

Revista Bonijuris

ANO XIX - Nº 518 - Janeiro/2007

ACÓRDÃOS - INTEIRO TEOR

TConsórcio - Parcela - Restituição
- Devolução Imediata do Valor Pago (TJ/MG)

Incorporação Imobiliária - Construção
sob o Regime de Preço de Custo (STJ)

Embargos de Declaração - Ausência de Assinatura
- Recurso Apócrifo (TRF/1a. Reg.)

Agente Maior de 70 Anos na Data do Acórdão
- Redução de Prazo Prescricional (STF)

Recurso Adesivo - Parte já Interpôs
Recurso Ordinário Intempestivo (TST)

Concurso Público - Anulação do Certame
em Decorrencia de Irregularidade (TJ/PR)

ISS Incidente sobre Operação de
Arrendamento Mercantil - Município (STJ)

LEGISLAÇÃO

Lei nº 11.380 - Embarcação de
Pesca Estrangeira - Registro Temporário

DOCTRINA

ART. 78, § 2º DO ADCT: UMA NOVA MODALIDADE DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

Helton Kramer Lustoza
João Paulo Souza Carneiro
Pág. V

OS ACINTES DA NOVEL LEI DE TÓXICOS

Paulo Bracks
Pág. X

RAZÕES RECURSAIS DESPROVIDAS DE FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO DE REQUISITO FORMAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELO JUIZ DA CAUSA. MEDIDA AGILIZADORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Accácio Cambi
Pág. XII

AS DÚVIDAS SOBRE OS DIREITOS TRABALHISTAS DO EMPREGADO DOMÉSTICO APOS A LEI 11.324/06

Ulisses Otávio Elias dos Santos
Pág. XIII

INFLUÊNCIAS DE TEIXEIRA DE FREITAS NA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

- PARTE I
Vinicius Elias Hauagge
Pág. XV

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A Responsabilidade Civil Objetiva nas Ações Indenizatórias Decorrentes de Acidente de Trabalho
Marcio Guedes Berti

Repositório Oficializado

TST - Registro nº 24/2001
STF - Registro nº 34/2003
STJ - Registro nº 56/2005

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

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
 Sônia Inês Angelo
 Yoshihiro Miyamura

REPOSITÓRIO OFICIALIZADO

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

Revista Bonijuris
 ISSN 1809-3256
 Ano XIX - Nº 518
 Edição Mensal - Janeiro/2007
 Circulação Nacional
 Tiragem: 5.000 Exemplares

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

Sumário**DOCTRINA**

Art. 78, § 2º do ADCT: Uma Nova Modalidade de Compensação Tributária	05
<i>Helton Kramer Lustoza</i>	
<i>João Paulo Souza Carneiro</i>	
Os Acintes da Novel Lei de Tóxicos	10
<i>Paulo Bracks</i>	
Razões Recursais Desprovidas de Fundamentação. Omissão de Requisito Formal. Não Conhecimento do Recurso pelo Juiz da Causa. Medida Agilizadora da Prestação Jurisdicional	12
<i>Accácio Cambi</i>	
As Dúvidas sobre os Direitos Trabalhistas do Empregado Doméstico após a Lei 11.324/06	13
<i>Ulisses Otávio Elias dos Santos</i>	
Influências de Teixeira de Freitas na Codificação Civil Brasileira - Parte I	15
<i>Vinicius Elias Hauagge</i>	

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

Aposentadoria Espontânea - Readmissão de Empregado (STF)	20
--	-----------

INTEIRO TEOR

Consórcio - Parcela - Restituição - Devolução Imediata do Valor Pago (TJ/MG)	24
Incorporação Imobiliária - Construção sob o Regime de Preço de Custo (STJ)	25
Embargos de Declaração - Ausência de Assinatura - Recurso Apócrifo (TRF/1a. Reg.) ..	27
Agente Maior de 70 Anos na Data do Acórdão - Redução de Prazo Prescricional (STF)	29
Recurso Adesivo - Parte já Interpôs Recurso Ordinário Intempestivo (TST)	31
Concurso Público - Anulação do Certame em Decorrência de Irregularidade (TJ/PR)	32
ISS Incidente sobre Operação de Arrendamento Mercantil - Município (STJ)	35

EMENTÁRIO

Civil - Comercial	38
Imobiliário	40
Processo Civil	43
Penal - Processo Penal	45
Trabalhista - Previdenciário	47
Administrativo - Constitucional	50
Tributário	53

LEGISLAÇÃO

Lei nº 11.380 - Embarcação de Pesca Estrangeira - Registro Temporário	55
---	-----------

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A Responsabilidade Civil Objetiva nas Ações Indenizatórias Decorrentes de Acidente de Trabalho	56
<i>Marcio Guedes Berti</i>	

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

CO-EDIÇÃO:

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

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS

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

Home page: www.bonijuris.com.br

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

Nesta edição, inicia-se a *Doutrina* com o artigo do consultor tributário **Helton Kramer Lustoza** e do procurador do Estado de Santa Catarina **João Paulo Souza Carneiro** que aborda a compensação tributária prevista no parágrafo 2º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Salientam a possibilidade de pagamento de débitos tributários estabelecida pelo referido dispositivo, que se diferencia da compensação fiscal do direito tributário por não requerer qualquer intermediação legislativa, criando uma estrutura sintática que estabeleça uma relação de causa e efeito automática, bem como de sua auto-aplicabilidade e da impossibilidade de restrição por meio de legislação hierarquicamente inferior.

O advogado mineiro **Paulo Bracks** versa sobre as substanciais alterações trazidas pela Lei n. 11.343/06, a nova Lei de Tóxicos. Adverte para alguns dispositivos do novo diploma, como a falta de conceituação de ‘atividade ou organização criminosa’ prevista no crime de tráfico de drogas e a ausência de previsão de qualquer pena, seja detenção ou reclusão, ao usuário de entorpecentes.

Na seqüência, **Accácio Cambi**, desembargador e diretor da Escola da Magistratura do Paraná, escreve acerca da falta de fundamentação das razões recursais, requisito formal através do qual o recorrente visa obter a reforma parcial ou total da sentença. Ensina que não basta ao apelante reportar-se a argumentos já expostos na inicial ou na resposta, sendo necessário que ele apresente razões que enfoquem diretamente os fundamentos da decisão recorrida. Ainda, ressalta as duas oportunidades para que, no ato de apreciação dos requisitos de admissibilidade, o recurso não seja conhecido.

Ulisses Otávio Elias dos Santos, advogado trabalhista, trata dos direitos do empregado doméstico com o advento da Lei n. 11.324/06, como a proibição do empregador doméstico descontar do salário do empregado o fornecimento de alimentação, vestuário, higiene e moradia, o aumento das férias, a concepção de emprego a empregada gestante e a manutenção das disposições quanto à inclusão do empregado no FGTS.

Encerrando a seção, o professor universitário e mestrando em ciências jurídico-históricas **Vinicius Elias Hauagge** destaca as influências de Teixeira de Freitas na codificação civil brasileira, artigo que será dividido em duas partes. Nesta edição, o autor discorre a respeito do direito brasileiro após a proclamação da independência, a publicação da Constituição Imperial de 1824 e do movimento codificador, com a promulgação dos primeiros códigos jurídicos.

O *Acórdão em Destaque* deste mês é a decisão proferida pelo tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.770-4, que declara inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sob a fundamentação de que ele permite a acumulação de proventos com vencimentos, o que é vedado pela jurisprudência daquela Corte.

Na seção *Legislação*, transcreve-se o texto da Lei n. 11.380, de 1º de dezembro de 2006, que institui o Registro Temporário Brasileiro para embarcações de pesca estrangeiras arrendadas ou afretadas, a casco nu, por empresas, armadores de pesca ou cooperativas de pesca brasileiras e dá outras providências com relação ao assunto em pauta.

Por fim, em *Como Decidem os Tribunais*, o advogado **Marcio Guedes Bertí** aduz sobre a responsabilização civil objetiva do empregador nas ações indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho. Ampara-se em julgados tanto da justiça comum quanto da justiça obreira para concluir que compete ao empregador bem selecionar, capacitar e proteger seus empregados, e aqueles que desenvolvem atividades de risco terão que redobrar a atenção, pois muitos acidentes do trabalho são causados pelo risco inerente à própria função exercida pelo empregado.

ART. 78, § 2º DO ADCT: UMA NOVA MODALIDADE DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

Helton Kramer Lustoza

Graduado em Direito pelo Centro de Estudos Positivo – Unicenp

Consultor tributário

João Paulo Souza Carneiro

Procurador do Estado de Santa Catarina

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR

Pós-graduando em Direito Administrativo

1. Da compensação do Direito Civil à compensação com precatórios

A compensação é um instituto tradicional do Direito das Obrigações, sendo que seu *locus* original está pautado no Direito Civil, que lhe deu identidade e as notas caracterizadoras.

Nesse sentido, Sílvio Rodrigues identifica esse instituto “como um meio de extinção das obrigações e opera pelo encontro de dois créditos recíprocos entre as mesmas partes. Se os créditos forem de igual valor, ambos desaparecem integralmente; se forem de valores diferentes, o maior se reduz à importância correspondente ao menor”¹.

Em outras palavras, é uma forma de pagamento, através do qual haverá a extinção da obrigação entre duas pessoas pelo encontro de créditos e débitos, limitado o efeito extintivo à menor das obrigações.

Do Direito Civil, o instituto da compensação foi transplantado para o Direito Tributário, dentro do qual assumiu feições próprias, compatíveis com um caráter publicístico – não à toa, para diferenciá-la da disciplina dada pela legislação civil, Sacha Calmon chama-a de compensação fiscal.

O que mais evidencia a especificidade dada a essa extinção obrigacional no âmbito tributário é que essa matéria está disciplinada pela Carta Magna, sendo que o artigo 146, III, *b*, da Constituição Federal previu caber somente a lei complementar regular as normas gerais sobre a obrigação e crédito tributário².

Seguindo essas diretrizes constitucionais, a compensação tributária atualmente é regulamentada pelo artigo 170 do Código Tributário Nacional (legislação recepcionada com força de Lei Complementar), a qual fixou algumas particularidades:

“Art. 170. *A lei pode*, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo *contra a Fazenda Pública*.” (Grifos nossos)

Esse dispositivo legal estabelece três premissas para que esse instituto seja operado no Direito Tributário: 1) a existência de uma lei disciplinadora; 2) a utilização de créditos tributários; e 3) a presença da Fazenda Pública.

Desenhadas essas distinções, observa-se a existência de uma nova possibilidade de pagamento de débitos tributários, estabelecida pelo artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com modificação feita pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro uma nova espécie de extinção de obrigações, podendo este instituto ser qualificado como *compensação constitucional*, vez que seus contornos foram delineados de forma suficiente na Carta Magna. Assim dispõe esse dispositivo constitucional:

“Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.”

[...]

§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

O dispositivo supratranscrito reza que os entes federativos deverão quitar as quantias referentes a precatórios pendentes até 13 de setembro de 2000 (data de promulgação da Emenda) e de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo de 10 anos. Caso tal obrigação seja descumprida, os valores referentes às prestações inadimplidas poderão ser abatidos com débitos junto àquela entidade devedora.

Afigura-se com clareza que a Constituição Federal institui uma hipótese de compensação, em enunciado que não está vinculado ao procedimento prescrito pelo art. 170 do Código Tributário Nacional.

Enquanto que a compensação prevista pelo CTN é uma *norma de competência*³, que confere ao legislador infraconstitucional a possibilidade de editar uma norma autorizadora de compensação mediante a utilização de créditos tributários, o dispositivo constitucional acima citado encerra uma *norma sancionatória*⁴, dirigida ao Estado-devedor que descumpra a *norma de conduta*⁵ inscrita no *caput* do mesmo enunciado.

Em outras palavras, o art. 78, *caput*, impõe um comportamento ao Estado (um modal deôntico “obrigatório”): *liquidar precatórios*. Diante do descumprimento dessa obrigação, emerge a sanção: *liberação dos valores desse precatório para pagamento com débitos perante a mesma entidade devedora*.

Surge, assim, uma conduta substitutiva reparatória em favor do contribuinte-credor, em face da inadimplência do Estado-devedor, sendo que essa sanção será operacionalizada através da compensação.

Diante do descumprimento da norma de conduta a sanção incide de forma automática e infalível, não requerendo normatividade ulterior, pois contém em si todos os elementos necessários à plena eficácia⁶. Ao Estado-devedor (qualificado no dispositivo como “entidade devedora”) só resta submeter-se à norma punitiva e todos os seus preceitos, sob pena de violar a legitimidade do ordenamento jurídico, segundo entendimento de Hans Kelsen⁷.

Para que a referida norma contenha o necessário efeito sancionador, é fundamental que seja dotada de plena eficácia, para o fim de proteger o núcleo normativo da norma de conduta. Ora, ao se conceber que essa norma exige normatividade ulterior, está-se retirando dela o timbre sancionatório e a idoneidade de proteger a comportamento regulado, seria uma interpretação que defrauda a normatividade constitucional.

Além disso, há outro fator que demonstra a auto-aplicabilidade do art. 78, § 2º, do ADCT: a sua *localização topográfica*. Tendo como pressuposto que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias faz parte do texto constitucional, o artigo em foco é dotado de ‘força normativa constitucional’, sendo que ao criá-lo através da Emenda Constitucional 30/2000, colocou-o a salvo de qualquer legislação infraconstitucional que poderia restringir o seu alcance, imunizou-o, inclusive, da incidência do art. 146, III, *b*, da Constituição Federal, que exige Lei Complementar para disciplinar as normas gerais sobre obrigação e crédito tributário.

Cabe salientar que a norma em questão é de cunho constitucional, a qual segundo a doutrina de J. J. Gomes Canotilho⁸ deverá ser interpretada na busca da concretização do princípio da máxima efetividade dos preceitos, o que leva o operador jurídico a encontrar a interpretação que mais atenda ao interesse constitucional.

Demonstra-se, assim, que o art. 78, § 2º, do ADCT prevê uma compensação *de caráter constitucional*; longe de expressar a necessidade de intermediação legislativa, revela o contrário: essa espécie de extinção de obrigações está protegida pela força normativa da Carta Magna contra interferências do legislador ordinário.

Portanto, do exposto extrai-se a conclusão de que o ADCT estatui uma espécie de *compensação constitucional auto-aplicável*, que se diferencia da compensação fiscal do Direito Tributário por não requerer qualquer intermediação legislativa, criando uma estrutura sintática que estabelece uma relação de causa e efeito automática, infalível e perfeita.

2. Da quitação de tributos por meio de créditos oriundos de precatórios e algumas limitações feitas pela legislação infraconstitucional

Atualmente, é comum o contribuinte buscar mecanismos para tentar minimizar seus gastos com tributos, barrando assim a sanha arrecadadora do Estado. Como bem afirma Albert Hensel: “É aspiração naturalíssima e intimamente ligada à vida econômica, a de se procurar determinado resultado econômico com a maior economia, isto é, com a menor despesa (e os tributos que incidirão sobre os atos e fatos necessários à obtenção daquele resultado econômico, são parcelas que integrarão a despesa”⁹. É nesse panorama que surgiram meios alternativos e menos onerosos para pagamento de tributos.

Em face da notória inadimplência dos Estados, muito se discutia acerca da possibilidade de utilização dos precatórios não pagos para abater com créditos tributários, o que fez surgir uma alternativa interessante para as empresas.

Para se ter uma idéia, a situação de não-cumprimento de ordens de pagamento por parte da Fazenda Pública é tão grave, que no dia 26 de abril de 2006 o desembargador Genaro José Baroni Borges propôs junto à 21a. Câmara Cível do TJRS que fosse noticiado ao Ministério Público descumprimento de ordem judicial para pagamento de precatório, para que o órgão ministerial deliberasse sobre o oferecimento de denúncia do administrador por improbidade administrativa. No voto encaminhado, destacou-se que o descumprimento pelo agente público desatende ao princípio da legalidade e o expõe à responsabilidade por infringir o art. 37, *caput*, art. 100, parágrafo 1º, da Constituição Federal e do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92¹⁰.

É nesse cenário que foi promulgada a Emenda Constitucional n. 30 de 2000, a qual atribuiu poder liberatório às parcelas do precatório vencidas e não pagas (chamados de “décimos vencidos”), para pagamentos de débitos junto à entidade devedora, ressalvados os créditos de pequeno valor ou de natureza alimentícia. Também é possível que o titular transfira o crédito advindo de precatórios a terceiros interessados.

Para a efetivação dessa compensação constitucional foi necessário que os entes federativos criassem uma normatização interna para disciplinar o procedimento a ser seguido, desde que não extrapolando os limites, nem inovando nos postulados estatuídos pelo dispositivo constitucional. Pois, diante da auto-aplicabilidade da norma constitucional em voga, tem-se que a legislação infraconstitucional a respeito do tema tem um *caráter eminentemente regulamentar*¹¹.

No Estado do Paraná o procedimento administrativo da compensação constitucional (art. 78, § 2º do ADCT) encontra-se atualmente disciplinado pelo Decreto 5.154/01¹², o qual estabelece as rotinas a serem obedecidas pelo contribuinte-credor que visa à imputação de valores de precatório judicial à Fazenda Pública Estadual.

Ocorre que esse decreto estadual prescreveu que a compensação somente será reconhecida pela Fazenda Pública se dentre outras formalidades o débito a ser abatido estiver inscrito em dívida ativa e que a cessão de créditos do precatório tenha sido homologada pelo juízo competente com a conseqüente comunicação ao tribunal responsável por meio de ofício.

Tal diploma legal, ao disciplinar as condições desse procedimento compensatório, acabou criando restrições ao próprio direito da compensação constitucional, configurando flagrante inconstitucionalidade por extravasar os preceitos estatuídos pelo art. 78 do ADCT.

No âmbito nacional, a Secretaria da Receita Federal em reiteradas decisões tem rejeitado os procedimentos de compensações tributárias utilizando-se dos preceitos do § 12 do artigo 74 da Lei 9.430/96¹³. Esse dispositivo legal faz uma vedação expressa da utilização de créditos de precatórios oriundos de cessão para compensação com débitos tributários, o que ofende diretamente a Carta Magna, eis que a norma constitucional supracitada possibilita “a cessão dos créditos”.

Diante desse quadro, os contribuintes viram-se impedidos de realizar a compensação com tais valores, uma vez que os entes federativos criaram uma série de requisitos e condições que não estavam previstos na Constituição Federal. Não poderia a legislação infraconstitucional inovar no ordenamento, limitando o direito que estava expressa e suficientemente garantido pela Carta da República, sendo que diante dessa situação Luís Roberto Barroso defende que todas “as leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional”¹⁴. Em outras palavras, ao legislador ordinário somente estaria permitido regulamentar a liturgia a ser seguida para operacionalizar o direito estabelecido no artigo 78 do ADCT, sendo vedada a interferência nos elementos intrínsecos do mandamento constitucional, quais sejam: origem, natureza e poder liberatório das ordens judiciais de pagamento.

Compartilhando essa tese, o professor Luciano Amaro ensina que, diante da existência de uma permissão para compensação tributária feita pela norma jurídica na qual estão delineados os principais elementos desse procedimento, esse direito produziria efeitos *ipso jure*, eliminando a discricionariedade do Poder Público¹⁵.

Frente aos impedimentos criados ao procedimento administrativo dessa compensação constitucional pela legislação infraconstitucional, a jurisprudência se mostra bem favorável à legalidade da cessão dos créditos de precatórios oriundos de terceiros com a finalidade de extinguir débitos tributários, tornado desnecessária sua homologação. Eis a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 687761, *in verbis*:

“Processual Civil – Execução de sentença – Cessão de crédito – Precatório – Pedido de habilitação do novo credor – Desnecessidade da anuência do devedor. 1. Os

arts. 41 e 42 do CPC, que dizem respeito ao processo de conhecimento, impuseram como regra a estabilidade da relação processual e, havendo cessão da coisa ou do direito litigioso, o adquirente ou o cessionário somente poderão ingressar em juízo com a anuência da parte contrária. 2. No processo de execução, diferentemente, o direito material já está certificado e o cessionário pode dar início à execução ou nela prosseguir sem que tenha que consentir o devedor. 3. Os dispositivos do Código Civil (art. 290 do CC/2002 e 1069 do CC/1916), que regulam genericamente a cessão de crédito como modalidade de transmissão das obrigações, não se aplicam à espécie, mas o Código de Processo Civil, que é norma especial e dispôs diversamente quando se trata de cessão de crédito *sub judice*. 4. Recurso especial provido.” (STJ–Resp687761/RS–Rel:Min.Eliana Calmon. Segunda Turma. Julg. 06/12/2005–DJ 19/12/2005 p. 345)

Em outras ocasiões o Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente que a homologação das cessões de créditos judiciais é desnecessária, deixando claro que são inválidas as restrições impostas pela legislação infraconstitucional¹⁶, confirmando cada vez mais o entendimento da auto-aplicabilidade do artigo 78 do ADCT.

Nesse sentido, a ministra Eliana Calmon quando proferiu seu voto no Recurso Especial n. 687761/RS, entendeu que: “em se tratando de créditos provenientes de condenações

judiciais, existe permissão constitucional expressa, assegurando a cessão dos créditos traduzidos em precatórios (ADCT Art. 78). Se assim acontece, não faz sentido condicionar a cessão ao consentimento do devedor – tanto mais, quando o devedor é o Estado, vinculado constitucionalmente ao princípio da impessoalidade”¹⁷.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, num entendimento mais cauteloso, tem decidido pela necessidade da homologação da cessão realizada pelo juízo competente para a execução da sentença¹⁸. Ainda assim, tem-se que esse posicionamento foi adotado baseado no princípio da segurança jurídica, ou seja, numa presunção de que sem a homologação das cessões poderiam ocorrer fraudes ou simulações nesse negócio jurídico; de maneira alguma se está induzindo que essa Corte Jurisdicional tenha acatado a tese de que o artigo do ADCT não seria norma de eficácia plena (auto-aplicabilidade). Essa situação ficou mais clara quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 3702514, no qual ficou expresso o posicionamento dos desembargadores pela auto-aplicabilidade do dispositivo em questão¹⁹, no entanto mantiveram a exigência de homologação judicial das cessões.

Dessa maneira, sob qualquer prisma que se analise, é de se confirmar o entendimento de que essa compensação constitucional é prevista por uma norma de eficácia plena, não podendo prevalecer as restrições e limitações impostas pela legislação infraconstitucional.

Essa modalidade de compensação, ao contrário da compensação tributária convencional, não está adstrita à conveniência e oportunidade da Administração Pública, já

Para a efetivação dessa compensação constitucional foi necessário que os entes federativos criassem uma normatização interna para disciplinar o procedimento a ser seguido, desde que não extrapolando os limites, nem inovando nos postulados estatuídos pelo dispositivo constitucional

que aquela decorre de uma *norma constitucional sancionatória*, tornando os valores das parcelas não liquidadas do precatório do correspondente período passíveis de serem imputados como pagamento à vista, uma vez que ganharam poder liberatório semelhante ao da moeda, conforme reconheceu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial n. 586172²⁰.

Seguindo esse entendimento, é perfeitamente possível que esses valores sejam imputados em face da entidade devedora para quitação de todo e qualquer débito, seja ele: corrente, inscrito em dívida ativa ou parcelado.

Outro, aliás, não deixou de ser o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento do mandado de segurança n. 158.999-1²¹, no qual determinou que Estado do Paraná acatasse o pagamento de débitos do parcelamento com valores dos “décimos vencidos”.

Ao criar impedimentos à compensação com créditos de precatórios judiciais de décimos vencidos, a Fazenda Pública está descumprindo disposição constitucional, a qual não traz essas limitações ao procedimento, o que denota a inconstitucionalidade da normatização infraconstitucional²².

Saliente-se que em se tratando de discussão acerca de aplicação de norma constitucional, essa matéria será de competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Esta Corte Jurisdicional já se manifestou favoravelmente ao reconhecimento como válido do direito à compensação constitucional, desde que preservado o limite das parcelas vencidas e obedecida a ordem cronológica prevista no artigo 100 da Constituição Federal²³.

Os direitos dos contribuintes estão espalhados por todo o texto constitucional, do qual o artigo 5º, § 2º²⁴, não exclui outros direitos que possam embasar a relação entre cidadão e Estado. Assim sendo, é evidente que o artigo que trata da compensação ora discutida (§ 2º, art. 78 ADCT) não se resume em uma forma de quitação das dívidas do poder público, mas sim num direito constitucionalmente assegurado ao titular dos créditos de precatório.

Por essa razão e considerando a auto-aplicabilidade desse dispositivo constitucional, esse direito à compensação somente poderia ser restringido ou limitado por uma norma do próprio texto constitucional ou por valores que tenham uma significância constitucional²⁵, mas jamais pela legislação hierarquicamente inferior. ■

NOTAS

1. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. V. 2. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 220.

2. CF – Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

3. Sobre as normas de competência, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho: “Conferindo ‘potestades’ aos sujeitos públicos e privados para produzir normas de comportamento, interpretá-las e aplicá-las voluntariamente, *ex officio* ou contenciosamente. Estabeleceriam como *deveriam* ser exercidas

tais potestades, sua extensão e limites. Deste tipo são as normas que outorgam competência aos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para a produção de atos funcionais legislativos, administrativos e jurisdicionais. De igual modo as normas que investem os particulares de capacidade para praticar e para celebrar atos jurídicos constitutivos (testar, votar, contratar etc.)”. (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 23)

4. Valendo-se das palavras de Sacha Calmon, as normas sancionantes ou punitivas “são as normas que *estatuem sanções* para certas condutas”, e mais adiante: “Não praticar um comportamento tem dois sinais: positivo e negativo. Quando um comportamento é punível, é porque o seu contrário é obrigatório. Se age quando o dever é uma omissão (por exemplo: não matar), a ação de matar é que é a hipótese de punição. Se não se age quando o dever é agir (por exemplo: pagar tributo), o comportamento consistente em não pagar – comportamento omissivo – é que é a hipótese de punição” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23-24)

5. “São as normas que obrigam comportamentos, campo de eleição da lógica jurídica. Destinam-se às autoridades e aos particulares. Desse tipo são as normas que *estatuem comportamentos* positivos e negativos, desde que ocorrentes certos pressupostos. São nucleares, no sentido de posicionar à sua volta o sistema jurídico. Se o Direito teleologicamente busca o controle do meio social, é claro que indica quais são os comportamentos desejáveis” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23)

6. Para José Afonso da Silva normas constitucionais de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”. (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 98-91)

7. “O indivíduo que cumpre o dever que lhe é imposto por uma norma jurídica, observa a norma jurídica; o indivíduo que, em caso de violação do Direito, efetiva a sanção estatuída na norma jurídica, aplica a norma. Tanto a observância da norma jurídica como a sua aplicação representam uma conduta conforme a norma. Se, por eficácia de uma ordem jurídica, se entende o fato de os indivíduos – cuja conduta ela regula enquanto liga a uma conduta por ela determinada um ato coercitivo, igualmente por ela determinado, a título de sanção – se conduzirem em conformidade com suas normas, então essa eficácia manifesta-se tanto na efetiva observância das normas jurídicas, isto é, no cumprimento dos deveres jurídicos por elas estatuídos, como na aplicação das normas jurídicas, isto é, na efetivação das sanções por elas estatuídas”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 130)

8. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5a. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p.232-246.

9. In *Diritto Tributario*, Milano, 1956 (trad. Italiana da 3a. edição alemã de 1933), pág. 143, *apud* BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 1972.

10. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br> – Acesso em 20/08/2006.

11. Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. 2004, P. 319.

12. Art. 1º O pedido para a compensação de precatórios próprios ou objeto de cessão, com créditos tributários ou não tributários do Estado do Paraná inscritos em dívida ativa, deverá ser preenchido em formulário próprio, conforme modelo constante do Anexo Único deste decreto, e protocolado na Secretaria de Estado da Fazenda, devidamente instruído com: I – prova de homologação judicial do crédito, seja por precatório próprio ou por cessão; II – ofício original expedido pelo Tribunal competente (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional do Trabalho ou Tribunal Regional Federal), comprobatório de que a homologação judicial foi inscrita no precatório correspondente; III – cópia atualizada do instrumento constitutivo da empresa que pretende a compensação, assim como outras informações necessárias à formalização do ato. [...]

§ 2º Somente serão aceitos para imputação no pagamento de tributos inscritos em dívida ativa os precatórios que estiverem registrados em nome do sujeito passivo interessado na imputação, ou que por instrumento público a ele tenham sido cedidos – mesmo que sob a condição de realizar-se a imputação – pelo titular, e que não tiverem recursos pendentes de julgamento com ou sem efeito suspensivo em favor da Fazenda Pública.

13. Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão [...]

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

[...]

II – em que o crédito:

a) seja de terceiros.

14. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 370.

15. Cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 389.

16. “A cessão de créditos é disciplinada pelos artigos 1.065 e seguintes do Código Civil. A teor de tais dispositivos, o credor é livre para ceder seus créditos, “se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor.” Em se tratando de créditos provenientes de condenações judiciais, existe permissão constitucional expressa, assegurando a cessão dos créditos traduzidos em precatórios (ADCT, Art. 78). Se assim acontece, não faz sentido condicionar a cessão ao consentimento do devedor – tanto mais, quando o devedor é o Estado, vinculado constitucionalmente ao princípio da impessoalidade. II - “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.” (Súmula 213/STJ) (ROMS Nº 12.735/RO – Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros.)

17. Voto da ministra Eliana Calmon no Resp 687761/RS – Rel: ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julg. 06/12/2005 – DJ 19/12/2005 p. 345 – STJ.

18. Execução fiscal. Pedido de extinção da obrigação tributária. Compensação. Ausência de homologação. Impossibilidade. I. A compensação tributária é possível, desde que haja estrita observância dos dispositivos legais que a autorizam. 2.

A compensação tributária com base em precatórios somente tem lugar se devidamente homologado o crédito, por decisão judicial. 3. Inexistindo esta homologação, obstaculizada está a compensação tributária.” (TJPR Agravo de Instrumento nº 0174075-6 Rel. Des. Rosene Arão de Cristo Pereira. DJ 16/09/2005).

19. “Não se diga que os decretos são inconstitucionais, por não haver lei a ser regulamentada que autorize a compensação. Isso porque a norma contida no art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é de aplicação imediata e de eficácia plena, sendo desnecessária sua previsão em lei”. 5a. Câmara Cível – (Agravo de Instrumento n. 3702514 – Relator: Leonel Cunha – Julg. 23/08/2006 – DJ: 7194)

20. “Isso ficaria mais evidente em casos de cessão de crédito, em que o precatório, impulsionado pela facilidade de circulação de sua titularidade jurídica, ganharia um poder liberatório semelhante ao da moeda, eficácia essa que a Constituição reservou a casos excepcionais (ADCT, art. 78, § 2º). Recurso especial improvido” (REsp 586172 / DF ; Recurso Especial 2003/0157176-7 – Rel. Min. José Delgado. 1º Turma. Julg. 06/04/2006. DJ 02.05.2006 p. 251)

21. No mesmo processo, o desembargador Sergio Rodrigues, ora relator designado, proferiu seu voto favorável a concessão da segurança, argumentando que “o pagamento de tributos, mediante a utilização de precatórios revestidos do poder liberatório, como aqui se registra, não se identifica como modalidade de

compensação, é pagamento à vista, substituindo a moeda circulante pelos precatórios, tanto que um vocábulo, como o outro, deve ser tomado na significação da extinção da obrigação” (TJ-PR - MS nº 158.999-1, da Comarca de Curitiba. Impetrante: Viação Ouro Branco S/A. Impetrado: Secretário de Estado da Fazenda. Litis. Passivo: Estado do Paraná. Relator: Des. Sergio Rodrigues).

22. “Neste caso, se a norma constitucional não impôs qualquer restrição a tal compensação, de forma a atrelá-la a débitos inscritos em dívida ativa, não vejo como se possa admitir que a administração pública queira restringir o alcance do dispositivo legal, a ponto de criar um pressuposto que a Emenda Constitucional não trouxe.” (TJ-PR. Mandado de Segurança nº 125.289-9)

23. Ementa: Constitucional. Precatório. Compensação de crédito tributário com débito do Estado decorrente de precatório. CF, art. 100, artigo 78, ADCT, introduzido pela EC 30 de 2002. I. Constitucionalidade da Lei 1.142, de 2002, do Estado de Rondônia, que autoriza a compensação de crédito tributário com débito da Fazenda do Estado decorrente de precatório judicial pendente de pagamento, no limite das parcelas vencidas a que se refere o artigo 78 do ADCT/CF, introduzido pela EC 30, de 2000. II. ADI julgada procedente. (ADI 2851-1 rel. Min. Carlos Velloso – 03.12.2004)

24. CF – Art. 5º [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

25. ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, nº 217, p. 67/79, jul/set, 1999.

Sob qualquer prisma que se analise, é de se confirmar o entendimento de que essa compensação constitucional é prevista por uma norma de eficácia plena, não podendo prevalecer as restrições e limitações impostas pela legislação infraconstitucional

OS ACINTES DA NOVEL LEI DE TÓXICOS

Paulo Bracks
Advogado/SP

1. Introdução

A nova Lei de Tóxicos, nº 11.343, publicada no dia 23 de agosto de 2006, e em vigor desde o dia 8 de outubro, trouxe substanciais – algumas delas desditosas – alterações no nosso ordenamento jurídico.

À minha exegese, escudada no trabalho diário com a área criminal, a lei não atinge o escopo de repreensão dos crimes afetos aos entorpecentes, pois deixou de prever importantes artigos do anterior diploma, e alterou de forma contundente alguns dispositivos, chegando a ferir, inclusive, princípios comezinhos do nosso direito penal.

O presente estudo procurará trazer alguns acintes abrigados pela neófito lei – que revogou as Leis nºs 6.368/76 e 10.409/02 –, sem possuir a altivez, entretanto, de esgotar todas as alterações feitas.

2. Do tráfico de drogas

Seguindo a cronologia da nova lei, ressalta-se, *a priori*, o artigo 33, substituto do antigo artigo 12, da Lei nº 6.368/76, referente ao tráfico de drogas.

A redação do *caput* ficou inalterada, todavia, a pena mínima cominada para o condenado nas iras do artigo 33 se elevou, eis que, antes, a menor reprimenda para o traficante era de 3 (três) anos de reclusão, passando agora para 5 (cinco) anos. Contudo, na prática, essa alteração nem sempre implicará maiores gravames ao agente, pois, dependendo do caso em julgamento, pode lhe ser até mais benigna em comparação à pena anterior.

De acordo com o § 4º, do artigo em comento, os delitos definidos no *caput* e no § 1º, poderão ter as penas respectivas reduzidas de 1/6 (um sexto) até incriveis 2/3 (dois terços), “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Preenchidos pelo condenado os requisitos do artigo 33, § 4º, terá ele sua pena-base reduzida em 2/3 (dois terços), ou seja, se estabelecida a reprimenda no mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão, esta tornar-se-á definitiva, à míngua de outras circunstâncias, no vil e lúgubre patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Como adendo, mister se faz ressaltar que, malgrado o termo ser ‘poderá’, a praxe jurídica indica que, quando se trata de ato judicial, esse verbo tem-se transformado em ‘deverá’, por traduzir direito público subjetivo do réu. O douto julgador, ao notar estar o agente incurso em todas as exigências expostas no malfadado § 4º, terá de reduzir-lhe a pena em seu máximo grau.

Porém, é de se questionar, ante a novel redação, como o insigne julgador irá atestar se o acusado se dedica ou não às tais atividades criminosas? O que seriam atividades criminosas senão a própria incursão do réu de uma conduta definida, na lei, como crime? E a referida organização criminosa, como defini-la? Teremos clubes de narcotráfico dos quais os sócios poderão ostentar

carteirinhas para, de posse de tais informações, o magistrado ser capaz de aferir se está ou não o réu “integrado em organização criminosa?” Talvez, a lamentável redação *in fine* do citado dispositivo pretenda que todo réu incurso e preso amparado pelo artigo 33, da nova lei, afirme sem constrangimento, quando questionado acerca de sua profissão, ser “traficante de drogas da organização criminosa do meu bairro”.

Nenhum réu irá confessar ser partícipe de atividade criminosa ou esposar livremente ser integrante de uma cadeia organizada com o intuito de cometer delitos, ainda mais após passarem a ter ciência de que isso, não caracterizado, reduzirá suas penas. Ficará, por conseguinte, ao alvedrio do juiz, o que é assaz subjetivo e desprovido de segurança jurídica, estabelecer se o réu preenche ou não os requisitos trazidos pela lei para reduzir-lhe a pena em tão significativo patamar.

Destarte, não apenas a lamentável omissão sobre a falta de conceituação de atividade ou organização criminosa, mas, mormente, a teórica elevação da pena mínima concernente ao tráfico de drogas, ensejam merecidas censuras ao novo diploma especial.

De se ressaltar, também, a revogação pela novel lei do anterior disposto no artigo 12, III, da Lei nº 6.368/76, que previa pena igual à do traficante para o agente que: “contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Não obstante as denúncias que vierem a ser oferecidas por quem pratica a ação do extinto dispositivo possam ser descritas, em analogia, com fincas no atual artigo 36, a alteração compele a Superior Instância a absolver os vários agentes condenados por fatos ocorridos sob a égide da 6.368/76, ante a aplicação imediata de lei mais benéfica ao réu, e impossibilidade da alteração da capitulação da exordial acusatória nesta fase processual.

3. Associação para o tráfico

Com relação ao delito de associação para o tráfico, crime autônomo que independe da ocorrência do tráfico de drogas em si (“Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 desta lei”), a única alteração foi no *quantum* referente ao pagamento da multa cumulativa, tendo sido aumentado o dias-multa – antes de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) – para 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos).

A crítica sobre o referido artigo não é ínsita, somente, à novel lei, eis que permaneceu inalterável a redação. Se o crime do artigo 35 – artigo 14, da Lei nº 6.368/76 – é, como frisado alhures, autônomo, seria de bom alvitre ter sido alterada a redação do artigo, conceituando melhor qual conduta traduz, de fato, o crime de associação para o tráfico. Pelo *caput*, presume-se que o condenado no esteio

do artigo 35 tem de, necessariamente, ter praticado, associado a outrem, um dos crimes dos artigos 33 ou 34, o que não é verdade.

Sendo independente, o crime de associação prescinde da prática do tráfico de drogas pelo réu, sendo perfeitamente possível, ao contrário do que denota uma acurada leitura do *caput*, ser o agente denunciado e condenado somente no atual artigo 35. Já que a novel lei deveria pautar pela modernidade e atualização da antiga, esta redação não poderia ter continuado imutável.

4. Da causa de aumento pela associação eventual

Outra lamentável disposição da Lei nº 11.343/06 foi a revogação da anterior causa de aumento do tráfico de drogas, quando este era cometido em associação eventual.

A lei anterior, em seu artigo 18, III, previa como aumento de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) caso o crime de tráfico fosse cometido em associação eventual, ou seja, praticado por, no mínimo, duas pessoas, desde que ausente entre elas a união estável, o *animus* presente no já citado artigo 35, da nova lei.

Quem lida com os processos de tráfico de drogas têm a ciência de que a maioria dos delitos desta jaez não são praticados pelo indivíduo sozinho, eis que, pela pluralidade de condutas concatenadas para a configuração cabal do delito, o usual é ser o crime eivado de auxílio de outrem, de um co-autor.

Vários réus denunciados conforme antigos artigos 12 e 14 (atuais 33 e 35, respectivamente), acabavam por ser condenados nas sanções do tráfico de drogas, absolvidos do delito de associação, porém, terão a pena aumentada pela incidência da majorante do artigo 18, III, pela presença de pluralidade de agentes, mas ausência de união estável entre os mesmos para o cometimento do delito.

Ausente a caracterização da sociedade prévia e adrede avençada entre os réus que foram flagrados exercendo o nefasto comércio clandestino de drogas, o caso era de condená-los nas iras do tráfico, incidindo a justa causa de aumento da associação eventual, pela co-autoria efêmera. Todavia, isso não mais irá ocorrer, pela infeliz revogação do dispositivo.

Ademais, não tendo a novel Lei de Tóxicos previsto a majorante da associação eventual para o tráfico, o dispositivo, por ser mais benigno aos réus, possui aplicação imediata, conforme reza o artigo 2º, do Código Penal – *novatio legis in mellius* –: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Caso os autos subam à Superior Instância com recurso dos traficantes, condenados com a incidência da majorante do artigo 18, III, ser-lhes-á decotada tal pena por imposição legal, ainda que não exista pedido nesse sentido da defesa.

5. Do uso de entorpecentes

Por derradeiro, trazemos à baila talvez o maior acinte da novel lei, o artigo referente ao uso de entorpecentes.

Com a redação atual do artigo 28, *pasmem*, o delito de uso de drogas não é mais punido com pena de detenção, tampouco pagamento de multa, como o era no artigo 16, da Lei de 1967. A partir de 8 de outubro de 2006, o usuário, flagrado fumando seu ‘baseado’ de maconha, cheirando sua ‘carreira’ de cocaína, ou degustando seu ‘cachimbo’ de crack, não poderá sequer ser preso, ante a vedação legal.

Consoante a nova lei, através do artigo 28, as penas previstas para o usuário de drogas consistem em I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; e III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Se não bastasse retirar a pena de detenção e a multa do usuário condenado, ainda prevê a lei atual uma desconcertante e desafortunada advertência sobre os efeitos das drogas. Para prever tal reprimenda, partiu o legislador da premissa que o usuário desconhece os consectários do uso de drogas? Caso afirmativo, é de se lamuriar estar o legislador desprovido de informações sobre a hodierna sociedade, pois, os usuários são, geralmente, aqueles que mais conhecem os efeitos das drogas, sendo os malefícios, por mais que isso possa incomodar a inteligência de quem redigiu a lei, um dos atrativos do uso.

Ademais, quem fará e como será a primeira admoestação sobre os efeitos da droga? Aguardemos.

O usuário é o timoneiro da nau, o fomentador do tráfico de drogas, crime este que deveria ser coibido em todas as suas diretrizes, mormente em seu nascedouro. Seria mais fácil reprimir o delito de tráfico ilícito de entorpecentes se pudéssemos tentar impedir o crescimento desenfreado do número de incautos – ou dos calejados – usuários, sempre dispostos a desfazer-se de seu patrimônio com o fito de sustentar seu vício.

Outrossim, dúvidas pairam se o novo crime de uso de entorpecentes, pela ausência de previsão de qualquer pena – seja detenção ou reclusão – seria, de fato, um delito, sob o prisma do nosso ordenamento jurídico.

Com espeque no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941, assinado pelo então presidente Getúlio Vargas): “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Ora, partindo do silogismo oriundo da filosofia do direito, se crime é aquele no qual haja previsão de pena de detenção ou reclusão, e se o artigo 38 não prevê esses tipos de reprimenda, logo, não é delito, ao arrimo do nosso direito penal.

Destarte, até que as discussões sobre a descriminalização do uso de entorpecentes se encetem, o artigo encontra-se em vigor, para ser aplicado aos

Não apenas a lamentável omissão sobre a falta de conceituação de atividade ou organização criminosa, mas, mormente, a teórica elevação da pena mínima concernente ao tráfico de drogas, ensejam merecidas censuras ao novo diploma especial

denunciados sob a égide da nova lei, e até mesmo em prol daqueles que, mesmo condenados na jurisdição da lei antiga, possam ser beneficiados, com fulcro no já citado princípio do *novatio legis in mellius*.

6. Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que a neófito Lei nº 11.343/06, apesar das várias alterações na redação da revogada Lei nº 6.368/76, não obrou com a devida severidade que deveria nortear a entrada em vigor de dispositivos desta natureza na seara penal.

Porém, a benevolência aflorada da nova lei não mais assusta os operadores do Direito Penal, eis que, após ter nosso Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição da República, julgado inconstitucional a vedação à progressão de regime aos condenados em crimes hediondos – v.g. estupro e homicídio qualificado – ou a eles equiparados – caso do tráfico de drogas –, era mesmo de se esperar legislações mais brandas.

Ora, embora seja vedada a aplicação de penas alternativas aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, isso, inclusive, já ocorreu, no julgamento do HC nº 84.928-MG, cujo relator foi o ministro Cezar Peluso. *In casu*, o traficante de drogas teve sua pena de reclusão substituída por doação de cestas básicas, de onde se espera que, em pouco tempo, permanecendo a onda liberalizante difundida por nosso maior Tribunal, teremos o traficante sendo condecorado com uma medalha pelo dignificante *munus* que exerce.

A nova Lei de Tóxicos, sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, com esteio de seu ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos – dono de um dos maiores escritórios de advocacia criminal do Estado de São Paulo –, deveria ser guiada pela austeridade, e não pela benevolência aos traficantes de drogas e seus inseparáveis comparsas, os usuários de entorpecentes. Enfim, na democracia, cada povo tem o Governo – e, por corolário, o Supremo Tribunal Federal – que merece. ■

RAZÕES RECURSAIS DESPROVIDAS DE FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO DE REQUISITO FORMAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELO JUIZ DA CAUSA. MEDIDA AGILIZADORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Accácio Cambi

Diretor da Escola da Magistratura do Paraná

Um dos requisitos indispensáveis para a interposição do recurso de apelação está previsto no artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil, que consiste nas razões recursais, através das quais o recorrente visa obter a reforma parcial ou total da sentença, porque “a fundamentação é imprescindível, para que o apelado e o próprio órgão *ad quem* fiquem sabendo quais as razões efetivamente postas pelo apelante como base de sua pretensão a novo julgamento, mais favorável”¹.

É sabido que “as razões de apelação (‘fundamento de fato e de direito’), que podem constar da própria petição ou ser oferecidas em peça anexa, compreendem, como é intuitivo, a indicação dos *errores in procedendo* ou *in iudicando*, ou de ambas as espécies, que ao ver do apelante viciam a sentença, e a exposição dos motivos por que assim

se não de considerar”; que “não é satisfatória a mera invocação, em peça padronizada, de razões que não guardam relação com o teor da sentença”², devendo o recorrente “declinar o porquê do pedido de reexame da decisão”, pois “só assim a parte contrária poderá contra-arrazoá-lo, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal”³; “Deve existir simetria entre o decidido e o alegado no recurso, ou seja motivação pertinente” e “carecem de atualidade, à vista do ato impugnado (as razões) pela simples referência a atos processuais anteriores”, ou quando “o recorrente se reporta a alegações expendidas anteriormente à emanção do ato impugnado”⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa orientação, já asseverou que: “As razões do recurso apelatório são deduzidas a partir do provimento judicial recorrido, e devem profligar os argumentos deste, insubstituíveis (as razões) pela simples referência a atos processuais anteriores, quando sentença inexistia, ainda”⁵, assim como que “deve o apelante impugnar, especificamente, cada questão versada na sentença recorrida, sob pena de não se transferir ao tribunal *ad quem* a matéria discutida”⁶.

Sobre o tema em estudo, de forma didática, explica o ex-ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira⁷ que, “da mesma forma que se faz necessária a impugnação específica na contestação, deve o apelante impugnar ponto por ponto da sentença, sob pena de não se transferir ao juízo *ad quem* o

Não basta ao apelante, nas razões recursais, reportar-se aos argumentos já expostos na inicial ou na resposta, para efeito de obter a reforma parcial ou total da sentença impugnada. É necessário que o recorrente apresente razões, enfocando diretamente os fundamentos da decisão recorrida...

conhecimento da matéria em discussão (*tantum devolutum quantum apelatum*)”.

Portanto, não basta ao apelante, nas razões recursais, reportar-se aos argumentos já expostos na inicial ou na resposta, para efeito de obter a reforma parcial ou total da sentença impugnada. É necessário que o recorrente apresente razões, enfocando diretamente os fundamentos da decisão recorrida, porquanto “se o recorrente limita-se a reproduzir os argumentos constantes na petição inicial dos embargos que opôs à execução, sem fazer referência de fato ou fundamento quanto aos motivos pelos quais a magistrada julgou improcedente os seus pedidos...”⁸, ou porque, em suas razões, não impugnou ponto por ponto da sentença, limitando apenas “a reproduzir os argumentos contidos na contestação (‘as razões do recurso apelatório são deduzidas a partir do provimento judicial recorrido, e devem profligar os argumentos deste, insubstituíveis [as razões] pela simples referência a atos processuais anteriores, quando a sentença inexistia, ainda’)⁹, não deve ser conhecido o recurso de apelação interposto”.

Em suma, não contendo o recurso aquele requisito formal – razões recursais, devidamente fundamentadas, com pedido de nova decisão, modificando parcial ou totalmente a sentença recorrida –, apresentam-se duas oportunidades para que, no ato de apreciação dos requisitos de admissibilidade, o recurso não seja conhecido:

a) pelo juiz da causa, se o recorrente omitiu o requisito da fundamentação, relativo à regularidade formal do recurso, mesmo depois de o apelo ter sido recebido pelo Juízo (§ 2º, do artigo 518, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 11.276 de 7 de fevereiro de 2006), isto porque “até o advento da Lei nº 9.139, não era lícito ao juiz *a quo*, depois de receber a apelação, reconsiderar o ato para negar seguimento ao recurso (...), já que “não haveria razão lógica para que, mesmo convencido da respectiva ocorrência, tivesse aquele, não obstante, de dar seguimento, com frieza burocrática, à apelação”¹⁰.

b) ou pelo relator da apelação, caso tal medida não tenha sido tomada por aquele magistrado, considerando que “...seja qual for o recurso, pelo menos a questão da admissibilidade, não deve jamais ser subtraída à apreciação

do órgão *ad quem*”¹¹, mesmo porque se trata de questão “de ordem pública”, que pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador¹².

A medida acima preconizada está em consonância com a Reforma do Judiciário, prevista na Emenda Constitucional nº 45/04, que priorizou a celeridade da atividade judicante, desde que seja aplicada, desde logo e com maior intensidade, pelo Juízo *a quo*, pois, na Instância Superior, já vem sendo regularmente pelo Tribunal de Justiça do Paraná – cf. acórdãos nºs 15.668/5a. Câmara; 3.694/10a. Câmara; 1.488/11a. Câmara; 4.047, 4.057 e 4.206/15a. Câmara. Tal medida, sem dúvida, irá propiciar à parte vencedora imediata execução da sentença e atende ao princípio da economia processual, evitando, assim, “a remessa dos autos ao órgão *ad quem* nos casos em que o recurso é manifestamente inadmissível e insuscetível de ser conhecido”¹³.

NOTAS

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Com. ao C.P. Civil*. 11a. edição. Pág. 427.
2. Idem. *Ibidem*, pág. 423.
3. NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5a. ed., págs. 149 e 150.
4. ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS RECURSOS CÍVEIS DE ACORDO COM A LEI 9.756/98. Condições de Admissibilidade dos Recursos Cíveis. Araken de Assis. Edição 1999. Pág. 43.
5. REVISTA DO STJ. Vol. 54. Pág. 192.
6. RESP 217.985-MG, 6a. Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 1.8.2000.
7. RESP 50.036-PE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 8.5.96.
8. Acórdão nº 19.043 da 2a. Câmara Cível, TJPR.
9. Acórdão nº 15.138 da 2a. Câmara Cível, TJPR.
10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Com. ao C.P. Civil*. 11a. ed., pág. 459.
11. Idem, pág. 263.
12. ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS RECURSOS CÍVEIS. Juízo de Admissibilidade e Juízo de Mérito dos Recursos. Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues. Edição 2002, pág. 226.
13. Idem, pág. 228.

AS DÚVIDAS SOBRE OS DIREITOS TRABALHISTAS DO EMPREGADO DOMÉSTICO APÓS A LEI 11.324/06

Ulisses Otávio Elias dos Santos
Advogado Trabalhista/MG

Em vigor desde 20 de julho de 2006, a Lei nº 11.324/06 alterou significativamente os direitos trabalhistas do empregado doméstico, no tocante aos descontos salariais, férias, estabilidade da empregada doméstica grávida e direito ao descanso nos feriados (civis e religiosos).

De acordo com a Lei 5.859/72, empregado doméstico é “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito

residencial destas”. Neste rol estão as empregadas domésticas propriamente ditas, caseiro, motorista particular, guarda ou vigia de residência, enfermeira particular, marinheiro de barco particular, piloto de avião particular, dentre outros que prestem serviços no âmbito familiar.

A Lei nº 11.324/06 acrescentou à Lei nº 5.859/72 no seu art. 4º-A, que: “É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a

confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.” Trata-se de essencial e justa inovação, ampliada a empregada doméstica à aludida garantia de emprego, porém é imperioso ressaltar a proibição de exigir da empregada doméstica no ato da contratação ou durante o contrato de trabalho o malfadado teste de gravidez, pois constitui ato perverso de discriminação, podendo até gerar indenização por danos morais e materiais.

Além disso, outro ponto controvertido seria o número de dias das férias do empregado doméstico; restou elucidado, de acordo com a nova redação do art. 3º da Lei nº 5.859/72, que: “O empregado doméstico terá direito a férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias com, pelo menos, 1/3 (um terço) a mais que o salário normal, após cada período de 12 (doze) meses de trabalho, prestado à mesma pessoa ou família.” Este artigo apenas confirmou o que já era previsto na Constituição Federal no art. 7º inciso XVII: gozo de férias anuais remuneradas com, pelos menos, um terço a mais do salário normal” e interpretações dos tribunais pátrios.

Noutro ponto o art. 9º da Lei nº 11.324/06, por sua vez, revogou a alínea *a* do art. 5º da Lei nº 605/49. Assim, com a revogação o empregado doméstico passa a ter o direito, também, ao descanso nos feriados (civis e religiosos) de forma remunerada.

A recente Lei nº 11.324/06 acrescentou o art. 2º-A na Lei nº 5.859/72, que estabelece o seguinte: “É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia.” Logo, está regra aplica-se a partir de 20 de julho de 2006.

A proibição de o empregador doméstico efetuar desconto no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene e moradia, decorre da eficaz necessidade da própria prestação de serviço pelo empregado doméstico. Esta situação torna-se mais evidente de quanto o empregador necessita que o empregado doméstico resida no local de trabalho, assim pactuado o trabalho, tornando-se imprescindível o fornecimento das referidas utilidades.

O § 1º do Art. 2º-A esclarece que: “Poderão ser descontadas as despesas com moradia de que trata o *caput* deste artigo quando essa se referir a local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviço, e desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes”.

Logo, para possibilitar o desconto da moradia fornecida, são necessários dois requisitos, concomitantemente: que o local da moradia seja diverso da residência em que ocorrer o labor; e a possibilidade acordada entre as partes. Embora a disposição não mencione acordo escrito, mas expresso, o ideal é que a referida determinação esteja prescrito em contrato de trabalho ou regulamento interno do empregado doméstico.

O § 2º do Art. 2º-A diz: “As despesas referidas no *caput* deste artigo não têm natureza salarial nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos.”

No tocante ao FGTS a situação continua nos mesmos moldes, ou seja, o depósito do FGTS é facultativo. A inclusão do empregado doméstico será automática, ocorrendo com o primeiro depósito pelo empregador na conta vinculada e, após a inclusão, não pode o empregador voltar atrás relativamente àquele vínculo de emprego (a opção é irretratável). A irretratabilidade da inclusão no FGTS somente existe para uma específica relação de emprego, não se transferindo com o empregado após sua dispensa nem obrigando o próximo empregador para com outros empregados que não aquele cuja inclusão requereu. Porém, não se pode demitir o empregado doméstico optante e recontratá-lo sem o benefício (direito adquirido).

A informação que se dá conta é de que a inserção obrigatória dos empregados domésticos no sistema do FGTS, com a respectiva reflexão no seguro-desemprego, deve ser objeto de projeto de lei específico, possibilitando a maior discussão e ponderações a respeito da matéria.

A Lei nº 11.324/06 está em plena vigência e suas novas disposições no ordenamento jurídico têm incidência de forma imediata, ou seja, os efeitos produzidos a partir da entrada em vigor da referida lei são regidos, imediatamente, de modo que, a partir de 20 de julho de 2006, é vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação,

vestuário, higiene ou moradia.

É certo que a garantia de emprego da empregada doméstica gestante iniciou-se a partir da entrada em vigor da nova lei. A título de exemplo, uma empregada doméstica: mesmo que o parto já tenha ocorrido quando da entrada em vigor da lei citada, pode-se entender presente o direito à mencionada garantia de emprego, desde que ainda não tenha é claro se dissipado o próprio prazo de cinco meses (após o parto).

Com relação às férias de 30 (trinta) dias, o art. 5º da Lei 11.324/06 diz: “aplica-se aos períodos aquisitivos iniciados após a data de publicação desta Lei”.

Para se compreender melhor o dito período aquisitivo, ele se adquire somente após 12 meses de vigência do Contrato de Trabalho do empregado e a partir de então é que haverá o direito às férias. E com base na nova lei, para se obter o direito de 30 (trinta) dias de férias é necessário que o período aquisitivo inicie-se a partir da data de publicação da Lei, ou seja, 20 de julho de 2006. Por isso, se o período aquisitivo iniciou-se no dia 20 de julho de 2006, as férias serão de 30 (trinta) dias, caso contrário se o período aquisitivo iniciou-se anteriormente a 19 de julho de 2006, continua a aplicação dos 20 (vinte) dias de férias presente na Lei anterior.

Cabe ressaltar que tanto o empregado e principalmente o empregador doméstico devem ficar atentos às mudanças. O correto é a elaboração de um Contrato de Trabalho e Regulamento Interno dentro dos padrões da legislação vigente para não sofrer futuros dissabores. ■

A proibição de o empregador doméstico efetuar desconto no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene e moradia, decorre da eficaz necessidade da própria prestação de serviço pelo empregado doméstico

INFLUÊNCIAS DE TEIXEIRA DE FREITAS NA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

Parte I

Vinicius Elias Hauagge

*Advogado. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Tributário pelo IBEJ
Mestrando em ciências jurídico-históricas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal*

Introdução

Os doutrinadores são unânimes quando afirmam ser o Direito Privado brasileiro¹ contemporâneo mais lusitano que o Direito português atual².

Tal fato ocorreu em razão de uma série de fatores, dentre os quais o mais importante, seguramente, foi a vigência em solo brasileiro do Livro IV das Ordenações Filipinas até o início do século XX, ocasião em que foram substituídas pelo Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua.

Apesar de não sofrer influências diretas³ do projeto de Teixeira de Freitas, o Código de 1916 e da mesma sorte o de 2002, mantiveram em sua essência, a estrutura jurídica herdada de Portugal, anteriormente condensada por Teixeira de Freitas.

Então, pretende-se com o presente estudo, fazer uma sucinta análise do Direito brasileiro posterior à independência política, ocorrida em 1822, ressaltando ainda o papel de Teixeira de Freitas na codificação em terras americanas.

Objetiva-se, também, traçar os prováveis rumos seguidos pelo legislador do século XXI, apontando-se ainda um dos muitos caminhos que eventualmente serão trilhados pelo Direito Privado no seu constante desenvolvimento.

1. Da independência política

1.1. Antecedentes

Em 7 de setembro de 1822⁴, nas margens do Ipiranga, Dom Pedro I⁵ apenas concretiza o processo inevitável e irreversível de independência política, iniciado de forma mais clara e evidente com a chegada da Corte Portuguesa no Hemisfério Sul.

Durante os quase treze anos em que permaneceu no Brasil, Dom João VI promoveu mudanças significativas no perfil social e econômico, que culminaram com a independência decretada por seu filho. Dentre tantas, pode-se afirmar que a abertura dos portos para as nações amigas certamente foi a mais relevante⁶.

Ao assim agir, extinguiu o monopólio⁷ de Portugal sobre o comércio⁸, perdendo então o Brasil a característica principal daquilo que se pode chamar de colônia⁹.

No ano de 1815, o território teve sua categoria elevada, com a criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve. Pouco tempo depois, em decorrência do falecimento de sua mãe, D. Maria I, Dom João VI foi aclamado e coroado rei de Portugal¹⁰, mas mesmo assim permaneceu em solo sul-americano.

Em seguida, mais precisamente em 1820, eclode a “Revolução do Porto” e, diante do desenrolar da crise,

não resta alternativa ao monarca senão o retorno para Portugal em abril de 1822. Entretanto, sabiamente, deixa seu filho em território brasileiro no cargo de príncipe regente¹¹.

Para atender os interesses da burguesia lusitana, Lisboa edita decretos exigindo o imediato regresso do herdeiro para o velho continente, obrigando ainda total e irrestrita obediência das províncias do além-mar à Metrópole.

Extingue-se também o Tribunal de Suplicação existente na cidade do Rio de Janeiro. Agindo assim, objetivou-se a total submissão do território brasileiro à justiça portuguesa.

Com estes atos unilaterais, fica cristalino o interesse das Cortes em impor novamente o ‘pacto colonial’, pois inúmeros benefícios conferidos quando da presença de Dom João VI foram cassados de forma sumária e injustificada.

Evidente que tais atitudes arbitrárias repercutiram imediatamente, resultando em enorme mobilização da elite brasileira, acostumada com as benesses concedidas por Dom João VI quando de sua permanência em terras americanas.

1.2. Da concretização

Dotado de excelente reputação entre os súditos, especialmente na alta camada social¹², o regente desobedece ao comando e permanece em terras brasileiras¹³. No mês de maio de 1822 estabelece a política do “cumpra-se”¹⁴.

O anseio por uma nação independente infla a sociedade e, na data de 1º de agosto, Dom Pedro dirige um manifesto aos brasileiros, onde solicita a união da coletividade em prol dos interesses da pátria nascitura.

Cinco dias após, edita novo documento em que exige o reconhecimento pelos demais povos dos direitos do Brasil. Posteriormente, conclama a instauração de uma assembléia constituinte, seguido de um ato que prega serem inimigas todas as tropas portuguesas que chegassem ao Brasil sem seu prévio consentimento.

No mesmo mês, viaja até a província de São Paulo para resolver problemas decorrentes de uma suposta revolução, e, durante sua ausência, chegam ao Rio de Janeiro ordens das Cortes Portuguesas exigindo seu imediato retorno para Portugal. No mesmo documento, anulava-se também a convocação da constituinte tencionada pelo príncipe.

Diante do teor das correspondências vindas do outro lado do Atlântico, sua esposa, D. Leopoldina, em conjunto com seu conselheiro José Bonifácio, escreve ao

príncipe relatando o ocorrido. Dom Pedro recebe a missiva na tarde do dia 7 de setembro¹⁵ e após leitura, segundo relatos, montou em seu cavalo e se dirigiu às margens do Ipiranga, onde com gesto teatral, bradou a tão famosa frase: “Independência ou Morte!”

O Brasil materializa então, na pessoa de seu Imperador, o desejo instintivo daquele filho que, após ser criado e educado por seus genitores, objetiva de forma irreduzível e incansável se desvincular do seio materno¹⁶.

2. Das conseqüências legislativas

2.1. Do Decreto de 20 de outubro de 1823

Evidente que o processo de concretização da independência política não seria algo rápido e fácil, e num exercício de ficção, transportando-se essa afirmativa para a realidade atual, exigir-se-iam enormes esforços dos governantes para organizar e estruturar um estado dotado de dimensões continentais; não obstante a agilidade da informática, conjugada com as facilidades de transporte e comunicação.

Porém, a realidade encontrada por Dom Pedro é outra; sequer existiam os meios de comunicação modernos¹⁷, o que fez a notícia do desmembramento se espalhar lentamente pelos rincões mais longínquos do país.

Da mesma forma, o controle e a instauração da máquina estatal era (e ainda é) algo moroso e extremamente burocrático, fazendo-se necessário adaptar e aproveitar ao máximo a estrutura existente instalada por Portugal.

E o mesmo aconteceu na esfera legislativa, pois o Estado e seus integrantes não poderiam ficar órfãos diante da ausência de uma legislação originalmente brasileira¹⁸.

Por tais razões que, não obstante a independência, na data de 21 de outubro de 1823 é editada uma norma em que se determina que as ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 vigorariam no outro lado do Atlântico enquanto não se organizasse um novo Código, ou não sofressem alteração legislativa¹⁹.

2.2. Da Constituição de 1824

Em 17 de abril de 1823, iniciam-se os trabalhos preparatórios da Assembléia Constituinte convocada para o dia 3 de maio do mesmo ano. As atividades seguem de forma tumultuada, até que na sessão de 5 de setembro o projeto²⁰ foi finalmente apresentado.

Era excessivamente prolixo e confuso, com inúmeros defeitos de técnica e terminologia. Tais fatores procrastinavam a aprovação do texto, gerando ao mesmo tempo atrito com o Imperador. Por sua vez, a população, alheia aos problemas formais, tinha pressa na concretização da primeira Lei Maior e em 10 de novembro invade a Casa de Leis.

Ante o ocorrido, D. Pedro dissolve a assembléia, outorgando no ano seguinte a Carta Constitucional Brasileira, que preconizava em seu artigo 179²¹ a elaboração de Códigos Civil e Criminal.

A confecção de tais dispositivos legais era urgente, motivado não somente pelo fato de vigorar no país legislação estrangeira, mas também em razão da ótica predominantemente medieval²² inseridas nos textos, que não refletiam a realidade vigente no século XIX.

3. Do movimento codificador²³

3.1. Antecedentes

A codificação, propriamente dita, tem sua semente lançada no raiar da idade moderna, quando se deixa de lado a concepção escolástica do Direito e os estudiosos buscam uma justificativa temporal para o sistema que regulamenta a vida em sociedade.

Derrubam-se assim as muralhas medievais, quebrando-se as antigas estruturas do sistema: o *homem converte-se no centro do universo!*²⁴ É clara a necessidade de novos paradigmas para a justificativa do poder e das normas.

O Direito Natural é desvinculado de qualquer concepção cristã, afinal “a relação homem-transcendente foi enfraquecendo e não tardou a contestar-se frontalmente a religião: o pensamento moderno rompeu com o teológico e tornou-se laicizante”²⁵. Esta concepção afeta inclusive a nobreza, pois “os próprios reis não podiam subtrair-se às leis naturais, fundamentais, universais, permanentes, imutáveis, que decorrem da natureza humana”²⁶.

Descartes, Newton, Leibniz, Galileu e outros gênios transmitem seus ensinamentos. Os doutrinadores contagiam-se pelo espírito vigente²⁷ e a sustentabilidade do Direito, baseada no Antigo Regime, é abalada; almeja-se uma certeza jurídica²⁸ que não é mais fornecida pela opinião comum dos doutores²⁹.

Grócio explana suas idéias com a publicação da obra *Direito da Guerra e da Paz*, texto que segundo Mário Júlio da Costa, em muito influenciou o “novo Direito Natural”³⁰. Este recebe uma nova roupagem, concebida como racional e subjetivista, daí decorrendo os Direitos individuais dos cidadãos, oponíveis ao Estado e inerentes à natureza humana. O Iluminismo espalha-se pelo Ocidente³¹.

A construção ideológica do século XVIII e XIX está fundada no princípio de um homem dotado de certos Direitos naturais inalienáveis e que o principal fim do Estado é assegurar estas garantias³².

Tais garantias levam à transformação do Direito de liberdade, que se desdobra em liberdade religiosa, política e jurídica. Por fim, compreende-se que o único modo eficaz de assegurar a liberdade é garantindo a igualdade entre os homens, e do ponto de vista político, no princípio da soberania popular³³.

Abrem-se assim as portas para o papel do governante legislador, pois neste novo contexto, “é a lei que dá autoridade à autoridade, não a autoridade que confere autoridade à lei”³⁴. Torna-se pacífico que o verdadeiro Direito decorre exclusivamente da lei, oriunda do legislador estatal, afastando-se completamente da posição do Direito comum.

O processo de “estadualização do Direito encontra o seu cume na codificação”³⁵, fenômeno que se espalha pela Europa, América Latina, Canadá e até em alguns países asiáticos; encontrando seu grande expoente³⁶ no Código Civil Francês³⁷.

E o Brasil, recém-emancipado, necessita de um Código³⁸, diante de expressa determinação constitucional³⁹. Este será o tema subsequente analisado.

3.2. Do Código Criminal do Império

Em 16 de dezembro de 1830, foi promulgado o primeiro código jurídico propriamente dito em terras brasileiras, o Código Criminal do Império. Foi registrado através da Carta de Lei de 7 de janeiro de 1831, publicada no dia subsequente.

Teve como principal elaborador o deputado Bernardo Pereira Vasconcellos, formando em Direito pela Faculdade de Coimbra, onde fora aluno de Pascoal José de Mello Freire dos Reis⁴⁰.

Tratava-se de um excelente⁴¹ texto legislativo⁴² [Código Criminal do Império], de conotação predominantemente liberal, embasado principalmente nos ensinamentos de Cessare Beccaria. Como consequência imediata, promoveu sensíveis alterações ao regime excessivamente cruel em vigor, contido nas Ordenações Filipinas.

Seu conteúdo era embasado em quatro pilares fundamentais: o da legalidade, o do preestabelecimento das penas, o da proporcionalidade das sanções em relação aos crimes cometidos e, finalmente, o critério da cumulatividade das penas na pessoa do infrator.

3.3. Do Código Penal da República

A proclamação da República Federativa do Brasil aconteceu em 15 de novembro de 1889⁴³. E o novo Governo tinha pressa em dotar o país de novo Código Penal, para assim revogar o dispositivo vigente.

Foi elaborado em apenas três meses, e não houve o debate necessário para a concretização de um texto dotado de qualidades e de inovações legislativas. Certamente por tais motivos recebeu inúmeras críticas, sendo rotulado, por João Monteiro, como “o pior de todos os Códigos conhecidos⁴⁴”.

3.4. Do Código Comercial

Em 14 de março de 1832 a regência⁴⁵ nomeou uma comissão de juristas, com o objetivo de elaborar o Código Comercial. Era formada por Antônio Paulino Limpo de Abreu, José Antônio Lisboa, Guilherme Midosi, Lourenço Westin e Honório José Teixeira.

Após longo percurso, o projeto finalmente converte-se em lei, sancionada em 25 de julho de 1850, regulamentada pelo Decreto 737, de 25 de novembro do mesmo ano. Não é demais dizer que a doutrina brasileira é unânime quando enaltece a importância e qualidade de ambos os textos legislativos (Código Comercial e seu Regulamento)⁴⁶.

Apesar dos elogios, em razão do grande decurso temporal entre a elaboração do projeto e sua entrada em vigor, houve quem dissesse que o Código nascera obsoleto.

Diga-se que inexistia, até aquela data, um Código Civil Brasileiro, vigorando ainda as Ordenações Filipinas em território brasileiro. Estava assim aberto o caminho para a codificação civil.

Na próxima edição, analisar-se-á a codificação civil imperial e as influências exercidas pela figura de Teixeira de Freitas, com sua participação na Consolidação das Leis Cíveis e no projeto do Código Civil do Império, e também os reflexos de seu trabalho no Brasil e no mundo. ■

Notas

1 “Quando, em 22 de abril de 1500, a armada comandada por Pedro Álvares Cabral chegou à Terra de Vera Cruz, o Direito Português estendeu a sua vigência a um território, mas com sensibilidade às condições específicas da grande Nação de que todos (Brasileiros e Portugueses) nos orgulhamos. Vigoravam, então, em Portugal, as Ordenações Afonsinas e diversa legislação extravagante que rapidamente iriam também aplicar-se no Brasil. A História jurídica luso-brasileira tinha começado!” Vide SANTOS Justo, Antonio. *O Direito Brasileiro: Raízes Históricas em Lusitânia*, 01 e 02, 2001, pág. 79.

2 “Como já dissemos atrás, a evolução do Direito privado brasileiro, depois de consumada a independência, teve de sofrer, em grande parte, a influência dum condicionalismo histórico semelhante àquele que orientou a evolução do Direito português no mesmo período. Mas, mercê de circunstâncias várias, que já acima procuramos esboçar, a desorientação doutrinal e filosófica resultante da penetração das idéias liberais foi, no Brasil, acentuadamente menor que em Portugal. E a consequência mais saliente que daí resultou foi ter-se feito sentir no Brasil, muito menos que entre nós, a febre das inovações precipitadas, oferecendo-nos ainda hoje,

a nação brasileira um sistema jurídico-privado muito mais liberto de influências estrangeiras, que o próprio sistema jurídico vigente em Portugal!” Vide CRUZ, Guilherme Braga da. *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, em *Scientia Iuridica*, Tomo IV, 1954-1955 pág. 256.

3 “Não se encontra no Projeto de Código Civil Brasileiro, elaborado por Beviláqua, a influência direta de Freitas... A presença de Freitas, na obra de Beviláqua, foi proclamada por este, de maneira indubitável, no concernente ao problema doutrinário da ‘classificação’ das matérias. E ninguém melhor a dizê-lo que o próprio Clóvis, quando proclama ter sido ela ‘tão debatida’ e ‘tão magistralmente foi tratada entre nós por Teixeira de Freitas, que não há mais interesse em arregimentar argumentos teóricos em torno dela’... Mais adiante, assim conclui Cáo Mário : “A meu ver, a grande presença de Teixeira de Freitas na codificação brasileira é o que se poderia classificar de influência oculta”. Vide PEREIRA, Cáo Mario da Silva. *Influências de Teixeira de Freitas na Elaboração do Novo Código Civil Brasileiro* em RDCLB, 05, 1986, págs. 152-153 e 155.

4 Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, “A história geral procura fornecer uma visão de conjunto do Direito de um povo, em cada época de sua evolução. Para tanto, deve ocupar-se, antes de tudo, do ambiente histórico em que o Direito deste povo se desenvolveu, das suas idéias e instituições sociais, políticas, econômicas e culturais, atendendo à influência que as mesmas exerceram no mundo jurídico.” Vide *História do Direito Português*, 3a. ed. Almedina, Coimbra, 2000, pág. 34.

5 Primeiro Imperador do Brasil, com o título de Dom Pedro I e posteriormente o vigésimo nono Rei de Portugal, como Dom Pedro IV.

O controle e a instauração da máquina estatal era (e ainda é) algo moroso e extremamente burocrático, fazendo-se necessário adaptar e aproveitar ao máximo a estrutura existente instalada por Portugal

6 Apenas como exemplo das “inovações” proporcionadas pelo monarca, pode-se citar a fundação do Banco do Brasil, da Casa da Moeda, da Junta Geral do Comércio, da Imprensa Régia e da Casa de Suplicação, dentre outros organismos com função administrativa e governamental. Na esfera educacional, dentre as mais relevantes consta a instalação da Academia Real Militar, a Academia da Marinha, a Escola de Comércio, a Escola Real de Ciências, Artes e Ofícios, a Academia de Belas Artes e dois Colégios de Medicina e Cirurgia, um no Rio de Janeiro e outro em Salvador. Foram fundados ainda o Museu Nacional, o Observatório Astronômico, a Biblioteca Real e o Jardim Botânico.

7 “No ano de 1808, vários textos (alvarás em geral) despedaçaram o edifício do ‘pacto-colonial’ ou o que dele ainda restava”. Vide BENASSAR, Bartolomé e MARIN, Richard – *História do Brasil*, Editorial Teorema, Lisboa, 2000, pág. 187.

8 Através da edição da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 foi permitida a entrada, nas “Alfândegas do Brasil todos e quaisquer gêneros, fazendas e mercadorias transportadas, em navios estrangeiros das Potências, que se conservam em paz e harmonia com minha Real Coroa”; autorizou-se ainda a exportação de mercadorias, nos seguintes termos: que não só os meus vassallos, mas também os sobreditos estrangeiros possam exportar para os Portos, que bem lhes parecer a benefício do comércio e agricultura, que tanto desejo promover, todos e quaisquer gêneros e produções coloniais, a exceção do pau-brasil...”.

9 O termo aqui não é empregado de acordo com a concepção romana de colônia, que era aquele que vivia como servo de gleba, cultivando o campo alheio. Sobre o tema há um artigo interessante, intitulado “O Brasil não foi Colônia”, da lavra de Tito Livio Ferreira, in *Scientia Iuridica*, Tomo VII, 1958, págs. 529 – 556, onde o autor afirma que “foi realizada pelos portugueses tarefa missionária e civilizadora”. A palavra é aqui usada na sua concepção moderna, para definir aquele território ocupado e administrado por um Estado e que se situa fora do âmbito de suas fronteiras geográficas. Vide *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 1.0*.

10 Apesar da morte da Rainha acontecer em 20 de março de 1816, a coroação e aclamação de D. João VI dá-se somente em 06 de fevereiro de 1818.

11 É clara a ciência do monarca de que a desvinculação estava próxima, pois esta é a justificativa para a frase que se despede de seu filho: “Pedro, se o Brasil se separar de Portugal, antes seja para ti, que me há-de respeitar, do que para algum desses aventureiros”. Sobre o posicionamento do rei, eis as palavras de Joaquim Veríssimo Sarrão: “Não oferece dúvida que D. João VI sentia a hora da independência, porque a mesma estava na lógica da evolução política e ainda porque o rei tinha consciência do estado de desenvolvimento que chegara o Brasil.” Vide *História de Portugal*, Verbo, 3a. ed., volume VII, pág. 377.

12 “É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores no Brasil partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política, vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e emotiva particular, de uma concepção da vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena.” Vide HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*, Editora Gradiva, Lisboa, 2000, págs. 165-166.

13 Tal episódio, ocorrido em 09 de janeiro de 1822, ficou conhecido como o “Dia do Fico”, ocasião que celebrou a famosa frase: “Se é para o bem de todos e a felicidade geral da nação, diga ao povo que eu fico”.

14 Todo e qualquer decreto oriundo das Cortes somente poderia ser executado em território brasileiro após a devida autorização do regente. Pode-se afirmar, seguramente, que tal conduta, concedeu, na prática, soberania ao Brasil.

15 Na mesma ocasião, recebe ainda, documentos de Lisboa, onde é determinado seu imediato retorno para a Europa, com rebaixamento ao cargo de delegado das Cortes. Exige-se ainda a prisão de José Bonifácio.

16 Foi expressamente reconhecida por Lisboa no mês de agosto de 1825, após quase três anos de intensas negociações entre Inglaterra, Portugal e Brasil, intermediadas pelo célebre diplomata George Canning.

17 Apenas para situar o leitor, a primeira linha de telégrafo foi instalada no mês de maio de 1844, entre as cidades de Baltimore e Washington D. C., e o telefone, foi inventado, no ano de 1876. Vide *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura*, Edição Século XXI, Volume XXVII, Lisboa, 2003.

18 “No período colônia, o Direito, como ciência, existiu de mistura com o seu Direito Positivo, e este, até 1808, foi tipicamente português... O Direito, como ciência, no Brasil, só despontará como seus contornos mais pronunciados depois da independência, graças à criação dos Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda”. Vide HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História Geral da Civilização Brasileira*, Tomo I, II Vol. São Paulo, 1973, 3a. ed., págs. 45-47.

19 “Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimento com que o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas.

Art. 2º Todos os Decretos publicados pelas Cortes de Portugal, que vão especificados na Tabela junta, ficam igualmente valiosos, enquanto não forem expressamente revogados”.

20 Possuía duzentos e setenta e dois artigos, subscritos principalmente por José Bonifácio Andrada e seu irmão, Antonio Carlos Andrada.

21 “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XVIII. Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”.

22 Portugal já objetivava a elaboração de um código civil, antes da independência do Brasil, conforme ensinamento proferido pelo doutor Mário Reis Marques: “Após várias tentativas falhadas de codificação, a premente necessidade de um Código fez com que o assunto fosse aflorado nas constituintes pré-revolucionárias. Na sessão de 8 de fevereiro de 1821, o deputado João Maria Soares de Castello Branco submeteu à discussão um projecto de decreto em que se propõe a formação de um ‘novo Código Civil, e Criminal.’” Vide *O liberalismo e a codificação do Direito civil em Portugal – Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno em BFDC XXIX*, 1987 (separata) pág. 155.

23 Após este breve esboço histórico, objetiva-se agora, de forma mais detalhada, fazer um estudo sobre a evolução do sistema legislativo civil brasileiro, porém antes disso faz-se necessário um pequeno relato sobre o fenômeno da codificação. Também é conveniente tecer algumas breves palavras sobre os demais Códigos editados após a independência, no século XIX. Pugna-se esclarecer que tal não é o objetivo central do presente trabalho, dando-se apenas uma pincelada sobre o assunto. Feita esta ressalva, tratar-se-á então, do movimento codificador.

24 “O equilíbrio teológico tomista dá lugar a um antropocentrismo, a uma deificação da razão”. Vide MARQUES, Mario Reis. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, pág. 388.

25 Vide JUSTO, A. Santos. *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, em BFDC 71, 1995, pág. 28.

26 Vide GILISSEN, John. Ob. cit., pág. 364.

27 “O mundo do Direito teria que ser tocado por este clima cultural e intelectual de renovação. A ocasião não podia ser mais favorável.” Vide MARQUES, Mário Reis. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, pág. 383.

28 “La seguridad jurídica alcanzada por medio de la codificación no sólo significó que la actuación judicial fuera más predecible, que el individuo pudiera situarse mejor ante la futura jurisprudência que podría afectarle, y que se pudiera consultar em libros accesibles a todo em mundo qué derechos y obligaciones tenía; significaba también que existía la posibilidad de comprobar con mayor exactitud la corrección de las actuaciones judiciales – bajo el supuesto, ya explicado, de que el mencionado carácter correcto consistía em la concordancia entre la actuación judicial y lo exigido por la ley.” Vide KAUFMANN, Artthur; Hassamer Winfried e Robles, Gregório. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, 1992, pág. 204).

29 “Seria ao movimento da codificação, preparado em grande parte pelo jusnaturalismo racionalista que caberia a tarefa fundadora da criação de uma outra cultura jurídica e de um outro sistema.” Vide MARQUES, Mario Reis. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, pág. 440.

30 Como exemplo, podemos citar Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius e Wolff. Vide COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*, 2a. ed., Coimbra, Editora, Coimbra, 1992, pág. 347.

31 De acordo com Cabral de Moncada, “esta é a época por excelência da Razão e do racionalismo: uma Razão essencialmente subjetiva e crítica, e um racionalismo essencialmente humanista e antropocêntrico”.

32 “O Código passou também a ser, na esfera do Direito privado, a garantia das liberdades civis e do predomínio do poder legislativo sobre o judicial, assegurando a autonomia do indivíduo contra a ingerência do poder estatal, como fazem, no direito público, as declarações de Direitos e as constituições”. Vide AMARAL, Francisco. *Direito Civil Brasileiro – Introdução*. Rio de Janeiro, Forense, 1991, pág. 119.

33 Vide COSTA. Ob. cit., p. 382.

34 MOSSINI, Lanfranco. *La citazioni del giuristi*, apud MARQUES, Mário Reis, em ob. cit. pág. 371.

35 Vide MARQUES, Mario Reis. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, Coimbra, 2003, pág. 483.

36 “O Código Civil napoleônico, que consolidou as idéias da Revolução Francesa, dando expressão clara e simples aos princípios fundamentais da nova ordem jurídica, contribuiu bastante para a difusão do liberalismo... A semente lançada acabou por germinar, pode-se dizer em todos os países civilizados. O triunfo do movimento não se fez, porém, sem

luta no campo dos princípios” Vide TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, Coimbra Editora, 1999, 11a. edição, pág. 200).

37 Vide GILISSEN, John. *Introdução História ao Direito*, págs. 456-457.

38 “O Brasil do século XIX não podia deixar de receber o influxo das novas idéias que proviam do Velho Mundo. E com maiores razões, deveria aspirar por uma codificação... Era preciso construir a Nação em todos os sentidos, e a ordem jurídica representava precisamente o que havia de mais urgente e necessário para um Império que dia-a-dia avançava em busca de seu verdadeiro destino histórico.” Vide MEIRA, Silvio. Ob. cit. pág. 185.

39 Válido lembrar, que de acordo com Reis Marques, “a constituição mais não é do que um Código de leis fundamentais”. Vide op. cit. pág. 450.

40 Que de acordo com A. Santos Justo, foi “considerado o precursor de nosso moderno Direito criminal.” Vide JUSTO, A. Santos. *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra Editora, 2005, pág. 53.

41 “O Código Criminal de 1830 é considerado um dos mais notáveis trabalhos parlamentares do Brasil, não só pelo tino prático das disposições, como pela doutrina, então plenamente atualizada.” Vide HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História Geral da Civilização Brasileira*, Tomo II. 3º Volume, Difusão Européia do Livro, 1969, São Paulo, pág. 357.

42 O Código foi acolhido com grande interesse na Europa, falando-se que o belga Haus e o alemão Mittermaier estudaram português para melhor conhecê-lo. O Código Criminal Imperial foi traduzido para o francês pelo advogado-geral do Rei da Corte de Reims, Victor Foucher, e publicado em Paris no ano de 1834, com uma extensa introdução e notas do tradutor. Vide ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, 5a. ed., São Paulo, 2004, pág. 209.

43 Frise-se que após a independência, dois Códigos penais já vigoraram no Brasil, enquanto que na esfera civil, continuavam em vigor as ordenações. A justificativa para isso ocorrer reside tão-somente no interesse da classe dominante da época, escravocrata e latifundiária, que queria postergar o regime vigente, base de sua sustentação político-econômica. Ao transcorrer sobre o tema, eis as palavras de Antonio Carlos Wolkmer: “Tudo demonstra que a legislação oitocentista, ao ocultar o escravismo colonial, parecia ‘envergonhada’ por não considerar o escravo como pessoa civil sujeita de Direitos... Já em relação aos escravos, omitidos totalmente na legislação civil, são tratados na lei criminal. É estranho, mais perfeitamente compreensível dentro do sistema: a lei penal – dedicada integralmente aos marginalizados sociais – não registra referência à mais marginal de todas as populações, os indígenas, porque ou estavam fora da sociedade, não lhes alcançando a ação penal o simples revide guerreiro, ou dentro da sociedade não se diferenciavam dos pobres marginalizados. Em relação aos escravos diz-se tão-somente que as penas de trabalhos forçados em galés e as de morte serão substituídas pela de açoite, para que o seu dono não sofresse prejuízo, isto é, a direção da norma é a proteção da propriedade do senhor, não a pessoa do apenado.” Vide ob. cit. pág. 86.

44 Apud Zaffaroni, Eugenio Raul e Pierangeli, José Henrique. Vide *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, 5a. edição, São Paulo, 2004, pág. 211.

45 O período de regência foi compreendido entre 1831 até 1840, quando Dom Pedro II assume o império, com apenas quatorze anos.

46 Joaquim Nabuco referindo ao Regulamento disse constituir-se da mais perfeita de nossas leis.

**APOSENTADORIA ESPONTÂNEA -
READMISSÃO de EMPREGADO - EMPRESA
PÚBLICA e SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA
- ART. 453/CLT, § 1º - Inconstitucionalidade -
VEDAÇÃO à ACUMULAÇÃO de PROVENTOS e
VENCIMENTOS**

Supremo Tribunal Federal
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.770-4/DF
Órgão julgador: Tribunal Pleno
Fonte: DJ, 01.12.2006
Rel.: Min. Joaquim Barbosa
Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT
e outro
Requerido: Presidente da República e outro

EMENTA
AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE
EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.
ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E
VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO
EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA
ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO.
INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição. Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos. É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos – vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, quer porque se funda na idéia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em confirmada a medida liminar, nos termos do voto do relator, não conhecer do pedido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997, e declarar a inconstitucionalidade quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei nº 9.528/1997, vencido, em parte o ministro Marco Aurélio, que dava a procedência em menor extensão.

Brasília, 11 de outubro de 2006.
Joaquim Barbosa – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em que o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Comunista do Brasil (PC do B) impugnam o § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da Lei 9.528, de 10.12.1997, e o art. 11, *caput* e parágrafos, do mesmo diploma legal.

Eis o teor dos dispositivos atacados:

“Art. 3º Os arts. 144, 453, 464 e 465 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) passam a vigorar com a seguinte redação:

.....
“Art. 453.

§ 1º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.

.....”

“Art. 11. A extinção do vínculo de que trata o § 1º do art. 453 da CLT não se opera para os empregados aposentados por tempo de serviço que permaneceram nos seus empregos até esta data, bem como para aqueles que foram dispensados entre 13 de outubro de 1996 e 30 de novembro de 1997, em razão da aposentadoria por tempo de serviço, desde que solicitem, expressamente, até 30 de janeiro de 1998, a suspensão da aposentadoria e, quando houver, a do pagamento feito por entidade fechada de previdência privada complementar patrocinada pela empresa empregadora.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos que, em face do desligamento, receberam verbas rescisórias ou indenizatórias, ou quaisquer outras vantagens a título de incentivo à demissão.

§ 2º O retorno ao trabalho do segurado aposentado dar-se-á até 2 de fevereiro de 1998, não fazendo jus a qualquer indenização, ressarcimento ou contagem de tempo de serviço durante o período situado entre a data do desligamento e a data do eventual retorno.

§ 3º O pagamento da aposentadoria será restabelecido, a pedido do segurado, quando do seu afastamento definitivo da atividade, assegurando-se-lhe os reajustes concedidos aos benefícios de prestação continuada da Previdência Social no período da suspensão da aposentadoria.”

Segundo alegam os requerentes, tais normas violam os seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: art. 5º; art. 6º; art. 7º, I, XXI e XXIV; art. 40, § 4º; art. 173, § 1º; art. 193; art. 201, § 4º; art. 202, II e III, § 1º, e art. 10, I, do ADCT.

Especificamente, na visão dos requerentes, o art. 3º da Lei 9.528/1997, no que deu nova redação ao § 1º do art. 453 da CLT, é inconstitucional por trazer, de maneira dissimulada, a extinção do vínculo empregatício entre empresas públicas e sociedades de economia mista e os respectivos empregados. Isso ocorreria quando o dispositivo, ao tratar da readmissão do empregado, considera que a aposentadoria voluntária põe termo ao vínculo empregatício.

Afirmam que o tema já foi tratado por esta Corte, no julgamento da ADI 1.721, quando o Tribunal considerou inconstitucional o § 2º do mesmo art. 453 da CLT, que estabelecia a ruptura do vínculo empregatício com a concessão do benefício de aposentadoria, por violação das disposições constitucionais que velam pela proteção do trabalho e pela garantia à percepção de benefícios previdenciários. Assim, teria a Corte decidido que coexistem os institutos da aposentadoria proporcional e da preservação do vínculo empregatício em relação aos trabalhadores da iniciativa privada.

O § 1º do art. 453 da CLT, continuam os requerentes, possuiria a mesma essência do § 2º do mesmo dispositivo, com a diferença de que se refere a empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista.

No que concerne ao art. 11, com seu *caput* e parágrafos, da Lei 9.528/1997, os requerentes arguem a inconstitucionalidade do dispositivo porque, ao estabelecer regra de transição, ele criaria requisito não exigido pela Constituição para que o vínculo empregatício seja mantido, qual seja, requerer, até 30.01.1998, a suspensão da aposentadoria proporcional e do pagamento, quando for o caso, feito por entidade fechada de previdência privada. Noutros termos, segundo palavras dos próprios requerentes: “impõe-se, assim, ao empregado das estatais, a bizarra e inconstitucional opção entre o direito à preservação e à continuidade da relação trabalhista e o direito à percepção do benefício previdenciário” (fls. 08).

Solicitadas informações, a Presidência da República suscitou preliminar de não-conhecimento quanto ao art. 11, com o argumento de que a eficácia do dispositivo já se exauriu. No mérito, defende a tese de que, com o dispositivo, pretende-se preservar a segurança das relações jurídicas.

No que concerne ao § 1º do art. 453, sustenta a Presidência, em síntese, que a tradição do direito brasileiro deve ser lida no sentido de que a aposentadoria rompe, de fato, o vínculo entre empregador e empregado. Segundo seu entendimento, “a extinção do contrato é exigência, é condição do próprio conceito de aposentadoria. Cessada a relação jurídica empregatícia, aposenta-se o empregado, ficando então livre para estabelecer nova relação”

(fls. 61). Cita doutrina para corroborar essa tese. As informações prestadas pelo Congresso Nacional também defendem a constitucionalidade das normas atacadas.

O caso foi levado ao Pleno, para julgamento da cautelar. O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do pedido quanto ao art. 11 e, também por unanimidade, suspendeu a eficácia do § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997. Assim foi redigida a ementa da decisão:

“Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do artigo 453 da CLT na redação dada pelo artigo 3º da Lei 9.528, de 10.12.97, e do artigo 11, *caput* e parágrafos, da referida Lei. Pedido de liminar.

– No tocante ao artigo 11 da Lei 9.528/97, não é de conhecer-se a ação direta, porquanto, tratando de norma temporária cujos prazos nela fixados já se exauriram no curso deste processo, perdeu a referida ação o seu objeto.

– Quanto ao § 1º do artigo 453 da CLT na redação dada pelo artigo 3º da Lei 9.528/97, ocorre a relevância da fundamentação jurídica da argüição de inconstitucionalidade, bem como a conveniência da suspensão de sua eficácia pelas repercussões sociais decorrentes desse dispositivo legal.

Pedido de liminar que se defere, para suspender, *ex nunc* e até decisão final, a eficácia do § 1º do artigo 453 da CLT na redação que lhe deu o artigo 3º da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997.”

A Advocacia-Geral da União, reportando-se aos argumentos dispostos nas informações prestadas pelos requeridos, pugna pela improcedência do pedido.

O procurador-geral da República opina pela prejudicialidade da ação quanto art. 11 e, quanto ao § 1º do art. 453 da CLT, pela improcedência do pedido, argumentando que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho.

É o relatório. Distribuam-se cópias aos senhores ministros.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): São dois os grupos de normas impugnadas. O primeiro refere-se ao art. 11, e parágrafos, da Lei 9.528/1997. O segundo refere-se ao § 1º do art. 453 da CLT, na redação dada pelo art. 3º da referida lei.

Na análise da medida liminar, o Pleno, por unanimidade, não conheceu do art. 11, e parágrafos, por perda de objeto, com base no argumento de que os dispositivos já teriam perdido a eficácia.

Como se sabe, ainda entende o Supremo Tribunal Federal que “a cessação superveniente da vigência da norma estatal impugnada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, enquanto fato jurídico que se revela apto a gerar a extinção do processo de fiscalização abstrata, tanto pode decorrer de sua revogação pura e simples como do exaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário” (ADI 612-QO, rel. min. Celso de Mello, e, ainda, v.g., ADI 2.290-QO, rel. min. Moreira Alves).

Nesse ponto, portanto, acompanhando a jurisprudência da Corte, não conheço da ação direta quanto ao art. 11 e parágrafos.

No que se refere ao § 1º do art. 453 da CLT, na nova redação, dada pelo art. 3º da Lei 9.528/1997, permito-me acompanhar a decisão proferida na fase cautelar, quando, também por unanimidade, considerou-se inconstitucional o dispositivo.

Como muito bem notou meu ilustre antecessor, ministro Moreira Alves, o dispositivo pode ser considerado inconstitucional por dois motivos diferentes. Nas palavras do ministro, em seu voto vencedor:

“Esse dispositivo é paradoxal no tocante à sua constitucionalidade, porquanto qualquer que seja a posição que se adote das duas que são radicalmente antagônicas entre si, não se pode deixar de reconhecer que é relevante a fundamentação de uma e de outra no tocante à inconstitucionalidade dele. Com efeito, para os que entendem que, por identidade de razão, a vedação de acumulação de proventos e de vencimentos não se aplica apenas aos servidores públicos aposentados, mas também aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, exceto, tanto para aqueles quanto para estes, se a acumulação na atividade for permitida constitucionalmente, o dispositivo em causa será inconstitucional porque admite, sem qualquer restrição – e, portanto, acumulando remuneração de aposentadoria e salário –, que o aposentado dessas entidades seja readmitido, desde que preste concurso público. Já para os que consideram que essa vedação de acumulação

de remuneração de aposentadoria com remuneração da atividade só alcança os servidores públicos, não se aplicando aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, sob o fundamento de que há diferença entre o benefício previdenciário em favor do servidor público e o devido, por força do artigo 202 da Constituição, ao empregado do setor privado, como o é o empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista (artigo 173, § 1º, da Carta Magna), a inconstitucionalidade do dispositivo legal em causa decorre de outro fundamento: o de que esse § 1º indiretamente pressupõe que a aposentadoria espontânea desses empregados extingue automaticamente o vínculo empregatício, o que violaria os preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho e à garantia à percepção dos benefícios previdenciários, alegação essa que deu margem ao deferimento de liminar na ADIN 1.721, circunstância que, por si só – fui um dos quatro votos vencidos –, é suficiente para que seja ela tida como relevante.”

O raciocínio do ministro Moreira Alves parece-me isento de críticas.

Ao menos desde o julgamento do RE 163.204 (rel. min. Carlos Velloso), a Corte tem decidido, já depois do advento da Constituição de 1988, que é vedada a acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos, a não ser nos casos excepcionalmente previstos no art. 37, XVI e XVII, da Carta. É preciso lembrar que a rationale em que se baseou o Pleno partiu do pressuposto de que a vedação de acumulação também se aplica aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista – daí por que a explícita referência, na ementa do julgado, ao inciso XVII do art. 37. Vale lembrar que o entendimento do Tribunal foi confirmado com o advento da Emenda Constitucional nº 20, que taxativamente vedou o tipo de acumulação ora em questão ao acrescentar o § 10 ao art. 40 da Carta de 1988, sem contar os reiterados pronunciamentos da Casa no mesmo sentido (cf., v.g., RE 463.028, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma; AI 484.756-AgR, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma; ADI 1.328, rel. min. Ellen Gracie; RE 141.376, rel. min. Néri da Silveira, Segunda Turma, e RE 197.699, rel. min. Marco Aurélio).

Mantido incólume, o dispositivo impugnado cria a possibilidade de acumulação de proventos e vencimentos. Voltemos a ele:

“§ 2º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.”

A inconstitucionalidade do dispositivo está em permitir, como regra, a readmissão do empregado aposentado espontaneamente, de modo a possibilitar a acumulação de proventos e vencimentos. Na verdade, segundo a orientação desta Corte, acumulação dessa índole somente pode ser vedada, e não permitida. Ainda que o próprio dispositivo estabeleça que a readmissão está condicionada ao preenchimento dos requisitos do inciso XVI do art. 37, isso não valida a norma, porque o inciso XVI somente atua no campo da exceção, e não no da regra. A regra continua sendo a vedação ao acúmulo de proventos e vencimentos, o que é flagrantemente contrariado pela primeira parte do § 1º do art. 453.

De outro lado, é curioso notar que a norma impugnada apenas se refere ao inciso XVI do art. 37 – que veda a acumulação de cargos públicos –, e não ao inciso XVII do

mesmo artigo – que estende a proibição de acumulação a entidades como empresas públicas e sociedades de economia mista. Ademais, mesmo a referência ao art. 37, XVI, é inútil, porque tal disposição faz parte da própria Constituição, que obviamente se sobrepõe à CLT. Na pouco freqüente situação de um aposentado ser readmitido como professor ou profissional de saúde empregado de empresa pública e sociedade de economia mista, os incisos XVI e XVII do art. 37, por si sós, independentemente do § 1º do art. 453, já lhe trarão proteção.

Há, portanto, inconstitucionalidade na norma atacada, por permitir algo que esta Corte tem entendido que a Constituição veda: a acumulação de proventos com vencimentos.

Evidentemente, esse juízo de inconstitucionalidade não atinge a situação dos servidores amparados pelo art. 11 da Emenda Constitucional nº 20, a qual permite, desde que observados certos critérios, a acumulação de proventos e vencimentos.

Também se pode vislumbrar inconstitucionalidade no § 1º do art. 453, se se considerar, como considerou esta Corte no julgamento da ADI 1.721 (rel. min. Ilmar Galvão), que a aposentadoria espontânea não rompe o vínculo empregatício.

Na dicção da maioria da Corte naquele julgado, o § 2º do art. 453 da CLT – aplicado aos empregados da iniciativa privada – funda-se na idéia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício, o que seria vedado pela Constituição de 1988, dado seu efeito de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização.

Levando-se em conta também essa perspectiva, haveria inconstitucionalidade no § 1º do art. 453 da CLT, porquanto fundado nas mesmas premissas em que elaborado o § 2º do mesmo dispositivo: o de que a aposentadoria espontânea do empregado, no caso, de empresa pública ou sociedade de economia mista gera o rompimento do vínculo empregatício, o que traz como consequência a despedida arbitrária ou sem justa causa, não tendo o empregado nenhum direito à indenização.

Por essas razões, voto no sentido de confirmar o julgamento liminar, para não conhecer do pedido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei 9.528/1997 e, conhecendo da ação quanto ao § 1º do art. 453 da CLT, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, declarar sua inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhora Presidente, na primeira parte, reporto-me ao voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3/DF: os empregados, e não servidores, das empresas públicas e sociedades de economia mista se aposentam pela previdência oficial. Eis como me pronunciei quanto ao tema:

[...] a cabeça do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT versa sobre tempo de serviço do empregado a partir da readmissão. Eis o preceito:

Art. 453. No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.

Ora, é inconstitucional também a cabeça do artigo 453, no que afasta o cômputo do tempo de serviço anterior, no caso de aposentadoria espontânea?

Mas segue-se o § 1º:

§ 1º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.

Mais uma vez, cabe indagar por que encerra o § 1º o termo final do vínculo empregatício, pela aposentadoria, entre empresa pública, sociedade de economia mista e o prestador de serviços. Esse dispositivo merece a pecha de inconstitucional? E o que vem depois – e que está realmente a ser examinado pelo Plenário?

Estabelece o § 2º do citado artigo 453:

§ 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício.

Se percebermos o todo desses preceitos, vamos ver que eles partem de duas premissas. A primeira de que o veio de ouro não é inesgotável. A segunda de que o mercado de trabalho é desequilibrado, com oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de empregos, já que estamos recebendo ainda força jovem – pessoas com vinte anos – e que precisamos, por ano, para atendê-la, de cerca de um milhão e duzentos mil empregos.

Ante até mesmo a situação concreta da Previdência Social, não consigo concluir que esses dispositivos não são razoáveis, porque teria imensa dificuldade em assentar o conflito frontal com algum preceito da Carta de 1988. Aliás, o que está na Consolidação das Leis do Trabalho encontra ressonância na relação contratual decorrente da Lei nº 8.112/90, a revelar que, com a aposentadoria do servidor – não do empregado regido pela CLT –, há a vacância do cargo público e a extinção da relação jurídica. Será que aqui também se trata de um dispositivo inconstitucional, o inciso VII do artigo 33 da Lei nº 8.112/90? A meu ver, não. No caso, a disciplina visa justamente a inibir aposentadoria que pode ser tida como precoce. Aliás, o sistema brasileiro é inusitado – eu, por exemplo, desde os quarenta e nove anos, há onze anos, já conto com tempo para me aposentar. Hoje, a denominada viúva poderia estar pagando a dois: a mim mesmo e a outro que, talvez com uma percuciência maior, ocupasse esta cadeira. Analiso a inconstitucionalidade evocada, consideradas as circunstâncias reinantes, a situação concreta da Previdência Social e do mercado de trabalho, no que, evidentemente, se se concluir pela pecha, haverá o duplo benefício, olvidando-se até mesmo que a aposentadoria – e pouco importa o quantitativo dos proventos – visa ao ócio com dignidade. E não há no preceito um obstáculo ao estabelecimento de um novo vínculo empregatício.

Nada impede que o tomador dos serviços daquele que se aposentou espontaneamente – e o sistema previdenciário é contributivo, há dualidade quanto às contribuições, do empregador e do empregado – arregimente essa mão-de-obra por ser tida como de maior valia. Surgirá, então, um novo vínculo.

O que não tenho diante desse contexto – e, repito, encontraria dificuldade para revelar com que preceito da Constituição Federal conflita o § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho – é como proclamar a inconstitucionalidade. A meu ver, não houve normatização abusiva, presentes as premissas que lancei, inicialmente, que dizem respeito às circunstâncias reinantes.

Peço vênia – e, talvez, já tenha me esquecido até dos princípios básicos do Direito do Trabalho, e estive na Justiça do Trabalho durante vários anos –, para concluir que não procede o que articulado em termos de desarmonia com a Carta. Não sei se participei da votação quando concedida a liminar, já que pela papeleta ficaram vencidos os ministros Nelson Jobim, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que a indeferiam.

De qualquer modo, numa reflexão maior, considerado o agravamento do mercado, da situação da Previdência Social, assento que não se tem o conflito do § 2º em comento com a Constituição Federal.

Julgo improcedente o pedido formulado. Agora cumpre indagar se transparece constitucional a referência ao artigo 37, inciso XVI, da Carta Federal, ou seja, a impossibilidade de acumulação – que tenho, aqui, não como acumulação de salário com proventos, mas de prestação de serviço, se é que se pode cogitar de compatibilidade de horários, a uma outra sociedade de economia mista ou empresa pública.

É eloqüente o silêncio do mencionado inciso XVI quanto a emprego público. Contém alusão apenas a cargo público, ao contrário de outros dispositivos do mesmo artigo como o atinente ao concurso público e, também, ao teto constitucional. Então, surge para mim a pecha de inconstitucional no que o § 1º remete – repito – ao artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal.

Concluo pela procedência parcial do pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucional, na lei atacada, “desde que atendidos aos requisitos constantes do artigo 37, inciso XVI, da Constituição”.

Saliento que o tema concernente ao não-conhecimento da ação no tocante ao artigo 11 da Lei nº 9.528/97 está precluso.

É como voto.

VOTO

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Senhora Presidente, a equação é substancialmente idêntica à da ADIn 1.721, salvo o problema da acumulação.

Reporto-me ao voto nela proferido e acompanho o relator.

EXTRATO DE ATA

Decisão: O Tribunal, por maioria, confirmada a medida liminar, nos termos do voto do Relator, não conheceu do pedido quanto ao artigo 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997, e declarou a inconstitucionalidade quanto ao § 1º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo artigo 3º da mesma Lei nº 9.528/1997, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que dava a procedência em menor extensão. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 11.10.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.

Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

**CONSÓRCIO - PARCELA -
RESTITUIÇÃO - DEVOLUÇÃO imediata do
VALOR pago - CLÁUSULA que prevê a
DEVOLUÇÃO após o ENCERRAMENTO do
GRUPO-ABUSIVIDADE**

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Apelação Cível n. 1.0188.03.015015-8/001
Órgão julgador: 10a. Câmara Cível
Fonte: DJMG, 14.11.2006
Rel.: Des. Alberto Aluísio Pacheco de Andrade
Apelante: Rodobens Adm. Promoções Ltda.
Apelado: Ovídio Ângelo Custódio

EMENTA

CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. PARCELAS. RESTITUIÇÃO APÓS ENCERRAMENTO DO GRUPO. PRAZO. DEVOLUÇÃO IMEDIATA. VOTO VENCIDO. Tem o consorciado desistente o direito à devolução, imediata, dos valores pagos, corrigidos monetariamente, sendo abusiva a cláusula que prevê o prazo de trinta dias, após o encerramento do grupo, para a devolução. A correção monetária deve incidir a partir do vencimento de cada parcela paga pelo consorciado desistente. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10a. CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2006.

VOTO

OSR. DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Ação Ordinária proposta por Ovídio Ângelo Custódio em face de Rodobens ADM Promoções Ltda., objetivando à rescisão do contrato, bem como à devolução das parcelas pagas, em razão de dificuldades financeiras.

Entendeu o MM. Juiz da causa de julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenando-a a restituir ao autor o valor de R\$ 12.144,42 (doze mil, cento quarenta e quatro reais, e quarenta e dois centavos), corrigidos, descontando os custos da prestação do serviço, a ser apurado em liquidação de sentença, além das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Sustenta a Apelante a impossibilidade da devolução imediata das parcelas aos consorciados

desistentes, que somente poderá ocorrer após o encerramento do grupo.

Afirma não ser correto o valor a que foi condenado devolver ao Apelado e que os valores pagos pelos consorciados desistentes devem ser devolvidos atualizados de acordo com o valor do bem atualizado do plano consorcial, sendo indevida a incidência de juros de mora sobre o valor a ser devolvido, e, ainda, ser abatido o valor pago a título de taxa de seguro.

Alega ser flagrante a afronta à norma constitucional, em evidente violação ao ato jurídico perfeito.

Contra-razões de apelação foram apresentadas, às fls. 82.

É o relatório. Decido.

E em leitura detida dos autos, verifico que razão assiste à Apelante, estando a decisão monocrática a merecer reparo.

A questão ventilada na presente apelação não tem leito remansoso neste sodalício, porquanto duas correntes antagônicas têm sido a tônica das decisões: a primeira delas, entendendo pela devolução imediata dos valores pagos pelo consorciado, em seguida à sua saída do grupo a que aderira: e, segunda delas, que determina a devolução das quantias pagas pelo consorciado retirante trinta dias após encerramento do grupo.

Filio-me ao lado daqueles que entendem que tal devolução só deve ocorrer após o encerramento do grupo a que aderira o consorciado.

Tal posicionamento se justifica, pois a jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça é assente, no sentido de que tal devolução deve se dar 30 (trinta) dias após o encerramento do plano, entendido como tal à data de entrega do último bem contemplado, sendo este, portanto, o momento certo para a devolução das parcelas pretendidas pelo Apelado.

Acrescento que o direito à restituição é assegurado ao consorciado que aderiu ao grupo de consórcio e quitou algumas prestações, por ter havido o desembolso, a teor do art. 53, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe serem nulas de pleno direito, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor.

Nota-se que a parte final do § 2º do Art. 53 do CDC, acima citado, determina o desconto dos prejuízos que o desistente e o inadimplente causarem ao grupo, o que justifica a retenção prevista no *decisum*, pois somente assim será mantido o equilíbrio financeiro do grupo, ainda que haja a hipótese, muitas vezes remota, de ocorrer à ocupação da vaga aberta com a desistência, com a venda da cota a terceiro interessado.

A propósito, é sempre bom lembrar que as importâncias pagas pelo consorciado desistente ser-lhe-ão devolvidas com as correções estabelecidas na decisão monocrática, conforme se depreende de sua parte dispositiva.

Posto isso, dou provimento ao apelo, para determinar que a restituição das importâncias pagas seja efetuada após a data do encerramento do grupo.

Custas, pelo Apelado, com observância da Justiça Gratuita.

VOTO

O SR. DES. PEREIRA DA SILVA:

Peço vênia ao honrado Relator, Desembargador ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE, mas dele vou me afastar, em parte, visto que entendo que, nestes casos de consórcio, em que o consorciado desistente pleiteia a devolução das parcelas pagas, a devolução opera-se de imediato, não havendo necessidade de se aguardar o prazo de 30 dias após o encerramento do grupo.

É cabível, de imediato, a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo. Confira, a respeito do tema, voto do eminente Juiz ALBERTO VILAS BOAS, quando do julgamento da Apelação Cível 359 124-2, da Comarca de Uberaba, ainda no extinto Tribunal de Alçada. Este, é também, no momento atual, o meu posicionamento, embora já tenha votado, em ocasião outras, no sentido de se aguardar o prazo de trinta dias após o encerramento do grupo (EI 375 104-4).

Esta, a posição da ilustre Juíza TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, externada quando do julgamento da Apelação Cível 328 669-3, da Comarca de Uberlândia. Afirmou ela:

“... embora a questão em análise seja objeto de dissonância na jurisprudência, entendo que é perfeitamente possível que o consorciado dissidente venha receber os

valores pagos ainda antes do encerramento do grupo, sem que tal possa significar enriquecimento ilícito ou quebra do equilíbrio contratual”.

“É que, como cediço, as Administradoras de consórcio, ao receberem as prestações dos consorciados, que formam o patrimônio comum do grupo, aplicam esses recursos no mercado financeiro, com ganhos consideráveis, principalmente, em vista do fato de que os bens consorciados são entregues parceladamente”.

“Assim, recebem mensalmente, um valor certo de cada consorciado despendendo com a entrega do objeto apenas uma pequena parcela do valor arrecadado. Essa é a equação financeira que permite a lucratividade das Administradoras de Consórcio, não se justificando que possam permanecer aplicando os recursos financeiros que receberam do consorciado desistente sem a contrapartida que seria a obrigatoriedade da entrega do bem”.

Tem o consorciado desistente o direito à devolução, imediata, dos valores pagos, corrigidos monetariamente, sendo abusiva a cláusula que prevê o prazo de trinta dias após o encerramento do grupo para a devolução. A correção monetária deve incidir a partir do vencimento de cada parcela paga pelo consorciado desistente.

Portanto, se o consorciado desiste ou é excluído antes do encerramento do grupo, poderá requerer e obter a devolução das prestações pagas, de imediato, através de ação própria, como no caso presente.

Com tais considerações, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO avariado, para determinar, entretanto, que a devolução se faça, de imediato, incidindo a correção monetária a partir do vencimento de cada parcela paga pelo consorciado.

A SRA. DESA. EVANGELINA CASTILHO DUARTE:

Peço vênia ao ilustre Relator, para acompanhar o Revisor.

IMOBILIÁRIO

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - CONSTRUÇÃO sob o REGIME de PREÇO DE CUSTO-RESPONSABILIDADE pelo RECEBIMENTO de PRESTAÇÃO e pela ADMINISTRAÇÃO da OBRA - ADQUIRENTE-CONDÔMINO

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 679.627/ES
Órgão julgador: 3a. Turma
Fonte: DJ, 20.11.2006
Rel.: Min. Nancy Andrighi
Recorrente: RDJ Engenharia Ltda.
Recorrido: Antônio Fernando Vieira Correia

EMENTA

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO (PREÇO DE CUSTO). DEVOUÇÃO DOS VALORES PAGOS POR ADQUIRENTE INADIMPLENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA. INCIDÊNCIA DO ART. 58 DA LEI Nº 4.591/64. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

AUSÊNCIA DE OMISSÃO. MULTA CARÁTER PROTETÓRIO NÃO CARACTERIZADO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ.

– No regime de construção por administração, a responsabilidade pelo andamento, recebimento das prestações e administração da obra é dos adquirentes, condôminos, por intermédio da comissão de representantes, e não da incorporadora, parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação que visa à devolução de valores pagos por adquirente inadimplente.

– O manejo de embargos de declaração com fim de prequestionamento não tem caráter protetório.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os

Srs. Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2006 (data do julgamento).

MINISTRANANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI

(Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por RDJ ENGENHARIA LTDA., com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Ação: de conhecimento, visando à resolução de contrato e restituição das quantias já pagas, ajuizada por ANTÔNIO FERNANDO VIEIRA CORREIA, ora recorrido, em face de RDJ ENGENHARIA LTDA.

O recorrido firmou contrato para aquisição de unidade autônoma de empreendimento imobiliário, mas, em decorrência de dificuldades financeiras, aduz não ter condições de honrar o compromisso assumido, motivo pelo qual pleiteia a resolução do instrumento, com a conseqüente restituição dos valores pagos.

A recorrente aduz ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, posto que a obra foi contratada sob o regime de administração, hipótese em que a responsabilidade pela construção é exclusiva dos condôminos.

Sentença: acolheu a preliminar de ilegitimidade de parte deduzida pela recorrente e julgou extinto o processo, sem o julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, I e VI e art. 295, II, do CPC (fls. 113).

Acórdão: o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso de apelação do recorrido (fls. 115/120), nos termos do v. acórdão (fls. 188/191) assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. 1) PRELIMINAR. PAGAMENTO DAS CUSTAS. DILIGÊNCIA ATENDIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. 2) LEGITIMIDADE. INCORPORADORA DO EMPREENDIMENTO. CONSTRUTURA. PROMITENTE-VENDEDORA. PERTINÊNCIA SUBJETIVA. DEVOUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. RECURSO PROVIDO.

1. No presente caso, o recolhimento das custas processuais foi realizado posteriormente, conforme franqueado pelo juiz *a quo*, restando devidamente atendido, antes mesmo da subida do recurso de apelação que se cuida. Preliminar rejeitada.

2. A apelada, *in casu*, não figurara apenas como incorporadora do empreendimento, mas também como construtora e promitente-vendedora da unidade em questão. Logo, não se lhe pode negar pertinência subjetiva para figurar em demanda onde se busca a devolução de parcelas pagas por promitente-comprador a partir da rescisão de contrato de compromisso de compra e venda. Recurso provido.”

Embargos de Declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*, que ainda os considerou protelatórios e condenou a embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, com fundamento no art. 538, § único, do CPC (fls. 205/208).

Recurso especial: alega a recorrente em suas razões (fls. 211/224) que o v. acórdão atacado:

I – ao atribuir à recorrente a responsabilidade pela devolução dos valores pagos pelo recorrido ao Condomínio, violou o art. 32 da Lei nº 4.591/64;

II – ao decidir pela manutenção da recorrente no pólo passivo da ação, afrontou os arts. 36 e 58 da Lei nº 4.591/64, bem como divergiu da jurisprudência de outros Tribunais; e

III – ofendeu o artigo 538, § único, do CPC, na medida em que os embargos de declaração não tiveram escopo protelatório.

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação de contra-razões (fls. 250/253), a Presidência do Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial (fls. 255/256).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI

(Relator):

Cinge-se a controvérsia a determinar se a incorporadora detém legitimidade para figurar no pólo passivo de ação visando à rescisão de contrato e devolução de valores pagos, ajuizada por adquirente inadimplente, tendo a obra sido contratada no regime de construção por administração.

I – Da responsabilidade da recorrente pela devolução dos valores pagos pelo recorrido (violação ao art. 32 da Lei nº 4.591/64)

Aduz a recorrente que, ao lhe atribuir a responsabilidade pela devolução dos valores pagos pelo recorrido ao Condomínio, o Tribunal *a quo* incorreu em ofensa ao art. 32 da Lei nº 4.591/64.

Entretanto, verifica-se que o acórdão recorrido não imputa à recorrente a obrigação de restituir ao recorrido os valores pleiteados na exordial.

Em verdade, o Tribunal *a quo* limitou-se a declarar a legitimidade da recorrente para figurar no pólo passivo da demanda, determinando “o retorno dos autos à primeira instância visando seu regular prosseguimento e julgamento meritório” (fls. 190), o que, em hipótese alguma, pode ser encarado como responsabilização da recorrente pela devolução dos valores pagos pelo recorrido.

Portanto, considerando que a matéria sequer foi objeto de apreciação pelo Tribunal *a quo*, não há como conhecê-la nesta via especial, a teor do que estabelece a Súmula 211 do STJ.

II – Da legitimidade passiva da recorrente (violação aos arts. 36 e 58 da Lei nº 4.591/64)

A questão relativa à legitimidade passiva da recorrente restou devidamente prequestionada, tendo sido demonstrada também a existência de dissídio jurisprudencial.

O recorrido formula dois pedidos distintos, quais sejam, (i) devolução de valores pagos e (ii) rescisão de contrato, de sorte que a sujeição passiva da recorrente deve ser analisada separadamente frente a cada um desses pedidos.

(i) Da legitimidade para devolução dos valores pagos

A Lei nº 4.591/64 prevê diversos regimes para a incorporação imobiliária, entre eles a construção por administração, também denominada construção a preço de custo, regida pelo art. 58, que assim dispõe:

“Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado ‘a preço de custo’, será de responsabilidade dos proprietários

ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I – todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II – todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.”

Como se vê, no regime de construção por administração, a obra torna-se um empreendimento coletivo dos adquirentes, controlado por intermédio de uma comissão de representantes, a quem cabe, entre outras coisas, o recebimento de valores em contas abertas em nome do condomínio.

Conforme anota Caio Mário da Silva Pereira ao tratar do tema, “a fim de se evitar, por outro lado, a confusão de contas e o mau emprego de recursos de um prédio em outro, as contribuições dos adquirentes serão, igualmente, recolhidas em contas individuadas e distintas, a serem movimentadas na forma que o contrato prevê (art. 58, § 2º, inclusive com visto da Comissão de Representantes)” (*Condomínio e incorporações*. 10a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 318-319).

Aliás, nos termos do art. 63 da Lei nº 4.591/64, o condomínio tem legitimidade inclusive para alienar em leilão a unidade do adquirente em atraso, justamente para recompor seu caixa – fruto das contribuições dos próprios condôminos – e permitir que a obra não sofra solução de continuidade.

Assim, não há como cogitar que a incorporadora figure no pólo passivo de ação cujo escopo seja obter a restituição de valores pagos diretamente ao condomínio e por ele administrados para investimento na construção.

Muito oportuna, nesse contexto, a lição de Humberto Theodoro Júnior: “diante da sistemática da incorporação, no regime da construção por administração (preço de custo), nem mesmo tem o adquirente legitimidade para exigir da construtora, no caso de rompimento do contrato, a restituição das parcelas já aplicadas na obra, já que esta se desenvolve por conta do condomínio, representado pela comissão de representantes.” (*Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/64*), in *Revista Forense*, v.100, n.376, 2004, p. 92)

Na hipótese específica dos autos, o próprio recorrido admite sua mora no pagamento das prestações, feito através de boletos bancários que, conforme ressalta a sentença (fls. 111), têm como cedente o condomínio e não a recorrente.

Ademais, como igualmente salientado na sentença (fls. 112), o imóvel objeto da ação foi levado à leilão (praça), tendo sido adjudicado pelo condomínio.

Portanto, constata-se que foi o condomínio – e não a incorporadora – que se beneficiou financeiramente frente ao recorrido: além de ter recebido e administrado os valores pagos ao longo do contrato, também adjudicou para si a unidade adquirida pelo recorrido.

Note-se que não se está aqui a negar o direito do recorrido de pleitear judicialmente a devolução dos valores que entender devidos; todavia, sua pretensão deve ser dirigida contra quem tenha legitimidade para tanto, *in casu*, o condomínio.

Dessa forma, no que tange ao pedido de devolução dos valores pagos pelo recorrido, imperioso que se reconheça a ilegitimidade passiva da incorporadora.

(ii) Da legitimidade para rescisão do contrato

Quanto à desconstituição do contrato de fls. 21/33, o fato de o imóvel ter sido levado à praça pública e adjudicado pelo condomínio permite inferir pela resolução do mencionado instrumento, ainda que de modo tácito. Estando tal situação juridicamente definida, não há interesse do recorrido – pela perda de objeto – na declaração de rescisão do contrato, ficando prejudicado o recurso especial, nesse particular.

III – Do caráter protelatório dos embargos de declaração (violação ao art. 538, § único, do CPC)

Com relação à multa aplicada pelo Tribunal *a quo*, não há indícios de violação ao art. 538, § único, do CPC, pois ausente o caráter procrastinatório dos embargos de declaração, não tendo restado evidenciado o abuso ou a malícia da ora recorrente na interposição do recurso.

Ademais, incide à espécie a Súmula 98 do STJ: “embargos de declaração manifestados com notório propósito de pré-questionamento não têm caráter protelatório.”

Forte em tais razões, conheço parcialmente do recurso especial e dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença de fls. 111/113 e afastar a incidência da multa prevista no art. 538, § único, do CPC.

PROCESSO CIVIL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA de ASSINATURA - RECURSO APÓCRIFO - ABERTURA de OPORTUNIDADE para sanar falha - PARTE protocoliza novo RECURSO fora do PRAZO RECURSAL

Tribunal Regional Federal da 1a. Região
Emb. de Declaração na Apelação em Mandado de Segurança n. 2002.34.00.007245-4/DF
Órgão julgador: 7a. Turma
Fonte: DJ, 01.11.2006
Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Embargante: Onça Indústria Metalúrgica S/A
Embargado: Fazenda Nacional

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PETIÇÃO APÓCRIFA: FALHA SANÁVEL PELA ASSINATURA POSTERIORE NÃO PELA PROTOCOLIZAÇÃO DE NOVA PETIÇÃO FORA DO PRAZO RECURSAL. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é cabível a abertura de oportunidade à parte recorrente para sanar a falta de assinatura do procurador na petição recursal. 2. O saneamento de tal falta dá-se pelo comparecimento do advogado a juízo, para assinar a petição apócrifa, e não pela protocolização de nova petição de embargos fora do prazo recursal, do que resultam a inexistência dos primeiros embargos, porque apócrifos, e a intempestividade dos

últimos. Precedentes do Tribunal. 3. Embargos de declaração não conhecidos.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por maioria, não conhecer dos embargos de declaração.

7a. Turma do TRF da 1ª Região – 1º.08.2006.

Desembargador Federal ANTÔNIO EZEQUIEL

Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTÔNIO EZEQUIEL (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela empresa Impetrante (fls. 118/120), em face de acórdão da 7a. Turma desta Corte que restou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADESÃO AO PROGRAMA REFIS. EXCLUSÃO POR INADIMPLÊNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. LEI Nº 9.964/00. RESOLUÇÃO CG/REFIS Nº 69/2001. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA. 1 – Não se trata de mandado de segurança contra lei em tese, mas contra efeitos concretos e imediatos de ato administrativo praticado pela autoridade eleita coatora, não havendo que falar em impropriedade da via eleita. 2 – O Programa de Recuperação de Crédito, instituído pela Lei nº 9.964, de 10.04.2000, estabeleceu moratória individual, que, nos termos do art. 153 do CTN, reclama a fixação, pela lei que a concede, das condições a que se sujeita. 3 – A adesão ao referido programa implica a aceitação, pelo contribuinte, das condições estabelecidas, salvo se inconstitucionais, vício em que não incorre a falta de sua notificação para defesa, antes da exclusão, em razão da simplicidade da mecânica do programa, de sua natureza de favor fiscal, do seu objetivo de recuperação de créditos vencidos do Poder Público, e da circunstância de os fatos que ensejam a exclusão, a teor do art. 5º da Lei nº 9.964/00, serem, naturalmente, conhecidos do contribuinte, seja porque foi deles cientificado, expressamente, seja porque constituem práticas a ele atribuíveis. 4 – Verificada a inadimplência do aderente ao programa por período superior ao tolerado pela lei, não há que falar na sua reinclusão no REFIS. 5 – Apelação e remessa oficial providas.” (fl. 146)

Afirma a embargante que no acórdão não houve manifestação acerca do Decreto nº 70.235/72, bem como do art. 151 do CTN. Requer a análise dos dispositivos para fins de prequestionamento.

Estando a petição dos embargos sem assinatura dos advogados, outros foram por eles protocolados em 02.08.2004, devidamente assinados.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTÔNIO EZEQUIEL (Relator):

A peça processual de interposição dos embargos de declaração, vista às fls. 118/120 e que fora protocolado no prazo legal, não contém assinatura do(s) patrono(s) da parte, os quais protocolaram outra petição de embargos, devidamente assinada, em 02.08.2004 (fls. 122/124).

É certo que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é cabível a abertura de oportunidade à parte recorrente para sanar a falta de assinatura do procurador na petição recursal, consoante os arestos seguir colacionados:

“PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DA ASSINATURA DO ADVOGADO NA APELAÇÃO. IRREGULARIDADE SANÁVEL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FIADOR. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO SEM A ANUÊNCIA DO GARANTE. SÚMULA 214/STJ. ARTS. 82 e 115 DO CC/1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

I – O recurso interposto perante as instâncias ordinárias mediante petição sem a assinatura do advogado não é, *a priori*, inexistente, sendo cabível a abertura de oportunidade à parte recorrente para sanar tal falha. Precedentes.

II – A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a responsabilidade do fiador em relação ao contrato de locação deve ser interpretada restritivamente. Daí decorre que, na presente situação, o fiador somente responderá por encargos, decorrentes do contrato de locação, até o momento da sua extinção, mesmo que exista cláusula estendendo a sua obrigação até a entrega das chaves.

III – Não se conhece de recurso especial, por ausência de prequestionamento, se, não obstante a oposição de embargos de declaração, a matéria objeto do apelo não foi debatida no v. acórdão hostilizado. Súmula nº 211 do STJ.

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AG 714327/DF, rel. Min. Felix Fischer, 5a. Turma, DJ de 13.02.2006, p. 845.)

“PROCESSO CIVIL. RECURSOS. FALTA DE ASSINATURA.

Na instância ordinária, a falta de assinatura no recurso de apelação só prejudica o respectivo conhecimento se, intimado a suprir a omissão, o procurador deixar de fazê-lo. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 773710/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 3a. Turma, DJ de 01.02.2006.)

Contudo, sanar a falta de assinatura consiste em comprovar à Secretaria do Juízo, por iniciativa própria ou atendendo a intimação, e assinar a petição apócrifa, do que se lavrará termo ou certidão nos autos. Não há saneamento do defeito quando o advogado protocola, fora do prazo recursal, nova petição de embargos, disso resultando a inexistência dos primeiros embargos, porque apócrifos, e a intempestividade dos últimos.

A questão já foi objeto de apreciação por esta Corte, inclusive por esta 7a. Turma, consoante arestos a seguir colacionados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO EM DUPLICIDADE. FALTA DE ASSINATURA DO ADVOGADO NA PRIMEIRA PETIÇÃO. INTEMPESTIVIDADE DO SEGUNDO RECURSO OPOSTO.

1. Os embargos de declaração foram opostos em duplicidade. O primeiro recurso, porque apresentado sem a assinatura do advogado, é inexistente. O segundo é intempestivo, pois protocolizado após transcorrido o prazo legal de 5 (cinco) dias, de acordo com o art. 536 do CPC.

2. Embargos de declaração não conhecidos.”

(EDAMS 2002.41.00.003766-7/RO, rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, Sétima Turma, DJ de 21.11.2003, p. 75.)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA SOBRE AS REMUNERAÇÕES DE ADMINISTRADORES, AUTÔNOMO E AVULSOS. DUPLICIDADE. FALTA DE ASSINATURA DO PATRONO. INTEMPESTIVIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

1. O recurso utilizado, nos termos do artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, só pode ser avariado quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão.

2. Ocorre que, consoante se verifica dos autos, a parte ora recorrente protocolizou duas petições de embargos de declaração: a primeira, sem a devida assinatura de seu patrono, e a segunda quando já transcorrido o prazo recursal de 05 (cinco) dias, *ex vi* artigo 536, do Código de Processo Civil.

3. Sendo assim, não há como se conhecer de ambos os recursos apresentados, eis que padecem de inarredáveis requisitos processuais.

A primeira petição é inexistente, à míngua de assinatura do advogado; e a segunda é manifestamente intempestiva.

4. Embargos de declaração não conhecidos.”

(EDAMS 2001.34.00.010516-3/DF, rel. Desembargador Federal PLAUTORIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 05.09.2003, p. 49.)

Isso posto, acolhendo esse entendimento, NÃO CONHEÇO de ambos os embargos de declaração.

VOTO VOGAL – VENCIDO

O DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMMARAL: Dou provimento aos embargos para dar por sanada a irregularidade, tendo em vista que os “embargos declaratórios subsequentes” não constituem novidade senão mera reprodução daqueles ajuizados tempestivamente, o que poderia ser sanado, também, com a simples substituição da folha ou do lançamento da rubrica na petição anterior ou substituição da folha por outra, por aquela que já foi juntada, devidamente assinada. Penso que a falha está perfeitamente sanada.

Assim, dou provimento aos embargos.

PENAL - PROCESSO PENAL

AGENTE maior de 70 anos na DATA do ACÓRDÃO - REDUÇÃO de PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 115/CP - Impossibilidade - DECISÃO limita-se a confirmar SENTENÇA CONDENATÓRIA - ESTATUTO DO IDOSO - Inaplicabilidade

Supremo Tribunal Federal
Habeas Corpus n. 86.320/SP
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DJ, 24.11.2006
Rel.: Min. Ricardo Lewandowski
Paciente: (...)
Impetrante: (...)
Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS. ESTATUTO DO IDOSO. REDUÇÃO DE METADE NO PRAZO PRESCRICIONAL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

I – A idade de 60 (sessenta) anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de parâmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória. II – A redução do prazo prescricional é aplicada, analogicamente, quando a idade avançada é verificada na data em que proferida decisão colegiada condenatória de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma é apenas parcial da sentença condenatória em sede de

recurso. III – Não cabe aplicar o benefício do art. 115 do Código Penal quando o agente conta com mais de 70 (setenta) anos na data do acórdão que se limita a confirmar a sentença condenatória. IV – Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário. V – Ordem denegada.

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 julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 17 de outubro de 2006.

Ricardo Lewandowski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: – Trata-se de *habeas corpus* impetrado por (...), em favor de (...), contra o decidido no acórdão proferido na 5a. Turma do Superior Tribunal de Justiça, que julgou o RHC 17.160/SP, conforme a ementa a seguir transcrita:

“HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM PELA METADE DO PERÍODO. RÉU QUE COMPLETOU 70 ANOS APÓS A SENTENÇA. INAPLICABILIDADE. Segundo a disposição do art. 115 do Código Penal, só tem direito à contagem pela metade do prazo prescricional o réu que, ao tempo da sentença, já contava com 70 anos, o que não é o caso dos autos. Recurso desprovido.” (Fl. 948)

O paciente foi denunciado (fls. 19-20), por aditamento, em 11 de agosto de 1987, como incurso no art. 157, § 3º, do Código Penal, porque, em concurso de agentes, subtraiu de agência da Caixa Econômica do Estado de São Paulo, mediante grave ameaça, a quantia de Cr\$ 5.700.000,00 (cinco milhões e setecentos mil cruzeiros).

Em 02 de janeiro de 1996, foi sentenciado e condenado à pena de 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa (fls. 352-364). Inconformado, interpôs recurso perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve, em julgamento realizado em 20 de dezembro de 2000 (fls. 588-593 e 621-626), a decisão proferida pela primeira instância.

Contra o acórdão proferido pela Justiça Estadual paulista foram interpostos recursos especial e extraordinário (fls 639-678 e 705-748), os quais, não admitidos (fls. 787-794), ensejaram a apresentação de agravos de instrumento. A condenação tornou-se definitiva quando, em 16 de dezembro de 2003, a Segunda Turma deste Tribunal negou provimento ao recurso interposto pelo ora paciente.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente, nascido em 24 de maio de 1932 (fl. 834), completou 70 (setenta anos) em 24 de maio de 2002, antes, portanto, de serem julgados os recursos interpostos contra a condenação do paciente. Assim, seria ele beneficiário da redução da prescrição pela metade, nos termos do art. 115 do Código Penal.

Aduz que, aplicando-se a prescrição reduzida, teria transcorrido o prazo prescricional, porquanto entre o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado da sentença condenatória transcorreram mais de 10 (dez anos).

Argumenta, ainda, que o benefício instituído pelo art. 115 do Código Penal foi estabelecido com a finalidade de obrigar o Estado a agir de forma célere, evitando, por razões humanitárias, que um homem muito idoso seja privado de sua liberdade.

Alega, mais, que o termo “sentença”, constante do art. 115 do Código Penal, abrange também o julgamento proferido em apelação. Assim, conclui que a efetiva entrega da prestação jurisdicional não ocorre antes de que sejam julgados todos os recursos interpostos contra a decisão condenatória, razão pela qual, sem a ocorrência de trânsito em julgado em relação à defesa, o prazo prescricional reduzido deveria ser considerado em relação ao ora paciente, que completou 70 (setenta anos) antes do julgamento do agravo de instrumento interposto da decisão que inadmitiu o seu recurso extraordinário.

Afirma, também, que, com o advento do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, “é de se admitir que houve a derrogação de todas as normas penais que fixavam diversamente de sessenta anos a idade para ser considerada a pessoa na condição de idosa, o que deve beneficiar o Paciente” (fl. 11).

Postula, ao final, a concessão da ordem para que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, determinando-se a expedição de contra mandado de prisão.

A medida liminar foi indeferida pelo Ministro Nelson Jobim, então Presidente do Tribunal (fl. 936-937).

Requisitadas informações (fl. 937), foram elas prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 946-952).

A Procuradoria Geral da República opinou pelo indeferimento do *writ* (fls. 954-961).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): Bem examinados os autos, verifico que o presente *writ* não merece acolhimento.

Com efeito o Código Penal, em seu art. 115 estabelece que “são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”.

Cumpra notar que o art. 1º da Lei 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, ao definir como idoso aquele que possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, não derogou o referido dispositivo do Código Penal. É que a idade de 60 (sessenta) anos foi fixada apenas como parâmetro para os direitos e obrigações definidos no Estatuto em questão, não cabendo estender seus efeitos para o restante do ordenamento jurídico.

Ademais, a jurisprudência deste Tribunal estabelece que o lapso prescricional somente é reduzido à metade quando o agente conta com 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória. Nesse sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: HC 84.909/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 394.065-AgR-ED/CE, Rel. Min. Ilmar Galvão; e HC 71.811/SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

Existem, porém, situações nas quais intérprete pode superar a literalidade da norma, sob pena de cometer injustiças, reduzindo o prazo prescricional mesmo quando não se está diante de uma sentença condenatória monocrática. É o caso, por exemplo, da condenação proferida de forma colegiada, em virtude de foro especial por prerrogativa de função, ou, ainda, daquela decorrente de provimento de recurso interposto contra sentença absolutória.

No que se refere, todavia, a acórdão que confirma a condenação em sede de recurso, o abrandamento do artigo 115 do Código Penal, *data venia*, não é possível.

De fato, no julgamento do HC 84.909/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, a Segunda Turma manteve acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou o *habeas corpus* por entender que a redução do prazo prescricional somente ocorre se o agente contar com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória, e não da confirmação da condenação em sede de recurso.

É bem verdade que tal entendimento foi atenuado por este Tribunal quando do julgamento da EXT 591/República Italiana, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se reconheceu a possibilidade de redução quando a sentença condenatória é confirmada na segunda instância.

Ocorre, porém, que na hipótese tratada no processo extradicional, apesar de a condenação ter sido mantida,

houve a reforma parcial da sentença, razão pela qual se pode concluir que houve a substituição parcial do decreto condenatório.

Entendo, desse modo, que a prolação do acórdão somente deve ser considerada como marco temporal para a redução da prescrição em três hipóteses: 1) quando o agente é julgado diretamente por um colegiado; 2) quando há a reforma da sentença absolutória em julgamento de recurso para condenar o réu; e 3) quando ocorre a substituição do decreto condenatório em sede de recurso no qual se reforma parcialmente a sentença.

Não é possível, pois, a aplicação do art. 115 do Código Penal aos casos em que a condenação se dá mediante sentença e, em grau de recurso, há a mera confirmação da decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Na hipótese, o paciente completou 70 anos de idade após o julgamento da apelação, enquanto aguardava o julgamento dos recursos interpostos contra as decisões que inadmitiram os recursos especial e extraordinário, o que, indubitavelmente, não permite a aplicação do instituto da prescrição reduzida.

Registre-se, ademais, que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo e, no caso, sequer foram admitidos, o que demonstra a efetividade da condenação em primeiro grau, que já havia ensejado, inclusive, a expedição de mandado de prisão.

Em face do exposto, indefiro a ordem.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, estou caminhando para o Estatuto do Idoso e fico preocupada com o que o Ministro Ricardo Lewandowski disse. Primeiro, já reduziu: quem tem 60 anos, não conta. Enfim, fico só pensando, Ministro, que estaríamos aqui, nos termos do voto de Vossa Excelência, afirmando estarmos interpretando, na literalidade, a regra penal. Sentença dada por um juiz monocrático e Vossa Excelência abriu as alternativas, quando for diretamente por órgão colegiado ou uma terceira hipótese...

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Ou quando houve uma sentença absolutória e em grau de recurso, há uma reforma

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Absolutória não conta, porque, aí, não existiria a hipótese. Poderíamos ter uma confirmação de decisão, porém, com a redução, ou uma coisa qualquer. Então, contaria?

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Então, sim, porque a sentença de primeiro grau foi substituída pelo acórdão. O marco temporal é o acórdão. Quando a sentença, entendo eu, data vênua, é confirmada integralmente pelo segundo grau – e que foi o caso –, não há substituição da sentença pelo acórdão. Então, a sentença se mantém íntegra, e o marco temporal se conta a partir dessa primeira sentença, da sentença monocrática de primeiro grau.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, acompanho o voto do Relator, reservando-me a possibilidade de uma nova retomada da discussão, porque fico preocupada, basicamente, com o princípio da isonomia. Se de um lado, realmente, pode haver recursos meramente protelatórios para que a pessoa complete essa data antes do trânsito em julgado – e a lei não fala em trânsito em julgado –, por outro lado, fico com medo de dar as conseqüências disso para pessoas que, num interregno sem muita diferença, vão ter um tratamento penal muito diferenciado.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – É, cada caso é um caso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Acompanho-o no caso, apenas com a preocupação que achei muito bem posta, como sempre, no voto de Vossa Excelência.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. 1a. Turma, 17.10.2006.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

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

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

RECURSO ADESIVO-PARTE JÁ INTERPÔS RECURSO ORDINÁRIO INTIMPESTIVO-PRECLUSÃO CONSUMATIVA -PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE

Tribunal Superior do Trabalho

Ag. de Instrumento em Recurso Ordinário n. 1521/2003-000-01-40.4

Órgão julgador: Seção Especializada em Dissídios Coletivos
Fonte: DJ, 17.11.2006

Rel.: Min. Milton de Moura França

Agravante: Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino de Volta Redonda

Agravado: Sindicato dos Professores do Sul Fluminense

EMENTA

RECURSO ADESIVO APÓS INTERPOSIÇÃO DE RECURSO AUTÔNOMO (PRINCIPAL) – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. Não se admite recurso ordinário adesivo, ao constatar-se que a parte já interpôs recurso ordinário autônomo, porquanto constituem formas de impugnação da sentença excludentes entre si. Pelo princípio da unirrecorribilidade, a admissibilidade de recurso pressupõe a não-interposição de qualquer outro, pela mesma parte, para atacar a mesma decisão. A interposição do recurso autônomo corresponde à renúncia tácita ao exercício posterior da faculdade de recorrer de forma adesiva

(art. 503, Parágrafo Único, do CPC). Nesse contexto, a interposição intempestiva do recurso ordinário pelo suscitado corresponde à constatação de anterior trânsito em julgado do acórdão proferido pelo TRT com conseqüente preclusão de seu direito. Admitir-se o recurso adesivo implicaria violar a coisa julgada e afrontar o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República. Agravo de instrumento em recurso ordinário não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nº TST-AIRO-1521/2003-000-01-40.4, em que é agravante Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino de Volta Redonda e agravado Sindicato dos Professores do Sul Fluminense.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto em autos apartados pelo suscitado, contra o r. despacho proferido pelo Exmo. Sr. Juiz Vice-Presidente do e. TRT da 1a. Região, que negou seguimento ao recurso adesivo porque, “interposto recurso ordinário e sendo este denegado, por sua intempestividade, defeso à parte reiterar o seu inconformismo através de recurso adesivo, por violar o princípio da unirrecorribilidade” (fl. 72).

Por intermédio de sua minuta, pleiteia o suscitado a reforma do r. despacho impugnado, argumentando que “o recurso adesivo não tem qualquer dependência com os autos do processo e suas ocorrências, pois que a dependência é exclusiva da interposição de recurso da parte contrária” e, ainda, que, “havendo recurso da parte contrária, cabe, sempre, o adesivo” (fl. 3).

Contramínuta apresentada a fls. 75/77.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

Relatados.

VOTO

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 72 e 2) e está subscrito por advogado habilitado (fl. 6).

Conheço.

Sem razão o agravante.

Pelo princípio da unirrecorribilidade, a admissibilidade de recurso pressupõe a não-interposição de qualquer outro, pela mesma parte, para atacar a mesma decisão.

A interposição do recurso autônomo corresponde à renúncia tácita ao exercício posterior da faculdade de recorrer de forma adesiva (art. 503, Parágrafo Único, do CPC).

Assim, a interposição intempestiva do recurso ordinário pelo suscitado corresponde à constatação de anterior trânsito em julgado do acórdão proferido pelo TRT, no que resulta estar precluso o seu direito de recorrer.

Admitir-se o recurso adesivo implicaria violar a coisa julgada e afrontar o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República.

Nesse sentido, a lição do saudoso Ministro Coqueijo Costa:

“Em suma, podem ser alinhados como requisitos específicos do recurso adesivo os seguintes:

(omite-se)

e) impossibilidade de a mesma parte interpor o recurso principal e o adesivo, porque aquele absorve este”

(in Direito processual do trabalho, 3a. edição, Ed. Forense, p. 483)

Precedente da e. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 90.889-7/CE (DJ: 3.7.1979, pág. 5.159):

“(…) Ao interpor recurso extraordinário seu, a parte renuncia a recurso adesivo subsequente ao apelo extremo da outra parte.”

Com estes fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e negar-lhe provimento.

Brasília, 19 de outubro de 2006.

Milton de Moura França

Relator

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

APROVAÇÃO em CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO do CERTAME em decorrência de IRREGULARIDADE - CANDIDATO aprovado já estava exercendo CARGO de VIGIA - EXONERAÇÃO - Direito a INDENIZAÇÃO por DANO MORAL

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Cível n. 322.779-0

Órgão julgador: 4a. Câmara Cível

Fonte: DJPR, 27.10.2006

Rel.: Juiz Conv. Xisto Pereira

Apelante: Cláudio Francisco Antunes

Apelado: Município de Prudentópolis

APELAÇÃO CÍVEL. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. EXERCÍCIO DO CARGO. ANULAÇÃO DO CERTAME EM DECORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS.

(1) Não se há de negar que a Administração Pública pode rever seus próprios atos, inclusive para declará-los nulos quando contenham vícios que os tornam ilegais, segundo dispõem as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. (2) Se o ato administrativo era inválido, significa que a Administração Pública, ao praticá-lo, violou a ordem jurídica. E ao anulá-lo, estará, *ipso facto*, proclamando que foi autora dessa violação.

(3) Como o ato administrativo, que foi posteriormente anulado, encontrava-se impregnado da presunção de veracidade e legitimidade, era natural que o terceiro de boa-fé nele confiasse. E se não deu causa à sua invalidação, tem o direito de ser indenizado pelos danos morais sofridos.

RECURSOPROVIDO.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 322.779-0, da Vara Única da Comarca de Prudentópolis, em que é apelante CLÁUDIO FRANCISCO ANTUNES e apelado o MUNICÍPIO DE PRUDENTÓPOLIS.

I – RELATÓRIO

Cláudio Francisco Antunes, ora apelante, ajuizou ação de reparação de danos em face do Município de Prudentópolis, ora apelado. Disse que foi aprovado e nomeado em concurso público. Tomou posse e assumiu o cargo de vigia. Como o certame foi anulado por irregularidades, das quais não participou, foi exonerado. Por conta disso, sofreu danos morais. Pediu, então, indenização no valor de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais).

O pedido foi, pela sentença recorrida, julgado improcedente sob o entendimento, em síntese, de que o ato administrativo praticado pelo apelado foi legal, portanto lícito, a não gerar obrigação indenizatória (fls. 281/287).

Diz o apelante, em suas razões recursais, que a anulação do concurso público se deu por batalha política, ante a eleição do novo Prefeito Municipal; que sofreu prejuízos com sua anulação, pois do dia para noite ficou desempregado sem qualquer justificativa; que o certame transcorreu dentro dos padrões da legalidade; que foi punido por fatos que não deu causa; que é pessoa de boa-fé e que o dano moral não necessita ser provado, uma vez que pode ser presumido por decorrer da própria violação ao direito lesado (fls. 291/304).

O apelado, em contra-razões, sustenta que agiu no exercício regular de um direito porque a Administração Pública pode, a qualquer momento, rever seus próprios atos. Além disso, o apelante não fez prova da ocorrência dos danos morais que disse ter sofrido (fls. 307/316).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça sugere o provimento do recurso (fls. 327/335).

É o relatório do que interessa.

II – O VOTO E SEUS FUNDAMENTOS

O apelante pleiteia a condenação do apelado ao pagamento da quantia de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), a título de danos morais, em decorrência da anulação do concurso público a que se submeteu e foi aprovado para exercer, como exercendo estava, o cargo de vigia.

Não se há de negar que a Administração Pública pode rever seus próprios atos, inclusive para declará-los nulos quando contenham vícios que os tornam ilegais, segundo dispõem as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, a propósito, leciona que a “Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação, é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então). A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas nºs 346 e 473. Pela primeira, ‘a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos’; e nos termos da segunda, ‘a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial’.

(...)

A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância...” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17a. edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 226-227).

A nulidade do concurso público, no caso em exame, era de rigor diante das várias irregularidades detectadas, tais como, o descumprimento da Lei Orgânica Municipal pela ausência de publicidade do edital de convocação, desrespeito ao seu prazo mínimo até a data da realização das provas e inexistência da reserva de vagas a pessoas portadoras de deficiência física (fls. 81/135).

Logo, outro caminho não restava à Administração Pública senão invalidar o certame, mesmo porque, diante das mencionadas irregularidades, era seu dever assim fazê-lo. Conseqüentemente, o ato administrativo de anulação é absolutamente legítimo, vale dizer, lícito, pois devidamente embasado na legislação pátria, principalmente nos princípios constitucionais da legalidade e da supremacia do interesse público.

Entretanto, em que pese essa licitude, é imperativa a responsabilização pelos danos causados a terceiros de boa-fé porque a ilicitude foi antecedente, isto é, manejou-se posteriormente um ato lícito para corrigir um ilícito anterior. E como esse ato administrativo anterior, que foi posteriormente anulado, encontrava-se impregnado da presunção de veracidade e legitimidade, era natural que o terceiro de boa-fé nele confiasse. E por não ter dado causa à sua invalidação, tem o direito de ser indenizado pelos danos sofridos.

Induvidoso, portanto, o liame causal.

Esclarecedora é, nesse particular, a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem “...se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato

e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar.

Aliás, a solução que se vem de apontar nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, no qual o princípio da responsabilidade do Estado (v. Capítulo XIX) está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger tanto responsabilidade por atos ilícitos, quando por atos lícitos (como o seria a correta fulminação de atos inválidos)” (MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17a. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 440-441).

A responsabilidade do apelado, como se vê, é objetiva na espécie, consagrada que está no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, definida por Celso Antonio Bandeira de Mello, na obra antes mencionada, como sendo “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano”.

A dor moral, por outro lado, é indiscutível.

O apelante se preparou para o concurso público. Confiou na sua regularidade. Quiçá abandonou outra profissão ou emprego. Acreditou que com seu esforço seria aprovado. Sendo aprovado, como foi, teria segurança econômica e social. Mas posteriormente, viu-se desempregado. Como tal, indubitavelmente, veio a suportar, como qualquer pessoa suportaria, sentimento de insegurança e humilhação.

Este Tribunal, em caso idêntico, assim decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. SERVIDOR PÚBLICO APROVADO E NOMEADO EM CONCURSO PÚBLICO. POSSE E EXERCÍCIO DO CARGO POR DEZ MESES. POSTERIOR ANULAÇÃO DO CONCURSO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERDA DO CARGO PELO SERVIDOR. SOFRIMENTOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE.

Mesmo sendo legítima a anulação do concurso público por verificada irregularidade, o Poder Público responde pelos danos morais causados ao particular.

O valor da indenização por danos morais, para o caso, é reduzido para R\$ 4.000,00, entendidos suficientes para a reparação exigida, impondo-se

sucumbência recíproca às partes, compensando-se os honorários.

Apelação parcialmente provida” (2a. Câmara Cível, Apelação Cível nº 180.627-7, de Prudentópolis, Relator Juiz Péricles Bellusci de Batista Pereira, julgado em 10.11.05).

Do voto do eminente Relator, colhem-se os seguintes e bem lançados argumentos, a se ter como certo que “Ao Poder Público incumbe manter um sistema rígido e eficiente de organização de concursos públicos, com absoluto controle do sigilo e seriedade na elaboração das questões e gabaritos, de modo a assegurar a igualdade constitucional de todos os participantes, para não dar margem à anulação posterior, sob pena de restar configurada a falta ou falha no serviço, capaz de autorizar a pretensão indenizatória, prevista no art. 37, § 6º, da CF.

(...)

Em tais circunstâncias, se a norma constitucional adotou o princípio da responsabilidade civil objetiva, não há como eximir-se o Município de Prudentópolis do seu dever de indenizar, em face do caso concreto, ainda mais porque não se cogitou de culpa do apelado.

Nem se pode acolher a escusa de que o autor ainda estava em estágio probatório, pois que, prezando pela qualidade de seu trabalho, não teria dado motivos para qualquer dispensa, ficando a perda do emprego por conta exclusiva da administração, ao anular o concurso.

Em outras palavras, o apelado não foi dispensado do cargo por descumprir seus deveres, nem por ter sido reprovado no estágio probatório (que, ademais, exigiria procedimento com contraditório), mas sim por anulação do concurso, fato sobre o qual não teve qualquer influência”.

Em relação à quantificação do dano moral, é certo que fica ao prudente arbítrio do magistrado, não devendo se distanciar, porém, do binômio necessidade/possibilidade. O montante indenizatório, portanto, deve ser arbitrado em quantia que sirva, de um lado, como freio para que não mais torne o ofensor, afetando seu patrimônio, a praticar atos semelhantes, de outro, como forma de amenizar a dor experimentada pelo ofendido, sem no entanto caracterizar enriquecimento ilícito.

Apresenta-se, por isso, desproporcional aos contornos do caso concreto a quantia de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), pleiteada pelo apelante. Razoável é, em vista dos parâmetros antes estabelecidos, arbitrar-se a indenização em R\$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais). Essa quantia deverá ser acrescida de correção monetária, a partir da publicação deste Acórdão, e de juros da mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso (anulação do concurso), nos moldes da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Pela sucumbência, deverá o apelado pagar as custas processuais e os honorários advocatícios do patrono judicial da apelante, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC.

Assim se decide porque, segundo o enunciado da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Nesses termos, fica provido este recurso.
É como voto.

III – DISPOSITIVO

ACORDAM os magistrados integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado

do Paraná, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso.

Acompanhou o voto do Redator para o Acórdão a Excelentíssima Senhora Desembargadora Regina Afonso Portes (Presidente, em exercício).

Votou vencido o Excelentíssimo Senhor Relator, Juiz Convocado Luís Espíndola, negando provimento ao recurso.

Curitiba, 29.08.06

Juiz Conv. Xisto Pereira, Juiz Conv. Luís Espíndola, Redator p/o Acórdão. Relator, vencido.

TRIBUTÁRIO

ISS incidente sobre OPERAÇÃO de ARRENDAMENTO MERCANTIL - MUNICÍPIO - LEVANTAMENTO de VALOR referente a DEPÓSITO JUDICIAL - LEI 10819/03

Superior Tribunal de Justiça
Agravamento Regimental no Recurso Especial n. 819.703/SC
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DJ, 23.11.2006
Rel.: Min. Francisco Falcão
Rel.p/ acórdão: Min. Luiz Fux
Agravante: Banco General Motor S/A
Agravado: Município de Itajaí

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEI 10.819/2003. LEVANTAMENTO, PELO MUNICÍPIO, DE 70% DO VALOR DO DEPÓSITO JUDICIAL. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA QUE CONSTITUI QUESTÃO PREJUDICIAL DE NATUREZA CONSTITUCIONAL.

1. O artigo 1º, da Lei 10.819/2003, pressupõe que os tributos sejam da “competência do Município”, para os fins de levantamentos com compromisso de reversibilidade dos depósitos aos contribuintes.

2. Sucede que essa competência tributária resta questionada perante o E. STF, sendo certo que o E. STJ considerou a questão, *in casu*, prejudicial de natureza constitucional (REsp 805.317/RS, julgado em 17.08.2006).

3. Consectariamente, inócua a prova inequívoca que autorizaria o levantamento (artigo 273, do CPC), consoante acertadamente decidiu o aresto *a quo*.

4. Agravamento regimental da empresa provido para negar provimento ao recurso especial do Município, divergindo-se do voto do e. Ministro Relator.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, os Ministros da Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao agravamento regimental para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr.

Ministro Luiz Fux. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília, 17 de outubro de 2006.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO:

Trata-se de agravamento regimental interposto pelo BANCO GENERAL MOTORS S/A contra a decisão de fls. 296/298, mediante a qual dei provimento ao recurso especial em epígrafe, com base na jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual incide o ISS sobre operações de arrendamento mercantil (Súmula 138/STJ), o que legitima o levantamento, previsto na Lei nº 10.819/03, de 70% do depósito judicial efetuado a este título quando o Município houver constituído fundo de reserva para a restituição do valor ao executado na hipótese de insucesso da cobrança fiscal.

A agravante argumenta que o recurso especial da agravada sequer deveria ter sido conhecido, dada a incidência das Súmulas nº 280 e 283 do STF e o fato de ter o acórdão recorrido decidido a demanda com base em fundamento eminentemente constitucional. Aduz, ainda, que o art. 7º da Lei nº 10.819/2003 é inconstitucional, pois teve efeitos que retroagiriam e atingiram depósitos judiciais feitos antes de sua publicação. Além disso, o agravado não comprovou a urgência e necessidade de receber os valores levantados.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR): Tenho que não assiste razão à agravante.

Com efeito, a decisão agravada está amparada na jurisprudência consolidada na Súmula nº 138 desta Corte, segundo a qual incide o ISS sobre operações de arrendamento mercantil, o que legitima o levantamento, previsto na Lei nº 10.819/03, de 70% do depósito judicial efetuado a este título quando o Município houver

constituído fundo de reserva para a restituição do valor ao executado na hipótese de insucesso da cobrança fiscal.

Assim se decidiu no precedente abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. INCIDÊNCIA. LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. VIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA.

I – É devido o levantamento de 70% dos valores depositados em juízo, relativos a crédito tributário do Município a título de ISS sobre operações de arrendamento mercantil, quando, a teor da Lei nº 10.810/2003, tenha a municipalidade constituído fundo de reserva para fins de imediata restituição do dinheiro ao executado, na hipótese de insucesso na cobrança fiscal.

II – Presentes a plausibilidade do direito alegado, representada pela pacífica jurisprudência desta Corte Superior a amparar os créditos do município, bem como a caracterização do *periculum in mora* pela lesão municipal configurada na transferência das receitas legalmente auferidas pelo Requerente, para conta vinculada ao juízo.

III – Medida cautelar procedente “(MC nº 8.518/SC, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 01/07/2005, p. 364)

Na mesma linha de entendimento, cito ainda o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. LEVANTAMENTO, PELO MUNICÍPIO, DE VALORES DEPOSITADOS À CONTA DO JUÍZO. LEI 10.819/2003. ISS. LEASING. INCIDÊNCIA. SÚMULA 138/STJ.

1. É legítimo o levantamento do depósito, pelo Município, na forma da Lei 10.819/2003, máxime quando ostenta o fundo de reserva, autorizado por lei, e que garante a restituição integral, diante do insucesso da demanda.

2. É sumulado no Eg. STJ que: “O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis”.

3. Sobressai o *periculum in mora*, da ordem mandamental que impõe a devolução de importâncias consumidas com os interesses dos munícipes, em prol de débito consagrado pelo Eg. STJ.

4. Deveras, a *ratio essendi* da Lei 10.819/2003 é explícita na exposição de motivos ao justificar o diploma assentando: “o presente projeto de lei tem por objetivo dar finalidade útil aos recursos que forem objeto de depósito judicial ou extrajudicial de valores referentes a débitos tributários em litígio. A absoluta indisponibilidade destas receitas contrastam com a grave situação financeira dos municípios, legítimos credores de tais quantias, na maior parte dos casos. Não há mais espaço para a ociosidade de tamanho montante de recursos, enquanto processos judiciais tramitam por anos a fio pelas instâncias judiciais do País.”

5. Agravo Regimental desprovido” (AgRg na MC nº 9.617/SC, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 30/05/2005, p. 209)

Na presente hipótese, o Tribunal de origem expressamente reconhece a constituição pelo Município-recorrente do mencionado fundo de reserva, consoante se colhe do seguinte trecho do acórdão recorrido, *litteris*:

“Como forma de tornar viável o levantamento autorizado previsto no § 2º, o Município de Itajaí instituiu, através da edição do Decreto n. 6.976-A, de 29 de dezembro de 2003, o fundo de reserva destinado a garantir a restituição da parcela dos depósitos judiciais que lhes seriam repassadas nos termos da aludida lei federal” (fl. 108).

Nesse panorama, perfeitamente aplicável o ditame da Lei nº 10.819/03 que possibilita o levantamento do depósito judicial antes aludido.

Cabe registrar que o acórdão recorrido assenta-se em interpretação de lei infraconstitucional, não havendo que se falar em competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir as questões suscitadas no recurso especial.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo. É o voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Banco General Motors S/A em face de decisão monocrática da lavra do e. Ministro Relator que deu provimento ao recurso especial do Município de Itajaí, sob os seguintes fundamentos:

“Com efeito, o pleito deduzido na Execução Fiscal em foco é corroborado pelo entendimento sumulado desta Corte, segundo o qual incide o ISS sobre operações de arrendamento mercantil (Súmula 138/STJ), o que legitima o levantamento, previsto na Lei nº 10.819/03, de 70% do depósito judicial efetuado a este título quando o Município houver constituído fundo de reserva para a restituição do valor ao executado na hipótese de insucesso da cobrança fiscal.

Assim se decidiu no precedente abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. INCIDÊNCIA. LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. VIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA.

I – É devido o levantamento de 70% dos valores depositados em juízo, relativos a crédito tributário do Município a título de ISS sobre operações de arrendamento mercantil, quando, a teor da Lei nº 10.810/2003, tenha a municipalidade constituído fundo de reserva para fins de imediata restituição do dinheiro ao executado, na hipótese de insucesso na cobrança fiscal.

II – Presentes a plausibilidade do direito alegado, representada pela pacífica jurisprudência desta Corte Superior a amparar os créditos do município, bem como a caracterização do *periculum in mora* pela lesão municipal configurada na transferência das receitas legalmente auferidas pelo Requerente, para conta vinculada ao juízo.

III – Medida cautelar procedente “(MC nº 8.518/SC, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 01/07/2005, p. 364)

Na mesma linha de entendimento, cito ainda o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. LEVANTAMENTO, PELO MUNICÍPIO, DE VALORES DEPOSITADOS À CONTA DO JUÍZO. LEI 10.819/2003. ISS. LEASING. INCIDÊNCIA. SÚMULA 138/STJ.

1. É legítimo o levantamento do depósito, pelo Município, na forma da Lei 10.819/2003, máxime quando ostenta o fundo de reserva, autorizado por lei, e que garante a restituição integral, diante do insucesso da demanda. 2. É sumulado no Eg. STJ que: “O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis”. 3. Sobressai o *periculum in mora*, da ordem mandamental que impõe a devolução de importâncias consumidas com os interesses dos munícipes, em prol de débito consagrado pelo Eg. STJ. 4. Deveras, a *ratio essendi* da Lei 10.819/2003 é explícita na exposição de motivos ao justificar o diploma assentando: “o presente projeto de lei tem por objetivo dar finalidade útil aos recursos que forem objeto de depósito judicial ou extrajudicial de valores referentes a débitos tributários em litígio. A absoluta indisponibilidade destas receitas contrastam com a grave situação financeira dos municípios, legítimos credores de tais quantias, na maior parte dos casos. Não há mais espaço para a ociosidade de tamanho montante de recursos, enquanto processos judiciais tramitam por anos a fio pelas instâncias judiciais do País.” 5. Agravo Regimental desprovido” (AgRg na MC nº 9.617/SC, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 30/05/2005, p. 209)

Na presente hipótese, o Tribunal de origem expressamente reconhece a constituição pelo Município-recorrente do mencionado fundo de reserva, consoante se colhe do seguinte trecho do acórdão recorrido, *litteris*:

“Como forma de tornar viável o levantamento autorizado previsto no § 2º, o Município de Itajaí instituiu, através da edição do Decreto n. 6.976-A, de 29 de dezembro de 2003, o fundo de reserva destinado a garantir a restituição da parcela dos depósitos judiciais que lhes seriam repassadas nos termos da aludida lei federal” (fl. 108).

Nesse panorama, perfeitamente aplicável o ditame da Lei nº 10.819/03 que possibilita o levantamento do depósito judicial antes aludido.

Posto isso, com arrimo no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao presente recurso especial.”

Consoante o e. Ministro relator, nas razões do regimental, “a agravante argumenta que o recurso especial da agravada sequer deveria ter sido conhecido, dada a incidência das Súmulas 280 e 283, do STF, e o fato de ter o acórdão recorrido decidido a demanda com base em fundamento eminentemente constitucional”. Restou ainda relatada a alegação do agravante de que “o art. 7º, da Lei nº 10.819/2003 é inconstitucional, pois teve efeitos que retroagiram e atingiram depósitos judiciais feitos antes de sua

publicação” e de que “o agravado não comprovou a urgência e necessidade de receber os valores levantados”.

O i. Relator negou provimento ao agravo regimental, por considerar que o entendimento cristalizado na Súmula 138/STJ legitima o levantamento de 70% do depósito judicial efetuado a título de ISS incidente sobre operações de arrendamento mercantil, nos termos da Lei 10.819/03, máxime tendo em vista a constituição de fundo de reserva pelo Município para arcar com eventual restituição do valor ao executado na hipótese de insucesso da cobrança fiscal. Consignou ainda que “o acórdão recorrido assenta-se em interpretação de lei infraconstitucional, não havendo que se falar em competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir as questões suscitadas no recurso especial”.

Pedi vista dos autos para melhor compreensão da controvérsia, que gravita em torno da legalidade ou não do levantamento, pelo Município, de 70% do depósito judicial efetuado pela empresa a título de ISS incidente sobre operações de *leasing*.

A Lei 10.819/2003 dispõe sobre os depósitos judiciais de tributos, no âmbito dos Municípios, e assim preceitua em seu artigo 1º:

“Art. 1º Os depósitos judiciais, em dinheiro, referentes a tributos e seus acessórios, de competência dos Municípios, inclusive os inscritos em dívida ativa, serão efetuados, a partir da data da publicação desta Lei, em instituição financeira oficial da União ou do Estado a que pertença o Município, mediante a utilização de instrumento que identifique sua natureza tributária.

§ 1º Os municípios poderão instituir fundo de reserva, destinado a garantir a restituição da parcela dos depósitos referidos no *caput* que lhes seja repassada nos termos desta Lei.

§ 2º Ao município que instituir o fundo de reserva de que trata o § 1º, será repassada pela instituição financeira referida no *caput* a parcela correspondente a setenta por cento do valor dos depósitos de natureza tributária nela realizados a partir da vigência desta Lei.

§ 3º A parcela dos depósitos não repassada nos termos do § 2º será mantida na instituição financeira recebedora, que a remunerará segundo os critérios originalmente atribuídos aos depósitos.”

À luz do supracitado dispositivo legal, depreende-se que a Lei 10.819/2003 pressupõe que os tributos sejam da “competência do Município”, para os fins de levantamentos com compromisso de reversibilidade dos depósitos aos contribuintes.

Sucedo que essa competência tributária resta questionada perante o E. STF, sendo certo que o E. STJ considerou a questão, *in casu*, prejudicial de natureza constitucional (REsp 805.317/RS, julgado em 17.08.2006).

Consectariamente, incorre a prova inequívoca que autorizaria o levantamento (artigo 273, do CPC), consoante acertadamente decidiu o aresto *a quo*.

Ex positis, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL da empresa para NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL do Município, divergindo do voto do e. Ministro Relator.

CIVIL - COMERCIAL

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Defeito em LINHA TELEFÔNICA-FORNECIMENTO de ASSISTÊNCIA TÉCNICA pela EMPRESA - Não configuração de DANO MORAL

Apelação cível. Ação de indenização. Defeito em linha telefônica. Ocorrência de linha cruzada. Ausência de lesão. Mero dissabor comum do cotidiano. Dano moral inóceno. A ocorrência de linha cruzada, decorrente de falha na fiação telefônica, não pode ser caracterizada ofensa à garantia de inviolabilidade de comunicação, a ponto de ensejar direito à indenização por danos morais. Muito embora o fato cause transtornos e dissabores ao usuário, não há falar-se em dano moral passível de indenização, sob pena de se exigir a infalibilidade de todo serviço regulado pela legislação consumerista, devendo ser observado, ademais, que a empresa prestadora forneceu toda a assistência técnica, resolvendo o incidente, tão logo comunicada. (TJ/SC - Ap. Cível n. 2004.012266-7 - Comarca de Itapema - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Desa. Salete Silva Sommariva - j. em 29.08.2006 - Fonte: DJ/SC, 17.10.2006).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Sessão de exorcismo - Prática em CULTO RELIGIOSO-EMPREGO DE VIOLÊNCIA - Ocorrência de LESÃO - SÚMULA 5/STJ - SÚMULA 7/STJ

Direito Civil e Processual Civil. Ação de indenização por dano moral e material. Sessão de exorcismo, praticada em culto evangélico mediante emprego de violência, do qual resultou grave fratura do punho da autora. Lesão permanente. Existência de instrumento particular de transação anterior à propositura da ação. Interpretação do contrato, promovida pelo Tribunal *a quo*, no sentido de que ele só abrangeria as despesas urgentes e com medicamentos. Conclusão que não pode ser revista nesta sede. Súmulas 5 e 7/STJ. Pedido de dano material formulado por valor fixo, calculado com base na remuneração que a autora receberia se permanecesse trabalhando até os 65 anos de idade. Deferimento da indenização pelo Tribunal, mediante pensão vitalícia, em valor menor que o pleiteado. Alegação de decisão *extra petita*. Inexistência. 1. A interpretação dada pelo Tribunal para o alcance da transação celebrada pelas partes antes da propositura da ação judicial não pode ser revista nesta sede por força do óbice das súmulas n^{os} 5 e 7/STJ. 2. Tendo a autora requerido a condenação da ré em valor fixo pelos danos materiais causados, não é *extra-petita* a decisão do Tribunal de conceder pensão vitalícia, uma vez que os valores a serem despendidos, somados, jamais alcançarão o montante pleiteado na inicial.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ - Rec. Especial n. 762367 - Espírito Santo - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Nancy Andrighi - j. em 17.08.2006 - Fonte: DJ, 27.11.2006).

AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO em CONTA CORRENTE - Aplicabilidade do CDC - Inocorrência de ofensa ao PRINCÍPIO do PACTA SUNT SERVANDA e AUTONOMIA DA VONTADE

Apelação cível. Ação monitoria. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Aplicabilidade das normas do CDC. Não-ocorrência de afronta aos princípios do *pacta sunt servanda* e autonomia da vontade. Limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano. Aplicabilidade da lei de usura (Decreto n. 22.626/33). Capitalização mensal de juros e cobrança de comissão de permanência. Vedação. Multa contratual. Limitação em 2%, nos termos do artigo 52, § 1º, do CDC. Correção monetária. Substituição do índice INPC pelo IGPM por ser este o que melhor reflete a desvalorização da moeda. Substituição que não prejudica nenhuma das partes. Cobrança de juros de mora de 12% ao ano. Falta de interesse recursal. Ausência de sucumbência do recorrente, tendo em vista que pretende a aplicação de índice já fixado pelo magistrado. Recurso parcialmente conhecido e não provido. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2006.015858-1/0000-00 - Comarca de Campo Grande - 3a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - j. em 16.11.2006 - Fonte: DJ/MS, 30.11.2006).

CEF - COMPENSAÇÃO indevida de CHEQUE - Ausência de EMISSÃO pelo AUTOR - Insuficiência de FUNDOS - Configuração de DANO MORAL - ART. 3º/CDC

Responsabilidade civil. CEF. Danos materiais e morais. Cheques compensados indevidamente. Talões não entregues. Devolução de cheque regularmente emitido. Insuficiência de fundos. 1. O conceito de serviço previsto no art. 3º, § 2º, do CDC alcança a atividade bancária. 2. A compensação indevida dos cheques não emitidos pela parte autora, bem como a devolução do cheque regularmente lançado, causou-lhe danos morais passíveis de reparação. Saliente-se, ademais, a privação do crédito das autoras por mais de 6 meses, período referente ao tempo que levou para ser estornado o *quantum* indevidamente compensado. 3. O dano moral está ínsito na própria ofensa, desnecessidade de prova. 4. Apelação da parte autora provida, em parte, para fixar o valor da indenização por danos morais em R\$ 2.500,00 (dois

mil e quinhentos reais). (TRF/2a. Reg. - Ap. Cível n. 2002.50.01.001297-0 - Comarca de Vitória - 7a. T. Esp. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Reis Friede - j. em 01.11.2006 - Fonte: DJ/MS, 16.11.2006).

DISSOLUÇÃO de UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA de PATRIMÔNIO - REGIME de SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - Ausência de comprovação de BENS - Não violação do ART. 535/CPC - Configuração do ART. 1725/CC

União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime de separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte. 1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar. 2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. 3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 736.627 - Paraná - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Carlos Alberto Menezes Direito - j. em 11.04.2006 - Fonte: DJ, 01.08.2006).

FALÊNCIA - Desconstituição de ATO JURÍDICO cumulado com PEDIDO de INDENIZAÇÃO - Despersonalização da PESSOA JURÍDICA - Competência do JUÍZO FALIMENTAR - Possibilidade de HABILITAÇÃO DE CRÉDITO pelo CREDOR

Desconstituição de ato jurídico cumulado com pedido de indenização. Falência. Despersonalização da pessoa jurídica. Habilitação de crédito. Decretada a quebra da empresa, compete ao juízo falimentar analisar pretensão jurídica relativa à desconsideração da pessoa jurídica. Defesa do concurso universal dos credores. Em respeito ao princípio da *par conditio creditorum*, cumpre ao credor buscar seu crédito, por meio de procedimento de habilitação perante o juízo de falência. Negaram provimento ao apelo. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70016129470 - Comarca de Erechim - 14a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. José Francisco Pellegrini - j. em 14.11.2006 - Fonte: DJ/RS, 27.11.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. José Francisco Pellegrini, a seguinte lição: “(...) deve ser respeitado o procedimento especial da lei de quebra, a fim de assegurar tratamento isonômico do concurso de credores. Entendimento contrário, na eventualidade do acolhimento da desconsideração da pessoa jurídica, no presente feito, acarretaria benefícios ao

autor, em detrimento dos demais credores, o que é vedado no ordenamento jurídico. Portanto, compete ao juízo falimentar pronunciar-se a respeito da pretensão, de modo que somente a pretensão de reaver seu crédito permanece hígida.”

INDENIZAÇÃO - PRODUTO para alisamento de cabelo - LESÃO de caráter transitório - Inocorrência de DANO ESTÉTICO - RESPONSABILIDADE do FABRICANTE - Caracterização de DANOMATERIAL

Indenização. Produto para alisamento de cabelo. Alergia. Queda de cabelo. Fato do produto. Responsabilidade do fabricante. Danos morais. Majoração. Possibilidade. Danos psíquicos. Espécie de dano moral. Dano estético. Inocorrência. Situação transitória. Danos materiais. Caracterização. Extensão do dano. Liquidação de sentença. Honorários advocatícios. Para a fixação dos danos morais, deve o julgador levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, tais como a natureza da lesão, as conseqüências do ato, o grau de culpa, as condições financeiras das partes e deve, ainda, estar atento a sua dúplice finalidade, ou seja, meio de punição e forma de compensação da dor da vítima, sem, contudo, permitir o enriquecimento do beneficiário. O dano psíquico, segundo renomada doutrina e a jurisprudência, está relacionado ao dano moral, uma vez que consiste na dor e no sofrimento que atinge a esfera íntima daquele que sofreu a lesão, abalando suas estruturas psíquicas causando-lhe depressão e sofrimento intenso. Não há falar em ocorrência de dano estético quando a lesão sofrida é de caráter transitório e não permanente, bem como não é facilmente perceptível. Para o deferimento de indenização por danos materiais, basta a comprovação da sua ocorrência fática, não sendo necessário, contudo, que ele seja, desde já, quantificado, uma vez que o seu valor poderá ser perfeitamente apurado em sede de liquidação de sentença por arbitramento. Uma vez demonstrado que a vítima do dano, para o restabelecimento das suas condições anteriores de saúde, psíquicas e estéticas necessita de tratamentos especializados e medicamentos, devida é a indenização por danos materiais em relação a tais despesas, cujo valor deverá ser apurado em liquidação por artigos. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0701.01.011021-4/001 - Comarca de Uberaba - 19a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Dídimo Inocêncio de Paula - j. em 09.11.2006 - Fonte: DJ/MG, 24.11.2006).

LOTERIA ESPORTIVA - Recusa no pagamento de PRÊMIO - Caracterização de falha da CASA LOTÉLICA - Responsabilidade da CEF - Reconhecimento de CULPA IN ELIGENDO

Loteria esportiva. Bilhete premiado. Recusa no pagamento do prêmio. Falha da casa lotérica. Não envio do cartão. Responsabilidade da CEF. *Culpa in eligendo*. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido *culpa in eligendo*, bem como falha especificamente imputada à ré, ela é parte passiva legítima e responsável por pagar o prêmio de loteria esportiva a que faz jus o acertador de todos os palpites do concurso. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 803372 - São Paulo - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Cesar Asfor Rocha - j. em 12.09.2006 - Fonte: DJ, 02.10.2006).

TRANSPORTE AÉREO - Ausência de PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Inocorrência de RESPONSABILIDADE OBJETIVA e SOLIDÁRIA - Caracterização de CULPA exclusiva de TERCEIRO - Reconhecimento da LEGITIMIDADE PASSIVA da EMPRESA - Incidência do ART. 14/CDC

Civil. Processual civil. Recurso especial. Transporte aéreo. Inexecução dos serviços prestados. Não ocorrência da responsabilidade objetiva e solidária da agência de turismo. Caracterização da culpa exclusiva de terceiro. Incidência das hipóteses previstas no § 3º, I, II, do art. 14 do CDC. Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida. 1. No pleito em questão, os autores contrataram com a empresa de turismo a compra e venda de passagens aéreas Brasília - Fortaleza, sendo que tal serviço, como restou demonstrado, foi regularmente prestado. Comprovado, também, que os autores não puderam utilizar os bilhetes da empresa TRANSBRASIL, em razão desta interromper seus serviços na época marcada, não efetuando, assim, os vôos programados. 2. Não se tratando, *in casu*, de pacote turístico, hipótese em que a agência de viagens assume a responsabilidade de todo o roteiro da viagem contratada, e tendo, portanto, inexistido qualquer defeito na prestação de serviço pela empresa de viagens, posto que as passagens

aéreas foram regularmente emitidas, incide, incontestavelmente, as normas de exclusão de responsabilidade previstas no art. 14, § 3º, I e II, do CDC. Reconhecimento da ilegitimidade *passiva ad causam* da empresa de viagens, ora recorrente. 3. Recurso conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 758184 - Roraima - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Jorge Scartezini - j. em 26.09.2006 - Fonte: DJ, 06.11.2006).

EXONERAÇÃO de ALIMENTOS - DEVER DE SUSTENTO - Implemento de MAIORIDADE - ART. 1635/CC

Direito civil e processual civil. Ação de exoneração de alimentos. Dever de sustento decorrente do poder familiar. Implemento da maioria. Cabimento. Cessado o poder familiar, nos termos do artigo 1.635, III, do Código Civil, cessa igualmente o dever de sustento e, por conseqüência, a obrigação alimentar. Subsistindo a necessidade de alimentos do filho maior de dezoito anos, estes podem ser pleiteados em ação própria, demonstradas a necessidade do alimentando e a possibilidade de pagamento do alimentante. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20060410020405 - Distrito Federal - 1a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Natanael Caetano - j. em 18.10.2006 - Fonte: DJ/DF, 07.11.2006).

IMOBILIÁRIO

AÇÃO DE DESPEJO por FALTA DE PAGAMENTO - COBRANÇA de ALUGUEL - Possibilidade de CUMULAÇÃO de acordo com a LEI 8245/91, art. 62 - Reconhecimento da LEGITIMIDADE PASSIVA do FIADOR

Locação. Ação de despejo por falta de pagamento com cobrança de aluguéis. Cumulação permitida. Legitimidade *passiva ad causam* do fiador reconhecida. Inteligência do art. 62, inciso *i*, da Lei nº 8.245/91. Preliminares afastadas. Multa contratual fixada em 10% sobre o valor do débito. Abusividade. Redução para o patamar de 2%. Aplicação do art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Norma de ordem pública e de caráter cogente. Honorários advocatícios. Minoração não recomendada no caso concreto. Atendimento aos parâmetros insculpidos no § 3º do art. 20 do CPC. Recurso parcialmente provido. 1. “É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que é possível a cumulação das ações de despejo e cobrança formulados em um único processo contra os locatários e fiadores, a teor da regra especial prevista no artigo 62, inciso I da Lei do Inquilinato” (REsp nº 175.053, Min. Vicente Leal). 2. “Aplica-se aos contratos locatícios a redução da multa moratória prevista no art. 52, § 1º, do CDC, uma vez reconhecida a relação de hipossuficiência na relação contratual. Verificada a matéria de abrangência de ordem pública no Código de Defesa do Consumidor, suas determinações repercutem sobre os contratos em vigor” (AC nº 1999.013709-0, Des. Wilson Augusto do Nascimento). 3. Os honorários advocatícios a serem pagos pelo sucumbente ao ex adverso devem se amoldar aos parâmetros previstos nas alíneas do § 3º do art.

20 do Código de Processo Civil. (TJ/SC - Ap. Cível n. 2004.013553-0 - Comarca de Blumenau - 3a. Câmara Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Marcus Tulio Sartorato - j. em 29.08.2006 - Fonte: DJ/SC, 17.10.2006).

AÇÃO DEMARCATÓRIA - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - Linha divisória - Ausência de sobra de ÁREA - Inocorrência de ESBULHO

Apelação cível. Ação demarcatória *c/c* reivindicatória. Linha divisória. Ausência de sobra de área. Honorários de sucumbência. Art. 20, § 4º, do CPC. Indicando a prova pericial e a testemunhal produzida no feito da inexistência de sobra de área referente ao imóvel da ré, tendo sido considerado pelo perito os marcos de concreto antigos existentes nas divisas norte e sul, improcede o pedido formulado na inicial. Assim, é de se afastar a alegação da prática de esbulho, isso porque o terreno pertencente à demandada apresenta largura idêntica à do registro. Caso em que a importância fixada a título de verba honorária atende aos critérios exigidos pelo art. 20, § 4º do CPC, não sendo caso da majoração, como pleiteado. Apelações improvidas. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70017118365 - Comarca de Garibaldi - 17a. Câmara Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Elaine Harzheim Macedo - j. em 09.11.2006 - Fonte: DJ/RS, 27.11.2006).

AÇÃO de NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - Interesse processual - Cabimento em conflito de DIREITO DE VIZINHANÇA - IMPEDIMENTO de CONTINUIDADE da OBRA para preservação de PRÉDIO vizinho

Ação de nunciação de obra nova. Interesse

processual. Carência de ação. Extinção sem julgamento do mérito. 1. A nunciação de obra nova somente é cabível ao proprietário ou possuidor, nos casos em que se pretender dirimir conflitos relacionados a direitos de vizinhança, haja vista que esta ação tem por finalidade impedir que a continuação da obra nova possa prejudicar o prédio vizinho. 2. O tribunal deve, de ofício, extinguir o processo sem julgamento do mérito, na hipótese de verificar que falta interesse processual ao autor, devendo-se compreender tal condição da ação sob dois enfoques distintos, a saber: a necessidade da tutela jurisdicional para assegurar o interesse a que supostamente se opõe resistência e a utilidade da via procedimental escolhida para que se alcance a pretensão deduzida em juízo. (TJ/MG - Ap. Cível n. 70017118365 - Comarca de Divinópolis - 13a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Fábio Maia Viani - j. em 09.11.2006 - Fonte: DJ/MG, 01.12.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Des. Fábio Maia Viani, a seguinte lição: “Deve-se ressaltar que a lei é clara ao definir que a obra nova deve estar sendo realizada em imóvel vizinho. Nem poderia ser diferente, uma vez que o fundamento da ação de nunciação (ou embargo) de obra nova é justamente buscar a conciliação entre o direito de propriedade e o direito de vizinhança, sem que um tenha de excluir o outro. (...) Ora, o que se percebe é que, para que a ação de nunciação de obra nova seja a via procedimental adequada, necessário se faz que a construção esteja sendo realizada em terreno vizinho ao do demandante, pois, como mencionado acima, o fundamento da ação reside no conflito entre o direito de construir do proprietário e o direito de vizinhança.”

AÇÃO de REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CONCESSÃO de LIMINAR após análise de DOCUMENTO NOVO - Proibição de LOCAÇÃO de IMÓVEL - Possibilidade de APLICAÇÃO de MULTA - Caracterização do ART. 798/CPC

Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Liminar concedida *inaudita altera parte*. Magistrado que, após manifestação do réu ressaltou a possibilidade de reanalisar a medida adotada, após ulterior análise dos novos fundamentos. Decisão fundamentada que proíbe a requerente de alugar o imóvel, para que não haja transtornos em caso de revogação da liminar. Multa corretamente arbitrada em caso de descumprimento da ordem. Decisão não teratológica. Poder de cautela do juiz. Inteligência do art. 798 do CPC. Arguição de que o imóvel foi locado após despacho proibitivo. Questão não apreciada pelo juízo *a quo*. Inovação recursal. Matéria que não pode ser apreciada em sede recursal, sob pena de supressão de instância. Despacho escoreito. Agravo conhecido e não provido. 1. No exercício do poder geral de cautela, pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide, a fim de evitar a ocorrência de dano a um bem jurídico. 2. A multa aplicada, para coibir a parte a não descumprir a ordem do juízo, deve, por óbvio, ser expressiva, a ponto de coagir o litigante a não enfrentar o mandado judicial, sob pena de inocuidade da

medida. 3. As matérias não ventiladas em primeiro grau, na fase de conhecimento, não são passíveis de análise em grau recursal, sob pena de supressão de instância e violação do princípio do duplo grau de jurisdição. 4. Decisão bem lançada, que não merece reparos. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 0300914-5 - Comarca de Curitiba - 18a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juíza Dilmari Helena Kessler - conv. - j. em 29.06.2006 - Fonte: DJ/PR, 29.08.2006).

DIREITO DE VIZINHANÇA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Ocorrência de DANO em PROPRIEDADE RURAL - RESOLUÇÃO 01/98

Responsabilidade civil. Direito de vizinhança. Obrigação de fazer. Danos em propriedade rural, decorrentes de alagamento. Cuidando-se de demanda que envolve direito de vizinhança, a competência recursal é de uma das Câmaras integrantes do 9º e 10º Grupos Cíveis. Art. 11, IX, O, da Resolução nº 01/98. Caso em que há, inclusive, prevenção, à luz do art. 146, V, do Regimento Interno desta Corte. Competência recursal declinada. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70015542079 - Comarca de São Borja - 5a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Leo Lima - j. em 25.10.2006 - Fonte: DJ/RS, 14.11.2006).

EMBARGOS À ARREMATACÃO - CONDÔMINO - Ausência de intimação da PRAÇA - Inexistência de DIREITO DE PREFERÊNCIA

Processo civil. Embargos à arrematação opostos por condômino, que não foi intimado da praça. Direito de preferência inexistente. A preferência assegurada ao condômino supõe o estado de indivisão do condomínio, não sendo dessa espécie o imóvel arrematado, o qual, embora integrante de gleba maior, tem divisas averbadas no Cartório do Registro de Imóveis; validade da praça realizada sem a intimação de quem tem imóvel situado além desses limites. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 645672 - Minas Gerais - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Nancy Andrighi - j. em 16.05.2006 - Fonte: DJ, 14.08.2006).

IMÓVEL - PAGAMENTO em PRESTAÇÃO - RESCISÃO DE CONTRATO - Possibilidade de RESTITUIÇÃO de VALOR - Reconhecimento de incapacidade financeira - Aplicabilidade do ART. 53/CDC

Rescisão de contrato c.c. Restituição de parcelas pagas. Preliminar de falta de interesse de agir afastada. Aplicabilidade do CDC. Incapacidade financeira reconhecida. Devolução de parcelas pagas. Pretensão acolhida. Percentual de 10% por retenção dos custos operacionais mantido. Recurso improvido. 1. O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face de dificuldades econômicas, tem direito de promover ação a fim de rescindir o contrato e receber a restituição das importâncias pagas. 2. O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 53, com o intuito de impedir o enriquecimento sem causa do vendedor, prevê a restituição das parcelas quitadas em caso de inadimplência do comprador nos contratos de compra e venda de imóveis mediante o pagamento em prestação.

3. Se o contrato não prevê o percentual de retenção a incidir sobre os pagamentos efetivados na aquisição de unidade habitacional, estima-se os custos operacionais em 10% a míngua de comprovação de dispêndio superior. (TJ/PR - Ap. Cível n. 174.715-5 - Comarca de Curitiba - 9a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Miguel Pessoa - j. em 04.05.2006 - Fonte: DJ/PR, 16.05.2006).

PROMESSA DE COMPRA E VENDA de IMÓVEL - Possibilidade do DEVEDOR pleitear RESCISÃO do CONTRATO - Necessidade de comprovação de DESPESA pelo VENDEDOR

Promessa de compra e venda de imóvel. Ação de rescisão contratual c/c restituição de valores pagos pela parte inadimplente. Presença de interesse de agir. Possibilidade de o devedor inadimplente pleitear a rescisão do contrato. Devolução das prestações pagas. Retenção de apenas 10% do total pago, a título de multa. 1. Na promessa de compra e venda de imóvel a prestação, o promissário-comprador, mesmo inadimplente, tem direito de pleitear a rescisão contratual, não havendo que se falar em carência de ação por falta de interesse de agir. 2. Se o promissário comprador deu causa à rescisão do contrato, poderá a promitente vendedora reter, a título de multa, valor equivalente a 10% do montante pago pelo promissário comprador. 3. Se a promitente vendedora não comprova despesas efetivas superiores ao valor equivalente a 10% do montante pago pelo promissário comprador, não deve a multa fixada em primeira instância ser alterada. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.04.259719-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 9a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Pedro Bernardes - j. em 14.11.2006 - Fonte: DJ/MG, 02.12.2006).

RESCISÃO DE CONTRATO - PROMESSA de COMPRA E VENDA cumulada com REINTEGRAÇÃO DE POSSE e PERDAS E DANOS - Ocorrência de inadimplência do RÉU - Direito a INDENIZAÇÃO pelo TEMPO de USO do IMÓVEL - Realização na forma de ALUGUEL mensal

Apelação cível. Rescisão de contrato de promessa de compra e venda, cumulada com reintegração de posse e perdas e danos. Inadimplência da ré. Direito à indenização pelo tempo de uso do imóvel a ser compensado com a devolução dos valores pagos pelo promitente-comprador. Recurso provido. 1. A simples rescisão do contrato decorrente da inadimplência da ré, com a devolução das importâncias pagas, gera, por si só, direito à indenização pela vantagem econômica que essa teve com a fruição do bem para sua moradia, sem pagar as prestações devidas, sob pena de caracterizar flagrante enriquecimento sem causa, pois, diante dessa circunstância, a autora não pôde alugar ou destinar o bem a outro fim, e, conseqüentemente, angariar lucro. 2. A indenização pela ocupação do imóvel deve-se realizar na forma de um aluguel mensal, pelo tempo de uso do bem, devendo ocorrer compensação com as parcelas a serem restituídas, cuja importância deve ser arbitrada em liquidação de sentença, considerando-se o valor de

mercado na época da ocupação. (TJ/PR - Ap. Cível n. 288.830-8 - Comarca de Curitiba - 17a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Macedo Pacheco - j. em 03.05.2006 - Fonte: DJ/PR, 11.05.2006).

SEGURO HABITACIONAL - LITISPENDÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - Existência de IMÓVEL em nome de outro MUTUÁRIO - Exceção de CONTRATO não cumprido devido não PAGAMENTO de PRÊMIO - SÚMULA 31/STJ

Civil. Processo Civil. Litispendência. Cerceamento de defesa. Seguro habitacional. Responsabilidade. Prescrição. Existência de outro imóvel em nome do mutuário segurado. Exceção de contrato não cumprido. 1. A litispendência causa a extinção da ação mais nova e não da mais velha. No caso concreto esta ação foi ajuizada em 1993, enquanto a que lhe seria idêntica foi ajuizada em 1995. Arguição rejeitada. 2. Cerceamento de defesa inexistente. Cabe ao Juiz indeferir provas impertinentes. O fato gerador do direito ao seguro-acidente-invalidiz foi provado por documento oficial do INSS. Fato potencialmente excludente da garantia, consistente em existência de outro financiamento anterior, já provado por documentos, além de não ter sido objeto de controvérsia. 3. A exceção de contrato não cumprido, baseada na falta de pagamento de prêmio do seguro, não consta na contestação, nem foi objeto de discussão e prova em primeiro grau. Não pode a apelação se prestar ao aditamento da contestação, tanto menos para incluir fatos novos dependentes de prova. 4. Tem a CEF legitimidade passiva para ação na qual se pleiteia a incidência de cobertura securitária e a correspondente quitação do financiamento, visto que a empresa pública, além de mutuante e credora hipotecária, possui a incumbência de fornecer a quitação do mútuo, representar o mutuário perante a seguradora e atuar como preposta desta. Precedente - (AC 2001.33.00.007557-9/BA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 07/04/06, p. 22). 5. A prescrição da ação de cobrança de prêmio do seguro só se inicia na data em que o segurado é comunicado da negativa da cobertura, pois antes disso ele sequer poderia ajuizar ação e se o fizesse a veria extinta por falta de interesse de agir (inexistência de lide). Caso concreto que entre a negativa da seguradora e o ajuizamento da ação transcorreram poucos meses. 6. A aquisição, pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, situados na mesma localidade, não exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros - Súmula 31 do c. STJ. 7. A condenação ao pagamento do seguro não diz respeito à CEF, pois seu papel é o de receber o prêmio para com ele quitar a dívida imobiliária. A condenação se volta para a seguradora Sasse, garantido seu direito de reembolso pelo resseguro junto ao IRB. 8. Apelação da Sasse improvida. Apelação da CEF provida apenas para delimitar as responsabilidades de cada Ré. Sucumbência inalterada. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 2001.01.00.012741-0 - Bahia - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Fagundes de Deus - j. em 20.09.2006 - Fonte: DJ, 23.11.2006).

PROCESSO CIVIL

AÇÃO DE COBRANÇA de CRÉDITO INDUSTRIAL - DEPÓSITO de HONORÁRIOS de avaliador judicial - Busca de NULIDADE de INTIMAÇÃO devido ausência de REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL da PARTE litigante - Aplicabilidade do ART. 267/CPC

Processo civil. Apelação cível e recurso adesivo. Ação de cobrança de crédito industrial. Apelo buscando nulidade da intimação para depósito dos honorários de avaliador judicial por realizada junto a preposto do banco do estado do Paraná sem poderes para o ato, inobstante sucessão ocorrida pelo banco Itaú. Recurso adesivo pugnando pela majoração de verba honorária. Sentença extintiva do feito com base no artigo 267, inciso III, do C.P.C. Litisconsórcio deferido em fase recursal em face de cessão de ativo e parte de passivo do Banco do Estado do Paraná ao Estado do Paraná. Apelação conhecida e provida para anular a decisão de primeiro grau propiciando a regular intimação. Recurso adesivo prejudicado. 1. Não se reconhece válida a intimação em pessoa que não detém a representação processual da parte litigante, provendo-se o apelo para anular sentença extintiva do feito pelo descumprimento dos atos processuais que lhe incumbia, ante a transição de legitimidade do crédito em face de sucessão e posterior cessão do ativo e passivo do Banco do Estado do Paraná. 2. É relevante à ação de cobrança de cédula de crédito industrial em que figura no pólo ativo o Banco do Estado do Paraná, a sucessão constituída pelo Banco Itaú e a cessão de ativo e parte do passivo do Banco ao Estado do Paraná, para efeitos de fixação da representação processual na lide. 3. Resulta prejudicado o recurso adesivo para majoração de verba honorária ante a nulidade da intimação reconhecida que anula a decisão de primeiro grau. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0256.493-8 - Comarca de Foz do Iguaçu - 11a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juíza Lenice Bodstein - conv. - j. em 14.08.2006 - Fonte: DJ/PR, 17.08.2006).

AÇÃO MONITÓRIA - INSTRUÇÃO da INICIAL - Ocorrência de comprovação com NOTA FISCAL e COMPROVANTE DE PAGAMENTO - Possibilidade de COGNIÇÃO PLENA com oferecimento de EMBARGOS

Recurso especial. Processual civil. Ação monitória. Instrução da inicial com notas fiscais e comprovantes de entrega assinados. Admissibilidade. Cognição plena com o oferecimento dos embargos. 1. A nota fiscal, acompanhada do respectivo comprovante de entrega e recebimento da mercadoria ou do serviço, devidamente assinado pelo adquirente, pode servir de prova escrita para aparelhar a ação monitória. 2. O processo monitório possibilita a cognição plena, desde que sejam oferecidos embargos. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 778852 - Rio Grande do Sul - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Nancy Andrighi - j. em 15.08.2006 - Fonte: DJ, 04.09.2006).

ANULAÇÃO de TÍTULO CAMBIAL - MEDIDA CAUTELAR de SUSTAÇÃO DE PROTESTO - ABANDONO DE CAUSA - Não incidência da SÚMULA 240/STJ - Impossibilidade de PRESUNÇÃO de INTERESSE - Aplicabilidade do ART. 267/CPC, inc. III

Apelação cível. Ação ordinária de anulação de título cambial e medida cautelar de sustação de protesto. Extinção dos processos sem julgamento do mérito. Abandono de causa. Requerimento da parte contrária. Prescindibilidade apenas nos casos em que ausente a citação do réu. Medida cautelar contestada. Ausência de requerimento. Não incidência da Súmula 240 do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de presunção de interesse. Recurso conhecido e desprovido. 1. Configura abandono de causa a conduta do autor que, intimado para se manifestar acerca do prosseguimento da ação, deixa de fazê-lo, sendo permitido ao julgador, de ofício, extinguir o processo, por abandono de causa, consoante a inteligência do artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil. Nesta hipótese, quando ainda não tenha ocorrido à citação do réu, é dispensado a sua manifestação ou requerimento, pois, não há como presumir eventual interesse do réu no prosseguimento da ação. 2. Todavia, quando existiu efetiva manifestação do réu e aperfeiçoada a relação processual, para que se extinga o processo, como se sabe, é imprescindível o expresse requerimento do réu, a teor da Súmula 240, do STJ, pois, este pode ter interesse no prosseguimento do feito. Ocorre, entretanto, que no caso dos autos, inexistem motivos para aguardar o requerimento do réu para extinção do feito, sem embargo de estar presente nos autos, porquanto já formulou requerimento de extinção do processo sem julgamento do mérito. (TJ/PR - Ap. Cível n. 315.940-8 - Comarca de Curitiba - 13a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Milani de Moura - j. em 04.09.2006 - Fonte: DJ/PR, 06.09.2006).

EFEITO SUSPENSIVO - PEDIDO - Requisitos para CONCESSÃO em RECURSO ESPECIAL

Pedido de efeito suspensivo a recurso especial. Requisitos. 1. Para a concessão de efeito suspensivo a recurso especial levam-se em conta a possibilidade de êxito do recurso e a urgência da prestação recursal. (STJ - Ag. Regimental na Medida Cautelar n. 11.621 - Rio de Janeiro - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Humberto Gomes de Barros - j. em 28.06.2006 - Fonte: DJ, 01.08.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Min. Humberto Gomes de Barros, a seguinte lição: “Efetivamente, não vejo *periculum in mora* suficiente à concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, pois, mesmo que supere os 91 mil reais, a execução provisória não abalaria o patrimônio da ora agravada – cujo o capital social supera os oitocentos milhões de reais. Além disso, o levantamento de dinheiro em execução provisória depende de caução idônea requerida e prestada nos próprios autos (CPC, Art. 588, II). Tal razão (ausência de perigo na demora) já é suficiente, por

si só, à manutenção da decisão agravada, pois a concessão de efeito suspensivo a recurso especial depende da presença cumulada de possibilidade de êxito do recurso e urgência da prestação recursal.”

EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA - Concessão de JUSTIÇA GRATUITA e coexistência de ADVOGADO particular - HONORÁRIOS de acordo com o ART. 20/CPC - Caracterização de BEM DE FAMÍLIA - LEI 8009/90

Apelação cível. Embargos à execução. Concessão dos benefícios da justiça gratuita e a co-existência de advogado particular. Possibilidade. Honorários advocatícios. Execução. Fixado de acordo com § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. Televisão, mesa, rack, camas, fogão. Bem de família. Penhora. Descabimento. Lei n. 8.009/90. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento. 1. Não há impedimento de a parte ser beneficiária da justiça gratuita e, ao mesmo tempo, estar representada por advogado particular. 2. Os honorários advocatícios, nas execuções, embargadas ou não, devem ser fixados com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC, de forma que se encontra escorregada a sentença vergastada que fixa os honorários em montante de R\$ 700,00 (setecentos reais), observando a equidade. 3. A televisão, a mesa, rack, camas, fogão, em face de suas essencialidades para a vida familiar, não de ser considerados como integrantes da residência e, portanto, insuscetíveis de penhora. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2002.011335-2 - Comarca de Campo Grande - 1a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Joenildo de Sousa Chaves - j. em 08.08.2006 - Fonte: DJ/MS, 20.09.2006).

EMBARGOS DO DEVEDOR - PRELIMINAR - Ausência de PROCURAÇÃO - LITISCONSÓRCIO ATIVO - Aplicabilidade do ART. 509/CPC - Inexistência de NULIDADE de SENTENÇA

Apelação cível. Embargos do devedor. Preliminar. Falta de procuração. Litisconsórcio ativo. Extensão do julgado. Inteligência do artigo 509 do Código de Processo Civil. Fundamentação. Nulidade. Sentença devidamente motivada. Rejeitada. Mérito. Cerceamento de defesa. Nulidade de cláusulas contratuais. Irresignação genérica. Prova pericial. Desnecessidade. Questão meramente de direito. Hipótese de julgamento antecipado. Recurso improvido. 1. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses. 2. Não é nula a sentença que explicita juridicamente os motivos que levaram o magistrado a tomar determinado posicionamento. 3. O julgamento antecipado da lide é questão afeta ao livre convencimento do magistrado singular, inexistindo qualquer cerceamento de defesa, sobretudo se o caso versa sobre questão exclusivamente de direito e restarem documentalmente provados os fatos controvertidos. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2001.006996-2 - Comarca de Campo Grande - 2a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges - j. em 10.10.2006 - Fonte: DJ/MS, 24.10.2006).

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - Estorno de DINHEIRO em CONTA CORRENTE - Impossibilidade a TERCEIRO não integrante da relação processual - Observância ao DEVIDO PROCESSO LEGAL - ART. 5º/CF, inc. LIX - ART. 472/CPC

Recurso ordinário em mandado de segurança.

Execução de alimentos. Estorno de dinheiro em conta-corrente. Terceiro. Ineficácia. Devido processo legal. Efeitos do ato judicial. 1. Ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal (CF - Art. 5º, LIX). 2. As decisões judiciais não atingem terceiros alheios à relação processual (CPC - Art. 472). 3. Não é lícito ao juiz determinar estorno de valores depositados na conta de ex-procurador de uma das partes - não integrante da relação processual. 4. Mandado de Segurança prejudicado por falta de objeto. (STJ - Rec. em Mand. de Segurança n. 20.657 - Rio Grande do Sul - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Humberto Gomes de Barros - j. em 16.03.2006 - Fonte: DJ, 01.08.2006).

INTERDIÇÃO - CONCESSÃO de CURATELA provisória - Alegação de INCAPACIDADE MENTAL - Insuficiência de PROVA - Necessidade de ATIVIDADE PREPONDERANTE pelo JUIZ

Agravo de instrumento. Interdição. Concessão de curatela provisória. Revogação. Inviabilidade da manutenção ante a insuficiência de provas da alegada incapacidade mental da agravada. Decisão mantida. Recurso improvido. 1. O deferimento da curatela provisória somente se justifica frente a provas contundentes da incapacidade do interditando em gerir seus bens e reger sua vida. 2. “Para a tarefa, preponderante é o papel do juiz de primeiro grau. É ele quem, em contato direto com as partes, pode aferir a sinceridade ou a malícia dos litigantes. Apercebe-se da necessidade desta ou daquela providência nem sempre contida na ortodoxia processual.” (Justitia, S.P., 50-144, out.-dez. 1988). (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 174.898-9 - Comarca de Curitiba - 9a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Miguel Pessoa - j. em 24.08.2006 - Fonte: DJ/PR, 31.08.2006).

INTIMAÇÃO - Ocorrência VIA POSTAL - LITISCONSORTE - PRAZO em dobro de acordo com o ART. 191/CPC - Configuração de TEMPESTIVIDADE - Observância ao ART. 241/CPC

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ciência da decisão atacada. Via postal. Litisconsortes. Prazo em dobro. Art. 191 do CPC. Intempestividade. 1. Quando a intimação ocorrer via postal, a tempestividade da petição recursal é aferida tendo-se por base a data da juntada aos autos do aviso de recebimento, conforme inteligência do art. 241, inciso I, do CPC. 2. Para a concessão do benefício do prazo em dobro, previsto no art. 191 do CPC, necessária se faz a prova efetiva de procuradores diferentes. 3. Agravo regimental não provido. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20060020120051 - Distrito Federal - 1a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Flavio Rostirola - j. em 01.11.2006 - Fonte: DJ/DF, 28.11.2006).

PROTOCOLO por fac-simile - Não apresentação do original - Inobservância do PRAZO da LEI 9800/99, art. 2º

Recurso. Protocolo por fac-simile. Original não apresentado, ou apresentado fora do prazo do art. 2º da Lei 9.800/99. - Não merece exame o recurso interposto por fac-simile quando a petição original não é protocolada ou é protocolada além do prazo de cinco dias estabelecido no Art. 2º, caput, da Lei 9.800/99. (STJ - Ag. Regimental no Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 708.554 - São Paulo - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Humberto Gomes de Barros - j. em 28.06.2006 - Fonte: DJ, 01.08.2006).

PENAL - PROCESSO PENAL

ASSÉDIOSEXUAL - Caracterização - ART. 216-A/CP - Ausência de PROVA - Necessidade de obtenção de VANTAGEM pelo AGENTE - Observância ao PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - LEI 10224/01

Penal. Assédio sexual. Elementos mínimos de prova. Ausência. 1. O crime de assédio sexual, tipificado no artigo 216-A do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 10.224/2001, consiste em importunar a vítima em razão de posição de hierarquia superior ou ascendência, para dela obter vantagem ou favor sexual, sugerindo, exatamente, se alguma forma, a condição superior como moeda de troca. Para a sua configuração é imprescindível que o agente tenha por fim a obtenção da vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se da sua condição de superior hierárquico. 2. Em crimes que se consumam na clandestinidade, como o que ora se apresenta, a palavra da vítima é de grande importância, eis que, pela própria natureza, ocorrem em ambiente reservado. No entanto, resta analisar a coerência entre o que foi dito pela vítima com os demais elementos de prova constante nos autos. 3. Há que distinguir um comentário inoportuno daqueles atos que atentem contra o pudor, que constroem a vítima com o intuito de obter favorecimento sexual, com a ressalva, entretanto, que são tênues as linhas divisórias, daí a dificuldade de caracterização do crime de assédio sexual. 4. Pairam dúvidas acerca da real prática do crime de assédio sexual que teria sido cometido pelo acusado e o contexto probatório não corrobora, de forma indene de dúvidas, o que foi dito pela suposta vítima. 5. Por não possuir nos autos contexto probatório que autorize a condenação e em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, a manutenção da sentença é medida que se impõe. Recurso a que se nega provimento. (TRF/2a. Reg. - Ap. Criminal n. 2003.51.01.501444-6 - Rio de Janeiro - 1a. T. Especial - Ac. unân. - Rel: Juiz Abel Gomes - j. em 04.10.2006 - Fonte: DJ, 19.10.2006).

CORRUPÇÃOATIVA-PRISÃOEMFLAGRANTE - Oferecimento de DINHEIRO a POLICIAL MILITAR - Comprovação de AUTORIA e MATERIALIDADE - Ocorrência de CONFISSÃO judicial - ART. 333/CP

Apelação criminal. Corrupção ativa (art. 333 do CP). Prisão em flagrante. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão judicial. Depoimentos dos policiais coerentes e harmônicos. Oferecimento de dinheiro a policiais militares. Crime devidamente caracterizado. Pena cominada até 12 (doze) anos de reclusão. Não configuração de infração de menor potencial ofensivo. Isenção das custas processuais. Matéria afeta ao juízo de execução. Sentença mantida. Recurso desprovido. 1. O crime de corrupção ativa, previsto pelo art. 333 do Código Penal, é de mera conduta; o agente que, preso em situação de flagrância, oferece dinheiro a policiais militares, objetivando ser liberado e não conduzido à delegacia, comete o delito de corrupção ativa. (TJ/SC - Ap. Criminal n. 2006.018874-2 - Comarca de Ibirama - 1a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Solon d'Eça Neves - j. em 11.07.2006 - Fonte: DJ/SC, 23.08.2006).

CRIME AMBIENTAL - POLUIÇÃO SONORA - ATIPICIDADE - Ocorrência de CONTRAVENÇÃO PENAL prevista no DECRETO-LEI 3688/41 - LEI 9605/98

Apelação. Crime ambiental. Poluição sonora. Atipicidade do fato. *Emendatio libelli*. Contravenção penal. Prescrição. O art. 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98, diz respeito ao meio ambiente, não guardando qualquer relação com a poluição sonora decorrente do uso abusivo de instrumentos musicais ou aparelhos sonoros. A conduta descrita na inicial amolda-se à contravenção penal prevista no art. 42, inciso III do Decreto-Lei nº 3.688/41. *Emendatio libelli*. Apelo parcialmente provido para desclassificar a conduta. Declarada extinta a punibilidade pela prescrição pela pena em abstrato. Unânime. (TJ/RS - Ap. Criminal n. 70017132713 - Comarca de Uruguaiana - 4a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto - j. em 16.11.2006 - Fonte: DJ/RS, 06.12.2006).

CRIME DE RESISTÊNCIA - Ocorrência de VIOLÊNCIA física - Caracterização de INDISCIPLINA - ART. 329/CP

Penal. Processo penal. Crime de resistência. Troca de aposentos no CAJE. Violência física. Delito configurado. 1. Incide no crime de resistência, previsto pelo artigo 329 do Código Penal, o interno do CAJE que se opõe à ordem para mudar de quarto para outro pavilhão, por questão de indisciplina, e resistindo à ordem das agentes encarregadas da diligência, tem que ser carregada, quando então se debate e crava as unhas no braço de uma das agentes sociais ferindo-a no braço. 2. Correta mostra-se a individualização da pena privativa da liberdade que observa o critério trifásico e atende aos princípios subjetivos da necessidade e suficiência da reprimenda. 3. Recurso conhecido e improvido, sentença mantida. (TJ/DF - Ap. Criminal no Juizado Especial n. 20050110482722 - Distrito Federal - 2a. T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Ac. unân. - Rel: Des. João Batista - j. em 15.08.2006 - Fonte: DJ/DF, 14.09.2006).

EXECUÇÃO PENAL - PROGRESSÃO de REGIME - Obrigatoriedade de EXAME CRIMINOLÓGICO - LEI 10792/03

Penal. Execução penal. *Habeas corpus*. Art. 112 da Lei nº 7.210/84, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03. Progressão de regime. Requisitos. Exame criminológico. Artigo 33, § 2º do CP. Interpretação sistemática. 1. A obrigatoriedade do exame criminológico e do parecer multidisciplinar da Comissão Técnica de Classificação, para fins de progressão de regime de cumprimento de pena, foi abolido pela Lei 10.972/03. 2. Nada impede, no entanto, que, facultativamente, seja requisitado o exame pelo Juízo das Execuções, de modo fundamentado, dadas as características de cada caso concreto. 3. Ordem denegada. (STF - Habeas Corpus n. 86.631-0 - Paraná - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Ricardo Lewandowski - j. em 05.09.2006 - Fonte: DJ, 20.10.2006).

FURTO de pulso telefônico - Recebimento da DENÚNCIA - Inaplicabilidade do PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - Caracterização de CONDUTA ofensiva - Impossibilidade de TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL

Recurso especial. Furto de pulsos telefônicos. Direito penal. Gravidade do fato. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Recurso provido. Recebimento da denúncia e prosseguimento da ação penal. 1. O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, “só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas” (Francisco de Assis Toledo, *in* Princípios Básicos de Direito Penal). 2. A incidência, contudo, do princípio da insignificância requisita a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como na lição do Excelso Supremo Tribunal Federal, circunstâncias indubitavelmente inócenas no caso de furto de pulsos telefônicos, em que se instalou telefone convencional em plena fiação de telefone público, sendo insuficiente a tão-só consideração de que se trata a empresa lesada de “sabido poderio econômico”, não havendo falar em trancamento ex ante da ação penal, impedindo a produção de prova, que deve ser examinada, no seu conjunto e tempo oportuno. 3. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 750626 - Rio Grande do Sul - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Hamilton Carvalhido - j. em 11.04.2006 - Fonte: DJ, 04.09.2006).

MANDADO DE SEGURANÇA - LIBERAÇÃO de MÁQUINA programada - Existência de componente com IMPORTAÇÃO proibida - PROCEDIMENTO incidental previsto no ART. 118/CP e LEI 1533/51

Processual penal. Mandado de segurança. Agravo interno. Liberação de máquinas eletrônicas programadas apreendidas. 1. Apreensão de máquinas de videopôquer, videobingo, caça-níqueis e similares, no bojo de inquérito policial, em face da existência, nos equipamentos, de componentes cuja importação é proibida, conforme atestado em laudo técnico prévio. 2. Medida passível de desconstituição através de procedimento incidental próprio, previsto nos arts. 118 e ss. do CPP, razão pela qual a concessão da segurança, em impetração diretamente levada ao Tribunal, esbarra, também, nas disposições do art. 5º, II da Lei 1533/51. 3. Hipótese em que os pressupostos de liquidez e certeza do direito à restituição dos bens se mostram, de plano, afastados, em vista dos indícios da prática de crime. 4. Agravo interno conhecido e não provido. (TRF/2a. Reg. - Agravo n. 2006.02.01.006565-7 - Rio de Janeiro - 1a. T. Esp. - Ac. unân. - Rel: Juiz Sergio Feltrin Correa - j. em 06.09.2006 - Fonte: DJ, 20.09.2006).

MENOR INFRATOR - CONCESSÃO de REMISSÃO pelo MINISTÉRIO PÚBLICO - Impossibilidade de cumulação com MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA de ADVERTÊNCIA - LEI 8069/90

Menor infrator. Remissão concedida pelo Ministério Público. Cumulação com medida sócio-educativa de advertência. Impossibilidade. Afronta ao princípio constitucional do devido processo legal. 1. A adoção da medida sócio-educativa, conforme dispõe o art. 112, do ECA, só pode ser levada a efeito depois de verificada a prática do ato infracional. 2. A cumulação, consoante o próprio art. 127, da Lei 8.069/90, é eventual e, como tal, não pode ser utilizada como regra, porque depende da apuração da responsabilidade. - Recurso provido, em parte, para excluir a medida sócio-educativa. (TJ/RS - Ap. Criminal n. 1.0024.05.721669-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - 2a. Câmb. Crim. - Ac. unân. - Rel: Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - j. em 17.08.2006 - Fonte: DJ/RS, 27.09.2006).

PRISÃO PREVENTIVA - Ausência de FUNDAMENTAÇÃO - Inaplicabilidade do ART. 312/CPC - Necessidade de manifestação pelo MAGISTRADO - LIMITAÇÃO constitucional para admissibilidade da LIBERDADE PROVISÓRIA

Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Inocorrência. 1. Encontra-se o magistrado obrigado fundamentar suas decisões sob pena de nulidade; sua manifestação deve, por óbvio, estar arrimada em elementos concretos, obtidos a partir das circunstâncias expressamente evidenciadas nos autos processuais; 2. A prisão processual encontra fronteiras na limitação constitucional que proíbe a manutenção no cárcere, quando admitida a liberdade provisória, com ou sem fiança; 3. Acerca da gravidade do delito, cumpre frisar que, caso admitida de modo abstrato como circunstância afastadora da liberdade provisória em todos os crimes cujo tipo penal tem por elementos a violência ou a grave ameaça, isso seria o mesmo que içá-los à categoria dos delitos insuscetíveis do livramento provisório; 4. Ordem concedida para revogar o decreto de prisão preventiva. (STJ - Habeas Corpus n. 50.159 - Acre - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Hélio Quaglia Barbosa - j. em 18.05.2006 - Fonte: DJ, 26.06.2006).

PRISÃO PREVENTIVA - Demora de JULGAMENTO pelo TRIBUNAL DO JÚRI - Inocorrência de EXCESSO DE PRAZO - Deferimento de LIBERDADE PROVISÓRIA

Prisão preventiva: demora no julgamento pelo Tribunal do Júri. 1. Manifesta caracterização de excesso de prazo em relação aos pacientes pronunciados e que não recorreram da pronúncia, desmembrado, quanto a eles, o processo. Demora no julgamento do Tribunal do Júri, que sobrepuja os temperamentos admissíveis à luz do juízo de razoabilidade, ao qual o Tribunal tende a submeter a legitimidade da extensão temporal da prisão subsequente à pronúncia, malgrado a lei não lhe predetermine limites rígidos de duração. Liberdade provisória deferida. 2. Não ocorrência do alegado excesso de prazo, quanto aos pacientes que recorreram da pronúncia e cuja demora, ao contrário dos demais, não

se refere à realização do Júri, que está impedida pela interposição do recurso em sentido estrito. Já decidido este, mas pendendo decisão dos embargos de declaração opostos após a presente impetração, não pode o Supremo Tribunal conhecer, originariamente de eventual excesso de prazo no julgamento dos referidos embargos. *Habeas corpus* indeferido. (STF - *Habeas Corpus* n. 88373 - São Paulo - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Sepúlveda Pertence - j. em 29.08.2006 - Fonte: DJ, 13.10.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, a seguinte lição: A alegação de complexidade do caso ou multiplicidade de réus, não é o fator determinante do enorme atraso da instrução acusatória, mas o simples emperramento da máquina judiciária e desatenção dos encarregados da movimentação dessa mesma máquina (...). *In casu*, cinco anos de espera cautelar e três anos entre a pronúncia e o libelo sem que nenhum fator externo interferisse nisso é injustificável e não razoável.”

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES - INSTRUMENTADORA CIRÚRGICA e AUXILIAR DE ENFERMAGEM - Observância à LEI 7498/86, art. 8º

Hospital Conceição. Acúmulo de funções. Instrumentadora cirúrgica e auxiliar de enfermagem. A função de instrumentadora cirúrgica engloba as tarefas de conferir, limpar e esterilizar instrumentos cirúrgicos. Ademais, para o exercício da função de auxiliar de enfermagem é exigido pelo art. 8º da Lei 7.498/86 certificado em curso específico. Improvido. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00184-2006-023-04-00-3 - Comarca de Porto Alegre - 7a. T. - Ac. unân. - Rel: Juíza Maria da Graça Ribeiro Centeno - j. em 29.11.2006 - Fonte: DJ, 06.12.2006).

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - TRANSMISSÃO de ruído - Fornecimento de PROTETOR AURICULAR - Constatação de efeito nocivo na SAÚDE do TRABALHADOR - Necessidade de maior estudo à gravidade

Adicional de insalubridade. Efeitos. Estudos científicos têm demonstrado que o fornecimento de protetores auriculares não elidem os efeitos nocivos da insalubridade na saúde do trabalhador. Parte-se da premissa equivocada de que o tamponamento auditivo pelo uso do EPI serve como meio protetivo eficaz para neutralizar a insalubridade ou de que a redução dos seus efeitos afastam qualquer prejuízo à higidez física e mental do trabalhador. A transmissão do ruído se dá via óssea pelas vibrações mecânicas verificadas, que dada a sua constância vão causando lesões auditivas que a longo prazo podem levar à surdez parcial ou total, sem olvidar-se que a repetição do movimento vibratório pode trazer sério comprometimento sobre todo o sistema nervoso do trabalhador. A gravidade da situação é evidente, o que torna imprescindível aprofundar a discussão sobre o assunto, deixando de lado soluções simplistas que não levam em consideração as pesquisas científicas que tratam dos efeitos da insalubridade no organismo humano. (TRT/2a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00604-1997-043-02-00-5 - São Paulo - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Valdir Florindo - j. em 11.09.2006 - Fonte: DJ, 27.10.2006).

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS pelo EMPREGADO - EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - Possibilidade de MULTA de 40% do FGTS - Observância à LEI 8213/91 e ao ART. 453/CLT

Aposentadoria espontânea. Extinção do contrato de emprego. FGTS. Multa de 40%. 1. A aposentadoria não provoca a extinção do contrato de emprego se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Determinação do Supremo Tribunal Federal para que se rejulgue o recurso, sem a premissa de que a aposentadoria teria, automaticamente, extinguido o contrato de trabalho. Ulterior decisão vinculante do Pleno do STF no mesmo sentido. 2. Não há lei que declare a extinção do contrato de emprego em face da aposentadoria espontaneamente requerida pelo empregado se prossegue a prestação dos serviços ao mesmo empregador. Exatamente o oposto sugere o art. 49 da Lei nº 8.213/91. 3. O *caput* do artigo 453 da CLT disciplina tão-somente a apuração do tempo de serviço em caso de readmissão do empregado cujo contrato de trabalho efetivamente rompeu-se em face de anterior aposentadoria espontânea. Não dá suporte jurídico, assim, para embasar a conclusão de que a aposentadoria espontânea, se prossegue a prestação de serviços em favor do empregador, implica cessação do contrato de trabalho. 4. O empregado faz jus à multa de 40% do FGTS sobre os depósitos de todo o período do contrato de emprego uno, computado o tempo anterior e oposterior à jubilação espontânea seguida da continuidade do labor, contanto que, ao final, opere-se a rescisão do contrato de trabalho sem justa causa. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - Rec. de Revista n. 2501/2002-900-04-00 - Distrito Federal - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. João Oreste Dalazen - j. em 25.10.2006 - Fonte: DJ, 24.11.2006).

AVISO PRÉVIO INDENIZADO - Retribuição de TRABALHO - REMUNERAÇÃO de TEMPO À DISPOSIÇÃO do EMPREGADOR - Não incidência de CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Recurso de revista. Aviso prévio indenizado. Contribuição previdenciária. Não-incidência Os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se destinarem a retribuir trabalho nem a remunerar tempo à

disposição do empregador, não se sujeitam à incidência da contribuição previdenciária. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (TST - Rec. de Revista n. 951/2004-077-03-00.0 - Comarca de Belo Horizonte - 3a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi - j. em 08.09.2006 - Fonte: DJ, 01.12.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto da eminente Relatora, Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, a seguinte lição: “Dispõe o art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91: Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (...) Desse modo, os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se destinarem a retribuir trabalho nem a remunerar tempo à disposição do empregador, não se sujeitam à incidência da contribuição previdenciária.”

BRASIL TELECOM - Configuração de ACIDENTE DE TRABALHO-TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL- RESPONSABILIDADE CIVIL objetiva do EMPREGADOR - ART. 7º/CF - ART. 927/CC

Recurso ordinário da segunda reclamada Brasil Telecom S/A. Acidente de trabalho. Teoria do risco da atividade. Responsabilidade civil objetiva. Indenização. O artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, preconiza que o empregador é responsável pelo pagamento de indenização decorrente de acidente do trabalho quando incorrer em dolo ou culpa. Com amparo no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, a responsabilidade civil do empregador é objetiva, nos casos em que há o exercício de atividade perigosa ou de risco acentuado. Responsabilidade solidária que se impõe à recorrente, tomadora dos serviços junto à formal empregadora, com exclusividade e em benefício de sua atividade-fim. Provedimento negado. Recurso ordinário das reclamantes. Danos materiais. Indenização. As despesas de funeral foram reembolsadas pela primeira reclamada, não tendo sido demonstrada a existência de saldo devedor. As despesas com serviços de pedreiro não restaram comprovadas. O reembolso de 50% das despesas referentes à utilização do cemitério está em consonância com a mensuração da culpa da vítima. Recurso não provido. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00516-2005-791-04-00-4 - Comarca de Encantado - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Juíza Maria Helena Mallmann - j. em 11.10.2006 - Fonte: DJ, 06.12.2006).

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - Responsabilidade da ENTIDADE de PREVIDÊNCIA PRIVADA - COMPETÊNCIA da JUSTIÇA ESTADUAL

Agravo regimental no agravo de instrumento.

Complementação de proventos de aposentadoria. Responsabilidade da entidade de previdência privada que não decorre do contrato de trabalho. Competência. Justiça comum estadual. Compete à Justiça Comum estadual o julgamento de controvérsia relativa à complementação de proventos de aposentadoria, a cargo de entidade de previdência privada, cuja responsabilidade não decorre de contrato de trabalho. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - Ag. Regimental no Agravo de Instrumento n. 591875 - Rio Grande do Sul - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Eros Grau - j. em 08.08.2006 - Fonte: DJ, 08.09.2006).

CONTAGEM de TEMPO DE SERVIÇO - ENGENHEIRO de EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA - Exercício em CONDIÇÃO especial - EXPOSIÇÃO A PERIGO - Decreto 83080/79

Previdenciário. Recurso especial. Contagem de tempo de serviço. Exercício em condições especiais. Engenheiro de equipamentos. Presunção de exposição a agentes nocivos até a edição da Lei 9.032/95. Recurso improvido. 1. *In casu*, a atividade de Engenheiro de Equipamentos era enquadrada no Código 2.3.5 do Anexo II do Decreto 83.080/79. Existia a presunção absoluta de exposição aos agentes nocivos relacionados no mencionado anexo. 2. Contudo, tal presunção só perdurou até a edição da Lei 9.032/95, que passou a exigir a comprovação do exercício da atividade por meio dos formulários de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos ou outros meios de provas. 3. Portanto, não merece reforma o acórdão recorrido, que entendeu estarem cumpridos os requisitos legais para o reconhecimento da atividade especial no período anterior a 28/4/95, visto que é direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, para ser exercido quando lhe convier, não podendo sofrer nenhuma restrição imposta pela legislação posterior. 4. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ - Rec. Especial n. 572458 - Rio Grande do Norte - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima - j. em 07.11.2006 - Fonte: DJ, 27.11.2006).

DANO MORAL - REPARAÇÃO DE DANO causado por infortúnio laboral - Incompetência da JUSTIÇA DO TRABALHO - Configuração da teoria da RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Recurso de revista. Incompetência da Justiça do Trabalho. Dano moral. O constituinte, atento à dupla possibilidade de reparação dos danos causados pelo infortúnio laboral, estabeleceu competências jurisdicionais específicas. Assim, compete à Justiça Comum processar e julgar as pretensões dirigidas contra o Estado, relativas ao seguro específico para o infortúnio laboral, decorrente da teoria do risco social (responsabilidade objetiva), e estende-se à Justiça do Trabalho a competência para apreciar a pretensão de indenização reparatória dos danos material e moral dirigida contra o empregador à luz da sua responsabilidade subjetiva, insculpida no art. 159 do Código Civil de 1916, ante a natureza eminentemente trabalhista do conflito.

Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST - Rec. de Revista n. 72.743/2003-900-03-00.0 - Comarca de Belo Horizonte - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Renato de Lacerda Paiva - j. em 30.10.2006 - Fonte: DJ, 24.11.2006).

DISPENSA de EMPREGADO em ESTABELECIMENTO - EXTINÇÃO DO CONTRATO devido ao fechamento do local - Configuração de ESTABILIDADE de GESTANTE - Inexistência de DESPEDIDA arbitrária e JUSTA CAUSA

Recurso de revista. Fechamento do estabelecimento. Dispensa de todos os empregados. Estabilidade da empregada gestante insubsistente. Decisão recorrida em que se deferiram direitos decorrentes da estabilidade da empregada gestante dispensada imotivadamente. Extinção do contrato por força de fechamento do estabelecimento. Inexistência de despedida arbitrária ou sem justa causa. Inexistência de fato constitutivo para aplicação do disposto no art. 10, II, b, do ADCT. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST - Rec. de Revista n. 3.981/2002-900-04-00.9 - Comarca de Porto Alegre - 5a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Gelson de Azevedo - j. em 20.09.2006 - Fonte: DJ, 01.12.2006).

FÉRIAS - PERDA do DIREITO - LICENÇA REMUNERADA maior que o respectivo PERÍODO AQUISITIVO - ART. 133/CLT - Inaplicabilidade da LEGISLAÇÃO eleitoral - Incidência da SÚMULA 297/TST

Férias. Perda do direito. Licença remunerada por mais de trinta dias. Artigo 133 da Consolidação das Leis do Trabalho. Inaplicabilidade da legislação eleitoral. Não há como reconhecer a alegada contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 51 da SBDI-1, diante da ausência do necessário prequestionamento da matéria nela versada. Incidência da Súmula nº 297, II, do TST. De outro lado, também não se constata a apontada violação do artigo 1º, item II, alínea I, da Lei Complementar nº 64/90, tendo em vista que o Tribunal Regional do Trabalho decidiu aplicar ao caso concreto dos autos o disposto no artigo 133, II, da CLT, que trata expressamente da perda do direito às férias do empregado que permanecer por mais de trinta dias em gozo de licença remunerada durante o respectivo período aquisitivo, ao passo que a legislação eleitoral invocada pelo reclamante não se refere especificamente à questão ora em debate, mas simplesmente assegura a percepção de vencimentos integrais àqueles que se afastarem do trabalho para concorrer a cargos eletivos. Recurso de revista não conhecido. (TST - Rec. de Revista n. 758.888/2001.7 - Comarca de Recife - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Lelio Bentes Corrêa - j. em 20.09.2006 - Fonte: DJ, 13.10.2006).

MULTA do FGTS - Expurgos inflacionários - Início da PRESCRIÇÃO - Aplicabilidade da LEI COMPLEMENTAR 110/2001

Diferenças da multa de 40% do FGTS. Expurgos inflacionários. Início do marco prescricional. O marco inicial para contagem do prazo prescricional quanto ao pedido de diferenças da multa de 40% do FGTS em face de

expurgos inflacionários começa a fluir a partir da publicação da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, que reconheceu o direito às diferenças dos depósitos do FGTS decorrentes dos expurgos inflacionários dos Planos Verão e Collor I, ou da extinção do contrato de trabalho, se posterior à Lei, e, ainda, da data do trânsito em julgado de ação proposta na Justiça Federal. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 02991-2004-001-12-00-8 - Florianópolis - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Garibaldi T. P. Ferreira - j. em 17.08.2006 - Fonte: DJ, 06.09.2006).

PENSÃO POR MORTE - GEPI - Análise da totalidade de PROVENTO do SERVIDOR PÚBLICO falecido - Incidência da SÚMULA 279/STF e SÚMULA 280/STF

Agravo regimental no agravo de instrumento. Pensão por morte. Gratificação de estímulo a produção individual - GEPI. Reexame de fatos e provas e de legislação local. Ausência de prequestionamento. 1. A pensão por morte corresponderá à totalidade dos proventos do servidor falecido. 2. A controvérsia quanto à natureza da GEPI, bem como à sua incorporação, em vida, aos proventos do servidor, demandaria o revolvimento de fatos e provas, além de análise da legislação local que disciplina a espécie. Incidência das Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal. 3. O Tribunal *a quo* não apreciou a controvérsia à luz dos artigos 37, XIII, e 167, IV, da Constituição do Brasil, que a parte recorrente indica como violados. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 598527 - Minas Gerais - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Eros Grau - j. em 10.10.2006 - Fonte: DJ, 06.11.2006).

PREVIDÊNCIA PRIVADA - Pedido de resgate de PARCELA paga - Ocorrência de PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Agravo regimental no agravo de instrumento. Previdência privada. Desligamento. Pedido de resgate das parcelas pagas. Prescrição quinquenal. Enunciado nº 291 da súmula do STJ. “A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.” (Enunciado n. 291 da Súmula do STJ). Agravo improvido. (STJ - Rec. Especial n. 690041 - Mato Grosso do Sul - 4a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Hélio Quaglia Barbosa - j. em 24.10.2006 - Fonte: DJ, 20.11.2006).

REAJUSTE SALARIAL de SERVIDOR PÚBLICO - Aplicabilidade do ART. 169/CF - Impossibilidade de RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - REVISÃO de VENCIMENTO de acordo com o ART. 37/CF

Servidor Público. Reajuste Salarial. O artigo 169, *caput*, da Constituição Federal, consigna que “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”. Acrescenta seu parágrafo 1º, inciso II, que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive

fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas se houver: a) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e b) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Por conseqüência, a revisão anual de vencimentos prevista no artigo 37, X, do Diploma Constitucional, ficará prejudicada quando não implementadas as condições fixadas pelo referido artigo 169, mantendo-se os valores salariais dos servidores públicos, não sendo possível essa postulação via reclamatória trabalhista. Recurso Ordinário não provido. (TRT/2a. Reg. - Rec. Ordinário n. 02442-2005-472-02-00-9 - Comarca de São Caetano do Sul - 11a. T. - Ac. unân. - Rel: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva - j. em 12.09.2006 - Fonte: DJ, 10.10.2006).

TRABALHO EXTERNO - Aferição de JORNADA - Exceção do ART. 62/CLT - Possibilidade de INDENIZAÇÃO por DANO MORAL

Trabalho externo. Possibilidade de aferição da jornada. A realização de trabalho externo apta a inserir o empregado na exceção do art. 62, I, da CLT é aquela que impossibilita a aferição da jornada. Havendo possibilidade de controle, são-lhe devidas as horas extras realizadas. Dano moral. Indenização. Critérios para fixação do seu valor. A quantificação da indenização por dano moral deve dar-se em atendimento ao aspecto reparatório, cumprindo observar, ainda, os critérios pedagógico e punitivo da sanção imposta. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00342-2004-751-04-00-0 - Comarca de Santa Rosa - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Mario Chaves- j. em 22.11.2006 - Fonte: DJ, 01.12.2006).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Remoção de FUNCIONÁRIO PÚBLICO por ATO de AGENTE PÚBLICO - Ausência de CULPA ou DOLO - LEI 8429/92

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Remoção de funcionário por ato de agente público. Princípios constitucionais da administração pública. Adesivo de finalidade. Não constitui ato de improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos, a ensejar a aplicação do artigo 11, da Lei n. 8.429/92, por alegada ofensa ao comando constitucional, se o mero descumprimento do princípio constitucional pelo agente público não tem conotação de culpa ou dolo, impondo-se a confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido, haja vista que a lei de improbidade administrativa exige-se bom senso e pesquisa da intenção do agente. Recurso conhecido, mas improvido. Sentença mantida. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200601358338 - Comarca de Itumbiara - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juiz Benedito Soares de Camargo Neto - j. em 05.10.2006 - Fonte: DJ/GO, 03.11.2006).

AÇÃO DECLARATÓRIA de NULIDADE DE ATO JURÍDICO - POLÍCIA MILITAR - REINTEGRAÇÃO em CARGO PÚBLICO e INDENIZAÇÃO - REEXAME NECESSÁRIO reconhecido de OFÍCIO - Configuração de INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - LEI 6961/77 - LEI 1943/54

Administrativo. Constitucional. Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. Reintegração em cargo público e indenização. Tutela antecipada. Reexame necessário conhecido de ofício. Polícia militar. Conselho administrativo. Apuração de infração disciplinar. Exclusão das fileiras da corporação. Lei nº 6.961/77, art. 3º, I, alíneas a, b e c/c art. 102, alíneas b, c, d, i e j, da Lei nº 1.943/54. Observância ao contraditório

e ampla defesa. Devido processo legal. Legalidade. Incomunicabilidade das instâncias penal e administrativa. Impossibilidade de incursão no mérito da decisão administrativa. Análise apenas da legalidade do ato decisório - recurso do Estado do Paraná provido. Recurso dos autores desprovido. Reforma em parte da sentença, em reexame necessário, conhecido de ofício, ante a total improcedência de todos os pedidos da inicial, com relação a todos os autores, com inversão da sucumbência. 1. O processo disciplinar que ensejou o desligamento dos expoliciais das fileiras da Corporação revestiu-se de legalidade, pois observados os ditames legais, tendo sido respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal. 2. O fato de ter ocorrido a absolvição na esfera criminal não impede a aplicação de sanção administrativa, por cometimento de infração disciplinar, apurada no processo correlato, até porque toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal (MEIRELLES, Hely Lopes) 1. Aplicação do princípio da incomunicabilidade das instâncias penal, civil e administrativa. 3. Não há falar em incursão no mérito do ato administrativo, para examinar a conveniência e a oportunidade da sanção imposta, cabendo ao Judiciário apenas a análise da legalidade e da formalidade do ato decisório. (TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 180.211-9 - Comarca de Barracão - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Dilmar Kessler - j. em 01.08.2006 - Fonte: DJ/PR, 24.08.2006).

AÇÃO POPULAR - LESÃO ao PATRIMÔNIO PÚBLICO - Impossibilidade de prosseguimento da AÇÃO devido a ILEGALIDADE do ATO

Ação popular. Ilegalidade do ato e lesão ao patrimônio público. Requisitos não demonstrados. Impossibilidade de prosseguimento da ação. Processo extinto sem resolução do mérito. Reexame. Sentença

confirmada. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural [...] (STJ, EREsp n. 260.821/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha). (TJ/SC - Ap. Cível n. 2006.011191-6 - Comarca de Florianópolis - 2a. Câmb. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Substituto Jaime Ramos - j. em 29.08.2006 - Fonte: DJ/SC, 15.09.2006).

CONCURSO PÚBLICO - Ingresso em EMPRESA PÚBLICA FEDERAL - CANDIDATO portador de necessidade especial - Possibilidade de RESERVA de VAGA - ART. 7º/CF - ART. 37/CF - LEI 8112/90 - LEI 7853/89 - DECRETO 3298/99

Apelação em mandado de segurança. Concurso público. Infraero. Candidato portador de necessidades especiais. Reserva de vaga. Legitimidade da disposição do Edital. 1. Tratando-se de concurso público para ingresso em empresa pública federal, em atendimento à exigência constitucional prevista no art. 37, II, da Carta Magna, não há que se falar em ato de gestão, pois não se trata de ato discricionário, mas sim de ato vinculado ao que preceituado na Constituição. Precedentes desta Corte. 2. A reserva de dez por cento das vagas em favor dos candidatos portadores de necessidades especiais, prevista no edital do certame, atende ao disposto no art. 37, VIII, da Constituição Federal, uma vez que o previsto na Lei 8.112/90 (art. 5º, § 2º) e no Decreto 3.298/99 (art. 37) não se aplica à Infraero, cujas relações jurídicas com seus empregados são regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (Carta Magna, art. 173, § 2º). 3. Por outro lado, a previsão contida no edital do certame, no sentido de que para cada dez candidatos sem necessidades especiais será nomeado um, delas portador, está de acordo com o disposto tanto na Lei 8.112/90 quanto no Decreto 3.298/99, uma vez que o art. 5º, § 2º, da primeira manda reservar até 20 por cento das vagas, ou seja, no máximo 20 por cento, e o art. 37 do segundo determina que a reserva de vagas em questão deverá ser de no mínimo 5 por cento, não sendo ofendidos, assim, o art. 7º, XXXI, da Carta Magna e o art. 2º da Lei 7.853/89. 4. Apelação e remessa oficial providas. (TRF/1a. Reg. - Ap. em Mand. de Segurança n. 2004.34.00.028844-8 - Distrito Federal - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Juiz Federal Leão Aparecido Alves - j. em 02.10.2006 - Fonte: DJ, 20.11.2006).

CURSO SUPERIOR - Realização de VESTIBULAR - AUTORIZAÇÃO e AVALIAÇÃO de QUALIDADE pelo PODER PÚBLICO - ART. 209/CF - Necessidade de submissão às condições do DECRETO 1303/94

Constitucional. Ensino. Criação de curso superior. Realização de concurso vestibular. Art. 209, II, da Constituição Federal. Autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Autorização pretérita ao Decreto 1.303/94. Alegada ofensa ao direito adquirido e

à ampla defesa. Improcedência. Apelação desprovida. 1. Embora as impetrantes possuíssem autorização para o funcionamento nas suas instalações do Curso de Medicina, transcorridos mais de 7 (sete) anos entre aquela e a sentença nestes autos sem que tivessem diligenciado as providências para a efetiva criação desse Curso, inclusive com a realização do respectivo vestibular, pretendendo agora exercitar esse direito, devem se submeter às novas condições impostas pela legislação de regência, inclusive as que foram estabelecidas pelo Decreto 1.303/94, dentre elas a necessidade de Parecer favorável do Conselho Nacional de Saúde. 2. Entretanto, não tendo as impetrantes demonstrado o cumprimento dessas condições, não podem invocar a violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, ainda mais que a prestação de ensino pela iniciativa privada não é livre e se submete ao regime jurídico delineado pelo Estado. 3. Apelação desprovida. Sentença mantida. (TRF/1a. Reg. - Ap. em Mand. de Segurança n. 96.01.42144-0 - Distrito Federal - 6a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Souza Prudente - j. em 27.10.2006 - Fonte: DJ, 20.11.2006).

EXERCÍCIO da ADVOCACIA - CONTRIBUIÇÃO devida à OAB - APREENSÃO de CARTEIRA PROFISSIONAL - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Configuração de INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - LEI 8906/94 - Aplicabilidade do ART. 515/CPC, § 3º

Administrativo. Exercício da advocacia. Contribuições devidas à OAB. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 34, XXIII e art. 37, i, § 2º da Lei 8.906/94). Apreensão da carteira profissional. Possibilidade jurídica do pedido. Condição da ação. 1. O pedido judicial de busca e apreensão da carteira de habilitação profissional de advogado em situação de inadimplência conforme determina o art. 74 da Lei 8.906/94 é possível dentro do ordenamento jurídico pátrio. 2. Constitui infração disciplinar o não-pagamento de anuidade, devendo ser o advogado penalizado com a suspensão do exercício da atividade profissional, conforme prevê a OAB em seu Estatuto (art. 34, XXIII, c/c art. 37, i, § 2º da Lei 8.906). 3. Apelação provida para afastar a extinção do feito sem julgamento do mérito com a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível 1999.35.00.007717-3 - Goiás - 8a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Carlos Fernando Mathias - j. em 20.06.2006 - Fonte: DJ, 24.11.2006).

MANDADO DE SEGURANÇA - Configuração de INFRAÇÃO - SUSPENSÃO de HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO - MULTA - Confirmação de AMPLA DEFESA - Possibilidade de dupla PENALIDADE - LEI 1533/51

Direito processual civil e administrativo. Agravo de instrumento. Decisão proferida em mandado de segurança negando pedido de tutela de urgência. Ausência dos requisitos legais. Suspensão do direito de dirigir e multa. Ampla defesa confirmada. Possibilidade

de dupla penalidade. 1. A concessão de tutela de urgência em mandado de segurança pressupõe a presença de fundamento jurídico relevante e risco de se tornar a sentença meritória ineficaz (inciso II do artigo 7º da Lei nº 1.533, de 31-12-1951). 2. Comprovando os autos que a suspensão de dirigir imposta ao impetrante decorreu de procedimento administrativo, onde se garantiu a mais ampla e regular defesa, há que se afastar a verossimilhança da alegação, como forma de justificar a liminar. 3. O ordenamento jurídico permite a cumulação das penalidades refugadas, quais sejam, a proibição de dirigir e o pagamento das multas originárias das respectivas infrações. 4. Recurso conhecido e improvido. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20060020019644 - Distrito Federal - 3a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Sandoval Oliveira - j. em 19.07.2006 - Fonte: DJ/DF, 28.11.2006).

MULTA DE TRÂNSITO - Radar - Invalidez de AUTO DE INFRAÇÃO - Ausência de REGULAMENTAÇÃO necessária

Administrativo. Multa de trânsito. Radar. 1. São inválidos os autos de infração expedidos por radares ou outros aparelhos eletrônicos entre maio e outubro de 2002, uma vez que, nesse período, não havia a necessária regulamentação do art. 280 do CTB, tornando-o inaplicável. 2. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - Rec. Especial n. 756406 - Distrito Federal - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. João Otávio de Noronha - j. em 03.08.2006 - Fonte: DJ, 18.08.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente Relator, Min. João Otávio de Noronha, a seguinte lição: “Analisando o texto legal, verifica-se que o legislador condicionou a aplicação da norma à expedição de regulamentação pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran). Ou seja, para que o auto de infração de trânsito seja validamente emitido por aparelho eletrônico, é necessário que haja norma regulamentadora prévia. Até maio de 2002, estava em vigor a Resolução n. 131/2002, que regulava a matéria em debate. Porém, a Deliberação n. 34, de 10/5/2002, revogou expressamente a referida resolução e, apenas em outubro de 2002, foi editada a Resolução n. 140, que trouxe novamente a necessária regulamentação do art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro, tornando-o aplicável. Dessa forma, não são válidos os autos de infração expedidos por radares ou outros aparelhos eletrônicos nesse intervalo de tempo, em que não havia regulamentação do CTB, uma vez que inaplicável o seu art. 280, devendo ser anulados por não estarem dentro do parâmetros legais. As demais autuações, porém, são válidas.”

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - Elaboração de LEI para REPOSIÇÃO SALARIAL - Impossibilidade de INTERVENÇÃO do PODER EXECUTIVO e do PODER LEGISLATIVO - INICIATIVA privativa do PREFEITO

Constitucional. Administrativo. Servidor público municipal. Política salarial. Revisão geral anual

prevista no art. 37, inc. X, da Constituição da República. Omissão dos poderes Executivo e Legislativo do município de São Lourenço do Sul em elaborar lei específica que estabeleça a efetivação da reposição salarial. Impossibilidade. Norma constitucional que precisa de normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. Iniciativa privativa do prefeito municipal, descabendo ao Judiciário intervir na competência. Incidência do enunciado da súmula nº 339 do STF. Apelação cível provida, reexame necessário prejudicado. (TJ/RS - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 70015850076 - Comarca de São Lourenço do Sul - 3a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Juiz Mário Crespo Brum - j. em 17.10.2006 - Fonte: DJ/RS, 16.11.2006).

TRATAMENTO DE SAÚDE - FORNECIMENTO de MEDICAMENTO a PACIENTE em virtude de DOENÇA GRAVE - OBRIGAÇÃO DE FAZER do ESTADO - Ofensa ao PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - Imposição de MULTA DIÁRIA à FAZENDA PÚBLICA

Processual civil. Administrativo. Agravo regimental. Tratamento de saúde e fornecimento de medicamentos a necessitado. Obrigação de fazer do Estado. Inadimplemento. Cominação de multa diária. Astreintes. Incidência do meio de coerção. Princípio da dignidade da pessoa humana. 1. Ação ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado, objetivando o fornecimento dos medicamentos Interferon Alfa e Ribavirina 250mg, indicados para paciente portador de Hepatite Crônica. 2. A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. 3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que em virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja imposição das astreintes objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde. 4. “Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.” (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min. ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005. 6. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. 7. Agravo Regimental desprovido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 855787 - Rio Grande do Sul - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Luiz Fux - j. em 14.11.2006 - Fonte: DJ, 27.11.2006).

COFINS - COOPERATIVA - Usurpação de COMPETÊNCIA - Constituição de CRÉDITO cooperativo de acordo com a LEI 5764/71

Processual civil e tributário. Cofins. Cooperativas. Embargos de declaração. Usurpação de competência. Correção do julgado. Higidez do julgado. Manutenção. 1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é de sua competência a análise de eventual conflito no tempo entre lei complementar e lei ordinária. Devem ser desconsideradas no acórdão as reflexões sobre esse ponto. 2. Hígido, porém, o acórdão ao adotar o fundamento de que toda a movimentação financeira das sociedades cooperativas de crédito constitui ato cooperativo, nos termos da Lei 5.764/71, o que enseja a exclusão da incidência da COFINS. 3. Não cabe utilizar os embargos de declaração com o fito de discutir ou prequestionar temas de natureza constitucional. 4. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos modificativos. (STJ - Emb. de Declaração no Rec. Especial n. 617462 - Minas Gerais - 2a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Castro Meira - j. em 14.11.2006 - Fonte: DJ, 27.11.2006).

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL-EXECUÇÃO FISCAL - LIQUIDAÇÃO E LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO - Configuração de LEGITIMIDADE ATIVA do SINDICATO

Processual civil. Tributário. Contribuição social. Execução fiscal. Liquidação e levantamentos dos valores. Sindicato. Legitimidade. Regime de representação. Recurso desprovido. 1. O Sindicato tem legitimidade ativa para atuar no processo de conhecimento como substituto processual de seus filiados. Pode também atuar no processo de execução e na liquidação de sentença, sob o regime de representação processual. Precedentes. 2. Recurso especial desprovido. (STJ - Rec. Especial n. 692987 - Rio Grande do Sul - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Min. Denise Arruda - j. em 04.11.2006 - Fonte: DJ, 04.12.2006).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto da eminente Relatora, Denise Arruda, a seguinte lição: "(...) as entidades sindicais têm, sim, legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do sindicato demandante; (...) a legitimação ativa se opera em regime de substituição processual, visando a obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8078/90, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos; (...) o ajuizamento da demanda cognitiva, nesses limites, dispensa a autorização individual dos substituídos; (...) a individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria, a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação".

DIFERENÇA SALARIAL-HORA EXTRA-FGTS - Percepção acumulada a partir de RECONHECIMENTO judicial do CONTRIBUINTE - Impossibilidade de TRIBUTAÇÃO em ALÍQUOTA máxima - ART. 150/CF - LEI 8541/92

1. A percepção acumulada das diferenças salariais, obtida a partir do reconhecimento judicial do direito do contribuinte de receber valores equivalentes horas-extras, FGTS, etc., não representa o montante auferido pelo mesmo mês a mês (renda mensal). Assim, o contribuinte, por ter recebido valores com atraso imputado ao Banco Meridional S.A. não pode sofrer tributação em alíquota máxima. 2. A retenção de imposto de renda na fonte deve levar em conta os valores percebidos mensalmente sob pena de se afrontar a isonomia tributária (artigo 150, II, da CF), nos casos de valores recebidos pelo contribuinte em razão de decisão judicial trabalhista. Assim, verificada que a renda proveniente do trabalho do contribuinte era obtida mensalmente, inaplicável, ao caso, o § 2º, do artigo 46, da Lei nº 8.541/92. 3. Deve ser a elaborada a conta mediante a apresentação de cálculos aritméticos pelos autores, a partir dos valores recebidos e correta a incidência do imposto de renda sobre os mesmos, atualizados. 4. A restituição dos valores retidos indevidamente deve sofrer atualização monetária a partir da retenção pelos índices determinados. 5. Apelação provida. (TRF/4a. Reg. - Ap. Cível n. 2004.71.15.003500-5 - Rio Grande do Sul - 1a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira - j. em 30.10.2006 - Fonte: DJ, 14.11.2006).

MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração contra LEI em tese - SÚMULA 266/STF - SERVIÇO de REGISTRO - Não incidência de ISSQN - ART. 150/CF - DECLARAÇÃO incidental de INCONSTITUCIONALIDADE de LEI MUNICIPAL

Tributário. Mandado de segurança. Preliminar. Impetração contra lei em tese (Súm. n. 266/STF). Inocorrência. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN). Serviços de registros públicos, cartoriais e notariais. Não-incidência. Imunidade tributária recíproca. Artigo 150, VI, a, Constituição Federal. Inteligência - procedência do pedido e declaração incidental de inconstitucionalidade da lei municipal, pelo juízo de primeiro grau. 1. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais definem-se como serviço público, consoante artigo 236 da Constituição Federal, e, de conseqüência, estão amparados pelo princípio da imunidade recíproca consubstanciado no artigo 150, IV, a, da Constituição, o qual veda a cobrança de tributos entre entes públicos dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União. 2. Em razão de sua natureza, seu papel substancial voltado ao interesse público, além da sujeição do seu sistema remuneratório ao controle estatal, não se justifica a incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS) no

faturamento dos cartórios extrajudiciais. (TJ/PR - Ap. Cível e Reex. *Necessário* n. 304115-8 - *Comarca de Londrina - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Luiz Cezar de Oliveira - j. em 04.04.2006 - Fonte: DJ/PR, 16.05.2006*).

MEDIDA CAUTELAR-AÇÃO ANULATÓRIA de DÉBITO FISCAL - Transferência de MERCADORIA - Inocorrência de FATO GERADOR do ICMS - SÚMULA 166/STJ

Tributário. Cautelar e ação anulatória de débito fiscal. Transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo empresário situados em estados diferentes. Não ocorrência do fato gerador do ICMS. Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça. 1. Nos termos da Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. No caso, a autora se dedica à locação de aparelhos eletroeletrônicos, tais como televisão, videocassete e condicionadores de ar, tendo filiais em vários Estados. A transferência de aparelhos entre suas filiais não constitui fato gerador do ICMS, eis que se trata de deslocamento de produto que constitui o ativo imobilizado da empresa. 2. Recurso voluntário e remessa de ofício conhecidos e desprovidos, sendo mantida a r. sentença que anulou o Auto de Infração nº 336/97, lavrado pela Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional e da Súmula nº 166 do STJ. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20010110802333 - *Distrito Federal - 1a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Roberval Casemiro Belinati - j. em 30.03.2006 - Fonte: DJ/DF, 21.11.2006*).

OFICINA MECÂNICA - Desnecessidade de HABILITAÇÃO PROFISSIONAL para FUNCIONAMENTO - LEI 9317/96

Tributário. Oficina mecânica. Desnecessidade, para funcionamento, de habilitação profissional legalmente exigida. Opção pelo Simples. Possibilidade. I. Não dependendo a atividade executada em oficina mecânica de habilitação profissional legalmente exigida, não está submetida à vedação legal constante do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, inexistindo óbice à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples de empresa que a exerça. II. Apelação e Remessa Oficial denegadas. III. Sentença confirmada. (TRF/1a. Reg. - Ap. em Mand. de Segurança n. 2004.35.00.018153-0 - *Goiás - 7a. T. - Ac. unân. - Rel: Des. Federal Catão Alves - j. em 05.09.2006 - Fonte: DJ, 10.11.2006*).

IPTU - Configuração de PRESCRIÇÃO - Constituição definitiva de CRÉDITO - LEI COMPLEMENTAR 118/05 - ART. 174/CTN

Apelação. Direito tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Termo inicial. Constituição definitiva do crédito. O art. 1º da LC nº 118/05 (que conferiu nova redação ao art. 174 do CTN, atribuindo ao despacho

ordenatório da citação o efeito interruptivo da prescrição) se aplica às execuções fiscais promovidas sob sua vigência. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70017792128 - *Comarca de Capão da Canoa - 21a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro - j. em 27.11.2006 - Fonte: DJ/RS, 05.12.2006*).

IPVA-ISENÇÃO do IMPOSTO para DEFICIENTE FÍSICO - Necessidade de ADAPTAÇÃO para exercício de DIREÇÃO de VEÍCULO

IPVA. Deficiente físico. Veículo. Adaptação. Isenção do imposto. Aproveita a isenção do Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores, o proprietário portador de deficiência física que não consegue dirigir veículo comum, acrescentando especialidade ou adaptação como o câmbio automático, exigido pelo órgão de trânsito competente. (TJ/MG - Reex. *Necessário* n. 1.0024.06.030552-1/001 - *Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Dárcio Lopardi Mendes - j. em 16.11.2006 - Fonte: DJ/MG, 05.12.2006*).

ISSQN - Possibilidade de INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - Não incidência sobre PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS de INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Embargos infringentes. Matéria de divergência. ISSQN. Lista de serviços. Taxatividade. Interpretação extensiva. Possibilidade. Instituição financeira. Atividade tributada de nítido caráter acessório. Ilegalidade da incidência. Embora a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 seja taxativa quanto ao gênero dos serviços ali constantes, admite-se a sua interpretação extensiva para abrigar serviços específicos com a mesma natureza jurídica dos expressamente consignados. Mas, não incide ISSQN sobre os serviços acessórios prestados pelas instituições financeiras, por não possuírem caráter autônomo, sendo executados na intenção de viabilizar as suas atividades precípuas. (TJ/MG - Emb. *Infringentes* n. 1.0024.01.053781-9/002 - *Comarca de Belo Horizonte - 6a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Des. Edilson Fernandes - j. em 14.11.2006 - Fonte: DJ/MG, 05.12.2006*).

SIGILO FISCAL - Possibilidade de INFORMAÇÃO pela RECEITA FEDERAL - Prevalência de INTERESSE PÚBLICO para obtenção de CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Agravo interno. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Sigilo fiscal. Pedido de informações à receita federal. Possibilidade. Prevalência do interesse público de satisfação do crédito tributário. A satisfação do interesse público que subjaz nas execuções fiscais prevalece sobre o direito ao sigilo fiscal. Cabível, portanto, a requisição de informações à Receita Federal acerca das movimentações geradoras de CPMF da executada. Recurso provido. Voto vencido. (TJ/RS - Agravo n. 70017699091 - *Comarca de Guaíba - 22a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel: Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza - j. em 30.11.2006 - Fonte: DJ/RS, 21.11.2006*).

**EMBARCAÇÃO de PESCA estrangeira -
ARRENDAMENTO ou AFRETAMENTO por
COOPERATIVA ou EMPRESA brasileira -
REGISTRO temporário**

LEI Nº 11.380, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2006

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

CAPÍTULO I

DA APLICAÇÃO

Art. 1º Esta Lei institui o Registro Temporário Brasileiro para as embarcações de pesca estrangeiras arrendadas ou afretadas, a casco nu, por empresas, armadores de pesca ou cooperativas de pesca brasileiras, com suspensão provisória de bandeira no país de origem.

Parágrafo único. As empresas, os armadores de pesca ou as cooperativas de pesca brasileiras de que trata o *caput* deste artigo deverão ser registradas no Tribunal Marítimo como Armador de Pesca, bem como inscritos no Registro Geral da Pesca nas categorias de Indústria Pesqueira ou Armador de Pesca pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, na forma da legislação específica.

CAPÍTULO II

DAS DEFINIÇÕES

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I – embarcação de pesca: é aquela que, devidamente autorizada, se dedica, exclusivamente, à captura, ao processamento ou ao beneficiamento do pescado, com finalidade comercial;

II – armador de pesca: pessoa física residente e domiciliada no País, devidamente registrada no Tribunal Marítimo, que, em seu nome ou sob sua responsabilidade, presta a embarcação de pesca para sua exploração comercial;

III – empresa brasileira de pesca: pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no Brasil, devidamente inscrita no Registro Geral da Pesca, que tenha por objeto a pesca comercial;

IV – cooperativa de pesca brasileira: associação autônoma de pessoas que se unem, voluntariamente, segundo as leis brasileiras, para satisfazer aspirações econômicas e sociais que, devidamente inscrita no Registro Geral da Pesca, tem por finalidade o exercício da pesca comercial;

V – arrendamento ou afretamento a casco nu: contrato pelo qual o arrendatário ou afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação; e

VI – suspensão provisória de bandeira: ato pelo qual o proprietário da embarcação estrangeira, arrendada ou afretada, suspende, temporariamente, o uso da bandeira do país de origem, a fim de que a embarcação seja inscrita em registro de outro país.

CAPÍTULO III

DA BANDEIRA DAS EMBARCAÇÕES

Art. 3º As embarcações de pesca arrendadas ou afretadas a casco nu, com suspensão provisória de bandeira no país de origem, inscritas no Registro Temporário Brasileiro, deverão arvorar a bandeira brasileira.

Parágrafo único. Nas embarcações de pesca de bandeira brasileira, de que trata o *caput* deste artigo, 2/3 (dois terços) da tripulação devem ser, obrigatoriamente, brasileiros, incluindo o Comandante e o Chefe de Máquinas.

CAPÍTULO IV

DO REGISTRO DE EMBARCAÇÕES DE PESCA

ARRENDADAS OU AFRETADAS

Art. 4º O Registro Temporário Brasileiro será efetuado pelo Tribunal Marítimo para todas as embarcações de pesca estrangeiras arrendadas ou afretadas a casco nu, com suspensão provisória de bandeira, não suprimindo e

sendo complementar ao Registro de Propriedade Marítima, nos termos da Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988, e ao Registro Geral da Pesca, instituído pelo Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967.

§ 1º O Tribunal Marítimo expedirá Certificado de Registro Temporário – CRT, com validade igual à do contrato de arrendamento ou afretamento, não podendo exceder o período de 5 (cinco) anos.

§ 2º O CRT deverá ser renovado quando a prorrogação do contrato de arrendamento ou afretamento for autorizada pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, conforme competência instituída pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.

Art. 5º Caberá ao Poder Executivo Federal regulamentar o Registro Temporário Brasileiro, estabelecendo as normas complementares necessárias ao seu funcionamento e as condições para a inscrição de embarcações.

CAPÍTULO V

DO CANCELAMENTO

Art. 6º O cancelamento do Registro Temporário Brasileiro ocorrerá nas seguintes situações:

I – *ex officio*, quando do término do prazo concedido ou se for revogada a suspensão provisória de bandeira no país de origem;

II – quando a autorização para o arrendamento ou afretamento da embarcação de pesca for cancelada pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República;

III – por solicitação da empresa brasileira de pesca, do armador de pesca ou da cooperativa de pesca brasileira, arrendatária ou afretadora, que tenha requerido o registro;

IV – quando efetuado o Registro de Propriedade Marítima no Tribunal Marítimo da mesma embarcação de pesca, em decorrência de aquisição por empresa ou armador brasileiro;

V – quando o registro do armador for cancelado pelo Tribunal Marítimo;

VI – por afretamento da embarcação a empresa estrangeira, devidamente informado ao Tribunal Marítimo;

VII – por venda da embarcação, informada ao Tribunal Marítimo;

VIII – quando o registro da empresa ou cooperativa de pesca for cancelado pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República;

IX – por rescisão do contrato de arrendamento ou afretamento, informado ao Tribunal Marítimo e à Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República; e

X – quando deixarem de ser satisfeitas as condições previstas nesta Lei para o Registro Temporário Brasileiro e na legislação complementar específica.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 7º Caberá à Autoridade Marítima a fiscalização do Registro Temporário Brasileiro.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 1º de dezembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Waldir Pires

(D.O.U. de 04.12.2006, col. I, pág. 8)

NOTA BONIJURIS: a íntegra da Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos encontra-se à disposição dos leitores, que poderão solicitá-la através do telefone (41) 3322-3835 ou do e-mail juridico@bonijuris.com.br

Como Decidem os Tribunais

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO

Marcio Guedes Berti

Advogado em Marechal Cândido Rondon/PR

Em se tratando de acidente de trabalho, doutrina e jurisprudência, salvo raríssimas opiniões divergentes, entendem que a responsabilidade do empregador na reparação do dano é subjetiva, e a do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, objetiva. O argumento largamente utilizado como fundamentação para esse entendimento é o de que do *acidente de trabalho* decorrem conseqüências distintas, uma relacionada ao benefício-acidentário a cargo do Instituto de Previdência Social, em relação ao qual vigora o princípio do risco social (responsabilidade objetiva), e outra associada à reparação pecuniária dos danos deles oriundos a cargo do empregador, na conformidade do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, em relação à qual prepondera o princípio da *responsabilidade* subjetiva.

Sucedem, porém, que com a entrada em vigor do novo Código Civil, temos, por imposição legal, a responsabilização objetiva do empregador em casos de acidente de trabalho e, por que não, nos casos em que se constata doença ocupacional. Isso porque o novo Código Civil trouxe uma inovação, pois segundo o parágrafo único de seu artigo 927, *litteris*: “Haverá obrigação de reparar o dano, *independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Disso decorre que, se a atividade desenvolvida pelo empregador for considerada de risco, e o empregado se tornar vítima de acidente de trabalho, bastará ao obreiro, para se ver ressarcido, provar a relação de emprego, a ocorrência do infortúnio, e que desenvolvia atividade de risco, não havendo mais que ser discutida a responsabilidade subjetiva do empregador, ou seja, sua culpa ou dolo.

Em casos onde a atividade desenvolvida pelo empregador for considerada de risco, a lei se encarregou de presumir sua responsabilidade, dada a previsibilidade da ocorrência de acidentes de trabalho, que faz com que o empregador seja cada vez mais prudente e melhor capacite seus funcionários.

A norma inserta no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil deriva da Teoria do Risco Profissional, a qual fundamenta-se no princípio de que: “Aquele que lucra com uma situação deve responder pelos riscos e pelas desvantagens dele decorrentes”, *ubi emolumentum, ibi onus* (SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade Civil da Empresa, Acidentes de Trabalho*. LTr, 1993, pág. 37).

Assim é que, se destas atividades colhem os empregadores todos os proventos, ou pelo menos agem para conseguí-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – *ubi emolumentum, ibi onus*. Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima (empregado), que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.

Tal entendimento vem sendo corroborado pelos Tribunais. Confira-se:

Ação de indenização – Acidente do trabalho 1. Tratando-se de ação de indenização por acidente no trabalho, não se discute a culpa do empregador, aplicando-se a teoria do risco, bastando que o empregado prove ter o acidente ocorrido e a relação de emprego. Ao empregador cabe provar, para afastar sua responsabilidade, que a culpa fora exclusiva do empregado. 2. Admite-se a cumulação de indenização por dano moral e por dano estético, ainda que derivados do mesmo fato. 3. A fixação de indenização em salários mínimos contraria o disposto no art. 7º, IV, da CF, que veda a vinculação desse para qualquer fim. 4. Apelação provida em parte. (TJDF – APC 20000150053548 – 5a. T. Cív. – Rel. Juiz Jair Soares – DJU 21.11.2001 – p. 170)

Acidente de trabalho – Indenização – Teoria do risco – Tratando-se de acidente de trabalho, a legislação especial brasileira subordina-o à teoria do risco. À previsão do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição da República cuidou de comandar, no inciso XXII, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, o que aponta à recepção daquelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzidas pela Lei nº 6.514/77. Então, é de responsabilidade objetiva do que se cuida nessa quadra indenizatória derivada de acidente de trabalho (e do que a ele equiparado *ex lege*). No fundo a questão é de instituto jurídico, papel da doutrina, que dá a exegese à pontuação do legislador, mesmo constituinte, diante do que irreversivelmente se conclui que a questão de acidente de trabalho, e da indenização expressamente ressalvada pela Constituição da República de 1988 (art. 7º, inciso XXVIII), trafegam pela teoria do risco, e não da culpa. (TRT 3ª Reg. – RO 15863/01 – 2a. T. – Rel. Juiz João Bosco Pinto Lara – DJMG 06.02.2002 – p. 20)

Portanto, como já dito ao norte, o nexos etiológico é presumido pela lei, significando estar a vítima (empregado) isenta de demonstrar, especificamente, que o seu mal teve como causa evento provocado pelo desempenho do contrato de trabalho, eis que inerente à sua própria atividade na empresa.

O § único do artigo 927 do Código Civil veio ao encontro das normas inseridas no bojo do texto consolidado, notadamente aquelas que tratam da segurança e da medicina do trabalho.

Com efeito, o artigo 157 da Legislação Consolidada, prevê que, *litteris*: Art. 157. Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais; III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (*Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977*)

Como bem observa Solano Sobrinho, *verbis*: “... as medidas de prevenção de acidentes são diligências impostas ao empregador por norma de ordem pública, constituindo-se, portanto, em deveres jurídicos”. A inobservância de um dever de prevenção, notadamente quando, discricionariamente, for recomendado, implica ter-se caracterizada a culpa grave que impõe seja completamente reparado o dano causado pela inexecução da medida. Desse modo, independentemente das prestações devidas pela Previdência Social, estará o empregador sujeito ao pagamento da indenização por toda a perda sofrida pelo acidentado, de modo, pois, ilimitado.” (*In*: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil Comum*, Saraiva, 1987, p. 43, *apud* Genésio Vivanco Sobrinho, *Acidentes de Trabalho: benefícios previdenciários e dever de reparar o dano causado*, LTr, 48 (11): 1303)

Ressalte-se, ademais, que compete ao empregador bem selecionar, capacitar e proteger seus empregados, a uma, porque lhe conferirá mais competitividade e, a duas, porque prevenirá possíveis danos que certamente lhes serão atribuídos em razão da condição de elemento “diretor” das atividades empresariais –, sendo isto o que se infere, *verbi gratia*, do disposto no art. 77 da Lei nº 7.036/76, *verbis*: “Todo empregador é obrigado a proporcionar a seus empregados máxima segurança e higiene do trabalho, zelando pelo cumprimento dos dispositivos legais a respeito, protegendo-os, especialmente, contra imprudências que possam resultar do exercício habitual da profissão”.

Portanto, com a vigência do novo Código Civil, parece inegável a aplicação da teoria do risco (responsabilidade objetiva) naquilo que diz respeito às indenizações por acidente de trabalho, quando a atividade desenvolvida implicar, por sua natureza, risco ao trabalhador.

Doravante, os empregadores que desenvolvem atividades de risco terão que ter redobrada atenção, o que já não era sem tempo, pois muitos acidentes do trabalho são causados pelo risco inerente à própria função exercida pelo empregado, que guarda às vezes a conotação de quase impossibilidade de ausência total de riscos.

E numa proporção ainda mais triste, são os acidentes do trabalho que ocorrem por inadequação do meio; falta de segurança; e por falta de cumprimento das normas de segurança do trabalho pelas empresas. E, o que é pior, acidentes estes com conotações de *previsibilidade* e *evitabilidade*.

Sem dizer, ainda, no impacto negativo dos acidentes de trabalho na sociedade, e seus reflexos no âmbito da seguridade social. Sobre o assunto, oportunas são as palavras de Raimundo Simão de Melo, procurador-chefe do MPT/15a. Região-Campinas, pós-graduado em Direito do Trabalho pela FADUSP, e professor de Direito e Processo

do Trabalho, em artigo publicado na *Revista Justiça do Trabalho* nº 187, p. 109: “Os acidentes do trabalho, embora despercebidos por muitos, constituem sério problema para a economia brasileira, cujo gasto anual, de cerca de 6 bilhões de dólares, suportado pela Previdência Social e pelas próprias empresas, é repassado, no final, para toda a sociedade. Além disso, acarretam, para os trabalhadores e respectivos familiares, irreparáveis prejuízos pelas milhares de mutilações, incapacidades e mortes, atingindo, muitas vezes, seu patrimônio material e o moral”.

Por fim, traz-se à colação, neste artigo, algumas decisões do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9a.

Região, tratando da responsabilidade objetiva. Confira-se:

Responsabilidade objetiva – Acidente de trabalho – Reparação de dano. Por tratar-se de caso de responsabilidade objetiva, é desnecessária a prova quanto à culpa em casos que envolvam acidente de trabalho. (*TRT-PR-RO-02570-2002-Acórdão-17681-2002 – Rel. Exma. Juíza Sueli Gil El-Rafihí – DJPR, 08-08-2002*)

Dano Moral – Responsabilidade objetiva do empregador – Artigo 927 do novo Código Civil – Atividade de risco – Acidente de trabalho – Partindo da tese da responsabilidade objetiva, tem-se que, quando o empregador exerce atividade de risco, o mesmo é responsável pelo dano, independentemente de prova da sua culpa, isto porque, conforme preceitua o artigo 927 parágrafo único do Código Civil: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Certo que nos autos, a atividade desenvolvida pelo empregador envolve risco para com os direitos do empregado, em razão de que os testes elétricos realizados nos produtos fabricados envolvem possibilidade de curtos circuitos, que podem sem dúvida alguma causar danos ao trabalhador. Ademais, percebe-se ainda que a empresa não exigia utilização de EPI, o que sem dúvida teria abrandado os danos sofridos pelo autor. (*TRT-PR-01517-2001-670-09-00-6-ACO-00863-2005 – Relator: Benedito Xavier da Silva – Publicado no DJPR em 18-01-2005*)

Está aí, portanto, mais um grande passo para a classe obreira, notadamente em relação aos trabalhadores que exercem atividade de risco. ■

eventos notícias

XX CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Local: Universidad de Salamanca – Salamanca – Espanha
Data: 8 a 19/01/2007
Informações: +34 923 294 679 / postgrado@usal.es
<http://www.postgrado.org>

CURSO DE EXTENSÃO: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ÁREA CÍVEL

Local: UVA – Campus Tijuca – R. Ibituruna, 75 – Rio de Janeiro/RJ
Data: 11/01 a 22/03/2007
Informações: (21) 2574-8835 / (21) 2574-8867

RESPONSABILIDADE MÉDICA

Local: Hotel Regent Park – R. Oscar Freire, 533 – São Paulo/SP
Data: 16/01/2007
Informações: (11) 2108-8632

COOPERATIVAS DE TRABALHO E SERVIÇOS

Local: Av. Paulista, 1.439 – 6º andar – São Paulo/SP
Data: 23/01/2007
Informações: (11) 2108-8632

CHEGAMOS EM 2007. E AGORA, ADVOGADO?

Local: Century Paulista Flat – R. Teixeira da Silva, 647 – Paraíso – São Paulo/SP
Data: 08/02/2007
Informações: (11) 5049-3386

A DIMENSÃO COLETIVA DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Local: CEPAD – Av. Alameda Barroso, 91 – 2º andar – Rio de Janeiro/RJ
Data: 09/02/2007
Informações: (21) 2533-9710

COMUNICADO

Convênio Unibrasil/Bonijuris
Parceria Inter-Institucional
Objetivo: Publicação de trabalhos científicos

www.bonijuris.com.br

www.unibrasil.com.br

Visite nosso **NOVO site**
www.bonijuris.com.br

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 firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco.

Fone-fax: (41) 3323-4020 ou e-mail: diretoria@bonijuris.com.br