestação de serviço, em razão da sazonalidade e dependência dos períodos de safra.

Com o intuito de solucionar este problema, teve início a contratação de trabalhadores em comum, por um conjunto de empregadores, sendo que de acordo com as suas necessidades eventuais e intermitentes, utilizam essa mão-de-obra em sistema de revezamento.

Com a contratação pelo consórcio patronal, o empregado dificilmente permanecerá grandes períodos sem atividades laborais, porquanto, ocorrerá revezamento entre os empregadores.

Notadamente, ressalta-se, que não há contrariedade, e sim complementação ao artigo 3º da Lei 5.859/73 (Estatuto do Trabalhador Rural); a diferença, é que, ao invés de figurar como empregador apenas 1 (uma) pessoa física, serão várias, ou seja, o conjunto de pessoas físicas, ou até mesmo empresas.

Após muita contrariedade e debates, a circular 56/99 do Ministério da Previdência e Assistência Social, a Lei 10.256/2001 e a Portaria 1.946/99, corroborando com o artigo 25-A da Lei 8.212/91, estabeleceram as seguintes diretrizes:

a) O consórcio deve ser formalizado por documento, devidamente registrado em cartório de títulos e documentos, no qual deve constar:

– a identificação do produtor; o endereço pessoal e o de sua propriedade; registro no INCRA; e matrícula no INSS, no nome do empregador a quem tenham sido outorgados poderes, na forma do regulamento.

b) Os produtores rurais serão responsáveis solidários em relação às obrigações previdenciárias.

A Lei 8.212/91, em seu artigo 25-A, traz o seguinte:

“Art. 25-A. Equipara-se ao empregador rural pessoa física o consórcio simplificado de produtores rurais, formado pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos”. (Incluído pela Lei nº 10.256, de 9.7.2001)

O artigo 25 - A, da Lei 8.212/91 conforme se observa, ratifica os requisitos anteriormente enumerados, definindo o consórcio de produtores rurais, bem como a sua equiparação ao empregador rural.

O consórcio de empregadores no meio urbano

Várias fundamentações e justificativas, autorizam a utilização e aplicação, pelos empregadores urbanos, do rateio de custos com mão-de-obra dos empregados, sob a forma de consórcio.

Inicialmente, cumpre destacar, que o principal benefício é a proteção empregatícia de trabalhadores que vivem à margem, na informalidade. O incremento e utilização desta nova forma resultaria no aumento do número de empregos, além de incentivar os tomadores de serviço ao cumprimento da legislação trabalhista.

Por oportuno, salienta-se que, ao adotar o regime de consórcio patronal, os empregadores, além de retirarem os trabalhadores da informalidade, propiciam a valorização do trabalho humano conforme preceitua o artigo 170 da Carta Magna. Observa-se que a valorização do trabalho humano está intimamente ligada com outro fundamento de nosso ordenamento jurídico, ou seja, o objetivo de bem-estar e justiça social, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 193.

Ademais, destaca-se a ausência de impedimento no nosso ordenamento jurídico, que não se opõe à presença de mais de um empregador no pólo ativo da relação empregatícia.

O artigo 444 da CLT, corroborando com o princípio da autonomia da vontade, nos traz o seguinte: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. Conclui-se que a intenção do Estado nada mais é do que buscar proteção ao hipossuficiente, não pretendendo, em momento algum, limitar, na relação empregatícia, o número de empregadores no pólo ativo.

Cumpre destacar também, a aplicação do princípio da proteção ao trabalhador, porquanto, com o consórcio patronal existirá maior proteção quanto ao recebimento de eventuais créditos trabalhistas. Tendo em vista que todos os empregadores responderão pela integralidade do passivo trabalhista), o empregado terá maior proteção, pois formará vínculo com diversos tomadores de serviço ao invés de 1 (um) só.

Finalizando, seguindo orientação doutrinária, invoca-se a aplicação do artigo 25-A da Lei 8.212/91 ao meio urbano.

Sinteticamente, resumimos os fundamentos de viabilidade de contratação de trabalhadores, pelo regime de consórcio patronal:

- Possibilidade de despersonalização da pessoa do empregador.
- Não existência de óbice legal.
- Valorização do bem-estar e justiça social – Artigo 193 da CRFB.
- Valorização do trabalho humano – Artigo 170, *caput* da CRFB.
- Aumento da busca pelo pleno emprego.
- Fomenta o valor social do trabalho – Artigo 1º da CRFB.
- Ampla aplicação do princípio da proteção ao trabalhador.
- Utilização analógica do artigo 25-A da Lei 8.212/91.

Utilização do consórcio patronal pelas indústrias pesqueiras (manipulação de pescados)

Com características inerentes a sua própria condição, a manipulação de pescados, realizada em algumas empresas pesqueiras do litoral brasileiro, apresenta a utilização, em larga escala, de mão-de-obra informal.

Trabalhadores realizam um verdadeiro rodízio, “pulando” diariamente, de empresa em empresa, sem qualquer proteção jurídica. Com pagamento diário, trabalhadores abdicam de qualquer proteção empregatícia, do devido registro em carteira, e do recolhimento de INSS.

A principal consequência dessa informalidade, decorrente de atritos que surgem na prestação do serviço, é a procura pelo trabalhador da tutela jurisdicional, aumentando sobremaneira o número de demandas trabalhistas, onde a grande discussão seria a eventualidade ou não do serviço.■

ABANDONO afetivo por PAI - FILHO pleiteia INDENIZAÇÃO por DANO MORAL - ABANDONO moral como DANO indenizável - Impossibilidade de REPARAÇÃO PECUNIÁRIA - Possibilidade DESTITUIÇÃO do PODER FAMILIAR

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 757.411 – MG
Órgão julgador: 4a. Turma
Fonte: DJ, 27.03.2006
Rel.: Min. Fernando Gonçalves
Recorrente: V P F O
Recorrido: A B F (menor)
Assistido por : V B F

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votou vencido o Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 29 de novembro de 2005 (data de julgamento).

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES,
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Por A B F foi proposta ação ordinária contra V P F O, seu pai, pleiteando indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo por ele perpetrado.

Sustenta o autor, nascido em março de 1981, que desde o divórcio de seus pais em 1987, época do nascimento da filha do recorrente com sua segunda esposa, por ele foi descurado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar. Aduz não ter tido oportunidade de conhecer e conviver com a meia-irmã, além de ignoradas todas as tentativas de aproximação do pai, quer por seu não

comparecimento em ocasiões importantes, quer por sua atitude displicente, situação causadora de extremo sofrimento e humilhação, restando caracterizada a conduta omissa culposa a ensejar reparação.

O genitor, a seu turno, esclarece ser a demanda resultado do inconformismo da mãe do recorrente com a propositura de ação revisional de alimentos, na qual pretende a redução da verba alimentar. Aduz ter até maio de 1989 visitado regularmente o filho, trazendo-o em sua companhia nos finais de semana, momento em que as atitudes de sua mãe, com telefonemas insultuosos e instruções ao filho para agredir a meio-irmã, tornaram a situação doméstica durante o convívio quinzenal insuportável. Relata, além disso, ter empreendido diversas viagens, tanto pelo Brasil, quanto para o exterior, permanecendo atualmente na África do Sul, comprometendo ainda mais a regularidade dos encontros. Salienta que, conquanto não tenha participado da formatura do filho ou de sua aprovação no vestibular, sempre demonstrou incentivo e júbilo por telefone. Afirma, nesse passo, não ter ocorrido qualquer ato ilícito.

Em primeira instância (fls. 81/83), o Juiz de Direito da 19a. Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte – MG julga improcedente o pedido inicial, salientando:

“... não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o *expert* sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial (fls. 71).

A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a relutância paterna em empreender visitas ao filho afete-lhe negativamente o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó.

De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74).

Por outro lado, não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder.

(...)

Tais elementos fático-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão.”

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais dá provimento ao recurso para condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade.

A ementa está assim redigida:

“INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.” (fls. 125)

Perante esta Corte V P F O interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sustentando violação ao art. 159 do Código Civil de 1916 e dissídio jurisprudencial. Aduz não estarem presentes na hipótese os elementos constitutivos do ato ilícito de modo a embasar uma condenação. Afirma que as dificuldades oriundas de uma separação e da atividade profissional do pai são fatos normais da vida, não havendo que se falar em dolo ou culpa.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 149/163). Salienta o recorrido não prescindir o exame do especial do reexame do material fático-probatório, além de não restar caracterizado o dissídio jurisprudencial, dada a ausência de casos semelhantes na jurisprudência nacional a ensejar o confronto analítico. Afirma ser irretocável a decisão objeto do recurso.

Ascenderam os autos a este Superior Tribunal de Justiça, por força de provimento a agravo regimental.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso e, acaso conhecido, pelo não provimento (fls. 176/179). São os termos da ementa:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES PATERNOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 07 DO STJ. COMPROVAÇÃO DO DANO EMOCIONAL E PSÍQUICO SOFRIDO PELO FILHO.

Pelo não conhecimento, e se conhecido, pelo não provimento.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte.

A demanda processada na Comarca de Capão da Canoa-RS foi julgada procedente, tendo sido o pai condenado, por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença, proferida em agosto de 2003, teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. Cumpre ressaltar que a representante do Ministério Público que teve atuação no caso entendeu que “não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor”, salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.

O Juízo da 31a. Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, “a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”.

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como “fatos da vida”, hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que “a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (*Indenização por Abandono Afetivo*, Luiz Felipe Brasil Santos, *in* ADV – Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005).

Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: “Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco – , tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser

cessada e evitada, por reprovável e grave.” (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à personalidade do Filho, *in* Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago.-Set. 2004)

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

No caso em análise, o magistrado de primeira instância alerta, *verbis*:

“De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74)

(...)

Tais elementos fático-probatórios conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão.” (fls. 83)

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto “Para o aniversário de um pai muito ausente”, a título de reflexão (Colocando o “I” no pingão... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005):

“O Corriere della Sera, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por

ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de Bari, com o título “Votos da filha, pelo aniversário do pai”.

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: “Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha ‘não aproveitada’. Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora. Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher ‘não quer misturar as famílias’.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando antigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corriere, peço-lhe abrigar em suas páginas meus cumprimentos para meu pai que não aproveitei.”

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com o voto de V. Exa. Entendo que essa questão – embora dolorosa nas relações entre pais e filhos, marido e mulher, nas relações de família em geral – resolve-se no campo do Direito de Família, exclusivamente. No caso, existe previsão no art. 384, inciso I, quanto à obrigação dos pais de dirigir a criação e a educação dos filhos e tê-los em sua guarda e companhia. Mas os arts. 394 e 395 prevêem exatamente a situação em que, não cumprindo os pais essa obrigação, poderá ocorrer a perda do pátrio poder a pedido do Ministério Público ou de algum parente.

Diz o art. 395:

“Perderá, por ato judicial, o pátrio poder o pai ou mãe que deixar o filho ao abandono.”

Não me parece que isso tenha sido requerido nem pelo Ministério Público nem por algum parente,

notadamente a mãe, em nome de quem ele estava sob a guarda direta, porque, aparentemente, o pai se ausentou.

Na hipótese de perda do pátrio poder, a tutela é dada em substituição, nos termos do art. 406, I, também do Código Civil anterior. Parece-me, pois, que não é hipótese de ato ilícito. Não é dessa forma que se enfrentaria tal situação. A legislação de família prevê institutos específicos, inclusive em relação às necessidades do filho na lei de alimentos. Aqui, ressaltado, foram prestados os alimentos.

Com essas considerações apenas adicionais, acompanho o voto de V. Exa. no sentido de conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para julgar improcedente a ação.

VOTO-VENCIDO

OSR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, rogo vênias para dissentir do entendimento manifestado por V. Exa. e pelos eminentes Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezini.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186:

“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o *quantum* devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.

Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, é certo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pontificou que o recorrido teria sofrido em virtude do abandono paterno; são fatos que não podem ser desconstituídos. E é justamente com base nesses fatos que aprecio o que está ora posto. Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênias, não posso, até repúdio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer graduações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria “x”; se abandono por um mês, o valor da indenização seria “y”, e assim por diante. Com esses fundamentos, e acostando-me ao que foi posto pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator deste feito, e pelos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezini, peço vênias ao eminente Sr. Ministro Barros Monteiro para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

CERTIDÃO

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

A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

DIREITO AUTORAL - PROTEÇÃO independe de REGISTRO - LEI 9610/98 - Disponibilização de MÚSICA para *download* na INTERNET-USO INDEVIDO da OBRA-PROVA DE AUTORIA - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - DANO MATERIAL

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Apelação Cível n. 70012592978
Órgão julgador: 6a. Câmara Cível
Fonte: DJRS, 08.03.2006
Rel.: Juiz Convocado Ney Wiedemann Neto
Apelante: Rui Biriva da Silva Leonhardt
Apelada: Telet S.A.

EMENTA

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral e material. Fato notório. Inteligência do art. 334, I, do Código de Processo Civil. Utilização de obra musical de autoria do requerente sem qualquer referência à sua origem. Violação do art. 24, II da Lei 9.610/98. Necessidade de indenizar os danos morais causados. Fixação de indenização por dano moral. O dano moral deve ser fixado considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano. Necessidade de reparação dos danos patrimoniais. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.
Acordam os Magistrados integrantes da Sexta Câmara Cível – Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. ARTUR ARNILDO LUDWIG (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA.

Porto Alegre, 26 de janeiro de 2006.

DR. NEY WIEDEMANN NETO, Relator.

RELATÓRIO

DR. NEY WIEDEMANN NETO (RELATOR)
RUI BIRIVA DA SILVA LEONHARDT ajuizou ação de indenização por dano moral e patrimonial contra TELET S.A. alegando, em síntese, ser compositor, em parceria com Elton Saldanha, da música intitulada “Castelhana”. Relatou ter tomado conhecimento que referida música era disponibilizada pela ré para *download*, na forma de toque musical para celular, em seu *site* na *internet*. Sustentou que sua obra estava sendo indevidamente utilizada, sem qualquer tipo de autorização de sua parte, ferindo a Lei dos Direitos Autorais. Disse ter sofrido lesão moral e patrimonial. A lesão moral estaria

consubstanciada no fato de que seu nome foi omitido como autor da obra e a patrimonial na quantia que deixou de auferir em decorrência do ato da ré. Requereu a condenação da ré ao pagamento dos danos morais e materiais.

A ré contestou, fls. 21-36, afirmando que a música somente foi disponibilizada para *download* após a autorização de Elton Saldanha, que se declarou ser detentor dos direitos autorais de referida obra musical. Apontou a carência de ação, por inépcia da inicial, pois não houve especificação do valor da condenação que pretende ser reconhecida. Também apontou a prefacial de ilegitimidade passiva. No mérito, sustentou que não fez uso indevido da obra musical, pois tinha autorização do compositor Elton Saldanha. Inexistiria qualquer prova de prejuízos morais e materiais, devendo ser desacolhido o pedido do autor.

A sentença, fls. 70-74, julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes em R\$ 800,00, suspensa a exigibilidade. O magistrado entendeu que o autor não comprovou ser efetivamente o autor da música “Castelhana”.

O autor apelou, fls. 76-80, afirmando estar devidamente comprovado que era o autor da música. Disse que a proteção dos direitos autorais independe do registro da música e que a prova da autora estaria atestada pelos documentos acostados. A autorização do co-autor em nada importaria na proteção dos direitos autorais do autor. No demais, reiterou os termos da exordial e pugnou pela reforma da sentença e conseqüente procedência do pedido.

Contra-razões, fls. 83-92.

Subiram os autos, com distribuição ao Exmo. Sr. Des. Cacildo de Andrade Xavier, que determinou a redistribuição, em 21.12.2005, em virtude de sua aposentadoria.

Após tal determinação, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DR. NEY WIEDEMANN NETO (RELATOR)

Estou em dar provimento ao apelo.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que, nos autos da ação de indenização por dano moral e material ajuizada pelo ora recorrente, julgou improcedente o pedido.

O autor buscava reparação pelo fato de uma música de sua autoria ter sido utilizada sem a devida autorização pela ré. A julgadora de primeiro grau, no entanto, entendeu que o requerente não comprovou ser efetivamente o autor da música, julgando improcedente o pedido.

Com efeito, tenho que merece reforma a sentença, pois entendo ter restado devidamente comprovado que o requerente é co-autor da música “Castelhana”.

Para início, transcrevo, por oportuno, os arts. 18 e 19 da Lei 9.610:

“Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.”

Ora, da leitura dos dispositivos legais acima referidos depreende-se que o autor de uma obra música não precisa efetuar, necessariamente, qualquer tipo de registro para ser reconhecido como criador de uma composição. O registro não é constitutivo do direito autoral, mas mera faculdade para comprová-lo.

Nesta senda, tenho que os documentos acostados permitem a conclusão de que o autor Rui Biriva conseguiu comprovar ser co-criador da música “Castelhana”.

Tomei cuidado de efetuar algumas pesquisas e descobri que o co-autor Elton Saldanha é registrado na Sbacem (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música) e esta entidade, em contato telefônico, confirmou que a música “Castelhana” era da autoria de Elton Saldanha e Rui Biriva. Este, por sua vez, é filiado à Sicam (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais).

Também ressalto que em pesquisa no *site* Google (www.google.com.br) encontrei 55 ocorrências relacionando Rui Biriva como autora da música “Castelhana”.

O certo é que o fato de Rui Biriva ser o co-autor da música “Castelhana” é notório que, consoante o art. 334, I, do Código de Processo Civil, independe de prova.

A verdade é que o formalismo do julgador de primeiro grau exacerbou a Lei dos Direitos Autorais, tendo em vista que esta não exige qualquer tipo de registro ou inscrição para comprovação da autoria de obra musical.

Logo, ultrapassada a questão da autoria da obra, passo ao exame dos danos morais e patrimoniais propriamente ditos.

O dano moral do autor consiste no fato de sua obra musical ter sido utilizada sem que tivesse ocorrido menção de sua autoria. Em tendo sido utilizada a produção do autor sem qualquer referência à sua origem, por óbvio violou-se o art. 24, II da Lei 9.610/98, devendo ser indenizado por danos morais, devido ao prejuízo imaterial experimental pelo requerente.

“Art. 24. São direitos morais do autor:

...

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;”

Transcrevo, ainda, o art. 108 da mesma Lei:

Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

Logo, havendo supressão do nome do autor da obra, quando da disponibilização da música para *download*, terá ele direito de ser indenizado pelos danos morais sofridos.

Destarte, caracterizado o dano moral, passo à quantificação da indenização. Estando a indenização por dano moral intimamente ligada com a reprovabilidade do ato e a sua consequência frente à vítima, distancia-se da análise

da repercussão material do infortúnio, não cabendo daí obtenção de lucro ou qualquer vantagem financeira.

É consabido que pode o juiz estabelecer o montante que entende devido no caso concreto. Para isso, mister se faz que observe alguns aspectos e circunstâncias, tais como a realidade econômica do ofendido e do ofensor; o grau de culpa; a extensão do dano e a finalidade da sanção reparatória.

Convém ressaltar, o arbitramento do *quantum* indenizatório deve ser justo, a ponto de alcançar seu caráter punitivo e de proporcionar a satisfação do prejuízo moral sofrido pela vítima.

A este respeito, ensina o jurista Carlos Alberto Bittar:

“(…) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.” (*Reparação civil por danos morais*. 3a. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.233)

O dano moral deve ser fixado, considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano. Inegável a negligência da demandada, que, por, seu ato e responsabilidade, causou a ofensa moral noticiada inicialmente.

Outrossim, não se pode olvidar que não se deve conceder vantagem exagerada ao requerente de modo que o acontecimento represente-lhe uma benesse, melhor do que se não tivesse acontecido. Haveria uma verdadeira inversão de valores, razão pela qual entendo que a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), valor atual, mostra-se adequada à finalidade telada.

Destaco que no arbitramento desse valor já considerei, também, o assunto relacionado a uma pequena alteração da melodia, atento ao disposto no art. 29, III, da referida lei. O valor acima contempla ao mesmo tempo o dano moral decorrente da alteração da criação musical do autor, que ficou distorcida.

Para finalizar, passo ao exame do pedido de dano patrimonial.

Em relação aos danos materiais, por analogia, estou aplicando os arts. 103 e 104 da Lei dos direitos autorais, ora transcritos:

“Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente

responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

Tais artigos definem que o valor da indenização deveria ser no patamar equivalente a três mil exemplares, para os supracitados casos de violação dos direitos autorais e quando não fosse possível identificar-se o número certo de exemplares

Ora, a previsão legal é expressa ao determinar que a penalidade é o valor correspondente a três mil exemplares. Então, fixo o valor da indenização patrimonial, adaptando referidos artigos, em valor correspondentes a três mil vezes o valor do custo de *download* de um toque musical da ré. Considerando que o valor do *download* de um toque telefônico no *site* da ré (www.claro.com.br) é de R\$ 2,30, o valor da indenização por dano patrimonial será arbitrado em R\$6.900,00.

Ante o exposto, estou direcionando meu voto no sentido do provimento do apelo para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no patamar de R\$8.000,00 (oito mil reais) e material em R\$ 6.900,00 (seis mil e novecentos reais), ambas as cifras com correção monetária a contar da data do presente julgamento, pelo IGP-M, e juros de mora a contar da citação, estes na ordem de 1% ao mês.

Ante o novo decaimento, condeno a parte ré ao pagamento da totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 20% sobre o valor total da condenação.

VOTO PELO PROVIMENTO DO APELO, NOS TERMOS ACIMA EXPOSTOS.

DES. ARTUR ARNILDOLUDWIG (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo.

DES. UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA - De acordo.

IMOBILIÁRIO

AÇÃO DE DESPEJO-LOCATÁRIO-RETENÇÃO do IMÓVEL até RESSARCIMENTO por BENFEITORIAS realizadas - Impossibilidade - AUSÊNCIA de APROVAÇÃO do LOCADOR - PREVISÃO CONTRATUAL

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Apelação Cível n. 2004.01.1.011399-8

Órgão julgador: 6a. Turma

Fonte: DJ, 23.03.2006, pág. 115

Rel.: Des. Teófilo Caetano

Apelante: Maurício de Almeida Dias

Apelada: Marisa de Carvalho

EMENTA

CIVIL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA. BENFEITORIAS. CUSTEIO PELO LOCATÁRIO. NÃO APROVAÇÃO PELA LOCADORA. INDENIZAÇÃO E DIREITO DE RETENÇÃO. EXCLUSÃO PELO CONTRATO. LEGITIMIDADE. INADIMPLÊNCIA CARACTERIZADA. PEDIDO ACOLHIDO. I. PRELIMINAR. 1. Patenteado que a locação fora formalizada através de instrumento escrito e prescrevendo a avença que o locatário somente poderia inserir benfeitorias no imóvel locado mediante a prévia e expressa autorização da locadora, provas orais se afiguram inaptas e impróprias para infirmar o ajustado e desqualificar a obrigação avençada, ensejando o julgamento antecipado da ação diante da circunstância de que o processo se encontra fornido com os elementos necessários ao equacionamento dos fatos controvertidos e desate do conflito de interesses estabelecido. 2. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. II. MÉRITO. 1. Caracterizada a mora do locatário quanto ao pagamento dos alugueres e demais acessórios da locação ajustados, evidenciando a inadimplência da obrigação primária que lhe estava debitada, o distrato da locação deriva de imperativo legal, determinando o desalijamento do imóvel alugado e sua sujeição ao pagamento das obrigações que deixara de solver nos moldes ajustados. 2. Ajustado que, ainda que efetivamente tivesse sido prévia e expressamente autorizado pela locadora a inserir no imóvel locado benfeitorias úteis ou necessárias,

não assiste ao locatário o direito de ser indenizado quanto ao que vertera com o custeio das obras e nem de reter o imóvel até que seja compensado pecuniariamente, esse ajustamento, alcançando direitos inteiramente disponíveis e guardando conformação com o regrado pela Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91, art. 35), afigura-se revestido de eficácia e legitimidade, obstando-o de reclamar a composição do que vertera e de reter o apartamento que lhe fora alugado até que seja indenizado. 3. Recurso conhecido e improvido. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, TEÓFILO CAETANO – Relator, ANA MARIA DUARTE AMARANTE e JAIR SOARES – Vogais, sob a presidência da Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE, em CONHECER. REJEITAR AS PRELIMINARES. NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 29 de agosto de 2005.

Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE

Presidente

Desembargador TEÓFILO CAETANO

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança dos alugueres e acessórios da locação aforada por Marisa de Carvalho em desfavor de Maurício de Almeida Dias colimando a rescisão do contrato de locação celebrado entre as partes, o despejo do imóvel locado e a imposição de cominação ao locatário destinada a condená-lo ao pagamento dos alugueres e dos demais acessórios locatícios avençados, consoante discriminação que apresentara. Argumentara, em suma, que concertaram avença locatícia tendo por objeto um imóvel residencial da sua propriedade e o réu, descumprindo e ignorando as obrigações ajustadas e legalmente balizadas, deixara de saldar os locativos e demais encargos derivados do ajustado,

encontrando-se em débito desde o mês de junho de 2001 quanto aos alugueres e demais acessórios e encargos que lhe estão contratualmente destinados, o que caracteriza infração contratual e a motivara a ingressar com a presente ação visando a rescisão do contrato celebrado, o despejo do apartamento locado e o recebimento do que lhe é devido.

Devidamente citado, o réu apresentara defesa sustentando, em suma, que, a par da avença locatícia que concertaram, os litigantes mantiveram um relacionamento amoroso que perdurara por quase 12 (doze) anos, ensejando, inclusive, que a locação fosse ajustada de forma favorável, sendo o aluguer avençado fixado aquém do valor praticado no mercado imobiliário desta capital. Observara que, além do mais, considerando que, de forma a viabilizar sua ocupação, o apartamento que lhe fora alugado tivera que ser inteiramente reformado, tendo custeado os custos da reforma e a acompanhado na qualidade de engenheiro, os litigantes, ante o relacionamento que nutriam e de forma a compensar o que despendera com a recuperação do imóvel diante do abalo financeiro que teria experimentado, ajustaram que o valor que desembolsara, que alcança a quantia de R\$ 34.127,18 (trinta e quatro mil, cento e vinte e sete reais e dezoito centavos), seria compensado com os alugueres que lhe estavam destinados, denotando que, em tendo sido o locativo fixado em R\$ 500,00 (quinhentos reais), ainda lhe assiste o direito de permanecer no apartamento por pelo menos 20 (vinte) meses de forma a ser integralmente reembolsado do que vertera, restando elidida a inadimplência que lhe fora imputada. Ressaltara que, além de não caracterizada sua mora, pois em verdade ainda lhe sobeja crédito pendente de compensação, assiste-lhe o direito de reter o imóvel alugado até que seja indenizado quanto ao que despendera com a reforma e as benfeitorias que nele inserira, impondo-se, então, a rejeição do pedido formulado, pois em verdade derivara exclusivamente do fato de que o relacionamento amoroso havido entre as partes alcançara seu termo e a autora, todavia, não se conformara com o fato.

Em peça autônoma, o réu agitou reconvenção, através da qual, após alinhar os mesmos argumentos que deduzira na defesa, persegue o reconhecimento do crédito que lhe assiste em decorrência de ter custeado a reforma do apartamento que lhe fora locado com a anuência e concordância da autora e a conseqüente condenação da locadora a lhe pagar a importância que teria vertido, devidamente incrementada pelos honorários profissionais que lhe seriam devidos por ter prestado assessoria e acompanhamento profissional durante a execução das obras, totalizando o seu crédito a importância de R\$ 34.127,18 (trinta e quatro mil, cento e vinte e sete reais e dezoito centavos), a ser atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora legais.

Regularmente processadas a ação e a reconvenção, alfim, ao fundamento de que restara caracterizada a locação que enlçara os litigantes e a mora do réu, pois, de acordo com a avença locatícia celebrada, recebera o imóvel em perfeitas condições de uso e ficara ajustado que as eventuais benfeitorias, ainda que úteis e necessárias, inseridas no apartamento seriam impassíveis de indenização e nem lhe asseguram o direito de retê-lo, revelando que a compensação que aventara afigura-se desprovida de estof legal e contratual, denunciando, ao invés, que pretendia içá-la como estof para simplesmente elidir a inadimplência em que incorrera, o pedido fora acolhido, declarando-se rescindida

a locação, decretando-se o despejo do imóvel alugado e condenando-se o locatário a pagar os alugueres e acessórios da locação vencidos e vincendos até a data em que se verificar a desocupação, restando integralmente rejeitada a pretensão contraposta veiculada.

Inconformado, o réu reconvinde apelara argüindo, em sede de preliminar, a nulidade da sentença derivada do cerceamento do seu direito de defesa, ao fundamento de que, a despeito de ter reclamado a produção de provas orais com o objetivo de evidenciar o acerto que teria sido concertado entre as partes acerca da compensação dos importes que despendera com a reforma do apartamento que lhe fora locado de forma a elidir a mora que lhe fora imputada, não lhe fora assegurada a faculdade de produzi-las, tendo sido a ação, ao invés, julgada de forma antecipada, ficando patente que o seu direito de defesa restara cerceado e fora violado o princípio do contraditório, impondo-se, então, a cassação do ilustrado provimento monocrático com o objetivo de lhe ser assegurado o direito de evidenciar os fatos que aventara.

Quanto ao mérito, restringira-se a invocar os argumentos que alinhara na defesa e na reconvenção que veiculara, postulando o reconhecimento das benfeitorias que inseria no imóvel que lhe fora locado e do direito que lhe assiste de retê-lo até que seja adequadamente indenizado acerca da expressão pecuniária das acessões que custeara. Defendera, então, o conhecimento e provimento do apelo, cassando-se a sentença ou, alternativamente, reformando-a de forma a lhe ser resguardado o direito de retenção ao apartamento alugado até que seja indenizado.

A autora, devidamente intimada, contrariara o recurso interposto, ocasião em que, asseverando que restara caracterizada a avença locatícia que fora entabulada entre as partes e a inadimplência do réu, asseverara que afiguram-se inteiramente impertinentes as provas orais reclamadas pelo réu, pois não lhe fora destinada nenhuma autorização para reformar o imóvel e, de acordo com o que restara pactuado, não lhe assiste o direito de retê-lo até que seja indenizado acerca das benfeitorias que nele teria inserido, devendo, ao invés, ser integralmente refutada a pretensão reformatória que aduzira.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO – Relator

Patente o interesse do apelante, sendo o recurso apropriado, tendo sido atempadamente manejado, devidamente preparado e subscrito por advogado regularmente constituído, fazendo-se presentes, pois, os pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

Cuida-se de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança dos alugueres e acessórios da locação em que, caracterizada a locação que enlçara os litigantes e a mora do réu, pois, de acordo com a avença locatícia celebrada, recebera o imóvel em perfeitas condições de uso e ficara ajustado que as eventuais benfeitorias, ainda que úteis e necessárias, inseridas no apartamento seriam impassíveis de indenização e nem lhe asseguram o direito de retê-lo, revelando que a compensação que aventara afigura-se desprovida de estof legal e contratual, denunciando, ao invés, que pretendia içá-la como estof para simplesmente elidir a inadimplência em que incorrera, o pedido fora acolhido, declarando-se rescindida a locação, decretando-se o despejo

do imóvel alugado e condenando-o a pagar os alugueres e acessórios da locação vencidos e vincendos até a data em que se verificar a desocupação, restando integralmente rejeitada a pretensão contraposta por ele veiculada. Irresignado, o réu apelara almejando, em sede de preliminar, a cassação da sentença ou, se ultrapassada, sua reforma de forma a lhe a ser assegurado o direito de reter o imóvel que lhe fora locado até que seja adequadamente indenizado acerca das benfeitorias que nele inserira.

Considerando que o apelante, ao se irressignar contra o provimento que lhe fora desfavorável, agitou uma defesa processual, antes do exame do mérito do apelo que veiculara deve ser ela examinada. Essa preliminar, de nulidade da sentença derivada do cerceamento do seu direito de defesa, fora veiculada ao fundamento de que, a despeito de ter reclamado a produção de provas orais com o objetivo de evidenciar o acerto que teria sido concertado entre as partes acerca da compensação dos importes que despendera com a reforma do apartamento que lhe fora locado de forma a elidir a mora que lhe fora imputada, não lhe fora assegurada a faculdade de produzi-las, tendo sido a ação, ao invés, julgada de forma antecipada, ficando patente que o seu direito de defesa restara cerceado e fora violado o princípio do contraditório, impondo-se, então, a cassação do ilustrado provimento monocrático com o objetivo de lhe ser assegurado o direito de evidenciar os fatos que aventara.

Cotejando-se os documentos que ilustram a inicial infere-se que a locação que fora concertada entre os litigantes fora formalizada através de instrumento escrito, ficando avençado que o apelante recebia o apartamento que lhe fora locado em perfeito estado de conservação e obrigado a não fazer instalação, adaptação, obra ou benfeitoria, inclusive colocação de luminosos, placa, letreiros e cartazes sem prévia obtenção de autorização, por escrito, da apelada, consoante dispõe a cláusula oitava, e sua alínea *b*, da avença concertada (fl. 09). Dessas irreversíveis evidências infere-se que, em tendo reconhecido que recebera o imóvel em perfeitas condições de uso e que as eventuais benfeitorias que nele pretendesse inserir, ainda que úteis ou necessárias, deveriam contar com a prévia anuência da apelada, ao apelante, ainda que tenha efetivamente incrementado o apartamento que lhe fora locado nos moldes que defendera, ignorara o que restara avençado, pois não providenciara a prévia autorização expressa e por escrito da apelada antes da efetivação das obras.

Em conseqüência, se, de conformidade com o ajustado, somente poderia incrementar o apartamento que lhe fora locado com benfeitorias ou acessões após obter prévia autorização derivada da locadora, o apelante, ao promover a incorporação de acessões no imóvel ao arripio do que restara avençado, pois efetivamente não contara com a prévia concordância e anuência da apelada, não pode socorrer-se do ilícito contratual que praticara, pretendendo suprir a obrigação que lhe estava debitada através de forma desconforme com o avençado, pois em verdade almejava evidenciar que teria contado com a concordância e anuência tácita da locadora para a consumação das benfeitorias que teria efetivado e incorporado ao apartamento alugado.

Em sendo assim, considerando que o apelante, a despeito do inconformismo que manifestara e da própria pretensão contraposta que veiculara, não reclamara a desconstituição da avença locatícia celebrada, tanto mais porque chegara a solver quando entrara a vigor os locativos

que lhe estavam debitados, revelando que efetivamente havia sido concertada de forma válida e eficaz, as presunções de legitimidade e eficácia que lhe permeiam que lhe são asseguradas por força de lei devem sobejar intactas, transmudando-a em fonte das obrigações avençadas e, afigurando-se formalmente perfeita, usufruindo de garantia quanto ao que espelha na exata extensão e alcance do avençado.

Portanto, em se tratando de um contrato que afigura-se formalmente perfeito, fora entabulado entre partes capazes e tem um objeto lícito, não estando contaminado por qualquer disposição abusiva ou excessiva, sua eficácia, evidentemente, não pode ser desconsiderada e desprezada, mesmo porque somente se suspende a validade daquilo que se afigura revestido de qualquer vício impassível de qualquer questionamento e que emerja de forma cristalina do instrumento que estampa, e, além do mais, carece de sustentáculo jurídico a desconstituição de qualquer contrato sem que esteja contaminado por qualquer vício passível de deixá-lo desprovido de eficácia e se nem mesmo fora aventada sua invalidade.

Deve-se, então, em vassalagem ao que ficara avençado entre as partes de forma lícita, manter-se, ante a locação ajustada, conferindo lastro às obrigações que afetam o apelante, intacto o que ficara ajustado com o objetivo de ser conferida efetividade ao avençado e assegurar a autoridade das convenções como instrumento destinado a resguardar a segurança e previsibilidade das relações jurídicas, homenageando-se, ainda que com as mitigações que lhe foram impostas pelo avanço das relações sociais e pelas novéis formas de contratação, o vetusto princípio que paira sobranceiro sobre o universo jurídico e permeia todo o direito obrigacional e assegura a intangibilidade das obrigações lícitas e legitimamente contraídas.

Diante dessas circunstâncias resta patenteado que, em tendo o apelante efetivamente desconsiderado o que ficara ajustado e inserido no apartamento que lhe fora locado benfeitorias sem que contasse com a prévia e expressa anuência da apelada, não lhe era assegurado o direito de elidir sua inadimplência mediante a comprovação de que contara com a anuência tácita da apelada para a efetivação das acessões, pois lhe estava debitada a obrigação de, antes de consumá-las, obter a prévia e expressa concordância da senhoria, donde se apura que a prova oral que aventara afigurava-se inteiramente desnecessária e impertinente, legitimando o julgamento da ação no estado em que o processo se encontrava ante a circunstância de que a matéria controvertida era passível de elucidação somente através de provas documentais.

Esteado nesses argumentos e evidenciado que as provas orais reclamadas pelo apelante não guardavam efetivamente nenhuma utilidade ou pertinência e nem se afiguravam como aptas a fornecerem subsídios passíveis de influírem no equacionamento dos fatos controvertidos e no desate da ação, denunciando que o julgamento antecipado da lide se revestira de legitimidade e derivara de imperativo legal, pois o processo se encontra fornido com os elementos necessários ao desate do conflito de interesses estabelecido entre as partes, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa suscitada.

Refutada a preliminar suscitada pelo apelante, quanto ao mérito a irressignação que agitou desmerece maiores divagações. E isso porque a mora que lhe fora imputada

emerge incontroversa dos autos e dos próprios argumentos que agitara, porquanto, a par de nem mesmo aventar que havia solvido os alugueres individualizados na inicial e que efetivamente não solvera na forma avençada, restringira-se a sustentar que, em tendo inserido benfeitorias úteis e necessárias no apartamento que lhe fora alugado, lhe assistia o direito de compensar o importe que despendera com os locativos que lhe estão debitados, determinando que, em ultrapassando o que desembolsara as obrigações que lhe estão debitadas, sua mora restava elidida.

Sucedendo que, consoante assinalado por ocasião da apreciação da preliminar que suscitara, o apelante somente poderia inserir quaisquer benfeitorias no imóvel locado em contando com a prévia e expressa anuência da locadora. Como as acessões que teria efetivado não contaram com a autorização da apelada, denotando que as efetivara de conformidade com suas exclusivas conveniências, e nem cuidara de adimplir corretamente os locativos e demais acessórios da locação que lhe estavam debitados, efetivamente incorrera em mora, inviabilizando a invocação da compensação que aventara como forma de elidir a inadimplência em que incorrera.

Demais disso, a compensação somente é passível em se cuidando de obrigações líquidas, certas e exigíveis, consoante prescreve textualmente o artigo 369 do vigente Código Civil, que, quanto ao particular, simplesmente repetira o regramento que já estava impregnado na lei civil anterior. Dessa irreversível constatação defluiu a constatação de que a compensação que fora aventada pelo apelante carece, além de desprovida de lastro contratual, de estofamento legal e material. E isso se verifica porque, a despeito de os créditos locatícios detidos pela apelada estarem revestidos de aludidos atributos, pois sua liquidez e certeza derivam da circunstância de que as obrigações foram ajustadas em valor certo e determinado e a mora do apelante está patenteada, revestindo-as de certeza quanto à sua existência, de liquidez quanto à expressão pecuniária que alcançam e de exigibilidade, o crédito aventado pelo apelante não está revestido desses atributos.

Ora, além de não ter contado com a prévia e expressa anuência da locadora para a efetivação das benfeitorias, os comprovantes que exibira não autorizam, nesta sede, o reconhecimento dos desembolsos que efetivamente efetuara com sua consumação. É que os recibos e comprovantes que exibira com esse desiderato não estão revestidos de certeza quanto à destinação dos materiais neles relacionados e nem quanto a quem efetivamente suportara o seu pagamento, pois vários dos comprovantes e notas fiscais que apresentara apontam a própria apelada como adquirente e destinatária das mercadorias adquiridas. Além do mais, o apelante inserira no importe que apurara a excessiva quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que lhe seria devida à guisa de honorários profissionais por ter acompanhado as obras, não obstante não tenha sido entabulado nenhum avençamento entre os litigantes com esse objeto, e a importância de R\$ 3.913,00 (três mil, novecentos e treze reais), que teria emprestado à apelada, sem que apresentasse o instrumento apto a evidenciar o mútuo que teria sido ajustado.

Diante dessas evidências resta patenteado que, além de desprovidos de lastro contratual, os eventuais créditos que assistiriam ao apelante não estão revestidos de liquidez, certeza e muito menos de exigibilidade, estando, ao invés, inteiramente pendentes de reconhecimento e mensuração,

denotando que a compensação que aventara carece, então, de viabilidade, não podendo ser promovida, pois tinha como pressuposto a apuração de obrigações líquidas, certas e revestidas de exigibilidade.

Outrossim, além de o apelante ter inserido as acessões que teria custeado no imóvel locado sem a concordância e a autorização prévia da apelada, de conformidade com o restara ajustado entre os litigantes não lhe assiste o direito de, ainda que as benfeitorias tivessem contado com a prévia e expressa autorização da locadora, reclamar qualquer indenização delas originárias ou invocar o direito de reter o apartamento alugado até que seja integralmente indenizado quanto ao que teria despendido, consoante dispõe a cláusula décima segunda do ajuste celebrado, que dispõe o seguinte:

“XII) INDENIZAÇÃO E DIREITO DE RETENÇÃO:

Toda e qualquer benfeitoria autorizada pelo LOCADOR, ainda que útil ou necessária, ficará automaticamente incorporada ao imóvel, sem prejuízo do disposto na letra e, da cláusula oitava deste instrumento, não podendo o LOCATÁRIO pretender qualquer indenização ou ressarcimento, bem como arguir direito de retenção pelas mesmas.”

Esse ajustamento, ao invés de estar revestido de qualquer ilicitude ou excessividade, guarda perfeita consonância com o regramento pelo artigo 35 da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), pois que esse dispositivo prescreve que somente as benfeitorias necessárias, salvo expressa disposição contratual em contrário, ainda que não autorizadas pelo locador, e as úteis, desde que autorizadas, serão passíveis de indenização e legitimam o exercício do direito de retenção. Em contrapartida, como o ajustado, valendo-se do que legalmente é autorizado, excluiu o direito de o apelante, na condição de locatário, invocar o direito a indenização ou de retenção derivado das benfeitorias que eventualmente inserira no imóvel que lhe fora alugado, ainda que efetivamente tivessem contado com a prévia e expressa anuência da locadora, não lhe remanesce, pois, estofamento legal ou contratual para postular a composição do que teria vertido e nem a faculdade de reter o imóvel até que seja adequadamente indenizado.

Dos argumentos alinhavados defluiu, então, a certeza de que, caracterizada a mora do apelante e apurado que não lhe sobeja direito de ser indenizado quanto às benfeitorias que eventualmente tenha inserido no apartamento que lhe fora locado, não lhe assistindo, por conseguinte, o direito de reter o imóvel até que fosse compensado pecuniariamente pelas acessões que nele teria incorporado, resta patenteado que inadimpliu a obrigação primária que lhe estava afeta, incorrendo em evidente infração contratual e legitimando o desfazimento do avençado, com as conseqüências que daí emergem, mormente o despejo do imóvel alugado e sua condenação ao pagamento dos alugueres e demais acessórios da locação que deixara de solver na forma avençada. Ressalte-se, por fim, que o apelante não alinhavara nenhuma irresignação acerca da expressão da obrigação que lhe fora imposta, quedando-se, quanto a esse aspecto, inteiramente silente, reconhecendo implicitamente, pois, o acerto do débito que lhe fora imputado e que vem sendo perseguido pela apelada.

Em conformação com o alinhavado de acordo com os elementos de convicção que ilustram os autos fica evidenciado que o apelante efetivamente encontra-se inadimplente no que se refere à quitação dos alugueres

derivados da locação avençada, eis que, descumprindo o pactuado, deixara de saldar os locativos a tempo e a modo e a sua manifesta desídia o impedira de diligenciar no sentido de promover a emenda da sua mora no prazo legalmente balizado para o exercício dessa faculdade e em consonância com os dispositivos legais que regem a espécie, o que deixa patenteada sua inadimplência e determina o desfazimento da locação, o despejo do imóvel e sua submissão ao pagamento dos locativos e demais acessórios da locação que se encontram em aberto e daqueles que se vencerem até a data em que se consumir o desalijamento do apartamento alugado.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a ilustrada sentença guerreada.

A Senhora Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE – Presidente e Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal

Com a Turma.

DECISÃO

Conhecido. Rejeitadas as preliminares. Negou-se provimento. Unânime.

PROCESSO CIVIL

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - COBRANÇA - CONTRATO VERBAL - AUSÊNCIA de CONTRATO ESCRITO - ARBITRAMENTO judicial - VALOR nunca inferior à TABELA da OAB - LEI 8096/94, art. 22

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Cível n. 311.675-0

Órgão julgador: 7a. Câmara Cível

Fonte: DJPR, 06.04.2006

Rel.: Des. Accácio Cambi

Apelantes: Nubia Moreira Brodbeck e Hosana Maria Conti (recurso adesivo)

Apelados: Os mesmos

EMENTA

COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CONTRATO VERBAL. TABELA ESTABELECIDADA PELA OAB. COMPROVAÇÃO DA ATUAÇÃO NOS FEITOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO: PEDIDO DE MAJORAÇÃO. RECURSO ADESIVO: PEDIDO DE REDUÇÃO E INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. DECISÃO CONFIRMADA. 1. “Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB”. 2. No caso, os honorários são devidos mesmo não havendo contrato escrito, uma vez comprovadas as atuações da advogada em quatro feitos, perante a Vara de Família, fixados em valor condizente com a tabela referida.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 311.675-0, de TOLEDO, 1a. VARA, em que é apelante 1) NUBIA MOREIRA BRODBECK e 2) HOSANA MARIA CONTI (recurso adesivo) e apelados OS MESMOS.

1. Trata-se de decisão proferida nos autos de ação de cobrança de honorários (nº 197/03), ajuizada por NUBIA MOREIRA BRODBECK, em face de HOSANA MARIA CONTI, que julgou parcialmente procedente a demanda para: “arbitrar em favor da autora, pelo trabalho realizado nas quatro ações referidas na inicial, honorários advocatícios no valor de R\$20.000,00... e condenar a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R\$2.500,00..., tendo em vista a natureza da demanda e o trabalho realizado pelo ilustre advogado da autora, o que faço com fundamento no artigo 20, § 4º do CPC”. Inconformadas, recorrem as partes.

NUBIA MOREIRA BRODBECK pretende a reforma da sentença, sustentando que: patrocinou quatro ações cíveis que tramitaram na Vara de Família de Toledo; houve contratação verbal dos honorários advocatícios, tendo por base a tabela da OAB, no percentual de 10% sobre os valores das causas patrocinadas, conforme prova testemunhal; o arbitramento dos honorários não pode ser confundido com o de condenação de sucumbência; não resta nenhuma dúvida de que os trabalhos foram executados a contento, alcançando as pretensões almejadas e para isto, foi despendido tempo, empenho e esforço da ora apelante.

HOSANA MARIA CONTI recorre, adesivamente, pugnando pela redução da condenação para R\$10.000,00, bem como pela inversão dos ônus de sucumbência, argumentando, no essencial, que: todas as ações tiveram curto período de duração e terminaram mediante acordo judicial; a autora não foi a única advogada a atuar nos feitos; a ora apelante não auferiu vantagem patrimonial para justificar a fixação de honorários tão elevados.

Os recursos foram contra-arrazoados.

2. Merece integral confirmação a r. decisão impugnada de fls. 329-334.

a) recurso de apelação.

A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) estabelece, em seu artigo 22, que: “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. (...) e, no § 2º, que “na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB”.

Depreende-se das provas dos autos que a advogada-autora atuou em quatro (4) feitos, perante a Vara de Família, na defesa dos interesses da ré: a) na ação de separação judicial (autos nº 455/98), em que a petição inicial foi assinada por outros advogados (fl. 32), a autora recebeu a procuração da ré em fevereiro de 1999 (fl. 171), ofereceu impugnação à contestação (fls. 166-168) e à reconvenção (fls. 172-175), participou de duas audiências (fls. 187 e 188), que culminou na homologação de acordo (fls. 192-194); b) na ação de alimentos (autos nº 171/99), que a autora atuou sozinha (fls. 198-199), cujo feito resultou em acordo homologado em juízo (fl. 203); c) na ação revisional de alimentos (autos nº 200/2000), igualmente resultou na homologação de acordo (fl. 210) e d) na ação de partilha de bens (autos nº 530/2000), a autora atuou em conjunto com outro advogado (fls. 217 e 218), cujo feito também resultou em acordo homologado (fl. 219).

A alegação da autora no sentido de que haveria contrato verbal a respeito dos honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre os valores das causas patrocinadas, a prova testemunhal é frágil e contraditória, porquanto não esclarece o quantum destinado à verba honorária naqueles feitos (fls. 272, 273, 288 e 305).

Ademais, o fato de todas as demandas terem sido encerradas, mediante acordo, homologado em juízo, evitando a interposição de recursos, e, mais, de que a advogada-autora não foi a única procuradora em duas ações (separação judicial e partilha de bens), o valor da causa, dado àquelas ações, não constituem parâmetro para o arbitramento dos honorários. Já, considerando o trabalho profissional desenvolvido pela autora nas referidas demandas, comprovado pelas petições citada, o valor dos honorários arbitrados pelo Dr. Juiz no valor de R\$20.000,00 é compatível com a atuação nos feitos e segue os parâmetros estabelecidos na tabela da OAB.

Sobre a matéria em exame, mencione-se julgado da 10a. Câmara desta forma:

“AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS. ARBITRAMENTO SATISFATÓRIO. RECURSO PARA MAJORAÇÃO. PROVIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários advocatícios dos profissionais da advocacia, são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB....” (acórdão nº 1980).

Concluindo, mantém-se o valor dos honorários arbitrados, porque a autora não comprovou a existência do acordo verbal, a fim de possibilitar a fixação do percentual pretendido (10%).

b) recurso adesivo.

A pretensão da recorrente em obter a redução da verba arbitrada, sob a alegação de que houve pagamento de R\$10.000,00 a título de honorários advocatícios no curso das ações judiciais, improcede.

O pagamento alegado foi confirmado pela autora na petição inicial (fl. 3) e no depoimento pessoal (fl. 270). Contudo, após o recebimento da notificação extrajudicial (fl. 20), a recorrente não comprovou o pagamento de mais nenhum valor a título de honorários à apelada.

O fato de as demandas resultarem em acordo e da autora não ter atuado sozinha nos feitos, já foram devidamente examinados, conforme restou acima demonstrado.

Afastese, também, a alegação de que as ações patrocinadas pela autora não trouxeram vantagem patrimonial, conforme bem ressaltou o Dr. Juiz: “o fato da requerida, ao término das quatro ações não ter conseguido a posse de nenhum dos bens que lhe coube porque a partilha foi genérica, isto é, coube-lhe 50% do patrimônio comum sem identificação nos quais competiria a cada um inviabilizando qualquer avaliação quanto ao proveito econômico obtido pela requerida” (fl. 333).

Nessas condições, mantém-se a r. decisão impugnada, que julgou procedente, em parte, a ação proposta, pelos seus próprios fundamentos.

3. ACORDAM os Magistrados integrantes da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação e ao recurso adesivo.

Participaram do julgamento e acompanharam o voto do Relator os Desembargadores MENDONÇA DE ANUNCIACÃO e ERACLÉS MESSIAS.

Curitiba, em vinte e nove de março de dois mil e seis.
ACCÁCIO CAMBI – Presidente e Relator

PENAL - PROCESSO PENAL

AUSÊNCIA do RÉU em ATO PROCESSUAL - AÇÃO PENAL em curso em ESTADO diverso do qual o PACIENTE se encontra PRESO - CERCEAMENTO DE DEFESA configurado - Impossibilidade de indicar TESTEMUNHA e de entrevistar-se com a DEFENSORA PÚBLICA

Supremo Tribunal Federal
Habeas Corpus 85.200 – RJ

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJ, 03.02.2006

Rel.: Min. Eros Grau

Paciente: (...)

Impetrante: (...)

Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. PACIENTE PRESA EM SÃO PAULO, RESPONDENDO À AÇÃO PENAL NO RIO DE JANEIRO. CONDENAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA: AUSÊNCIA DA RÉ NOS ATOS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ENTREVISTAR-SE COM A DEFENSORA NOMEADA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO.

1. Paciente condenada por crime de extorsão mediante seqüestro. Ação penal em curso no Rio de Janeiro. Paciente presa em São Paulo. Ausência de contato com o processo em que figurou como ré. Impossibilidade de indicar testemunhas e de entrevistar-se com a Defensora Pública designada no Rio de Janeiro. Cerceamento de defesa.

2. A falta de recursos materiais a inviabilizar as garantias constitucionais dos acusados em processo penal é inadmissível, na medida em que implica disparidade dos meios de manifestação entre a acusação e a defesa, com graves reflexos em um dos bens mais valiosos da vida, a liberdade.

3. A circunstância de que a paciente poderia contatar a Defensora Pública por telefone e cartas, aventada no ato impugnado, não tem a virtude de sanar a nulidade alegada, senão o intuito de contorná-la, resultando franco prejuízo à defesa, sabido que a comunicação entre presos e pessoas alheias ao sistema prisional é restrita ou proibida.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence,

na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de *habeas corpus* para anular integralmente o processo a partir do interrogatório, inclusive, e determinar a soltura da paciente, se por al, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 8 de novembro de 2005.

EROS GRAU – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: A paciente foi condenada a 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado (5 pelo crime de quadrilha armada – Lei n. 8.072/90, art. 8º – e 3 pela prática de estelionato – CP, art. 171). O TJ/RJ deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, condenando-a por crime de extorsão mediante seqüestro, praticado por quadrilha ou bando (CP, artigo 159, § 1º), à pena de 16 (dezesesseis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Afastou o crime autônomo de quadrilha ou bando, por constituir *bis in idem*, já que a imputação a esse título sobrepõe-se à qualificadora do § 1º do art. 159. As penas totalizaram 19 (dezenove) anos de reclusão, considerados os 3 (três) anos referentes ao estelionato.

2. Sobreveio impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que o denegou em acórdão assim ementado:

“*HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. AÇÃO PENAL. ANULAÇÃO. RÉU PRESO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. PRESENÇA À INSTRUÇÃO DO PROCESSO.

As arguições de nulidade da citação e nulidade da nomeação da Defensoria Pública para defender a ré não devem ser conhecidas ante a ausência de debate acerca dos mesmos na instância ordinária. Não cabe alegar-se cerceamento de defesa se a defensora da paciente esteve presente à audiência de inquirição de testemunhas. Ademais, se nulidade existisse, seria relativa, só devendo ser declarada na presença de efetivo prejuízo para a ré. (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.”

3. Daí esta impetração, em extensa petição de 47 laudas, das quais se extraem, em síntese, as seguintes alegações:

(I) nulidade da citação por precatória, ao argumento de que, apesar de expedida em 2/9/99, somente foi cumprida em 24/9/99, no mesmo dia da requisição da paciente para ser interrogada no juízo deprecado, quando foi surpreendida no que tange aos gravíssimos fatos que lhe eram imputados, ficando impossibilitada de contatar advogados e até mesmo de promover a autodefesa; os impetrantes dizem que não desconhecem “várias decisões dos Tribunais deste país que entendem legítima a mera requisição do réu preso e que, ainda, põem panos quentes nas citações feitas no dia e na hora do interrogatório”; observam que a Lei n. 10.792/03, que deu nova redação ao art. 360 do CPP¹, dispõe que o réu preso deve ser citado, ato judicial que não pode ser suprido com a mera requisição do preso à autoridade policial; a regra nova, embora posterior aos fatos, confirma o que se sustenta: citação efetiva do réu preso para defender-se amplamente;

(II) nulidade da nomeação da Defensora Pública, porquanto a paciente, ao ser interrogada, indicou o advogado (...), cuja intimação não se realizou porque ela não forneceu o número de inscrição na OAB, nem o endereço; inconformada, a Defensora requereu que se oficiasse às Seções da OAB de São Paulo e de Minas Gerais a fim de que viesse a ser localizado o advogado; intimado, ele recusou o patrocínio da causa, dizendo não ter sido procurado por familiares da paciente para formalização do contrato de honorários, ao mesmo tempo em que requereu a intimação da ré para que constituísse outro defensor; as impetrantes anotam que não obstante a paciente desconhecesse o ato de recusa do profissional por ela indicado, vez que dele não fora intimada, o magistrado deu prosseguimento ao feito, vindo a paciente a ser surpreendida com a sentença condenatória, em processo no qual não lhe foi dado o direito de constituir advogado; por tudo isso, os impetrantes sustentam ofensa ao artigo 8º, item 2, alínea e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vez que o acusado tem o “direito irrenunciável a ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado (...), se não se defender ele próprio nem nomear defensor”;

(III) constrangimento ilegal em razão de o STJ não ter examinado as questões referentes às nulidades da citação e da nomeação da Defensora Pública; as impetrantes advogam, no ponto, a tese de que o *habeas corpus* não está sujeito a prequestionamento, cabendo, até de ofício, sempre que juiz ou tribunal deparar-se com hipóteses de constrangimento ilegal;

(IV) nulidade da instrução, por absoluta ausência da paciente em todos os atos processuais, à exceção de seu interrogatório realizado por carta precatória; os impetrantes alegam que a paciente sequer foi entrevistada por sua Defensora, o que constitui violação a direitos dos acusados em processo penal, soltos ou presos; aos presos, por óbvio, com maior razão, conforme regra contida no artigo 185 do CPP²; argumentam que a própria Defensora Pública, na fase do art. 395 do CPP, arrolou, aleatoriamente, testemunhas com o intuito de evitar preclusão, visto que a verdadeira intenção era a de substituí-las oportunamente por outras indicadas pela paciente, efetivamente úteis à sua defesa; como a entrevista não foi viabilizada, a Defensora peticionou para informar ao juiz que não iria fornecer os endereços porque não teve contato com a acusada, presa em São Paulo; quando da audiência de instrução, a Defensora pediu a palavra, pela ordem, e postulou a não realização do ato, porque não tinha condições de fazer uma defesa efetiva, advertindo que a produção de provas sem a presença da acusada viola tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário; o Juiz indeferiu o pedido, consignando que a ausência da paciente decorre da impossibilidade material de transportá-la de São Paulo para o Rio de Janeiro; os impetrantes alegam que “o simples fato de não ter sido conferido à paciente o direito de se entrevistar com sua patrona e, conseqüentemente, de arrolar testemunhas é hoje ato prejudicial em si mesmo, independente de qualquer prova”, sendo patente o prejuízo à parte.

4. Requerem a concessão da ordem para:

“1.1. Conhecer amplamente do objeto da presente impetração, para anular o processo nº 98.001.054339-8, da

26 Vara Criminal do Rio de Janeiro, a partir da citação da paciente ou, alternativamente, a partir da nomeação da Defensoria Pública para patrocinar a causa ou, ainda alternativamente, a partir do início da instrução, tudo por ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

1.2. Determinar a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de que a sua 5a. Turma conheça das alegações de nulidade da citação da paciente e de nomeação da Defensoria Pública para o patrocínio da causa;

2. Requer-se, ainda, tendo em vista o tempo transcorrido desde o início da referida ação penal, seja expedido alvará de soltura, a fim de que a paciente (...) responda solta à acusação contra si formulada.”

5. O Ministério Público Federal opina no sentido do conhecimento parcial do HC e, nesta parte, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): Não conheço da impetração no que se refere às alegações de nulidade da citação e da nomeação de Defensora Pública. O não-conhecimento das questões pelo STJ resulta da circunstância de não terem sido suscitadas no TJ/RJ. O Tribunal *a quo* decidiu em sintonia com jurisprudência desta Corte, que não admite o exame, *per saltum*, de matérias não aventadas nas instâncias precedentes.

2. A causa de pedir circunscreve-se, portanto, à alegação de nulidade da instrução criminal, por ausência da paciente nos atos processuais.

3. Além do crime de estelionato, a paciente foi condenada, em grau de apelação, por delito de extorsão mediante seqüestro, na medida em que acusada de ser a responsável pelo aluguel do imóvel que serviu de cativoiro.

4. À exceção de seu interrogatório, por precatória, a paciente não teve contato algum com o processo em que figurou como ré; sequer foi apresentada à sua Defensora, nomeada no Rio de Janeiro, de sorte que se lhe tornou impossível a indicação de testemunhas, conforme revelado por ela mesma ao ser intimada da sentença condenatória:

“Vossa Excelência, venho por meio desta, de punho e acima qualificada, requerer minha análise detalhada durante o processo de apelação. Fui condenada em 04.09.2000 à 8 anos, e notificada em 17.10.2000 aqui em São Paulo; venho pedir licença para protestar e contestar esta decisão (...) Na época em que houve o seqüestro no Rio de Janeiro, tenho testemunhas de que eu estava em Uberlândia – MG, e que lá trabalhava diariamente negociando imóveis urbanos e rurais como corretora.” (Fls. 631/632 do apenso 3).

5. Lê-se, ademais, às fls. 456/458, petição em que a Defensora Pública Iracema Vaz Leal pede ao Juiz a requisição da paciente para com ela entrevistar-se. O Juiz indeferiu o pleito à fl. 51, consignando: “[c]onsoante já afirmei anteriormente, a acusada se encontra presa em São Paulo, e a sua apresentação aqui no Rio, pelas dificuldades conhecidas, dificilmente ocorreria”.

6. A preocupação com a precariedade dos meios de produção probatória, a cargo da defesa, constituiu preliminar das alegações finais elaboradas pela diligente Defensora:

“A não requisição da Acusada – que responde ao processo presa, à disposição da Justiça – para as audiências realizadas na presente ação penal, representou afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da publicidade dos julgamentos, violando-se o direito da Acusada de se ver processar. Nesse sentido, trazemos a lume lapidar decisão, da lavra do Pretório Excelso:

‘O acusado – inobstante preso e sujeito à custódia do Estado – tem o direito de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais, especialmente aqueles realizados na fase instrutória do processo penal condenatório. Incumbe ao Poder Público requisitar o réu preso para presenciar, no juízo deprecado, a inquirição de testemunhas. Essa requisição do acusado preso, que objetiva garantir-lhe o comparecimento à instrução criminal, traduz conseqüência ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a esta inerentes. São irrelevantes, nesse contexto, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País. Essas alegações de mera conveniência administrativa, não têm – e nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno desse tema. A posição (majoritária) da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Ocorrência de nulidade meramente relativa. Ressalva do ponto de vista pessoal do Relator, para quem a violação desse direito implica nulidade absoluta do processo penal condenatório. A presença do acusado e sua participação pessoal nos atos processuais constituem expressão concreta do direito de defesa. Perspectiva global da função defensiva: a autodefesa da parte e a defesa técnica do advogado (STF – HC – 67.755-0-SP – Rel. Min. Celso de Mello – j. 26.6.90 – m.v. – DU, 11/9/92 – p. 14.714 e Rev. Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, p. 261/262 – Editora RT).’

...

Não teve a defendente, em nenhuma ocasião, contato pessoal com o Defensor nomeado para proceder a sua defesa, não tendo, assim, oportunidade de preparar nem sua autodefesa, bem como a prova oral (mediante oitiva de testemunhas em Juízo), à qual, *in thesi*, teria direito. Na hipótese vertente, a defesa técnica também restou prejudicada, posto que o defensor dativo, sem qualquer contato pessoal com sua defendente, ficou privado de uma série de informações fundamentais para o bom exercício de seu *munus*, o mesmo se podendo dizer, neste particular, quanto ao contraditório.

...

Evidentes os prejuízos sofridos pela Defesa da Acusada (...), que responde nestes autos a um processo kafkiano, sem que tenham sido respeitadas as garantias judiciais mínimas que o ordenamento jurídico prevê.”

7. A Primeira Turma desta Corte, no julgamento do HC n. 70.663, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 9.9.94, em situação que se assemelha ao caso sob exame, afirmou que “[a] ausência do acusado aos atos de instrução criminal, por estar preso em comarca diversa, não implica a anulação do processo se não foi argüida a nulidade no momento oportuno, nem demonstrado objetivamente o prejuízo”. Vê-se que a ordem foi denegada por ausência de impugnação

oportuna e por não demonstração de prejuízo. No caso que ora examinamos tem-se diversa situação: houve alegação oportuna – e reiterada – a respeito do prejuízo pelo não exercício pleno do direito constitucional de defesa, prejuízo que acabou confirmado com a condenação.

8. O fundamento atinente à falta de recursos materiais, a inviabilizar as garantias constitucionais dos acusados em processo penal, é inadmissível, porquanto implica disparidade de meios de manifestação entre a acusação e a defesa, com reflexos negativos sobre um dos bens mais valiosos da vida, a liberdade.

9. O fato de constar dos atos impugnados que a paciente poderia utilizar-se de telefone e cartas para comunicar-se com sua Defensora, o que lhe possibilitaria uma defesa eficiente, não tem a virtude de sanar a nulidade alegada, senão a de contorná-la, do que resulta franco prejuízo à defesa. É de conhecimento geral que a comunicação entre presos e pessoas alheias ao sistema prisional é restrita e até proibida.

Ante o exposto, conheço parcialmente da impetração e defiro o pedido para anular a ação penal n. 98.001.054339-8, da 26a. Vara Criminal do Rio de Janeiro, a partir do início da instrução.

Considerando que a paciente se encontra presa desde abril de 1999, determino a expedição de alvará de soltura a fim de que responda em liberdade a ação penal contra ela instaurada, se por outro motivo não estiver presa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Creio que a nossa jurisprudência, quando tenha havido apelação – e apelação ampla da defesa – entende que nulidades absolutas podem ser suscitadas em *habeas corpus*, sem necessidade de que delas se tenha ocupado o tribunal de segundo grau.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não foi um *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Não foi *habeas corpus*. O que se tem discutido – nisso eu concordo que a jurisprudência é vacilante – é em matéria de *habeas corpus*. Se impetrado um *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça se pode suscitar matéria nova perante o STJ ou perante o Supremo Tribunal Federal. Agora, em matéria de apelação, com as vênias de Vossa Excelência, a devolução é ampla. Recordo, por exemplo, os HHCC 70497, Pleno, Pertence; 76539, Pertence; 68825, Pleno, Brossard; 77179, Sydney; 81064, Galvão e muitos outros.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E aqui temos o pior vício a contaminar um processo, tanto que, no campo patrimonial, é o único alusivo ao processo de conhecimento que pode ser invocado em execução.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Sim, a falta de citação. Não sei se tem maior consistência a alegação de nulidade da citação. Agora, parece-me iniludível – Vossa Excelência confirmará, mas a ilustre advogada o enfatizou, da tribuna – que houve indicação de defensor no interrogatório, que se escusou de exercer a defesa. Ora, nisso nós temos, pelo menos, dois precedentes: o HC 67.755, Relator o Ministro

Celso de Mello e o HC 81.151, Relator o Senhor Ministro Ilmar Galvão, entendendo que é imprescindível a intimação da ré para constituir outro advogado antes de se entregar a defesa à Defensoria Pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? No campo prático, quanto à citação, o que ocorrerá? Concederemos a ordem para reabrir a instrução. Possivelmente se terá a impugnação sob o ângulo da citação e, chegando o processo à Turma, posteriormente, vamos acolher a alegação de vício para anular a própria instrução que viabilizamos na concessão desse *habeas*.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – É apenas aquela distinção entre requisição e citação?

A DRA. BEATRIZ RIZZO (ADVOGADA) – Vossa Excelência me permite? Ela recebeu junto no mesmo ato. No momento em que estava sendo levada para o interrogatório, ela recebeu a notícia do processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Hoje, o Código de Processo Penal, no artigo 360, prevê expressamente que, se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. A lei é de 2003.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Não se aplica. Jamais se entendeu que essa requisição, por si só, tivesse eficácia de citação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – À época, ainda se agasalhava a requisição com eficácia de citação.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Concedo o *habeas corpus* para anular o processo a partir da nomeação do defensor dativo, para que a acusada seja intimada para, querendo, constituir outro. Vossa Excelência anula desde o interrogatório, inclusive.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) – A partir do início da instrução.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Então, esse vai ficar absorvido, porque no novo interrogatório ela vai ser acompanhada ou indicar advogado e a entrevista pessoal é hoje obrigatória.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se Sua Excelência viabiliza o novo interrogatório.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Se é a partir do interrogatório, inclusive, deixo apenas a ressalva de que não acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, quando não conhece das duas alegações de nulidade absoluta; tendo o processo passado, com devolução irrestrita, pelo Tribunal de Justiça, todas as nulidades absolutas podem ser suscitadas no *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Imaginar, no caso, uma comunicação entre a paciente e a defensora, só por telepatia.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) – Eu não teria dificuldade, inclusive, em conhecer plenamente.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – A discussão sobre o “prequestionamento”, em matéria de *habeas corpus*, surge

nos *habeas corpus* sucessivos; jamais, quando houve apelação ampla, que devolve toda a causa ao Tribunal de segundo grau.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):
– De qualquer modo há o efeito prático.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Sim, mas não há efeito prático, porque Vossa Excelência anula a partir do interrogatório...

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – E o faço aderindo às ponderações de Vossa Excelência.

A DRA. BEATRIZ RIZZO (ADVOGADA) – Excelência, pela ordem. Posso pedir para comunicar também à Vara das Execuções de São Paulo e não apenas ao Juízo da 26a. Vara do Rio de Janeiro?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Creio que cabe ao Juízo da Vara do Rio de Janeiro. Ela está presa à disposição dele.

A DRA. BEATRIZ RIZZO (ADVOGADA) – Ela está presa e a execução em São Paulo é por esse processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas ela estará solta por determinação do Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Nunca expedimos alvará de soltura dirigido ao carcereiro, mas ao juiz. Ela está presa à disposição do juiz do Rio de Janeiro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acho que não seria demais, Senhor Presidente, porquanto a prisão já se projeta por tanto tempo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Com uma advogada eficiente, assim, tenho certeza de que tomará providências.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aliás, ouvimos uma belíssima sustentação da tribuna.

A DRA. BEATRIZ RIZZO (ADVOGADA) – Muito obrigada.

DECISÃO

A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus* para anular integralmente o processo a partir do interrogatório, inclusive, e determinou a soltura da paciente, se por al, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pela paciente a Dra. Beatriz Rizzo. 1a. Turma, 08.11.2005.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

NOTAS

1 CPP – Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado.

2 CPP – Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença de defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - Inexistência - PARCERIA realizada entre as PARTES - EXERCÍCIO da ATIVIDADE de PROFESSOR de violão pelo RECLAMANTE - PARTICIPAÇÃO com as instalações por parte do RECLAMADO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO autônomo

Tribunal Regional do Trabalho da 24a. Região

Recurso Ordinário n. 0264/2005-061-24-00-5

Fonte: DO/MS, 09.02.2006, pág. 43

Rel.: Juiz Abdalla Jallad

Recorrente: José Nasdark Pereira

Recorrido: IMAC – Instituto Matogrossense de Arte e Cultura

EMENTA

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – INEXISTÊNCIA – Restou incontroverso que o autor exercia a atividade de professor de violão, recebendo comissões de 80% do que era cobrado pelas suas aulas, sendo que os 20% restantes eram do reclamado. Somente pela forma de remuneração pactuada pelas partes, já se vislumbra a inexistência de vínculo, restando sim caracterizada uma parceria entre elas. É evidente que as aulas de violão ministradas resultaram de

uma parceria entre o autor e o reclamado, verdadeira sociedade de fato na qual o obreiro entrou com a mão-de-obra especializada, enquanto a reclamada participou com as instalações e estrutura, além do próprio nome da empresa. Afinal, não é possível reconhecer vinculação empregatícia quando a participação remuneratória do trabalhador é muito superior a do empregador, pois que então restará inafastável a ocorrência fática de uma sociedade de parceria, na qual há repartição dos frutos da atividade e, portanto, não ocorre o natural desequilíbrio de forças que caracteriza uma relação empregatícia. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº00264/2005-061-24-00-5-RO.1) em que são partes as acima indicadas.

O MM. Juiz de primeiro grau Christian Gonçalves Mendonça Estadulho, julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial, não reconhecendo o vínculo empregatício entre as partes (f. 108-113).

Irresignado, recorre o reclamante às f. 114-118, argüindo, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, no mérito, pugnano pela reforma da r. sentença para que seja reconhecida a existência de vínculo entre as partes.

Contra-razões ofertadas pela reclamada, às f. 121-127, pela manutenção da sentença.

Ante o disposto no artigo 115, do Regimento Interno desta Corte, os autos não foram encaminhados ao d. representante do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Conheço do recurso e das contra-razões, porquanto presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

2 – PRELIMINAR

2.1 – NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA

Pugna o recorrente pelo retorno dos autos à Vara de origem para que se proceda à oitiva da testemunha por ele indicada, com posterior prolação da sentença.

Considerando suas alegações, passo à análise da arguição como uma preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, na medida em que o eventual acolhimento da tese recursal implicará na anulação do processo e retorno à fase instrutória para oitiva da testemunha requerida.

Fixada tal premissa e verificado o ocorrido nos autos, entendo não assistir razão ao recorrente.

Não se vislumbra qualquer nulidade ou irregularidade no indeferimento da oitiva da testemunha indicada pelo reclamante, na medida em que, conforme se depreende da ata de audiência de f. 16, as partes estavam cientes de que deveriam comparecer à sessão em prosseguimento acompanhadas das testemunhas ou fornecer o rol, “... sob pena de preclusão da prova.”

Não tendo o autor arrolado a testemunha que pretendia ouvir, operou-se a preclusão temporal, perdendo, então, a faculdade e a oportunidade para a prática do ato, não lhe socorrendo a alegação de que “... a testemunha somente recentemente disse que não compareceria.” (f. 106), não havendo falar-se em ocorrência de cerceamento de defesa.

Destarte, não configurada qualquer irregularidade no procedimento adotado pelo juiz *a quo*, rejeito a preliminar argüida.

3 – MÉRITO

3.1 – VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O juiz de primeiro grau, entendendo não restar configurado o liame de emprego entre as partes, julgou totalmente improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Insurge-se o reclamante pugnando pela reforma do *decisum* para que seja reconhecido o vínculo empregatício, sustentando que o reclamado não se desincumbiu do ônus de comprovar que a prestação de serviços se deu de forma autônoma, restando patente que trabalhava de forma subordinada.

Entretanto, carece-lhe razão.

O reclamado negou a relação de emprego, admitindo a existência de uma prestação de serviços autônomos, atraindo para si o *onus probandi*, a teor do que dispõem os artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC, do qual se desincumbiu a contento. Senão vejamos.

Para que se reconheça o pretensio liame empregatício não de estar presentes todos os requisitos elencados no

artigo 3º da Consolidação, donde se conclui que a ausência de apenas um deles implica na declaração de sua inexistência. *In casu*, não se encontra presente o requisito da subordinação jurídica, vez que não existe prova de trabalho subordinado.

Da análise dos elementos constantes dos autos, resta indene de dúvida que as partes mantiveram uma parceria, na qual o reclamado entrou com a infra-estrutura e o reclamante, professor de violão, com a mão-de-obra, inexistindo qualquer subordinação na relação havida entre os litigantes.

Por outro lado, depreende-se que não havia controle de jornada por parte do reclamado, não sofrendo o autor qualquer tipo de fiscalização, não lhe sendo imposto cumprimento de horário, sendo, inclusive, consultado para saber se poderia dar aula em horários que atendessem a conveniência dos alunos.

Além disso, o recorrente assumia os riscos do empreendimento, conquanto os valores que lhe seriam destinados mensalmente dependiam dos esforços que envidava, conforme por ele informado na inicial: “... não obstante desempenhar a função de professor, o reclamante também fazia cobranças, nos horários vagos, inclusive e às vezes para receber o próprio salário, já que o reclamante cobrava tanto os alunos para os quais lecionava violão, quanto os demais alunos da escola que faziam curso de inglês, piano e teclado.” (f. 4), o que se contrapõe à existência de liame empregatício, no qual os riscos econômicos da atividade são assumidos integralmente pelo empregador.

Ademais, restou incontroverso que o autor exercia a atividade de professor de violão, recebendo comissões de 80% do que era cobrado pelas suas aulas, sendo que os 20% restantes eram do reclamado. Ora, somente pela forma de remuneração pactuada pelas partes, já se vislumbra a inexistência de vínculo, restando sim caracterizada uma parceria entre elas.

É evidente, pelos fatos acima mencionados, que as aulas de violão ministradas resultaram de uma parceria entre o autor e o reclamado, verdadeira sociedade de fato na qual o obreiro entrou com a mão-de-obra especializada, enquanto a reclamada participou com as instalações e estrutura, além do próprio nome da empresa.

Afinal, não é possível reconhecer vinculação empregatícia quando a participação remuneratória do trabalhador é muito superior a do empreendedor, pois que então restará inafastável a ocorrência fática de uma sociedade de parceria, na qual há repartição dos frutos da atividade e, portanto, não ocorre o natural desequilíbrio de forças que caracteriza uma relação empregatícia.

Dessa forma, diante da ausência dos requisitos caracterizadores da relação empregatícia, mantenho incólume a sentença objurgada.

POSTO ISSO

ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar argüida e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Abdalla Jallad (relator).

Campo Grande, 18 de janeiro de 2006.

ABDALLA JALLAD

Juiz Relator

**ESTABELECIMENTO BANCÁRIO -
COMPETÊNCIA para exigir, mediante LEI, INSTALAÇÃO
de EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA - LEI ESTADUAL que
determina utilização de EQUIPAMENTO não previsto em
LEI FEDERAL - Possibilidade - COMPETÊNCIA
CONCORRENTE**

Tribunal Regional Federal da 1a. Região
Apelação em Mandado de Segurança n. 2003.38.00.025909-2
Órgão julgador: 6a. Turma
Fonte: DJ, 13.03.2006
Rel.: Des. Federal Souza Prudente
Apelante: Banco do Brasil S/A
Apelado: União Federal

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO, PELA LEI ESTADUAL, DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL.

I – Em matéria de funcionamento de instituições financeiras, há competência concorrente das três esferas de poder, com apoio no poder autônomo que lhes confere a Constituição da República, em exigir, mediante lei, como no caso em tela, a adoção, em estabelecimentos bancários, de equipamentos de segurança. Precedentes do STF e STJ.

II – Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1a. Região – 13/02/2006.

Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

Cuida-se de apelação interposta contra sentença proferida pelo douto Juízo da 15a. Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que, nos autos do mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil S/A contra ato do Sr. Superintendente Regional da Polícia Federal em Minas Gerais, negou a tutela mandamental, em que se buscava a nulidade de notificações expedidas, com base na Lei Estadual nº 12.971/98, alterada pela Lei nº 13.586/00, que obriga os vigilantes, em exercício em estabelecimentos bancários, a utilizar coletes à prova de bala (fls. 164/169).

Em suas razões recursais de fls. 180/186, repetindo os argumentos iniciais, sustenta o Banco do Brasil S/A a ausência de competência legislativa estadual para regular matéria afeta às instituições financeiras. Aduz, ainda, a incompetência da Polícia Federal para fiscalizar as instituições financeiras, com base em lei estadual. Por fim, alega a ausência de norma legal imperativa ao uso de coletes à prova de balas pelos vigilantes dos estabelecimentos bancários. Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença monocrática, concedendo-se a segurança pleiteada,

desobrigando as agências do impetrante a cumprir a determinação da Lei Estadual 12.971/89, e anulando as notificações recebidas.

Com as contra-razões apresentadas pela União Federal, fls. 191/193, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se a douda Procuradoria Regional da República pelo desprovimento da apelação (fls. 197/201).

Este é o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

I

As razões recursais apresentadas pelo recorrente não abalaram os fundamentos da sentença monocrática que, com acerto, analisou e decidiu a questão posta nos autos, com estas letras:

“(…)

Mérito

Quanto à matéria de mérito, propriamente dita, a decisão deste Juízo, proferida às fls. 144/149, retrata a suficiente análise fática e legal da matéria em comento. Neste caso, mister a transcrição daqueles fundamentos como razão de decidir, *verbis*:

‘A questão diz respeito à regulamentação do sistema de segurança dos estabelecimentos financeiros, exigido pela Lei 7.102/83, e alterações, que compreende, entre outros mecanismos, a utilização de vigilância ostensiva, executada por empresa especializada contratada ou pelo próprio estabelecimento financeiro:

Evidentemente, o sistema de segurança exigido pressupõe a potencialização de todos os recursos e instrumento idôneos para alcançar a eficiência e eficácia da atividade.

Nesse sentido, se o objetivo é tornar o sistema de segurança menos vulnerável, a Lei 7.102/83 menciona, em seu art. 2º, o padrão mínimo exigido:

Art. 2º – O sistema de segurança referido no artigo anterior inclui pessoas adequadamente preparadas, assim chamadas vigilantes; alarme capaz de permitir com segurança, comunicação entre o estabelecimento financeiro e outro da mesma instituição, empresa de vigilância ou órgão policial mais próximo; e, pelo menos, mais um dos seguintes dispositivos:

I – equipamentos elétricos, eletrônicos e de filmagens que possibilitem a identificação dos assaltantes;

II – artefatos que retardem a ação dos criminosos permitindo sua perseguição, identificação ou captura; e

III – cabina blindada com permanência ininterrupta de vigilante durante o expediente para o público e enquanto houver movimentação de numerário no interior do estabelecimento.

Ora, se o legislador federal, na matéria, dispôs sobre o mínimo, é dado concluir que a lei estadual pode exigir outros instrumentos e mecanismos igualmente eficientes e compatíveis com o regime.

De fato, se a legislação federal prevê a utilização de cabina blindada, como meio de proteção do vigilante, a bem do sistema de segurança, pelo mesmo raciocínio, e com mais razão, o uso de coletes à prova de balas presta-se para

alcançar o mesmo desiderato, qual seja, neutralizar a vulnerabilidade do sistema.

Na mesma linha, é razoável (meios/fins; adequação lógica; proporcionalidade) prover instrumentos adequados à proteção da incolumidade física dos vigilantes, com o escopo de manter íntegro todo o sistema de segurança;

Sendo a manutenção do sistema de segurança obrigação do estabelecimento financeiro, cabe a este cumprir com a legislação pertinente, sem embargo, inclusive, de observância de normas internas supletivas acerca da matéria.

As notificações têm como fundamento a Lei Estadual (12.971/98 e 13.586/00) que prevê a utilização de coletes à prova de bala, *verbis*:

Lei 12.971/98-MG.

Art. 3º – É vedado ao trabalhador incumbido da segurança o exercício de qualquer outra atividade no interior da agência.

Parágrafo único – O trabalhador de que se trata este artigo deverá usar colete à prova de bala nível 03, fornecido pela instituição bancária ou financeira.

Tal lei é de natureza supletiva da legislação federal.

Por outro lado, em exame superficial, não há ofensa à regra de competência quanto ao exercício da atividade de fiscalização pelo Impetrado, de acordo com a legislação pertinente e as normas e regulamentos que integram o sistema de segurança nos estabelecimentos financeiros.’

Ausente, portanto, a alegada ofensa a direito líquido e certo, impõe-se seja denegada a segurança, mantendo-se as notificações, tal como procedidas, a fim de que produzam seus efeitos legais.

(...)” (fls. 164/169)

II

Ademais, a tutela mandamental concedida nos autos encontra respaldo na jurisprudência dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, consubstanciados nos seguintes arestos:

ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS – COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA, MEDIANTE LEI, OBRIGAR AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA – INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL – ALEGAÇÃO TARDIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 144, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO – MATÉRIA QUE, POR SER ESTRANHA À PRESENTE CAUSA, NÃO FOI EXAMINADA NA DECISÃO OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *JURA NOVIT CURIA* – RECURSO IMPROVIDO. – O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes.

(AI347717 AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ05.08.2005 p. 92).

ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS – COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA, MEDIANTE LEI, OBRIGAR AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS DE

SEGURANÇA – INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL – RECURSO IMPROVIDO. – O Município dispõe de competência, para, com apoio no poder autônomo que lhe confere a Constituição da República, exigir, mediante lei formal, a instalação, em estabelecimentos bancários, dos pertinentes equipamentos de segurança, tais como portas eletrônicas ou câmaras filmadoras, sem que o exercício dessa atribuição institucional, fundada em título constitucional específico (CF, art. 30, I), importe em conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central do Brasil. Precedentes.

(RE312050 AgR/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ06.05.2005 p. 32).

CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PRIVADA. LEGISLAÇÃO CONCORRENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A matéria versada na Lei Federal n. 7.102/83 – segurança privada – admite legislação estadual concorrente, porquanto é dever dos Estados-membros a preservação da ordem pública interna (art. 144 da CF).

2. A Lei Estadual n. 2.662/96, do Rio de Janeiro, regulou matéria afeta à sua competência e de estrito interesse regional, não invadindo indevidamente a esfera de competência federal.

3. Recurso ordinário não-provido.

(RMS 16.061/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.09.2005, DJ 03.10.2005 p. 156)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA. CONFRONTO DE LEI ESTADUAL COM FEDERAL. INOCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO CONCORRENTE. PRECEDENTES.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento da parte agravante, para afastar a pena de perdimento, tendo em vista a boa-fé na aquisição do veículo importado apreendido.

2. É cabível recurso especial para resolver conflito entre lei local e lei federal, sem que haja necessidade de declarar, ou não, a sua constitucionalidade.

3. A Lei Municipal nº 195/94 não se confronta com a Lei Federal nº 7.102/83, visto que aquela regulamentou matéria afeta à sua competência e de estrito interesse estadual.

4. Inexiste ilegalidade do Estado ou do Município na exigência de funcionamento de estabelecimentos bancários condicionado à instalação de equipamentos de segurança, visto que não há interferência com as leis federais que regulam as instituições financeiras.

5. Não há invasão de competência, por ser esta concorrente, tendo em vista que não se está alterando matéria relativa ao sistema financeiro, mas, sim, dispondo sobre questão de segurança pública, consoante autorização constitucional (arts. 34, III, e 144, da CF/88).

6. Precedentes das egrégias 1a. e 2a. Turmas desta Corte Superior.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 494.325/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.09.2003, DJ 13.10.2003 p. 244)

III

Com estas considerações, e adotando o entendimento jurisprudencial supracitado, nego provimento à apelação, mantendo a decisão recorrida em todos os seus termos.

Este é meu voto.

IMPOSTO DE RENDA - ISENÇÃO - PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA - RECUSA INJUSTIFICADA DA ADMINISTRAÇÃO EM CONCEDÊ-LA - EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - LEI 7713/88 - LEI 8541/92 - LEI 9250/95

Tribunal Regional Federal da 2a. Região
Agravamento de Instrumento n. 2004.02.01.013941-3
Órgão julgador: 4a. Turma Especializada
Fonte: DJ, 06.12.2005
Rel.: Des. Federal Alberto Nogueira
Agravante: União Federal / Fazenda Nacional
Agravado: Francisco Riitano

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO AOS PORTADORES DE NEOPLASIA MALIGNA. ART. 5º, XII E XXXV, LEI 7.713/88. LEIS 8.541/92 E 9.250/95. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. ART. 1º DA LEI 9.494/97. NÃO CONFIGURAÇÃO.

I – Os incisos XII e XXXV do artigo 5º da Leis 7.713/88, com as alterações operadas pelas Leis nºs 8.541/92 e 9.250/95, asseguram aos portadores de neoplasia maligna a isenção ao imposto de renda, situação na qual se pode, mediante as provas trazidas aos autos, incluir o autor, ora agravado, restando, assim, configurado o requisito da verossimilhança do direito alegado.

II – Quanto à suposta impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que só restará obstada a medida nos casos taxativamente previstos no artigo 1º da Lei 9.494/97, hipótese em que não se inclui o caso ora em debate.

III – A turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma Especializada do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2a. Região, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do Relatório e Voto do Senhor Desembargador Federal Relator, constantes dos autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2005 (data do julgamento).

ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal/Fazenda Nacional visando à reforma de decisão proferida pela MM. Juíza Federal Substituta no exercício da titularidade da 1a. Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que deferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar que a ora agravante se abstenha de efetuar o desconto do imposto de renda sobre os vencimentos do Autor, ora agravado, por ser portador de neoplasia maligna.

Em suas razões, aduz a União Federal/Fazenda Nacional que, em se tratando de ação onde a Fazenda Pública figura como pólo passivo, não cabe a concessão da tutela antecipada,

bem como que, por ser a Fazenda Pública, por natureza, solvente, não haveria como se vislumbrar o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nem tampouco constatar a existência da “verossimilhança da alegação”, além da irreversibilidade do provimento antecipado, considerando as multas e acréscimos decorrentes de uma decisão definitiva desfavorável ao autor. Outrossim, alega que, na eventualidade de ser reconhecida a procedência do pedido autoral, seria impossível a liquidação do julgado sem uma análise de todas as Declarações Anuais do Ajuste do período questionado, bem como de eventuais Declarações Retificadoras já apresentadas à SRF, para que se efetue o recálculo do IRPF devido em cada exercício. Ademais, afirma que a autora não se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito (CPC, artigo 333, inciso I).

Efeito suspensivo indeferido às fls. 66/67.

Contra-razões às fls. 73/78.

O Ministério Público Federal deixou de se pronunciar nos presentes autos por entender ausente interesse público que justifique sua intervenção.

É o relatório.

VOTO

Interposto tempestivamente, e presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso, passemos à análise do mérito.

O autor logrou comprovar o diagnóstico de neoplasia maligna, mediante apresentação de laudo médico da lavra de profissional de saúde componente do Serviço de Dermatológico do Hospital Universitário Pedro Ernesto, e atestados assinados pelos médicos dermatologistas Pedro Freitas Ribeiro e Absalom L. Filgueira.

Outrossim, demonstrou que houve recusa administrativa ao reconhecimento da isenção (fls. 42/13), comprovando, assim, o seu interesse na apreciação da matéria pelo Judiciário.

Como bem assinalado pelo agravado em sua petição inicial, onde a lei não distinguiu, não é lícito ao intérprete fazê-lo. Os incisos XII e XXXV do artigo 5º da Leis 7.713/88, com as alterações operadas pelas Leis nºs 8.541/92 e 9.250/95, asseguram aos portadores de neoplasia maligna a isenção ao imposto de renda, situação na qual se pode, mediante as provas trazidas aos autos, incluir o autor, ora agravado. Resta, assim, configurado o requisito da verossimilhança do direito alegado.

Diante do quadro acima exposto, a recusa da Administração em conceder a isenção é vista como injustificável, haja vista que o pleito do autor está amparado claramente na lei.

Quanto à suposta impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que só restará obstada a medida nos casos taxativamente previstos no artigo 1º da Lei 9.494/97, hipótese em que não se inclui o caso ora em debate.

Isto posto, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

É como voto.

ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal Relator

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Afastamento de PRELIMINAR de CERCEAMENTO DE DEFESA - Problemas com a PASSAGEM AÉREA - Impossibilidade de EMBARQUE - Configuração de DANO MATERIAL - Não configuração de RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ART. 21/CPC

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Transporte aéreo. Problemas com a passagem. Data de validade expirado. Impossibilidade de embarque. Compra de nova passagem. Danos materiais configurados. Responsabilidade solidária. Não-configuração. Contratos distintos. Danos morais. Atraso da chegada no local. Fato previsível e corriqueiro no sistema de transporte aéreo. Indenização extrapatrimonial indevida. Sentença *a quo* parcialmente reformada. Ônus sucumbenciais. Redistribuição. Exclusão da segunda apelada. Sucumbência recíproca entre a primeira apelada e o apelado. Compensação. Art. 21, *caput*, do CPC. Recursos de apelação 1 e 2 parcialmente providos. Recurso adesivo desprovido. 1. O juiz, uma vez formado convencimento a respeito dos fatos que envolvem a demanda, entendendo desnecessária a produção de provas, está perfeitamente autorizado a julgar antecipadamente a lide, nos termos do previsto no art. 330, inciso I, do CPC. 2. Conforme admitido pelo próprio apelado, não houve qualquer problema com a empresa Air France, a qual agiu de acordo com as normas internacionais de transporte aéreo, sendo que a responsabilidade pelas dificuldades enfrentadas é, única e exclusivamente, da TAM - Linhas Aéreas S/A, não havendo solidariedade entre as referidas empresas. 3. O atraso de quatro horas, em que pese ter gerado alguns transtornos ao apelado, não lhe trouxe nenhum prejuízo objetivo, tampouco ultrapassou demasiadamente o tempo normal dos atrasos corriqueiros em se tratando de transporte aéreo, não sendo cabível, pois, a indenização por danos morais. 4. O ônus de sucumbência, incluídos os honorários advocatícios e as custas processuais, devem ser distribuídos proporcionalmente, de acordo com a proporção em que venceu e sucumbiu cada parte, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC. (TJ/PR - Ap. Cível n. 298.164-2 - Comarca de Curitiba - 17a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Lauri Caetano da Silva - j. em 15.02.2006 - Fonte: DJ/PR, 20.02.2006).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FURTO de MOTOCICLETA em ESTACIONAMENTO externo - Ocorrência de DANO MATERIAL - RESSARCIMENTO - Possibilidade - Inexistência de DANO MORAL

Ação de indenização. Furto de motocicleta. Estacionamento externo do conjunto nacional de Brasília. Danos materiais. Ressarcimento devido. Danos morais. Inexistentes. Mesmo em se tratando de estacionamento externo, cuja área não pertence ao condomínio do Conjunto Nacional Brasília, não se controverte que é um atrativo que trabalha no sentido de captar clientela, motivo pelo qual possui responsabilidade pelos danos sofridos por seus

usuários, advindos com o furto de veículo nele estacionado. Havendo a indenização pelo dano material, o prejuízo restou absolutamente ressarcido, não havendo falar-se em dano moral. (TJ/DF - Ap. Cível 20040110869310 - 2a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. João Mariosa - j. em 12.12.2005 - Fonte: DJ/DF, 16.03.2006).

AÇÃO de MANUTENÇÃO DE POSSE - PRELIMINAR de NULIDADE - PROVA TESTEMUNHAL e PERICIAL da POSSE e do ESBULHO - OCORRÊNCIA de SENTENÇA única - Observância ao princípio da FUNGIBILIDADE

Apelação Cível. Ação de manutenção de posse. Preliminar de nulidade. Prova da posse e do esbulho. O fato de serem conexas as ações não impõe que ambas sejam decididas por uma única peça de sentença. O que determinou a Câmara, e foi cumprido, é que ambas as ações fossem julgadas em conjunto para evitar decisões contraditórias. Não se decreta a nulidade onde não tenha havido prejuízo, tudo em homenagem ao princípio da efetividade do processo. Provada a posse anterior e o esbulho, não só através de testemunhas, quanto de minuciosa prova pericial, cabe a defesa possessória, independente do nome dado à ação, em razão do princípio da fungibilidade dos interditos. Rejeição da preliminar e provimento do recurso. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2006.001.01226 - Comarca do Rio de Janeiro - 10a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Sylvio Capanema de Souza - j. em 07.02.2006 - Fonte: DJ/RJ, 17.03.2006).

ACIDENTE DE VEÍCULO - MORTE de FILHO MENOR - TRÂNSITO EM JULGADO de SENTENÇA CONDENATÓRIA - Necessidade de INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - PENSÃO VITALÍCIA aos PAIS - Impossibilidade - Cabimento de DANO MORAL

Apelação cível. Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Trânsito em julgado de sentença penal condenatória que torna certa a obrigação de indenizar. Impossibilidade de nova discussão sobre culpabilidade. Danos materiais. Morte de filho menor que ainda não trabalhava. Pensão vitalícia aos pais por hipotética ajuda que receberiam no futuro: descabimento. Dano moral pela morte de filho. Direito reconhecido. Valor da condenação adequadamente arbitrado. Deduções do valor da condenação descabidas. Recurso parcialmente provido. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2003.005631-9 - Comarca de Aquidauana - 1a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Jorge Eustácio da Silva Frias - j. em 21.02.2006 - Fonte: DJ/MS, 07.03.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, a seguinte lição: "O artigo 1.525 do Código Civil de 1917 (reproduzido no atual artigo 935 do Código Civil de 2003) estabelecia que a sentença criminal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar. Assim, não há mais rediscutir a culpa do agente ou o comportamento da vítima, uma vez que tais

questões já se acham decididas no juízo criminal, tendo a sentença transitado em julgado. Ademais, o inciso I do artigo 91 do Código Penal estabelece a certeza de reparar o dano como um dos efeitos da sentença penal condenatória. (...) Ainda que se trate de família de baixa renda, não se pode presumir que o filho menor haverá de trabalhar e que, trabalhando, haverá de ajudar os pais. Se existem muitos que fazem isto, outros tantos não encontram emprego e, quando encontram, não recebem mais do que o mínimo para sua subsistência. Ora, um dos requisitos para o dano ser indenizado é a certeza de sua ocorrência. Não pode o dano ser simplesmente eventual, hipotético; deve haver prejuízo ao menos determinável, mas que seja conhecido, para haver indenização”.

BENEFICIÁRIO de SEGURO - INDENIZAÇÃO exigível a partir da ocorrência do SINISTRO - TERMO INICIAL de fluência do PRAZO PRESCRICIONAL - Aplicabilidade da SÚMULA 229/STJ - COBRANÇA - Consumação da PRESCRIÇÃO

Recurso especial. Seguro. Beneficiário. Lapso prescricional. Termo inicial. Data do sinistro. Fluência. Prazo. Prescrição caracterizada. A indenização prevista em contrato de seguro torna-se juridicamente exigível pelo beneficiário no momento em que ocorre o sinistro, ocasião em que começa a fluir o prazo prescricional da pretensão de cobrança da indenização. Se, porém, formulado requerimento administrativo, haverá suspensão da fluência até a ciência inequívoca da recusa do pagamento pela seguradora, quando voltará o prazo a fluir normalmente. Aplicação da Súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese, entre o óbito do segurado e a formulação do pedido de pagamento à seguradora transcorreram quase 34 (trinta e quatro) anos, já, portanto, consumada a prescrição. Recurso provido. (STJ - Rec. Especial n. 685.859 - Minas Gerais - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Castro Filho - j. em 11.10.2005 - Fonte: DJ, 07.11.2005).

CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL - Incompatibilidade com grandes EMPRESAS - Ausência de GARANTIA para suportar CONDENAÇÃO JUDICIAL

Civil. Constituição de capital. O mundo moderno é incompatível com a estabilidade que justificava a dispensa da constituição do capital por parte de grandes empresas; até estas, mesmo as mais sólidas, já não constituem garantia de que terão condições de suportar as condenações judiciais em futuro próximo, circunstância que tem sido reiteradamente proclamada nos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental provido em parte. (STJ - Ag. Regimental nos Emb. de Declaração no Ag. de Instrumento n. 598.709 - Distrito Federal - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Ari Pargendler - j. em 06.10.2005 - Fonte: DJ, 21.11.2005).

CONTRATO DE COMPRA E VENDA - RESCISÃO amigável - Inexistência de CORREÇÃO MONETÁRIA e JUROS DE MORA - LEI 8078/90 - ART. 18/CDC

Direito civil. Rescisão amigável de contrato de compra e venda - relação de consumo. Correção monetária e juros de mora. 1 - Ao que se vê do termo de rescisão amigável, na recomposição do *status quo ante*, inexistente condicionamento da correção monetária e juros de mora referentes ao valor histórico restituído pelo fornecedor dos equipamentos. Outrossim, ainda que houvesse tal condicionamento, estaria este em rota de colisão com o disposto no art. 25, da Lei nº 8.078/90, certo que se cuida de relação de consumo. 2 - De toda sorte, a pré-dica da ré, no sentido de que referidos equipamentos

não foram devolvidos em perfeito estado, a par de não elidir o direito do comprador - na medida em que não se cogita de *exceptio* -, compreende aspecto não demonstrado nos autos, sendo certo que tal encargo, *in casu*, cabia à ré. 3 - Destarte e uma vez já restituído o preço pelo seu valor histórico, impõe-se o pagamento dos juros de mora, bem assim da correção monetária vindicada, que não consubstancia um *plus*, mas apenas a reposição do valor, aviltado por conta do processo inflacionário; como, ademais, expressamente consta do art. 18, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Apelação desprovida. (TRF/2a. Reg. - Ap. Cível n. 1995.51.01.023828-1 - Comarca do Rio de Janeiro - 8a. T. Especial - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Poul Erik Dyrlund - j. em 17.01.2006 - Fonte: DJU, 28.03.2006).

INDENIZAÇÃO - Imputação de APROPRIAÇÃO INDÉBITA e ESTELIONATO - Ausência de MÁ-FÉ - Improcedência do INQUÉRITO POLICIAL - Configuração de DANOS MORAL - Aplicabilidade do ART. 20/CPC, § 3º

Indenização. Danos morais. Imputação de apropriação indébita e estelionato. Inquérito policial. Ausência de má fé. Improcedência. Recurso adesivo. Majoração dos honorários advocatícios com aplicação do § 3º do art. 20 do CPC. Sentença mantida. Apelação e recurso adesivo desprovidos. 1. “Inexiste qualquer procedimento antijurídico a uma norma de conduta pré-existente em a parte noticiar fato delituoso à autoridade policial, da qual foi vítima, para investigação, porque, na hipótese, até prova em contrário, ela atua nos exatos limites do exercício regular de seu direito, expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal e art. 160, I, do Código Civil de 1916, vigente à época”. 2. “O sistema de fixação de honorários advocatícios, conforme o Código de Processo Civil, dar-se-á através do previsto no § 3º do art. 20, no qual são estabelecidos limites mínimo e máximo para os honorários nas hipóteses de sentenças condenatórias, ou através do § 4º do mesmo artigo, que serve para as causas de pequeno valor, de valor inestimável, que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não”. (TJ/PR - Ap. Cível n. 175616-1 - Comarca de Londrina - 6a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Airvaldo Stela Alves - j. em 22.11.2005 - Fonte: DJ/PR, 09.12.2005).

REPARAÇÃO DE DANO - Invasão de FAZENDA - LIMINAR de REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Reforço policial - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Caracterização - Possibilidade de DANOS MORAL e DANOS MATERIAIS - ART. 37/CF - ART. 43/CC - ART. 603/CPC - ART. 608/CPC

Reparação de danos. Fazenda invadida. Liminar de reintegração de posse. Reforço policial. Descumprimento. Laudo pericial. Danos emergentes. Lucros cessantes. Dano moral. Liquidação de sentença. Honorários advocatícios. Recurso parcialmente provido. Recurso adesivo provido. 1. O Estado tem por obrigação e incumbência manter a ordem jurídica e assegurar a paz social, através do desenvolvimento de suas atividades administrativa, legislativa e jurisdicional. 2. Sendo a demora no cumprimento do mandado de reintegração de posse a causa direta e imediata dos prejuízos, devidamente comprovados, sofridos pelos autores/apelantes, evidencia-se a responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF e art. 43, CC/02). 3. É devida a indenização por danos morais e materiais (lucros cessantes e danos emergentes) no caso dos autos, ante a demora do Estado no cumprimento de mandado

de reintegração de posse, em decorrência da invasão de imóvel rural por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). 4. O quantum da indenização por danos materiais deverá ser apurado em processo de liquidação de sentença por artigos (Arts. 603 e 608, CPC). (TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 138.526-2 - Comarca de Loanda - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juiz Espedito Reis do Amaral - conv. - Fonte: DJ/PR, 13.02.2006).

UNIÃO ESTÁVEL - INVENTÁRIO do COMPANHEIRO - Pedido de RESERVA de BENS - Exercício do direito de MEAÇÃO e SUCESSÃO HEREDITÁRIA - Afastamento da SOCIEDADE DE FATO - Existência de TESTAMENTO PÚBLICO - Ocorrência de ATO JURÍDICO PERFEITO - LEI 9278/96 - ART. 1725/CC

União estável. Pedido de reserva de bens no inventário do companheiro, destinada ao exercício do direito de meação

e sucessão hereditária. Escritura pública declaratória celebrada pelos conviventes afastando a existência de sociedade de fato. Testamento público deixado pelo companheiro, distribuindo todos os bens de sua propriedade entre os filhos nascidos do casamento, com cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade. A propositura de ação de anulação da escritura declaratória, por si só, não confere à companheira direito à reserva de quinhão da meação, eis que aparentemente se trata de ato jurídico perfeito, autorizado pelos artigos 5º da Lei 9.278/96 e 1.725 do Código Civil. Nos termos do artigo 1.790, II do Código Civil, a companheira, concorrendo com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um deles, em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Agravo parcialmente provido. (TJ/RJ - Ag. de Instrumento n. 2005.002.14281 - Comarca do Rio de Janeiro - 7a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Carlos C. Lavigne de Lemos - j. em 08.11.2005 - Fonte: DJ/RJ, 26.01.2006).

IMOBILIÁRIO

AÇÃO de DESAPROPRIAÇÃO - BEM IMÓVEL - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA - ART. 668/CPC - CREDOR - Imprescindibilidade de MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Processual civil. Ação de desapropriação. Substituição de penhora. Art. 668 do CPC. Imprescindibilidade da manifestação do credor. 1. De acordo com o art. 668 do Código de Processo Civil, a substituição da penhora de bem imóvel somente pode ser feita até a arrematação ou adjudicação e exclusivamente por dinheiro. 2. Não obstante, a jurisprudência desta Corte admite que a substituição se dê por qualquer outro bem desde que se mostre conveniente ao credor, fazendo-se necessária a sua manifestação prévia. 3. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 700895 - São Paulo - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Eliana Calmon - j. em 21.02.2006 - Fonte: DJ, 22.03.2006).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - LOCAÇÃO - PAGAMENTO indevido do ALUGUEL - AÇÃO de CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - RENOVATÓRIA - Improcedência - Caracterização de ATO ILÍCITO pelo LOCATÁRIO - Configuração de DANOMORAL

Ação de indenização. Locação. Imóvel destibado a atividade de posto de gasolina. Locatária que permaneceu indevidamente no imóvel sem pagar os respectivos alugueres. Período de março de 1991 a abril de 1999. Ação de consignação em pagamento e renovatória julgadas improcedentes. Locatária que passou a utilizar-se de vários expedientes, inclusive aforamento de medidas cautelares para permanecer no imóvel, não efetuando o pagamento dos aluguéis e nem mesmo dos tributos. Abandono posterior do local, ali, deixando equipamento obrigando o locador à despesas com vigilância. Ato ilícito contratual caracterizado. Prática de atos pela locatária negligentes que acabam por inviabilizar a exploração comercial do posto de gasolina. Mora caracterizada. Valor indenizatório apurado em prova pericial. Inclusão do valor dos tributos incidentes sobre o imóvel. Dano moral configurado. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0236972-8 - Comarca de Curitiba - 15a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juiz Kuster Puppi - conv. - j. em 05.10.2005 - Fonte: DJ/PR, 17.10.2006).

AÇÃO de OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONDOMÍNIO edilício - BENFEITORIA NECESSÁRIA - CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - Inexistência de OFENSA

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Condomínio edilício. Benfeitoria necessária. Substituição de tubulação de água. Inexistência de ofensa à convenção condominial. A questão em debate versa a respeito de realização benfeitoria necessária consistente na substituição de tubulação de água. No caso concreto, cuida-se de obra destinada à conservação do imóvel, tendo em vista que as instalações hidráulicas do edifício já se encontravam deterioradas, por se tratar de prédio com mais de 30 anos e de tubulação em ferro galvanizado com sua vida útil ultrapassada. O acréscimo produzido pela colocação de tubulação aparente não trouxe qualquer embaraço aos demais condôminos, estando localizada junto à parede do prisma de ventilação, nos fundos do prédio, preservando, assim, a fachada e as empenas laterais. Não existe qualquer prova da suposta desvalorização do imóvel. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2005.001.37337 - Comarca do Rio de Janeiro - 6a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Francisco de Assis Pessanha - j. em 14.02.2006 - Fonte: DJ/RJ, 27.03.2006).

COBRANÇA de DESPESAS CONDOMINIAIS - Estabelecimento de MULTA DIÁRIA - Configuração de ABUSO - Ausência de estipulação de JUROS DE MORA - LEI 4591/64

Cobrança de despesas condominiais. Preliminares de não conhecimento do recurso, inépcia da inicial e irregularidade de representação repelidas. Multa convencional estabelecida de forma fracionada e diária. Excesso ao limite legal (art. 12, § 3º da Lei nº 4.591/64). Abusividade configurada. Juros de mora. Ausência de estipulação na convenção. Recurso nº 01 parcialmente conhecido e parcialmente provido. Recurso nº 02 conhecido e desprovido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 310.431-4 - Comarca de Matinhos - 10a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Wilde de Lima Pugliese - j. em 24.11.2005 - Fonte: DJ/PR, 30.11.2005).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Wilde de Lima Pugliese, a seguinte lição: "No que concerne a multa moratória, embora o condômino apelante

puge que seja fixada no 'máximo de 20% até o advento da Lei 10.406/2002 e após em 2%' (sic. fl. 155), é de se ressaltar que a i. juíza sentenciante a excluiu do valor do débito mensal cobrado. Desta feita, partindo o recorrente de premissa equivocada carece de interesse recursal, não merecendo, assim, conhecimento o presente apelo neste tópico. Com relação aos juros moratórios extrai-se do Regimento Interno do apelado (fls. 18/21) que inexistente estipulação concernente ao percentual dos juros moratórios, portanto, não podem ser contemplados no patamar de 1% (um por cento) ao mês, merecendo reparo parcial a r. sentença recorrida neste tópico. Assim sendo, carecendo o Regimento Interno de expressa previsão acerca do percentual de incidência dos juros de mora, estes serão devidos apenas no percentual legal, qual seja, 0,5% (meio por cento) ao mês, em conformidade ao teor do art. 1062 do Código Civil/1916".

CONDOMÍNIO HORIZONTAL - Dúvida quanto à AVERBAÇÃO de CONSTRUÇÃO autônoma - REGISTRO devidamente incorporado - Inaplicabilidade do art. 44 da LEI 4591/64

Dúvida. Registro de imóveis. Condomínio horizontal. Inaplicabilidade do art. 44, da Lei 4.591/64. Improcedência. Decisão confirmada. "Estando o Condomínio devidamente incorporado e registrado, e em se tratando de condomínio horizontal, onde cada proprietário adquire área determinada e delimitada de terreno para nela edificar residência, não existe óbice à averbação da construção autônoma, não sendo necessário que se edifiquem todas as residências constantes da Incorporação do Condomínio. Tal exigência não se restringe pelo artigo 44 da Lei nº 4.591/64, podendo fazê-lo o interessado". (TJ/PR - Ap. Cível n. 306.502-9 - Comarca de Curitiba - 11a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Accácio Cambi - j. em 18.01.2006 - Fonte: DJ/PR, 27.01.2006).

CONDOMÍNIO - SÍNDICO - PAGAMENTO pró-labore e TAXA CONDOMINIAL - Incidência de CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - LEI COMPLEMENTAR 84/96 - Aplicabilidade da LEI 10666/03

Contribuição social sobre o pró-labore e sobre a isenção da quota condominial dos síndicos. Art. 1º da Lei Complementar nº 84/96. Condomínio. Caracterização. Pessoa jurídica. Lei nº 9.876/99. Incidência. 1. É devida a contribuição social sobre o pagamento do pró-labore aos síndicos de condomínios imobiliários, assim como sobre a isenção da taxa condominial devida a eles, na vigência da Lei Complementar nº 84/96, porquanto a Instrução Normativa do INSS nº 06/96 não ampliou os seus conceitos, caracterizando-se o condomínio como pessoa jurídica, à semelhança das cooperativas, mormente não objetivar o lucro e não realizar exploração de atividade econômica. 2. A partir da promulgação da Lei nº 9.876/99, a qual alterou a redação do art. 12, inciso V, alínea f, da Lei nº 8.212/91, com as posteriores modificações advindas da MP nº 83/2002, transformada na Lei nº 10.666/2003, previu-se expressamente tal exação, confirmando a legalidade da cobrança da contribuição previdenciária. 3. Recurso especial improvido. (STJ - Rec. Especial n. 411.832 - Rio Grande do Sul - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Francisco Falcão - j. em 18.10.2006 - Fonte: DJ, 19.12.2006).

CONTRATO DE LOCAÇÃO - FIANÇA - Observância dos limites da OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

Embargos à execução. Contrato de locação. Fiança. Prorrogação. Anuência. Ausência. Recurso desprovido. O contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, de forma que somente há que se falar em responsabilidade do

fiador, nos limites das obrigações assumidas no contrato originário. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20050110093102 - 3a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Lécio Resende - j. em 13.02.2006 - Fonte: DJ/DF, 21.03.2006).

DIREITO DE VIZINHANÇA - Criação de ANIMAL SILVESTRE em CONDOMÍNIO FECHADO - PERICULUM IN MORA - Pedido de ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Antecipação de tutela. Criação de uma cobra jibóia em condomínio fechado. Direito de vizinhança. Verossimilhança. Animal silvestre. *Periculum in mora* inverso. Ausência de prova acerca da manifestação da maioria dos condôminos. Manutenção da decisão. Recurso conhecido e improvido. Unanimidade. (TJ/RS - Ap. Cível n. 2005204445 - Comarca de Aracaju - 1a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. José Carlos Teixeira Giorgis - j. em 25.10.2005 - Fonte: DJ/RS, 11.11.2005).

LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - Espaço em SHOPPING CENTER - DENÚNCIA imotivada - LEI 8245/91 - INDENIZAÇÃO e RETENÇÃO POR BENFEITORIAS - ART. 127/CPC

Direito civil. Locação não-residencial. Espaço em *shopping center*. Denúncia imotivada. Art. 57 da lei de locação. Indenização e retenção por benfeitorias. Cláusula de renúncia. Art. 35 da lei de regência. O pedido de retomada de imóvel por "denúncia vazia" prescinde de qualquer fundamentação e a sua iniciativa depende tão-somente da vontade do locador em não continuar com a locação, eis que se trata de um direito potestativo, ficando a defesa do réu limitada aos aspectos formais que, se forem cumpridos, conduzem à procedência do pedido. Mostra-se válida a cláusula de renúncia expressa ao direito de indenização e retenção por benfeitorias, cuja previsão legal reside no art. 35 da Lei 8.245/91, mormente porque se cuida, em última análise, de estipulação que envolve direito disponível. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei (CPC art. 127). (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0702.00.001473-9/001(1) - Comarca de Uberlândia - 16a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Mauro Soares de Freitas - j. em 08.02.2006 - Fonte: DJ/MG, 07.04.2006).

USUFRUTO - Inocorrência de ABANDONO de IMÓVEL - NOTIFICAÇÃO de COMODATO verbal - Deferimento de REINTEGRAÇÃO DE POSSE do usufrutuário - Aplicabilidade do ART. 739/CPC e ART. 741/CPC

Apelação cível. Usufruto. Abandono do imóvel pelo usufrutuário. Inocorrência. Extinção do usufruto. Impossibilidade. Comodato verbal. Notificação. Constituição em mora. Posse do comodatário incontroversa. Reintegração de posse do usufrutuário. Deferimento. Apelo conhecido e desprovido. 1. O usufruto não pode ser extinto quando ausente qualquer das causas elencadas nos artigos 739 a 741 do Código de Processo Civil. 2. O usufrutuário pode realizar contrato de arrendamento do imóvel com terceiro, porque possui o direito de utilizar economicamente o bem, o que não caracteriza seu abandono. 3. A reintegração de posse no imóvel é de ser deferida quando a posse do comodatário está demonstrando o esbulho - com a utilização da área pelo comodatário após a extinção do contrato pela notificação -, conforme estabelece o artigo 926 do Código de Processo Civil. 4. Apelo conhecido e desprovido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 295554-4 - Comarca de Lapa - 18a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Claudio de Andrade - j. em 14.12.2005 - Fonte: DJ/PR, 09.01.2006).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - Aplicação do PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - Caracterização do FUMUS BONI IURIS e do PERICULUM IN MORA - Configuração do ART. 273, § 7º - Possibilidade

Processo civil. Agravo de instrumento. Antecipação de tutela. Providência de natureza cautelar. Fungibilidade. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Manutenção da decisão agravada. O art. 273, 7º do CPC não penaliza o autor que elaborar pedido fora da técnica processual, permitindo ao magistrado, presentes os pressupostos necessários à concessão da tutela de urgência, aplicar a fungibilidade e deferir a medida pleiteada. Neste sentido, o autor não restará prejudicado caso tenha requerido, a título de antecipação de tutela, providência de natureza cautelar. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, mister seja mantida a decisão que deferiu a medida preventiva. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20050020099477 - 6a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Ana Maria Duarte Amarante - j. em 16.01.2006 - Fonte: DJ/DF, 23.02.2006).

CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO - PUBLICAÇÃO da DECISÃO - Substituição pela página do DIÁRIO OFICIAL - AGRAVO - Necessidade de AUTENTICAÇÃO das peças

Agravo de instrumento. Certidão de intimação do decisório recorrido. Substituição pela cópia da página do diário oficial em que publicada a decisão. Admissibilidade. "A página do Diário Oficial, juntada aos autos, é meio hábil para comprovar a intimação do agravante e apurar-se a tempestividade do recurso, tendo o mesmo valor probatório que a certidão de intimação" (REsp n. 160.123-SP). Prescindível é a autenticação das peças que instruem o agravo, quando inexistir impugnação quanto à fidelidade da cópia (EREsp n. 450.974-RS). Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 596.956 - São Paulo - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Barros Monteiro - j. em 08.11.2005 - Fonte: DJ, 06.03.2006).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - COMPETÊNCIA - Aplicabilidade do ART. 575/CPC, inc. II

Conflito Negativo de Competência. Varas regionais de Jacarepaguá. Execução de alimentos. Competência do Juízo prolator da sentença que fixou os alimentos. Regra do Artigo 575, II do CPC. A excepcional prevalência da regra do Artigo 100, II CPC, sobre a regra geral, só se justifica se houver mudança no domicílio dos exequentes, caso contrário, a manutenção da competência do Juízo prolator da sentença não afronta o interesse social de proteção ao alimentando. Procedência do conflito. (TJ/RJ - Confl. de Competência n. 2005.008.00670 - Comarca do Rio de Janeiro - 5a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Roberto Wider - j. em 21.02.2006 - Fonte: DJ/RJ, 28.03.2006).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Ausência de pressupostos do ART. 535/CPC - Ocorrência de PRECLUSÃO CONSUMATIVA

Embargos declaratórios. Ausência de pressupostos legais ao seu acolhimento. Não se enquadrando o acórdão embargado em qualquer das hipóteses alinhadas no art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos declaratórios. Preclusão consumativa. Uma vez manifestada a vontade de recorrer, não cabe repetir o mesmo ato recursal, contra a mesma decisão já impugnada, debaixo de idêntica fundamentação. Embargos não conhecidos. Desacolheram os primeiros e os segundos embargos

de declaração e não conheceram dos terceiros embargos de declaração. Unânime. (TJ/RS - Emb. de Declaração n. 70014672034 - Comarca de Porto Alegre - 15a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos - j. em 05.04.2006 - Fonte: DJ/RS, 12.04.2006).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Envio de PEÇA PROCESSUAL por FAX - Impossibilidade - Ocorrência de descumprimento do PRAZO LEGAL - Ausência de PROTOCOLO - LEI 9800/99

Embargos de declaração. Fax. Peças originais. Prazo legal. Descumprimento. Não conhecimento. Não se conhece dos embargos de declaração opostos por meio de fax, cujas peças originais não foram protocolizadas no Tribunal no prazo de cinco dias, nos termos do art. 2º, caput, da Lei nº 9.800/99. Recurso não conhecido. (TJ/MG - Emb. de Declaração n. 1.0702.01.002567-5/008(1) - Comarca de Uberlândia - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Kildare Carvalho - j. em 02.02.2006 - Fonte: DJ/MG, 17.02.2006).

EMBARGOS DE TERCEIRO - Inocorrência de FRAUDE À EXECUÇÃO - BEM IMÓVEL - Ausência de REGISTRO da PENHORA - Presunção de TERCEIRO DE BOA-FÉ - Observância do ART. 659/CPC, § 4º

Apelação cível. Embargos de terceiro. Alegação de fraude à execução. Inocorrência. Ausência de registro da penhora de bem imóvel. Presunção de boa-fé do terceiro adquirente. Interpretação cumulada dos arts. 593 e 659, § 4º, ambos do CPC. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. Recurso desprovido. 1. Para que se tenha por fraude à execução a alienação de bens, não basta a presença dos requisitos constantes nos incisos do art. 593 do Código de Processo Civil, sendo necessário que o adquirente saiba da existência da ação, ou que conste no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência, conforme o § 4º do art. 659 do CPC. 2. Atendendo o princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos daí decorrentes, sendo devida sua condenação nos ônus de sucumbência fixados. (TJ/PR - Ap. Cível n. 297.117-9 - Comarca de Santo Antonio da Platina - 17a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juíza Lenice Bodstein - conv. - j. em 19.10.2005 - Fonte: DJ/PR, 23.11.2005).

PENHORA de CRÉDITO - Exclusão de DÉBITO da APREENSÃO JUDICIAL - Falta de INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO - Ausência de JULGAMENTO DE MÉRITO - Possibilidade de RETIFICAÇÃO do VALOR DA CAUSA - Observância do ART. 671/CPC

Embargos de terceiro. Penhora de crédito do executado perante a embargante. Veredito de improcedência. Falta de interesse processual em excluir da apreensão judicial débito que não se constitui bem patrimonial da embargante. Via inadequada para discussão acerca da existência da dívida. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Valor da causa retificado de ofício. Possibilidade. Discrepância do valor atribuído com o real interesse econômico. Verba honorária. Redução. 1. É inadequada a via dos embargos de terceiro utilizada pela devedora de crédito do executado, penhorado na forma do artigo 671, do CPC., para discutir a sua existência, faltando-se interesse processual na medida em que o débito não constitui bem patrimonial capaz de sofrer turbacão ou esbulho. 2. Havendo enorme discrepância entre o valor atribuído à causa e o do

interesse econômico disputado é possível ao magistrado retificá-lo de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, conforme precedente do STJ. REsp 55.288-Go, rel. Min. Castro Filho. 3. A verba honorária fixada em percentual sobre o valor da causa pode mostrar-se exagerada quando a despeito do elevado grau de zelo do causídico a demanda é de pouca complexidade da matéria e a realização do serviço demandou reduzido tempo. (TJ/PR - Ap. Cível n. 314.035-8 - Comarca de Cascavel - 15a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Hayton Lee Swain Filho - j. em 09.11.2005 - Fonte: DJ/PR, 17.11.2005).

PENHORA de IMÓVEL - Ausência de INTIMAÇÃO de CÔNJUGE - Não caracterização de CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência de invalidade dos ATOS EXECUTÓRIOS

Embargos de terceiro. Penhora de imóvel pertencente ao casal. Ausência de intimação do marido. Via adequada. Cerceamento de defesa. 1. O litígio cinge-se quanto a falta de intimação do cônjuge da penhora recaída em imóvel do casal. Trata-se, portanto, de matéria de direito, cujo julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa. 2. O cônjuge do devedor poderá se valer dos embargos de terceiro para sua defesa, quando não for intimado da penhora sobre bem imóvel. 3. A ausência de intimação do cônjuge do executado, quando a penhora recair sobre imóvel do casal, não invalida os atos executórios. Importa somente na reserva da metade do produto da venda ocorrida em hasta pública em favor do cônjuge meeiro. Apelação não provida. Recurso adesivo prejudicado. Sentença reformada de ofício. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0301210-6 - Comarca de Curitiba - 18a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Nilson Mizuta - j. em 16.11.2005 - Fonte: DJ/PR, 23.11.2005).

RESCISÃO CONTRATUAL - INDENIZAÇÃO - CONTROLE de CARTÃO DE CRÉDITO - Deficiência na PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Exigência de SUBSTITUIÇÃO de PERITO - Configuração do ART. 145/CPC

Processo civil. Rescisão contratual. Indenização. Deficiência na prestação de serviço. Administração e controle de cartão de crédito. Perícia. Grau de especialização do perito.

Exegese do art. 145 do Código de Processo Civil. Existência de justa motivação para a substituição do perito. Atento aos parâmetros de utilidade e especialidade que orientam a interpretação do artigo 145 do Código de Processo Civil, não se afigura recomendável a nomeação de perito que, confessadamente, carece de conhecimentos satisfatórios sobre a matéria que lhe é submetida à apreciação. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 773.192 - São Paulo - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Castro Filho - j. em 07.02.2006 - Fonte: DJ, 06.03.2006).

SENTENÇA DE LIQUIDAÇÃO - Exigência de consonância na DECISÃO exequenda - Observância do ART. 610/CPC

Recurso especial. Sentença de liquidação. 1. A sentença de liquidação deve guardar perfeita consonância com o comando inserto na decisão exequenda, em obséquio ao art. 610 do Código de Processo Civil (princípio da fidelidade à sentença na liquidação). 2. Recurso conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 531.854 - Minas Gerais - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Fernando Gonçalves - j. em 29.11.2005 - Fonte: DJ, 13.03.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Min. Fernando Gonçalves, a seguinte lição: “Entendo corretos os presentes fundamentos, que guardam perfeita adequação com a causa, expressando na sua integralidade, ao contrário, *data venia*, dos votos vencedores, o princípio basilar da fidelidade à sentença liquidanda. É vedado no âmbito da liquidação nova discussão da lide. (...). Há então sob este ângulo, patente maltrato à letra do art. 610 do Código de Processo Civil, impeditivo, por exemplo, que, na liquidação, incursione o magistrado em eventual polêmica, sobre a justiça ou possível injustiça da sentença, circunstância que deveria e não foi debatida na fase própria. Agora o *desideratum* é apenas o estabelecimento do *quantum debeatur* e se o Louvado do juízo é quem, com maior exatidão, dele se aproxima, não é válido o uso de considerações metajurídicas para impor outro direcionamento, incompatível com o que foi estabelecido na fase cognitiva. A sentença de liquidação, optando pelo laudo oficial, mostra o caminho correto da adequação do art. 610 do Código de Processo Civil”.

PENAL - PROCESSO PENAL

AUMENTO de PENA - ESTUPRO contra MENOR - Não incidência devido ausência de VIOLÊNCIA PRESUMIDA - LEI 8072/90

Criminal. Resp. Estupro contra menor. Causa especial de aumento de pena. Não-incidência. *Bis in idem*. Violência presumida. Recurso desprovido. I - A causa especial de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90 só incide nos delitos sexuais (atentado violento ao pudor e estupro) cometidos com violência presumida, quando ocorrer o resultado lesão corporal ou morte, sob pena de se incorrer em *bis in idem*. Precedentes. II - Recurso desprovido. (STJ - Rec. Especial n. 715.034 - Santa Catarina - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Gilson Dipp - j. em 18.08.2005 - Fonte: DJ, 19.09.2005).

CONCURSO FORMAL - CRIME AMBIENTAL e CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO da UNIÃO - Aplicação de PENA RESTRITIVA DE DIREITO - Confirmação de AUTORIA e MATERIALIDADE

Direito penal e processual penal. Crime ambiental e

contra o patrimônio da união. Critérios para a aplicação do princípio do *non bis in idem*. Prescrição. Aplicação de pena restritiva de direitos. 1. A retirada de argila da propriedade da apelante, sem autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral e sem o devido licenciamento ambiental, é conduta punida, respectivamente, pelo art. 2º da Lei 8.176-91 e pelo art. 55 da Lei 9.605-98. 2. Não deve ser aplicado ao caso o princípio da especialidade, em razão dos crimes lesarem bens jurídicos diversos, a saber, o patrimônio ambiental e o patrimônio da União. 3. Delitos praticados em concurso formal, pois de uma única ação resultaram dois crimes, restando a autoria e a materialidade assentadas pela prova colhida nos autos. 4. Os lapsos temporais entre o fato criminoso, a denúncia e a sentença são inferiores a 2 (dois) anos, não se consumando a prescrição da pretensão punitiva. 5. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. 6. Recurso parcialmente provido. (TRF/2a.Reg. - Ap. Criminal n. 2001.51.03.001518-4 - Comarca do Rio de Janeiro - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Guilherme Diefenthaler - j. em 24.01.2006 - Fonte: DJU, 27.01.2006).

CRIME DE RECEPÇÃO de MÁQUINA IMPRESSORA - Comprovação de AUTORIA e MATERIALIDADE - Configuração do ART. 180/CP, § 6º - Possibilidade de FIXAÇÃO DA PENA em grau superior ao mínimo

Penal. Recepção de máquina impressora da UFRJ. Materialidade e autoria comprovadas. Desconhecimento da origem ilícita não demonstrado. Anotações na fac. Maus antecedentes. Fixação da pena em patamar superior ao mínimo. Possibilidade. Recurso improvido. 1. A materialidade do crime de recepção, tipificado no art. 180, § 6º do Código Penal, restou comprovada, haja vista que a máquina off-set Bicolor, marca Koenig Bauer foi indevidamente retirada das dependências da UFRJ e levada para a empresa do apelante, segundo todas as provas testemunhais e documentais colacionadas aos autos. 2. A autoria também restou evidenciada, tendo o próprio apelante reconhecido, no interrogatório, ter adquirido a máquina impressora de funcionário público da UFRJ. 3. O desconhecimento da proveniência ilícita das mercadorias não ficou demonstrado. A uma, pelos depoimentos das testemunhas em sentido contrário. A duas, pelo conhecimento, por parte do apelante, de que a máquina era patrimônio público e, portanto, não poderia ser alienado simplesmente por intermédio de um funcionário da UFRJ. A três, porque não havia nenhum documento fiscal idôneo da máquina, de modo que o apelante não poderia supor tratar-se de alienação legal do bem. A quatro, porque o apelante não apresentou - mesmo porque não poderia fazê-lo - nenhum documento que demonstrasse a regular propriedade do bem. E a cinco, por não ser verossímil que a máquina, que possuía o valor aproximado de US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares), tenha sido furtada da empresa do apelante, que não apresentou registro de ocorrência desse furto. 4. A menção aos antecedentes para fins de fixação da pena-base acima do mínimo legal, em nada contraria o princípio da presunção de inocência, visto que eles não são levados em conta porque o acusado já seja dado como condenado pelos crimes que estão relacionados na folha de antecedentes. São considerados, na verdade, para a formação de um juízo concreto a respeito da situação pessoal do acusado, que revela um contexto de envolvimento com outras passagens pela Justiça criminal, o que não pode ser tratado como se o indivíduo estivesse na mesma situação de quem nunca se envolveu em episódios delituosos, sob pena de se desigualar pessoas em situações completamente distintas à vista de seus antecedentes. 5. Recurso conhecido e improvido. (TRF/2a.Reg. - Ap. Criminal n. 2002.51.01.533098-4 - Comarca do Rio de Janeiro - 1a. T. - Ac. maioria - Rel: Juiz Abel Gomes - j. em 19.10.2005 - Fonte: DJU, 02.12.2005).

ECA - Prática de ATO INFRACIONAL análogo ao HOMICÍDIO e TENTATIVA de HOMICÍDIO - Ocorrência de CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO em JUÍZO - LEI 8069/90

Apelação criminal. Adolescente. Eca. Ato infracional análogo ao homicídio e tentativa de homicídio. Alegação de inexistência de provas quanto à autoria. Confissão extrajudicial. Retratação em juízo. Conjunto probatório suficiente. Observância das exigências da Lei 8.069/90. Presentes nos autos elementos suficientes à comprovação da materialidade delitiva e autoria do representado na prática de condutas análogas aos crimes de homicídio e tentativa de homicídio, não há que se considerar insuficiente o acervo probatório e,

via de consequência, improcedente a representação regularmente encaminhada, recebida e decidida. A confissão extrajudicial é divisível e retratável, nos termos do artigo 200 do CPP, cabendo ao Juiz, diante de seu livre convencimento e fundado no acervo probatório, decidir quanto à validade da retratação. A retratação, portanto, tem valor relativo. Como ato jurídico que é, a confissão (isenta de vícios de vontade) deve prevalecer à retratação se detalhada, coerente e em sintonia com as provas produzidas, mormente se os acusados apresentam motivação inconsistente para a versão. (TJ/MG - Ap. Criminal n. 1.0105.05.141583-1/001(1) - Comarca de Governador Valadares - 1a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Armando Freire - j. em 28.03.2006 - Fonte: DJ/MG, 04.04.2006).

ESTUPRO-VIOLÊNCIA PRESUMIDA - Relevância da palavra da VÍTIMA - Confirmação de AUTORIA - Impossibilidade de ABSOLVIÇÃO

Apelação criminal. Estupro. Violência presumida. Vítila menor de 14 anos. Palavra da vítima assume especial relevância. Autoria confirmada sobre a pessoa do apelante. Pleito absolutório. Impossibilidade. Recurso não provido. Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada à clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico, com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosia e isolada inadmissão de responsabilidade do réu. (TJ/PR - Ap. Criminal n. 315.319-3 - Comarca de Guaratuba - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Marques Cury - j. em 02.03.2006 - Fonte: DJ/PR, 08.03.2006).

LATROCÍNIO - PRISÃO PREVENTIVA - Imprescindibilidade de MOTIVO concreto - Falta de FUNDAMENTAÇÃO para a gravidade do DELITO - Caracterização de CONSTRANGIMENTO ILEGAL - Inexistência do *periculum libertatis* - ART. 312/ CPC

Penal e processual. *Habeas corpus*. Latrocínio. Prisão preventiva. *Periculum libertatis*. Motivos concretos. Imprescindibilidade. Clamor público e gravidade do delito. Falta de fundamentação. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. A decretação da prisão preventiva deve, necessariamente, estar amparada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado está obrigado a apontar os elementos concretos ensejadores da medida. No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar, em relação ao indiciado ou réu, a existência de *periculum libertatis*. Não atenta contra a instrução criminal nem procura elidir a eventual aplicação da lei penal quem comparece espontaneamente à Delegacia de Polícia, para prestar esclarecimentos sobre o crime. A gravidade do crime não pode servir como motivo *extra legem* para decretação da prisão provisória. Suposto clamor público, considerando que o fato ocorreu em pequena localidade, não é suficiente para a segregação cautelar para a garantia da ordem pública. Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva de Ildemar Fonseca, se por outro motivo não estiver presa, mediante compromisso, expresso em termo

apropriado, de comparecer a todos os atos processuais. (STJ - Habeas Corpus n. 34.673 - Rio Grande do Sul - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Paulo Medina - j. em 24.05.2005 - Fonte: DJ, 19.09.2005).

SEQÜESTRO prévio - Inocorrência de JULGAMENTO EXTRA PETITA - Especialização de HIPOTECA legal - Impenhorabilidade de BEM DE FAMÍLIA - Falta de MOTIVAÇÃO

Seqüestro prévio. Especialização de hipoteca legal. Sentença. Motivação. Nulidade. Inocorrência. Bem de família. *Periculum in mora*. 1. Tendo o magistrado sentenciante, ainda que de maneira sucinta, exposto os fatos e as razões de direito que apoiaram sua convicção, inexistente nulidade no *decisum* por falta de motivação. 2. O dispositivo legal em que se funda não é requisito essencial da sentença. Precedentes. 3. Não há se falar em decisão *extra petita*, uma vez que o seqüestro prévio e a especialização da hipoteca legal são medidas distintas e complementares, a primeira visando garantir a eficácia da segunda. 4. A impenhorabilidade do bem de família é excepcionada na hipótese de pagamento de danos, multas e custas decorrentes de condenação criminal. 5. Para o levantamento do seqüestro é necessário o trânsito em julgado de decisão absolutória ou de extinção da punibilidade (art. 141 do CPP). (TRF/4a.Reg. - Ap. Criminal n. 2000.70.09.002260-0 - Comarca de Ponta Grossa - 8a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Élcio Pinheiro de Castro - j. em 01.03.2006 - Fonte: DJU, 15.03.2006).

TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - Falta de JUSTA CAUSA - Configuração de ATIPICIDADE - Inocorrência de EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE e de INDÍCIO DE AUTORIA - Observância do ART. 138/CP

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Art. 138 c/c art. 141, II, do CP. Trancamento da ação penal. Atipicidade. 1. O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. 2. Para que a conduta descrita no art. 138 do Código Penal seja típica, é necessário que as declarações do autor da acusação sejam falsas, ou quanto a ocorrência dos fatos, ou quanto à autoria (Precedentes). 3. Evidenciado, *in casu*, não se tratar, objetivamente, de falsas afirmações, as realizadas por advogada, no exercício da função, é de se determinar o trancamento da ação penal, pois o que se tem é o simples *animus narranti*, talvez, até *criticandi*, mas não *animus caluniandi*. *Writ* concedido. (STJ - Habeas Corpus n. 45.779 - São Paulo - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Felix Fischer - j. em 06.12.2005 - Fonte: DJ, 06.03.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Felix Fischer, a seguinte lição: "Com efeito, calúnia é a falsa imputação a alguém de fato definido como crime. Desta forma, de tal definição destacam-se a falsidade (elemento normativo) e fatotido como crime, quanto a este, é indispensável que o fato seja crime, é dizer, não configura tal delito o fato de se atribuir à alguém a prática, por exemplo, de uma contravenção penal ou até mesmo de um ilícito civil, não se podendo, nas palavras de E. Magalhães Noronha, como é óbvio, ampliar o conceito deste. (...) Ademais, não houve, em análise perfunctória, a imputação concreta de prática de crime de

prevaricação pelo magistrado, eis que a paciente, ao relatar os fatos, agindo tão somente com *animus narranti*, anotou que 'em tese' estaria incidindo o magistrado com aquela conduta, naquele tipo penal. Além disso, acrescente-se que estava, a paciente, naquele momento, defendendo direitos de seus clientes no exercício da advocacia, o que permite revelar não terem sido tais comentários desferidos ao acaso, com o mero intuito de ofender a honra do magistrado, mas sim, no desempenho da nobre função pública que é a advocacia, ausente, portanto, o *animus caluniandi*. Finalmente, vale ressaltar que, ainda que não fossem admitidos os argumentos acima expendidos, não poderia, da mesma forma, a conduta da paciente ser entendida como subsumida ao crime de calúnia, eis que, ao ser acusada de atribuir ao magistrado a prática do crime de prevaricação, em nenhum momento, declinou, como determina este tipo (art. 319 do CP), quais seriam os interesses ou sentimentos pessoais que buscaria satisfazer o magistrado com sua omissão.

TRIBUNAL DO JÚRI - Interrupção da defesa para ALMOÇO - Ocorrência de NULIDADE ABSOLUTA - OFENSA ao DIREITO de AMPLA DEFESA

Habeas corpus. Direito processual penal. Tribunal do júri. Interrupção. Almoço. Cerceamento de defesa. Nulidade absoluta. Ordem concedida. 1. A interrupção da defesa, para almoço, não lhe sendo restituído o tempo integral, é causa de nulidade absoluta, quando ofende o direito à ampla defesa constitucionalmente assegurado aos acusados (Constituição da República, artigo 5º, inciso LV), como só iria acontecer nos casos em que o patrono do réu, diante das peculiaridades que gravam o *verdictum* dos jurados, não podia dispensar-se de recuperar as alegações antes produzidas, fazendo-se manifesta a diminuição do tempo legal. 2. Ordem concedida. (STJ - Habeas Corpus n. 35.253 - Mato Grosso do Sul - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Hamilton Carvalhido - j. em 17.11.2005 - Fonte: DJ, 19.12.2005).

USO DE DOCUMENTO FALSO - ART. 304/CP - CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - Imposição da PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - Caracterização do ART. 44/CP

Apelação Criminal. Uso de documento falso. Artigo 304, do CPB. Carteira Nacional de Habilitação. Presença dos requisitos objetivos e subjetivos do Artigo 44, e § 2º, do CPB - Concessão da substituição da pena privativa de liberdade por apenas 01 pena restritiva de direitos. Violação à previsão legal expressa. Reforma da Sentença. Presentes os requisitos subjetivos e objetivos elencados no artigo 44 do CPB, impõe-se substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Consoante prevê o § 2º, do referido artigo, na condenação superior a 01 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa ou por duas penas restritivas de direitos. A faculdade do julgador restringe-se à escolha entre à primeira opção (uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa) ou à segunda (duas penas restritivas de direitos), pelo que se conclui que a substituição de pena privativa de liberdade superior a 01 (ano) por apenas uma pena restritiva de direito contraria disposição legal expressa, impondo-se a adequação da decisão condenatória ao texto legal. (TJ/MG - Ap. Criminal n. 1.0686.01.012065-3/001(1) - Comarca de Teófilo Ottoni - 1a. Câm. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Armando Freire - j. em 28.03.2006 - Fonte: DJ/MG, 04.04.2006).

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES - Necessidade de QUADRO DE CARREIRA, EQUIPARAÇÃO SALARIAL ou previsão em NORMA COLETIVA - Inexistência de ALTERAÇÃO no DESEMPENHO de TAREFAS - Impossibilidade

Acúmulo de funções. Entende-se que o empregado somente faz jus ao pagamento de *plus* salarial pelo acúmulo de funções na hipótese de quadro de carreira, equiparação salarial, ou ainda no caso de existir previsão em norma coletiva ou alteração contratual lesiva, quando lhe são cometidas tarefas alheias àquelas contratadas. No caso em exame, não se visualiza quaisquer dessas hipóteses, porquanto a reclamante desempenhou tarefas compatíveis com a função para a qual foi contratada, não havendo nos autos elementos que comprovem que houve alteração substancial das tarefas desempenhadas. Recurso desprovido. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00767-2004-007-04-00-3 - Comarca de Porto Alegre - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Juíza Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo - j. em 01.02.2006 - Fonte: DJ, 14.02.2006).

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - ART. 896/CLT - Não caracterização

Agravo de instrumento. Aposentadoria espontânea. Extinção do contrato de Trabalho. Ausência dos requisitos do art. 896 da CLT. Desprovido. Não merece provimento o agravo de instrumento que tem por objetivo o processamento do recurso de revista, quando não demonstrada violação literal de dispositivo constitucional ou legal, nem divergência jurisprudencial apta ao confronto de tese. Art. 896, e alíneas, da CLT. (TST - Ag. de Instrumento n. 695113 - Distrito Federal - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Aloysio Corrêa da Veiga - j. em 22.02.2006 - Fonte: DJ, 31.03.2006).

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA - EMPREGADO - Recebimento de VERBA nos primeiros quinze dias - Não caracterização de NATUREZA SALARIAL

Tributário. Previdenciário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Auxílio-doença. 1. O empregado afastado por motivo de doença, não presta serviço e, por isso, não recebe salário, mas, apenas uma verba de caráter previdenciário de seu empregador, durante os primeiros 15 (quinze) dias. A descaracterização da natureza salarial da citada verba afasta a incidência da contribuição previdenciária. Precedentes das 1a. e 2a. Turmas. 2. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 780.983 - Santa Catarina - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Castro Meira - j. em 13.12.2005 - Fonte: DJ, 06.02.2006).

CUMULAÇÃO de BENEFÍCIO - PENSÃO POR MORTE do MARIDO e do FILHO - Possibilidade

Previdenciário. Recurso especial. Cumulação de benefícios. Pensão por morte do marido, trabalhador rural e pensão por morte do filho, trabalhador urbano. Possibilidade. 1. Não havendo vedação legal para a percepção conjunta de pensão de natureza rural, proveniente da morte do cônjuge, com pensão de natureza urbana, decorrente do falecimento do descendente, faz jus a parte autora ao restabelecimento do benefício. 2. Recurso especial desprovido. (STJ - Rec. Especial n. 666.749 - São Paulo - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Laurita Vaz - j. em 08.11.2005 - Fonte: DJ, 05.12.2005).

DOMÉSTICA - DIARISTA - COMPARECIMENTO um ou dois dias semanais - LEI 5859/72 - Não configuração de VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Doméstica. Diarista. Relação de emprego. A Lei 5.859/72, que regula o trabalho doméstico fixa em seu artigo 1º, como um dos elementos para sua configuração, a continuidade na prestação dos serviços. Trata-se de imposição rigorosa que, uma vez não caracterizada, afasta a condição do trabalhador de empregado doméstico. Assim, não se pode considerar doméstica a diarista que presta serviços em residência lá comparecendo um ou dois dias na semana, ainda mais restando provado que trabalhou para outras residências nos demais dias da semana. (TRT/2a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00631-2005-446-02-00-0 - Comarca de Santos - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Ivani Contini Bramante - j. em 18.10.2005 - Fonte: DJ, 21.10.2005).

GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - Aquisição no AVISO PRÉVIO - Aplicação analógica da SÚMULA 371/TST - Impossibilidade

Estabilidade provisória da gestante. Aquisição no aviso prévio. Não usufrui a empregada da estabilidade provisória de gestante, prevista na Carta Magna, se a concepção da gravidez se deu no período correspondente ao aviso prévio indenizado. Por analogia, aplica-se à Súmula nº 371 do c. TST que dispõe no sentido de que a projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. (...) (ex-Orientação Jurisprudencial nº 40 da C. SDI do TST). *In casu*, restou incontroverso que a concepção ocorreu no período correspondente ao aviso prévio indenizado. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - Rec. de Revista n. 1389/2003-009-06-00-6 - Distrito Federal - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Aloysio Corrêa da Veiga - j. em 30.11.2005 - Fonte: DJ, 24.02.2006).

HORA EXTRA - TROCA de UNIFORME - Tempo ocupado pelo EMPREGADO em prol da EMPRESA - INTERVALO ENTRE JORNADAS - Inobservância ao LIMITE legal - ART. 71/CLT

Recurso ordinário da reclamada. Horas extras. Troca de uniforme. Tempo despendido pelo empregado em prol da empresa, que integra a jornada para os efeitos legais. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento. Recurso adesivo do reclamante. Horas extras. Intervalos a menor. À falta de autorização à qual alude o § 3º do artigo 71 da CLT para a redução do limite mínimo de uma hora de intervalo para descanso e alimentação, necessariamente há de ser respeitado o limite legal referido, sob pena da incidência da sanção prevista no § 4º do mesmo artigo 71. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00767-2004-007-04-00-3 - Comarca de Sapucaia do Sul - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Juíza Maria Beatriz Condessa Ferreira - j. em 13.12.2005 - Fonte: DJ, 24.01.2006).

MANDADO DE SEGURANÇA - MORTE de SERVIDOR ESTADUAL - BENEFÍCIO concedido à FILHA solteira - Possibilidade de SUSPENSÃO com o CASAMENTO

Apelação cível e reexame necessário. Mandado de segurança. Pensão por morte de servidor estadual concedido à filha solteira. Benefício que somente pode ser suspenso

quando do casamento. Comprovada atividade remunerada. Condição não prevista na lei. Decreto regulamentador que não pode ampliar a norma. Recurso desprovido. A lei estadual prevê que a pensão por morte de servidor público concedida à sua filha solteira somente será suspensa quando do eventual casamento. O Decreto que regulamenta a Lei estadual não pode alterar e ampliar a norma. (TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 312.473-0 - Comarca de Curitiba - 6a. Câm. Cív. - Ac. maioria - Rel: Des. Waldemir Luiz da Rocha - j. em 06.12.2005 - Fonte: DJ/PR, 18.01.2006).

MULTA DE TRÂNSITO-EMPREGADO com função de MOTORISTA - DEVOLUÇÃO de DESCONTO - Prevalência de CLÁUSULA CONTRATUAL - Ausência de ILEGALIDADE - ART. 462/CLT

Devolução de descontos. Multa de trânsito. Motorista. Havendo cláusula contratual de trabalho que permita o desconto das multas de trânsito do salário do empregado motorista, não há se falar em ilegalidade do procedimento, que é autorizado pela regra exceptiva do § 1º do art. 462, da CLT. (TRT/3a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00637-2005-003-03-00-1-Comarca de Belo Horizonte - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Anemar Pereira Amaral - j. em 14.03.2006 - Fonte: DJ, 22.03.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente relator, Juiz Anemar Pereira Amaral, a seguinte lição: “Como a reclamada não cuidou de demonstrar a legalidade de nenhum desconto, que não os referentes às multas, o ressarcimento constitui mera conseqüência, na forma da regra geral do *caput* do art. 462, da CLT. Nem mesmo os descontos efetivados a título de sinistro (que poderiam estar autorizados pela letra K do item 2 do contrato de trabalho de fl. 100), podem ser convalidados, pois o referido sinistro sequer foi demonstrado. Acerca do exercício da função de motorista, está comprovada, conforme se verifica do exame do documento de fl. 103, que identifica o autor como sendo o motorista do carro da reclamada que sofrera a atuação. Pouco importa o cargo ocupado, se a função foi de motorista, em virtude do princípio da primazia da realidade.”

PENSÃO POR MORTE - Dependente de SEGURADO - Extinção do BENEFÍCIO devido à MAIORIDADE do FILHO

Previdenciário. Pensão por morte. Dependente de segurado. Filha maior de 21 anos de idade. Perda da qualidade de beneficiária. Extinção do benefício. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 779.418 - Ceará - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima - j. em 25.10.2005 - Fonte: DJ, 05.12.2005).

QUEBRA-DE-CAIXA - Inobservância do INTERVALO ENTRE JORNADAS - ART. 66/CLT - Ocorrência de INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - HORA EXTRA devida - Não violação ao ART. 457/CLT

Recurso de revista. Quebra de caixa. Integração inviabilizada. Intervalo entre jornadas desrespeitado. Horas extras devidas. O entendimento regional sobre o caráter indenizatório da parcela denominada quebra de caixa não afronta a literalidade do § 1º do art. 457 da CLT, na forma da Súmula 221, 2, do TST. Ainda quanto a esse tema, não demonstrada a existência de conflito jurisprudencial, pois inespecíficas as ementas colacionadas, nos moldes da Súmula 296/TST, que ignoram o referido caráter indenizatório, a falta de habitualidade do pagamento e a existência de norma coletiva disciplinando a quebra de caixa. Quanto ao desrespeito ao

intervalo previsto no art. 66 da CLT, todavia, o mesmo não é mera infração administrativa e, por isso, acarreta o pagamento de tal período como hora extra, acrescida do respectivo adicional, o que não se confunde com aquelas devidas pela prorrogação da jornada de trabalho. Uma decorre da extrapolação da jornada normal e outra do labor em período destinado ao descanso obrigatório entre duas jornadas (11 horas). Recurso conhecido, em parte, e nela provido. (TST - Rec. de Revista n. 36.079/2002-900-02-00.0 - Distrito Federal - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz José Pedro de Camargo - conv. - j. em 22.03.2006 - Fonte: DJ, 11.04.2006).

REPOUSO de SÁBADO - Inexistência de previsão de PAGAMENTO - Caracterização de DIA ÚTIL não trabalhado - Ausência de REPOUSO SEMANAL REMUNERADO

Repouso. Sábado. Dia útil não trabalhado. Hipótese em que, inexistindo previsão de pagamento como dia de repouso, mas apenas a compensação, o sábado deve ser tratado como dia útil não trabalhado e não como repouso semanal remunerado. Recurso provido. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01270-2003-014-04-00-0 - Comarca de Porto Alegre - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa - j. em 16.02.2006 - Fonte: DJ, 14.03.2006).

SENTENÇA NORMATIVA - Diferenças no REAJUSTE SALARIAL - Ausência de CONTRATO vigente por ocasião da DATA-BASE

Reajuste salarial. Diferenças. Sentença normativa. Efeitos. O reajuste salarial concedido por meio de sentença normativa somente é devido aos empregados com contrato vigente por ocasião da data-base, não se estendendo àqueles admitidos depois desta, mesmo que anteriormente ao julgamento do Dissídio Coletivo. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 02665-2005-046-12-00-2 - Comarca de Jaraguá do Sul - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Gerson P. Taboada Conrado - j. em 13.03.2006 - Fonte: DJ, 28.03.2006).

TERÇO CONSTITUCIONAL de FÉRIAS - Aplicabilidade do ART. 137/CLT - PAGAMENTO em dobro - SÚMULA 328/TST - ART. 7º/CF, XVII

Recurso de revista. Terço constitucional de férias. Pagamento em dobro do art. 137 da CLT. O art. 7º, XVII, da Constituição Federal assegura o direito do trabalhador à fruição de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Nos termos do art. 134 da CLT, o empregador concederá as férias dentro dos doze meses subsequentes ao período aquisitivo correspondente. Após esse prazo, disciplina o art. 137 da CLT que o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração. Do conjunto normativo extrai-se que, sendo calculado sobre o salário normal, o acréscimo constitucional relativo ao gozo das férias acompanhará os efeitos da dobra dos valores referente à penalidade pela não-concessão das férias dentro dos doze meses determinados na norma celetária. Esse entendimento encontra guarida na Súmula/TST nº 328, que disciplina estar o pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, sujeito ao acréscimo do terço previsto no respectivo art. 7º, XVII, da Constituição Federal, de tal forma a permitir vislumbrar ter o acórdão recorrido contrariado o verbete sumular em questão. Recurso conhecido e provido. (TST - Rec. de Revista n. 596/2003-043-12-00 - Distrito Federal - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Barros Levenhagen - j. em 22.02.2006 - Fonte: DJ, 11.04.2006).

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - CONTADOR - Ausência de SUBORDINAÇÃO jurídica - Impossibilidade

Vínculo de emprego. Contador. Provada a ausência de subordinação jurídica da trabalhadora ao réu, não há como, à falta do seu principal traço característico, ser reconhecido o vínculo de emprego entre as partes. Assim,

a autora prestou seus serviços, como contadora, na condição de profissional liberal autônoma. Provido o recurso ordinário do reclamado. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário e Rec. Adesivo n. 00522-2004-103-04-00-9- Comarca de Pelotas - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Juíza Maria Beatriz Condessa Ferreira - j. em 26.01.2006 - Fonte: DJ, 17.02.2006).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FRAUDE na LICITAÇÃO - Falsidade no CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - NULIDADE do PROCESSO ADMINISTRATIVO - Ocorrência de IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Inobservância do PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA - LEI 8429/92

Apelação cível. Ação civil pública. Licitação fraudulenta. Falsa contratação de serviços. Inexistência de nulidade no processo administrativo. Inobservância do princípio da legalidade estrita. Improbidade administrativa. Artigo 10, VIII e XI, da Lei nº 8.429/92. Condenação nas sanções do artigo 12 da citada lei. Apelação não provida. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário, conhecido de ofício. Decisão unânime. 1. Não há que se aplicar rigorismo exacerbado ao processo administrativo, se sua finalidade precípua (o interesse público com a busca da verdade real) foi atingida. 2. Se evidente a ocorrência de licitação fraudulenta, deve o administrador público sofrer as penalidades pelo ato ímprobo praticado, por não respeitar os princípios constitucionais da administração, que é uma obrigação inerente à responsabilidade que lhe foi atribuída pelos cidadãos que o elegeram. (TJ/PR - Ap. Cível n. 170.932-0 - Comarca de Goiorê - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Antonio Lopes de Noronha - j. em 10.11.2005 - Fonte: DJ/PR, 23.01.2006).

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE - APOSENTADORIA COMPULSÓRIA - PROVIMENTO 055/01 - Aplicabilidade ao SERVIDOR PÚBLICO de CARGO EFETIVO

Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento nº 055/2001 do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1. Pela redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao artigo 40 e seu parágrafo 1º e inciso II, da Carta Magna, a aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, tendo, sem dúvida, relevância jurídica a arguição de inconstitucionalidade do ato normativo em causa que é posterior a essa Emenda Constitucional sob o fundamento de que os notários e registradores, ainda que considerados servidores públicos em sentido amplo, não são, por exercerem suas atividades em caráter privado por delegação do Poder Público, titulares dos cargos efetivos acima referidos. 2. Ocorrência quer do *periculum in mora*, quer da conveniência da Administração Pública, para a concessão da liminar requerida. Liminar deferida para suspender, *ex nunc*, a eficácia do Provimento nº 055/2001 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais até a decisão final desta ação direta. (STJ - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2602 - Minas Gerais - Ac. maioria - Rel: Min. Joaquim Barbosa - j. em 24.11.2005 - Fonte: DJ, 05.12.2005).

AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO INATIVO - Pretensão de recomposição de PROVENTOS de APOSENTADORIA para REPARAÇÃO DE DANO - ART. 37/CF, X - Impossibilidade de INDENIZAÇÃO

Apelação cível. Ação ordinária de recomposição do poder aquisitivo de proventos de aposentadoria na forma de reparação de danos. Servidores públicos inativos. Indenização pretendida em face de alegada negativa do apelado, em não cumprir com o disposto no artigo 37, X, da Constituição Federal. Omissão em formalizar projeto de lei no sentido de assegurar a revisão geral anual da remuneração. Pretendida revisão geral anual dos vencimentos sob o enfoque de pedido de indenização. Impossibilidade. Pedido julgado improcedente em primeiro grau. Recurso conhecido e não provido. 1. Ao Poder Judiciário não cabe estabelecer reajuste geral e anual aos servidores públicos, com base no artigo 37, X, da Constituição Federal. 2. Competência que cabe ao Chefe do Poder Executivo, não podendo o judiciário invadir essa competência, ante o princípio da autonomia e separação de poderes. 3. Havendo omissão do executivo em formalizar projeto de lei, descabe indenização aos servidores públicos a esse título, notadamente quando o objetivo da ação é o de assegurar a revisão e o aumento de vencimentos. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0308725-0 - Comarca de Curitiba - 4a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Ruy Francisco Thomaz - j. em 17.01.2006 - Fonte: DJ/PR, 23.01.2006).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXERCÍCIO PROFISSIONAL - LEGITIMIDADE PASSIVA da UNIÃO para o CONTROLE e FISCALIZAÇÃO de recursos humanos na ÁREA da SAÚDE - Possibilidade

Processual civil e administrativo. Embargos de declaração. Exercício profissional. Legitimidade passiva da união. Contradição que se corrige. 1. Há contradição no julgado relativamente à legitimidade passiva da União, o que se corrige na oportunidade. 2. A exigência de contratação de médicos pelas clínicas de fisioterapia foi feita pelo Estado também com respaldo em portaria expedida pelo INAMPS que, extinto, foi sucedido pela União. Além disso, compete à União, pelo Ministério da Saúde, controlar e fiscalizar procedimentos no âmbito do SUS e promover articulação com órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área da saúde. 3. Legitimidade passiva da União que se mantém, por outros fundamentos. 4. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos modificativos. (STJ - Rec. Especial n. 693466 - Rio Grande do Sul - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Eliana Calmon - j. em 07.02.2006 - Fonte: DJ, 06.03.2006).

FGTS - CONTA VINCULADA - RESPONSABILIDADE da CEF pela apresentação de EXTRATO - DECRETO 99684/90

Processual civil. Administrativo. Embargos de

divergência em recurso especial. FGTS. Contas vinculadas. Extratos anteriores a 1992. Responsabilidade da CEF. 1. A responsabilidade pela apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS, mesmo em se tratando de período anterior a 1992, é, por força de lei, da Caixa Econômica Federal, gestora do fundo. 2. A argumentação expendida pela CEF, relativa à impossibilidade da juntada dos extratos das contas vinculadas ao FGTS correspondentes ao período anterior a 1992 pelo fato de dos mesmos não dispor, não altera sua obrigação de exibí-los em juízo. Isto porque, o Decreto nº 99.684/90, na parte em que regulamenta a transferência das contas vinculadas, quando da centralização do FGTS junto à CEF, estabelece, em seu artigo 24, que os bancos depositários deveriam informar à CEF, de forma detalhada, de toda movimentação ocorrida nas contas vinculadas sob sua responsabilidade, no período anterior à migração. 3. A CEF é responsável pelas informações e dados históricos das contas fundiárias repassadas pela rede bancária durante o processo migratório e, sendo a agente operadora do Fundo, detém a prerrogativa legal de exigir dos bancos depositários os extratos necessários em cada caso e exibí-los no prazo imposto pelo Poder Judiciário. 4. Precedentes: REsp nº 717.469/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 23/05/2005; REsp nº 661.562/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 16/05/2005; e AgRg no REsp nº 669.650/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16/05/2005. 5. Conseqüentemente, à luz da carteira de trabalho e da sanção da não-exibição consistente na presunção deduzida, impõe-se a realização de liquidação por arbitramento às expensas da CEF visando quantificar o *an debeatur* assentado em prol do fundista (arts. 359 c.c 606, II, do CPC). Sob esse enfoque, dispõe os referidos dispositivos: Art. 359 - Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; II - se a recusa for havida por ilegítima; Art. 606 - Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: I - (...); II - o exigir a natureza do objeto da liquidação. 6. Embargos de divergência improvidos. (STJ - Emb. de Divergência em Rec. Especial n. 642.892 - Paraíba - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Luiz Fux - j. em 09.11.2005 - Fonte: DJ, 28.11.2005).

MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO de CERTIDÃO para CONSTRUÇÃO de PRÉDIO - Ausência de consentimento do AUTOR para ALTERAÇÃO - Possibilidade de OFENSA ao DIREITO AUTORAL - ART. 5º/CF, XXXIV, b

Administrativo. Mandado de segurança. Pedido de certidão. Projetos arquitetônicos elaborados pela impetrante para construção de prédios da justiça do Distrito Federal. Alegada alteração sem consentimento da autora. Eventuais direitos a serem resguardados. Pedido de certidão dos processos administrativos que contém os elementos a respeito. Recusa. Descabimento. CF, art. 5º, inciso XXXIV, b. Recurso ordinário. Provimento. *Writ* concedido. 1. Alegado pela impetrante, servidora e arquiteta que elaborou os projetos originais de prédios da justiça do Distrito Federal, que houve alteração dos mesmos, o que eventualmente pode gerar responsabilidades para si e eventualmente ferir alegados direitos autorais seus, configura-se o interesse em obter certidões dos processos administrativos pertinentes, cuja negativa em concedê-las pelo tribunal *a quo* importa em ofensa ao art. 5º, inciso XXXIV, letra b, da carta política. 2. Recurso ordinário provido, para conceder a segurança. (STJ - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 10310 - Distrito Federal - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Aldir Passarinho Junior - j. em 07.02.2006 - Fonte: DJ, 20.03.2006).

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIÇO PÚBLICO de ENERGIA ELÉTRICA - Utilização de ESPAÇO AÉREO por CONCESSIONÁRIA - Afastamento de COBRANÇA - ART. 145/CF, § 2º

Administrativo e tributário. Artigo 77 do CTN. Matéria constitucional. Art. 145, § 2º, da Constituição Federal. Mandado de segurança. Utilização de espaço aéreo por concessionária de serviço público de energia elétrica. Passagem de cabos. "retribuição pecuniária". Ilegitimidade. 1. O artigo 77 do Código Tributário Nacional reproduz dispositivo da Constituição Federal, implicando sua interpretação a apreciação de questão constitucional, inviável em recurso especial. 2. Ante a dicção legal de que é vedada a cobrança de valores quando da utilização pelas concessionárias de serviço público de energia elétrica, dos bens de domínio público, sendo as calçadas e ruas de uso do povo-comum, a cobrança da "retribuição" pelo uso merece ser afastada. 3. A nominada "remuneração pecuniária" não se encaixa no conceito de taxa ou preço, pois não há serviço prestado pelo Município ou exercício de poder de polícia. Também, ao "ceder" o espaço aéreo e o solo para a instalação de postes e passagens de cabos transmissores de energia elétrica, não desenvolve atividade empresarial, seja de natureza comercial ou industrial. Precedentes: RMS 12.081/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 10.09.01 e RMS 12258/SE, Rel. Min. José Delgado, DJU de 05.08.02. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (STJ - Rec. Especial n. 694684 - Rio Grande do Sul - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Castro Meira - j. em 12.02.2006 - Fonte: DJ, 13.03.2006).

REEXAME NECESSÁRIO - MULTA DE TRÂNSITO - Necessidade de PAGAMENTO de DÉBITO decorrente da INFRAÇÃO - Pretensão de LICENCIAMENTO e TRANSFERÊNCIA do VEÍCULO - ILEGALIDADE da imposição

Administrativo. Reexame necessário. Mandado de segurança. Multa por infração de trânsito. Pretensão de licenciamento e transferência de veículo. Ato condicionado ao pagamento de débito decorrente da infração. Pendência de recurso administrativo. Ilegalidade da imposição. Manutenção da sentença em remessa oficial. A jurisprudência tem se consolidado no sentido de que, pendente recurso administrativo, não é lícito condicionar o licenciamento de veículo ao prévio pagamento de multa. (TJ/PR - Reex. Necessário n. 173705-5 - Comarca de Apucarana - 4a. Câmara Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Salvatore Antonio Astuti - j. em 17.01.2006 - Fonte: DJ/PR, 23.01.2006).

SUS - Necessidade de FORNECIMENTO de REMÉDIO - Pretensão de inclusão de MEDICAMENTO em lista oficial devido MOLÉSTIA gravíssima - ART. 196/CF - Aplicabilidade do PRINCÍPIO DA IGUALDADE e do PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

Agravo de instrumento. Administrativo. Antecipação de tutela. Sistema único de saúde. SUS. Legitimidade da união. Fornecimento de medicamentos não constante nas listas oficiais. Direito à vida e à saúde. 1. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, tendo em vista o que dispõe o art. 196 da Constituição Federal. 2. O direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição deve se pautar pelos princípios da igualdade e universalidade. 3. O não preenchimento de mera formalidade - no caso, inclusão de medicamento em lista prévia - não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto

capacitado. Precedentes. (TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 2005.04.01.041907-8 - Comarca de Foz do Iguaçu - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Joel Ilan Paciornik - j. em 29.11.2005 - Fonte: DJU, 01.02.2006).

TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - Inviabilidade de COBRANÇA - LEI 5641/89

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser inviável a cobrança da Taxa de Limpeza Pública, instituída

pela Lei 5.641/89, pelo Município de Belo Horizonte, por se tratar de taxa vinculada não somente à coleta domiciliar de lixo, mas, também, à limpeza de logradouros públicos, serviço de caráter universal e indivisível. 2. Decisão fundamentada, embora contrária aos interesses da parte, não configura negativa de prestação jurisdicional. 3. Agravo regimental improvido. (STF - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 476945 - Minas Gerais - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Ellen Gracie - j. em 21.02.2006 - Fonte: DJ, 24.03.2006).

TRIBUTÁRIO

AÇÃO ANULATÓRIA - AUTO DE INFRAÇÃO - IMPOSTO DE RENDA de PESSOA FÍSICA - Comprovação de DESPESA MÉDICA - Insuficiência de RECIBO devido à não explicação do TRATAMENTO

Tributário. Ação anulatória. Auto de infração. Imposto de renda. Pessoa física. Glosa de despesas médicas. Comprovação. Recibo. Insuficiência. Não há como se aceitar, como comprovação de despesa médica, recibo emitido em contornos excessivamente, no qual não se explicita sequer o procedimento médico que teria sido realizado nem qual teria sido o destinatário específico deste tratamento. Prejudica, ainda, a aceitação da veracidade do recibo o fato de a despesa declarada pelo contribuinte, referente a um único serviço médico, no montante de R\$ 28.500,00, representar o equivalente a 50,589% do total do seu rendimento tributável no exercício de 1996. Sendo inválido o documento de recibo apresentado pelo contribuinte, mostra-se legítima a glosa da despesa promovida pela autoridade fiscal. Inexiste vício no auto de infração impugnado. (TRF/4a. Reg. - Ap. Cível n. 2000.71.06.001540-1 - Comarca de Santana do Livramento - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Leandro Paulsen - j. em 31.01.2006 - Fonte: DJU, 15.02.2006).

CONTRATO DE FRANQUIA - Não incidência de ISS - DECRETO-LEI 406/68 - Ausência de PREQUESTIONAMENTO - Incidência da SÚMULA 7/STJ

Processual civil e tributário. Contrato de franquia. Não incidência de ISS. DL 406/68. Prescrição. Honorários advocatícios. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Vedação ao revolvimento do contexto fático probatório do autos. Súmulas 7/STJ. 1. Por óbice da Súmula 282/STF, não pode ser conhecido recurso especial sobre ponto que não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal *a quo*. 2. Não se conhece do recurso especial, quanto às questões cuja apreciação demandaria revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que não incide ISS sobre o contrato de franquia, por possuir delineamentos próprios que lhe conferem autonomia, não se confundindo com nenhum outro contrato previsto na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68. Precedentes. 4. Recurso especial improvido. (STJ - Rec. Especial n. 703763 - Rio de Janeiro - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Eliana Calmon - j. em 06.10.2005 - Fonte: DJ, 28.11.2005).

EMPRESA - DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - Possibilidade de inserção no PÓLO PASSIVO - ART. 134/CTN, VII - ART. 135/CTN, III

Execução fiscal. Empresa. Dissolução irregular. Sócios. Inserção no pólo passivo. Possibilidade. Os sócios

cotistas são responsáveis pelo pagamento do tributo não recolhido, quando a sua empresa executada dissolve-se irregularmente, assim, revela-se legítimo o pedido do fisco da inserção destes sócios na execução fiscal intentada, a teor dos arts. 134, VII, e 135, III, do CTN. Agravo provido. (TJ/MG - Agravo n. 1.0024.04.494297-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - 6a. Câ. Cível - Ac. unân. - Rel: Des. Delmival de Almeida Campos - j. em 21.03.2006 - Fonte: DJ/MG, 11.04.2006).

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE MERCADORIA para coerção de PAGAMENTO - Ausência de PROVA pré-constituída - Indicação de iminente LESÃO de DIREITO LÍQUIDO e CERTO

Mandado de segurança preventivo. Fiscalização tributária. Apreensão de mercadorias como forma de coerção ao pagamento de tributos. Inverificação. Ordem genérica que não se amolda às características do remédio constitucional. Ausência dos elementos do justo receio: atualidade, objetividade e real possibilidade de o fato vir a ocorrer. Necessidade de a agressão ser objetiva indicativa de iminente lesão a direito líquido e certo. Ausência de prova pré-constituída. Denegação do writ. Decisão unânime. (TJ/SE - Ag. de Instrumento n. 2005101913 - Tribunal Pleno - Ac. unân. - Rel: Desa. Célia Pinheiro Silva Menezes - j. em 15.08.2005 - Fonte: DJ/SE, 25.10.2005).

ICMS - EXECUÇÃO FISCAL - CANCELAMENTO de DÉBITO TRIBUTÁRIO - REMUNERAÇÃO - PAGAMENTO restrito de CUSTAS PROCESSUAIS a SERVENTUÁRIO e a AUXILIAR de JUSTIÇA - Exigência de PREPARO

Agravo de instrumento. Execução fiscal. ICMS. Cancelamento do débito tributário. Extinção. Custas processuais. Isenção. Lei Estadual n. 14.075/03. Exigência de preparo. Serventias não oficializadas. Pagamento restrito às custas referentes à remuneração dos serventuários e auxiliares da justiça. Provimento parcial do recurso. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 180874-6 - Comarca de Curitiba - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Luiz Cezar de Oliveira - j. em 29.11.2005 - Fonte: DJ/PR, 01.03.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Luiz Cezar de Oliveira, a seguinte lição: "O ponto nodal do presente caso, reside no fato de que as serventias cíveis no Estado do Paraná não são oficializadas, de modo que os seus serventuários não percebem salário advindo dos cofres públicos, auferindo remuneração exclusivamente por ocasião do preparo das custas processuais. Deste modo, tais verbas destinam-se a remuneração de um serviço prestado, não tendo natureza de ressarcimento de despesas nem ao pagamento de emolumentos aos cofres públicos. Nesse prisma, o Regimento Estadual prevê especificadamente essas custas,

que são devidas pela prática de cada ato processual. Assim, o preceito inserto no artigo 26 da Lei de Execuções Fiscais, não tem aplicação ao caso, pois, quando prevê a extinção do processo de execução fiscal sem qualquer ônus para as partes, refere-se tão-somente aos emolumentos devidos aos cofres públicos, de modo que sua extensão à tais custas que são a remuneração devida ao delegatário do serviço público, vem a configurar uma prestação gratuita de seus serviços ao ente fazendário”.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - Aplicação de finalidade diversa à MERCADORIA importada - Necessidade de RECOLHIMENTO de ICMS - ART. 150/CF - ART. 9º/CTN

Imunidade tributária. Livros, jornais, periódicos e papéis destinados a sua impressão. Art. 150, inc. VI, alínea *d*, da CF/88, c/c art. 9º, inc. IV, alínea *d*, do CTN. Emprego de mercadorias importadas em finalidade diversa da indicada. ICMS. Necessidade de recolhimento - CDA regularmente constituída. Presunção de certeza e liquidez não ilidida por prova em contrário. 1 Demonstrado o emprego pela empresa embargante das matérias-primas e dos equipamentos importados em atividade diversa, que não a produção de livros, jornais e periódicos, impõe-se o recolhimento do ICMS relativo a tais operações, não fazendo jus à imunidade tributária amparada pelo art. 150, inc. VI, alínea *d*, da CF/88, c/c art. 9º, inc. IV, alínea *d*, do CTN. 2. Certidão de dívida ativa regularmente constituída é título hábil e bastante para autorizar a execução fiscal, gozando de presunção legal de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN e do art. 3º da Lei nº 6.830/80 (LEF). 3 Recurso não provido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.02.828630-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - 8a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Edgard Penna Amorim - j. em 16.02.2006 - Fonte: DJ/MG, 05.04.2006).

IPI - IMUNIDADE de EMPRESA jornalística - Proteção à LIBERDADE DE EXPRESSÃO - ART. 150/CF, IV, *d*

Tributário. Constitucional. Imunidade. IPI e imposto de importação. Empresa jornalística. Chapas de impressão. 1. A imunidade conferida pelo art. 150, IV, *d* da Constituição Federal visa proteger a liberdade de expressão e de idéias que são fundamentais para o desenvolvimento cultural de uma sociedade, garantindo uma circulação maior e conseqüente barateamento desse material, objeto da mencionada imunidade. 2. A despeito dos motivos alegados pelo MM. Juízo *a quo* para justificar o seu entendimento, no sentido de tornar mais elástico o dispositivo constitucional, em se tratando de um país carente de cultura e, principalmente, de um sistema educacional mais eficiente, instrumentos básicos para melhorar a distribuição de renda, o STF, em diversos julgados, fixou o entendimento de que apenas os materiais relacionados ao papel estão abrangidos pela imunidade tributária, insculpida no art. 150, VI, *d* da Constituição Federal. 3. Apelação e remessa necessária providas. (TRF/2a.Reg. - Ap. em Mandado de Segurança n. 97.02.20494-1 - Comarca do Rio de Janeiro - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Juíza Tania Heine - j. em 06.12.2005 - Fonte: DJU, 16.01.2006).

IPTU - EXECUÇÃO FISCAL de CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - LEI 6830/80 - Possibilidade de substituição no caso de NULIDADE - LEI 6830/80 - ART. 616/CPC

Direito tributário. IPTU. Execução fiscal. CDA. Disposições do art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80. 1 - Nula a CDA que engloba num mesmo valor vários exercícios fiscais, com

violação à regra do art. 202 do CTN. 2. Havendo previsão legal de emenda ou substituição da certidão de dívida ativa até a decisão de primeira instância, antes da extinção da ação, por nulidade formal do título é de ser assegurada ao exequente oportunidade para substituí-la (art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80 c/c art. 616 do CPC). Recurso provido em parte. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70014774228 - Comarca de Porto Alegre - 21a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro - j. em 31.03.2006 - Fonte: DJ/RS, 13.04.2006).

IPVA - SUBSTITUIÇÃO da CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - Possibilidade até a DECISÃO de primeira instância os EMBARGOS À EXECUÇÃO - Inocorrência

Apelação cível. Direito tributário. Execução fiscal. IPVA. Preliminar. Nulidade da decisão. Substituição da certidão. Não-oportunização. A Certidão de Dívida Ativa somente poderá ser emendada ou substituída até a decisão de primeira instância dos embargos à execução, assegurado ao executado a devolução do prazo para embargos. Dessa forma, não tendo o exequente oportunamente se manifestado acerca da substituição da CDA, descabe requerê-la neste momento processual, não merecendo prosperar a prefacial de nulidade da sentença. Preliminar rejeitada. Certidão de dívida ativa. Nulidade. Ficou caracterizada a nulidade da CDA e da respectiva execução fiscal ante a inexistência de informações a respeito da origem e natureza do crédito, sendo insuficiente a simples referência à IPVA não-recolhido como sua origem, já que indispensável a especificação acerca do exercício da cobrança e dos dados relativos ao veículo sobre o qual incidiu o tributo, dificultando a verificação dos valores exigidos. Preliminar rejeitada, apelo desprovido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70014088249 - Comarca de Porto Alegre - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. João Armando Bezerra Campos - j. em 15.03.2006 - Fonte: DJ/RS, 06.04.2006).

ISS - ARRENDAMENTO MERCANTIL - Presença dos pressupostos FUMUS BONI IURIS e PERICULUM IN MORA - Possibilidade de SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE do TRIBUTO

Tributário. ISS. Arrendamento Mercantil (*Leasing*). Suspensão da exigibilidade do tributo. Agravo de Instrumento. Antecipação da Tutela. Requisitos. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. 1. Presentes os pressupostos legais, traduzidos essencialmente no binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, tem a parte direito subjetivo à tutela de urgência apta a impedir que “inevitável demora da prestação jurisdicional seja capaz simplesmente de inviabilizar, pelo menos do ponto de vista prático, a proteção do direito postulado” (Barbosa Moreira). Reveste-se de *fumus boni iuris* pretensão apoiada em tese que encontra respaldo em precedentes do órgão fracionário do tribunal competente para julgar eventual recurso da decisão deferitória ou denegatória da tutela. 2. O Grupo de Câmaras de Direito Público firmou o entendimento de que não incide ISS nas operações de *leasing* realizadas por instituições financeiras (EI nº 2004.001789-8, Des. Luiz César Medeiros). 3. Nas relações jurídicas de natureza tributária, só “a probabilidade de as autuações e as execuções fiscais levadas a efeito pelo Fisco ocasionar prejuízo de difícil ou penosa reparação configura a presença do *periculum in mora*”. (MC nº 1.794, Min. Franciulli Netto; MC nº 5.386, Min. Luiz Fux; REsp nº 66.428, Min. Milton Luiz Pereira). (TJ/SC - Ag. de Instrumento n. 2005.008864-5 - Comarca de Chapecó - 2a. Câm. de Direito Público - Ac. unân. - Rel: Des. Newton Trisotto - j. em 05.07.2005 - Fonte: DJ/SC, 25.10.2005).

**Institui o SISTEMA Nacional de PREVENÇÃO,
FISCALIZAÇÃO e repressão ao FURTO e
ROUBO de Veículos e Cargas**

**LEI COMPLEMENTAR Nº 121, DE 9 DE
FEVEREIRO DE 2006**

Cria o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas e dá outras providências.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei Complementar cria o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas.

Art. 2º Fica instituído, no âmbito do Poder Executivo, o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas, com os seguintes objetivos:

I – planejar e implantar a política nacional de combate ao furto e roubo de veículos e cargas;

II – gerar e implementar mecanismos de cooperação entre a União, os Estados e o Distrito Federal, para o desenvolvimento de ações conjuntas de combate ao furto e roubo de veículos e cargas, com a participação dos respectivos órgãos de segurança e fazendários;

III – promover a capacitação e a articulação dos órgãos federais, estaduais e do Distrito Federal com atribuições pertinentes ao objeto desta Lei Complementar;

IV – incentivar a formação e o aperfeiçoamento do pessoal civil e militar empregado na área de trânsito e segurança pública, no âmbito federal, estadual e do Distrito Federal;

V – propor alterações na legislação nacional de trânsito e penal com vistas na redução dos índices de furto e roubo de veículos e cargas;

VI – empreender a modernização e a adequação tecnológica dos equipamentos e procedimentos empregados nas atividades de prevenção, fiscalização e repressão ao furto e roubo de veículos e cargas;

VII – desenvolver campanhas de esclarecimento e orientação aos transportadores e proprietários de veículos e cargas;

VIII – organizar, operar e manter sistema de informações para o conjunto dos órgãos integrantes do Sistema, nos seus diferentes níveis de atuação;

IX – promover e implantar o uso, pelos fabricantes, de códigos que identifiquem na nota fiscal o lote e a unidade do produto que está sendo transportado.

§ 1º O Sistema compreende o conjunto dos órgãos, programas, atividades, normas, instrumentos, procedimentos, instalações, equipamentos e recursos materiais, financeiros e humanos destinados à execução da política nacional de prevenção, fiscalização e repressão ao roubo e furto de veículos e cargas.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Todos os órgãos integrantes do Sistema ficam obrigados a fornecer informações relativas a roubo e furto de veículos e cargas, com vistas em constituir banco de dados do sistema de informações previsto no inciso VIII do caput deste artigo.

Art. 3º A União, os Estados e o Distrito Federal, mediante celebração de convênios, poderão estabelecer,

conjuntamente, planos, programas e estratégias de ação voltados para o combate ao furto e roubo de veículos e cargas em todo o território nacional.

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º O Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN estabelecerá:

I – os dispositivos antifurto obrigatórios nos veículos novos, saídos de fábrica, produzidos no País ou no exterior;

II – os sinais obrigatórios de identificação dos veículos, suas características técnicas e o local exato em que devem ser colocados nos veículos;

III – os requisitos técnicos e atributos de segurança obrigatórios nos documentos de propriedade e transferência de propriedade de veículo.

§ 1º As alterações necessárias nos veículos ou em sua documentação em virtude do disposto pela Resolução do CONTRAN, mencionada no caput deste artigo, deverão ser providenciadas no prazo de 24 (vinte e quatro) meses a contar da publicação dessa Resolução.

§ 2º Findo o prazo determinado no § 1º deste artigo, nenhum veículo poderá ser mantido ou entrar em circulação se não forem atendidas as condições fixadas pelo CONTRAN, conforme estabelecido neste artigo.

Art. 8º Todo condutor de veículo comercial de carga deverá portar, quando este não for de sua propriedade, autorização para conduzi-lo fornecida pelo seu proprietário ou arrendatário.

§ 1º A autorização para conduzir o veículo, de que trata este artigo, é de porte obrigatório e será exigida pela fiscalização de trânsito, podendo relacionar um ou mais condutores para vários veículos, de acordo com as necessidades do serviço e de operação da frota.

§ 2º A infração pelo descumprimento do que dispõe este artigo será punida com as penalidades previstas no art. 232 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

Art. 9º Para veículos dotados de dispositivo opcional de prevenção contra furto e roubo, as companhias seguradoras reduzirão o valor do prêmio do seguro contratado.

Parágrafo único. O CONTRAN regulamentará a utilização dos dispositivos mencionados no caput deste artigo de forma a resguardar as normas de segurança do veículo e das pessoas envolvidas no transporte de terceiros.

Art. 10. Ficam as autoridades fazendárias obrigadas a fornecer à autoridade policial competente cópia dos autos de infração referentes a veículos e mercadorias desacompanhados de documento regular de aquisição, encontrados durante qualquer ação fiscal.

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de fevereiro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Alfredo Nascimento

Paulo Bernardo Silva

Márcio Fortes de Almeida

Álvaro Augusto Ribeiro Costa

(D.O.U., Col. III, de 10.02.2006, pág. 2)

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE. ASPECTOS SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

André Barbieri Souza

Aluno do 5º ano de Direito da FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana/PR

Com a proteção constitucional do meio ambiente, principalmente no que tange ao § 3º, art. 225 da CF/88, analisa-se sobre a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, tendo em vista a estrutura do sistema jurídico nacional.

1. Proteção constitucional do meio ambiente – Responsabilização penal da pessoa jurídica

A Constituição Federal trouxe a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica tanto no art. 173, § 5º, quanto no art. 225, § 3º. Diante do objeto de estudo enfocado, à medida que se torna necessária uma reflexão no tocante à preservação do meio ambiente não só para o presente, mas também para o futuro, optou-se como abordar a proteção constitucional do meio ambiente, assim como seus reflexos.

A tutela ao meio ambiente é matéria pertencente à pauta do dia, tendo em vista a necessidade de buscar uma solução para a equação em que as necessidades sociais são ilimitadas, em face de recursos naturais cada vez mais limitados. Diante dessa questão, entende-se que bem trilhou o constituinte pátrio ao disciplinar o meio ambiente em capítulo específico.

Assim, no presente trabalho, o direito constitucional e o direito penal caminharão conjuntamente para, ao final, verificar a (im)possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica – diante da existência de crimes ambientais – conforme o ordenamento jurídico nacional.

2. A proteção constitucional do meio ambiente

O art. 225 do texto constitucional assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Faz-se necessário ressaltar que a CF/88 foi a primeira a adotar a expressão *meio ambiente*, sendo assim, importante é entender seu significado. Para José Afonso da Silva, meio ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o

desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”¹.

Visto o significado, cumpre visualizar a respectiva abrangência, pois nas palavras do ministro Celso de Mello (STF), em que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é “típico direito de terceira geração, constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo dentro de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas à própria coletividade”².

Para melhor explicar, após conquistar os direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais, nasceram os direitos de terceira geração. Para David Araújo “depois das preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir (...)”³. Nesses termos, o ser humano deixa de ser visto em sua individualidade e passa a ser observado enquanto sujeito na interrelação com seus pares, abstraindo-se toda e qualquer espécie de barreira.

Preocupado em não figurar apenas como disposição decorativa, residente do plano meramente formal, o constituinte determinou tarefas ao Poder Público para garantir sua efetividade (art. 225, § 1º). Assim, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum no tocante aos sete incisos do referido parágrafo, como, por exemplo: prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País; exigir o estudo prévio de impacto ambiental, conforme a atividade a ser instalada, observada as determinações legais etc.

3. O conceito de crime e a responsabilidade penal da pessoa jurídica em sede doutrinária

Doutrinariamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema motivador de longas e calorosas discussões. Sendo assim, faz-se relevante estudar os

pontos de atrito entre a corrente favorável à responsabilização penal da pessoa jurídica e aqueles que são contrários, respectivamente.

Como ponto de partida, elucida-se as duas teorias sobre a origem das pessoas jurídicas, quais sejam, a teoria da ficção e a teoria da realidade. Para a primeira, a personalidade jurídica não possui consciência, é fictícia, mera criação humana. Assim, os crimes praticados na esfera desse ente fictício só podem ser imputados ao homem, quer seja autor ou partícipe. Por outro lado, para a teoria da realidade, a pessoa jurídica longe está de ser uma ficção, algo apenas vivo no campo formal, ao contrário, é um ser real, capaz de delinquir.

Feito isso, cumpre-se ressaltar o que se entende por crime. Em breves palavras, nos dizeres do ministro Gilmar Mendes, crime nada mais é do que o “fato típico, ilícito e culpável”⁴. Em complemento, Fernando Capez, ao associar o crime com o Direito Penal, ensina que apenas este “pode dirigir seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim”⁵. No entanto, há pensamento divergente.

Embora, no passado, fosse defensor da teoria da ficção, atualmente, Damásio de Jesus reconhece como “invencível a tendência de incriminar-se a pessoa jurídica como mais uma forma de reprimir a criminalidade”⁶. Se de um lado há o jurista citado, de outro, não menos importante, há o pensamento de Luiz Régis Prado. Para este, três são os elementos que justificam a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, a saber: ausência de capacidade de ação – no sentido estrito do Direito Penal –, de culpabilidade e de pena⁷.

Para melhor explicar, Régis Prado diz que a pessoa coletiva não possui vontade, como a pessoa física, pois inexistente capacidade de autodeterminação, além da ausência de juízo de censura pessoal, vez que este só pode ser endereçado ao indivíduo e, por fim, obstado está o argumentar sobre a ressocialização em face de uma pessoa jurídica. Como se não bastasse, deve-se lembrar que a sanção penal não pode recair sobre todos os membros da corporação, mas *exclusivamente* sobre os autores materiais do delito (princípio da personalidade da pena – art. 5º, XLV, CF)⁸.

“Visto o posicionamento de alguns Tribunais de Justiça nacionais, importantíssimo é o estudo do entendimento exteriorizado pelo STJ, ao passo que os próprios ministros discordam entre si. Como é sabido, a referida Corte é composta por três seções, sendo cada uma desmembrada em duas turmas.”

Ao exteriorizar seu entendimento a respeito do tema, Cezar Roberto Bitencourt diz que “a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza”. E, conclui: “a obscura previsão do art. 225, § 3º, da CF, (...), tem levado alguns penalistas a sustentarem, *equivocadamente*, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica”⁹.

4. O posicionamento dos Tribunais de Justiça pátrios e a divergência existente no Superior Tribunal de Justiça – (im)possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica

Neste momento, superado o embate doutrinário, volta-se o foco para a análise do entendimento, bem como das fundamentações das decisões emanadas, em primeiro momento, por alguns Tribunais de Justiça para, posteriormente, adentrar ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Desde logo se antecipa a crescente tendência dos julgadores em admitirem a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos termos do § 3º, art. 225, CF/88.

A começar pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal, por unanimidade de votos, acordaram pela possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, de vez que “embora soe estranho, em razão de alguns princípios que norteiam o direito punitivo, a verdade é que, em casos de agressão ao meio ambiente, a legislação pátria, a começar pela Carta Magna, possibilitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica”¹⁰.

Não só o TJ paranaense, mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por entender que tal responsabilização “advém de uma escolha política, com o escopo de prevenção geral e especial”¹¹. Por fim, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que “não aceitar a responsabilização penal da pessoa jurídica é negar cumprimento à Carta Magna e à lei”¹².

Visto o posicionamento de alguns Tribunais de Justiça nacionais, importantíssimo é o estudo do entendimento exteriorizado pelo STJ, ao passo que os próprios ministros discordam entre si. Como é sabido, a referida Corte é composta por três seções, sendo cada uma desmembrada em duas turmas. O julgamento dos feitos relativos à matéria penal em geral é de competência da Terceira Seção (Quinta e Sexta Turmas)¹³.

Conforme a organização ora mencionada e, diante do tema em estudo, tem-se que na Quinta Turma do STJ, o posicionamento é oscilante, uma vez que plenamente possível é a responsabilização penal da pessoa jurídica para o ministro Gilson Dipp, entendimento esse que vai de encontro ao defendido pelo ministro Felix Fischer. Para o último “(...) a prática de uma infração penal

pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal às pessoas jurídicas, carecedoras de capacidade de ação, bem como, de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem injusto penal¹⁴.

Para melhor explicar a divergência acima mencionada, utiliza-se de julgamento emblemático. Em recente acórdão relatado pelo ministro Gilson Dipp¹⁵, a Quinta Turma decidiu, unanimemente, pelo provimento de recurso especial a fim de inserir no pólo passivo da denúncia, promovida pelo Ministério Público de Santa Catarina, pessoa jurídica de direito privado.

Seguindo a linha de raciocínio, acordaram os ministros pela inserção da empresa no pólo passivo da denúncia, haja vista a vontade do administrador em agir em nome e em proveito da pessoa jurídica. Assim, justificou o acórdão pela possibilidade de responsabilização do ente moral sempre que uma pessoa física intervir em nome e em benefício da empresa, independente de benefício direto ou indireto pela conduta. Argumentou ainda que “a atuação do órgão colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa”. Nessa esteira, a Turma entendeu não existir lesão ao princípio da individualização da pena, ao passo que “existem pessoas distintas: uma física (...) e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada”. Sendo assim, para o ministro-relator, a culpabilidade, modernamente conceituada, “é a responsabilidade social”.

Aos mais afoitos, pode parecer estranho a existência de unanimidade em julgamento do qual fizeram parte ministros com opiniões distintas; todavia, a unanimidade ocorreu, tendo em vista a ausência justificada do ministro Felix Fischer.

Diante disso, esperam-se futuras decisões a respeito do tema para, só assim, estabelecer uma segurança jurídica satisfatória nas questões de responsabilizar (ou não) a pessoa jurídica.

5. Considerações finais

Ao fim, claramente nota-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não navega em águas calmas, ao contrário, é nascedouro de grandes embates. Nesses termos, pode-se pensar que a discussão está só começando; contudo, não se contesta ser uma questão geradora de reflexos para toda a sociedade.

É óbvio que o meio ambiente deve ser tutelado por todos, garantindo a sadia qualidade de vida dos seres humanos, porém isso não se confunde em permitir

o atropelo dos princípios, bem como, normas elementares do direito pátrio, principalmente, por tratar-se de questão envolvendo a criminalização de determinadas condutas.

Menciona-se, também, que, em países onde a responsabilidade penal da pessoa jurídica é aceita, como, por exemplo, em França, houve a edição da denominada Lei de Adaptação, proporcionando alterações aptas a autorizar tal responsabilização. Todavia, infelizmente, no Brasil isso ainda não ocorreu e, conforme comentou Celso Antonio Pacheco, “(...) de fato inexitem normas que esclareçam a questão de sua culpabilidade e tampouco disposições processuais exclusivamente adaptadas ao processo-crime do poluidor da pessoa jurídica”¹⁶.

Sendo assim, parece ter chegado o momento de buscar alternativa – leia-se modificação legislativa capaz de adequar o Direito Penal (e Processual) pátrio aos novos desafios do mundo moderno ou, caso assim não se entenda, em, pelo menos, dar efetividade às sanções aplicadas aos administradores delinquentes das pessoas jurídicas: diretamente, punindo e coibindo novos delitos e, indiretamente, no campo do psicológico, com sanções que

desestimulem a concretização do ilícito penal por parte de terceiros. ■

NOTAS

1 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 2a. ed, 1995, p. 2.

2 MS 22164, Rel. Ministro Celso de Mello. DJ, 17.11.1995.

3 ARAÚJO, David. *Curso de direito constitucional*, 6a. ed, 2002, p. 88.

4 HC 83554-6 Paraná. DJ, 16.08.2005.

5 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, 9a. ed, 2005, p. 4.

6 JESUS, Damásio de. *Direito penal*, 25 ed., 2002, p. 169.

7 PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 5a. ed., 2005, p. 309.

8 *Ibidem*. p. 285.

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3a. ed., 2003, p. 167.

10 Acórdão nº 18255. Rel. Des. Campos Marques. DJ, 01.12.2005.

11 RT 838/549.

12 Acórdão nº 70009597717. Rel. Des. José Eugênio Tedesco. DJ, 14.10.2004.

13 Art. 9º, § 3º, RISTJ.

14 EDcl. nº REsp 622724/SC.

15 REsp nº 564960/SC.

16 PACHECO, Celso Antonio. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 6a. ed., 2005, p. 57.

EVENTOS/NOTÍCIAS

GERENCIE DE FORMA EFICIENTE GARANTIA CONTRATUAIS E RISCOS EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Local: Hotel Paulista Plaza – São Paulo/SP

Data: 16/05/2006 e 17/05/2006

Homepage: www.ibcbrasil.com.br

FENALAW E SENALAW 2006

Local: Centro de Convenções Frei Caneca – R. Frei Caneca, 569 - 5º andar – São Paulo/SP

Data: 17/05/2006 a 19/05/2006

Tel.: (11) 3078-2397

Homepage: www.fenalaw.com.br

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Local: Hotel Glória – Rio de Janeiro/RJ

Data: 18/05/2006 a 20/05/2006

Tel.: (21) 2533-9710

TRANSFER PRICING – ASPECTOS PRÁTICOS E OPERACIONAIS

Local: Regent Park Hotel – R. Oscar Freire, 533 – São Paulo/SP

Data: 26/05/2006

Tel.: (11) 3031-6777

SECRETARIANDO ADVOGADOS

Local: San Juan Hotel – R. Aurora, 909 – São Paulo/SP

Data: 27/05/2006

Tel.: (11) 5521-2150

INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO E HABILITAÇÃO DOS PROFISSIONAIS COM DEFICIÊNCIA

Local: Regent Park Hotel – R. Oscar Freire, 533 – São Paulo/SP

Data: 18/05/2006 e 19/05/2006

Tel.: (11) 3031-6777

XXI CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Local: Ouro Minas Palace Hotel – Belo Horizonte/MG

Data: 25/05/2006 a 28/05/2006

Tel.: (31) 2104-0999

A SENTENÇA E A LEI 11.232/2005

Local: CEPAD – Av. Almirante Barroso, 91 - 2º andar – Centro – Rio de Janeiro/RJ

Data: 30/05/2006 e 31/05/2006

Tel.: (21) 2262-4658

SEMINÁRIO DE DIREITO ELEITORAL

Local: CEPAD – Av. Almirante Barroso, 91 - 2º andar – Centro – Rio de Janeiro/RJ

Data: 01/06/2006 e 02/06/2006

Tel.: (21) 2262-4658

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, 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