

Revista Bonijuris

MARÇO/08

ACÓRDÃOS - INTEIRO TEOR

Pág. XXX

União Estável - Término da Comunhão
- Indenização por Serviços Domésticos (TJGO)

Cobrança - Taxa de Serviço do Condomínio
Usufruído pelo Promitente Comprador (TJPR)

Recurso Especial - Assinatura por Advogado
sem Procuração nos Autos (STJ)

Habeas Corpus Incabível - Estupro e
Atentado Violento ao Pudor (STJ)

Prescrição - Prazo - Acidente do
Trabalho - Interrupção Prescricional (TST)

Mandado de Segurança - Ato Omissivo
da Administração Pública (STF)

Debênture da Eletrobrás - Oferta para Garantia
de Dívida Tributária (TRF/1a. Reg.)

LEGISLAÇÃO

Pág. LV

Medida Provisória nº 417 - Registro, Posse e Comercialização de
Arma de Fogo - Estatuto do Desarmamento - Lei 10.826/03
- Alterações e Acréscimos de Dispositivos

DOCTRINA

BREVE ESTUDO ACERCA DA DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcelo Harger
Pág. V

A INTERPRETAÇÃO DO FATO GERADOR DO ICMS DIANTE DA LEI COMPLEMENTAR 87 E DA SÚMULA 166 DO STJ

Irapuã Beltrão
Pág. XIII

ALIMENTOS E O TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA MULTA

Maria Berenice Dias
Pág. XVII

A CRISE DO SUPEREGO BRASILEIRO – ASPECTOS DA CRIMINALIDADE INFANTO-JUVENIL

Domingos Barroso da Costa
Pág. XVIII

EL DAÑO MORAL

Ivo Zanoni
Pág. XX

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS Pág. LVI

Contribuição ao Incri à Luz de Recente Manifestação Jurisprudencial
Rafael da Rocha Guazelli de Jesus

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

André Barbieri Souza
 Carlos Oswaldo M. Andrade
 Eduardo Cambi
 Elionora Harumi Takeshiro
 Geison de Oliveira Rodrigues
 Geraldo Vaz da Silva
 José Lúcio Glomb
 Joseph Ernst Gardemann Filho
 Luciano Augusto de Toledo Coelho
 Luiz Carlos da Rocha
 Luiz Salvador
 Maria de Lourdes Cardon Reinhardt
 Paula Tiemi Toyofuku
 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 XX - Nº 532
 Edição Mensal - Março/2008
 Circulação Nacional
 Tiragem: 5.000 Exemplares

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

Sumário**DOCTRINA**

Breve Estudo Acerca da Delimitação Constitucional da Competência do Ministério Público	05
<i>Marcelo Harger</i>	
A Interpretação do Fato Gerador do ICMS Diante da Lei Complementar 87 e da Súmula 166 do STJ	13
<i>Irapuã Beltrão</i>	
Alimentos e o Termo Inicial de Incidência da Multa	17
<i>Maria Berenice Dias</i>	
A Crise do Superego Brasileiro – Aspectos da Criminalidade Infanto-juvenil..	18
<i>Domingos Barroso da Costa</i>	
El Daño Moral	20
<i>Ivo Zanoni</i>	

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

PIS e COFINS - Recolhimento a Maior - Possibilidade de Compensação Realizada (STJ) .. **24**

INTEIRO TEOR

União Estável - Término da Comunhão - Indenização por Serviços Domésticos (TJ/GO) ...	30
Cobrança - Taxa de Serviço do Condomínio Usufruído pelo Promitente Comprador (TJ/PR)..	31
Recurso Especial - Assinatura por Advogado sem Procuração nos Autos (STJ)	33
<i>Habeas Corpus</i> Incabível - Estupro e Atentado Violento ao Pudor (STJ)	37
Prescrição - Prazo - Acidente do Trabalho - Interrupção Prescricional (TST)	38
Mandado de Segurança - Ato Omissivo da Administração Pública (STF)	40
Debênture da Eletrobrás - Oferta para Garantia de Dívida Tributária (TRF/1a. Reg.)	41

EMENTÁRIO

Civil - Comercial	43
Imobiliário	44
Processo Civil	46
Penal - Processo Penal	47
Trabalhista - Previdenciário	49
Administrativo - Constitucional	51
Tributário	53

LEGISLAÇÃO

Medida Provisória nº 417 – Registro, Posse e Comercialização de Arma de Fogo – Estatuto do Desarmamento - Lei 10.826/03 - Alterações e Acréscimos de Dispositivos

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Contribuição ao Incrá à Luz de Recente Manifestação Jurisprudencial **56**
Rafael da Rocha Guazelli de Jesus

EVENTOS/NOTÍCIAS

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
www.bonijuris.com.br

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

Comemorando o primeiro trimestre deste ano de 2008, temos a satisfação de iniciar a seção de artigos jurídicos desta edição nº 532 com o doutor em direito do estado **Marcelo Harger**, que singulariza e delimita a competência do Ministério Público sob a luz do direito constitucional, mostrando que a regra da competência serve como um instrumento delimitador do Poder, pois um estado de direito tem que se basear numa divisão de atribuições, capaz de garantir o controle do Poder pelo próprio Poder. Conclui que a interpretação jurídica de competência deve ser restritiva, justamente para evitar desmandos impertinentes que podem manchar a figura do Estado e inclusive atingir um órgão tão nobre como o Ministério Público.

Em Direito Tributário, publicamos estudo do procurador federal **Irapuã Beltrão** sobre o fato gerador do ICMS diante da Lei Complementar 87/96 e da Súmula 166/STJ. Indica o autor que o ICMS é o tributo que enfrenta as maiores dificuldades na singularização do fato impositivo e na interpretação da hipótese de incidência. Um dos motivos assinalados é o fato de que existem entendimentos para os quais o mero deslocamento físico de uma mercadoria já é tido como uma circulação de mercadoria; o que não seria verdade, pois no deslocamento ocorre transferência de propriedade.

A desembargadora **Maria Berenice Dias** dá continuidade à doutrina desta edição apresentando artigo sobre a prestação de alimentos e o termo inicial de incidência da multa, fundamentando-se no critério da multa na época própria do pagamento e não apenas a partir do dia em que o devedor for intimado para adimplir o débito da demanda executória. Otimista quanto às significativas mudanças na legislação de alimentos, comemora a possibilidade de uma maior pressão sobre o devedor com base na Lei 11.232/05.

O especialista em Criminologia bel. **Domingos Barroso da Costa** traça sensíveis linhas sobre os tristes aspectos da criminalidade infanto-juvenil e o desprezo social que marginaliza grande parte das crianças humildes brasileiras. A banalização da criminalidade, como se fosse um fato normal e corriqueiro dentre outros oriundos da sociedade civil é criticada pelo autor, pois aludida banalização é na verdade uma séria sociopatia que fere a intenção do pacto social na medida em que incentiva a desunião e cria uma reunião entre os igualmente marginalizados, constituindo um núcleo de poder nocivo ao Estado pela desvirtualização da sua finalidade.

Ivo Zanoni, doutorando em direito pela Universidade Católica de Santa Fé, escreve sobre dano moral, localizando os princípios aplicáveis ao tema, o reflexo destes nas indenizações e principalmente analisando a responsabilidade efetivamente configurada na fase pré-contratual, uma vez que a finalidade social da lei é impor restrições à ilicitude sem, porém, fugir do contexto maior da liberdade social. Um contrato deve ser fiel aos seus princípios norteadores e nunca deixar de conter seus elementos essenciais, pois o espaço da liberdade é no âmbito civil sempre maior que o espaço da incidência das normas e este deve ser observado sempre que condutas ilícitas possam constituir infrações ao direito, tendo o Estado importante papel na garantia da legalidade e do cumprimento dos contratos através do seu controle difuso.

O *Acórdão em Destaque* vem do Direito Tributário, com a missão de elucidar que a segurança jurídica não é letra morta nas leis fiscais, mas sim letra viva, atuante e garantidora dos direitos adquiridos. Isso porque o acórdão em tela esclarece que a compensação tributária do PIS e do COFINS recolhidos a maior, desde que autorizada por decisão judicial posteriormente cassada, não pode gerar para o contribuinte a obrigação de pagar juros de mora e multa, pois quando este praticou o recolhimento compensatório apenas, estava fundamentado em reconhecimento judicial do pagamento anterior a maior. A pretensão de cobrança de atualização monetária pela Fazenda Nacional depois da cassação da decisão que autorizou é impossível, afinal o contribuinte cumpre apenas ordem judicial.

A *Legislação* apresenta as alterações e os acréscimos de dispositivos feitos pela **Medida Provisória 417/08** no Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/03 – que dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o sistema nacional de armas e inclusive define crimes. Dentre as novidades trazidas via MP, destaca-se a necessidade de renovação do registro perante o pertinente órgão federal de armas até o dia 31 de dezembro de 2008, para todos os registros de propriedade expedidos pelos órgãos estaduais até 1º de fevereiro de 2008. A MP prevê ainda isenção do pagamento de taxas para determinadas instituições previstas no Estatuto, bem como em anexo apresenta uma tabela indicativa dos valores das taxas respectivamente a cada situação também nela prescrita, tais como o caso das empresas de segurança privada; transporte de valores; expedição de segunda via de certificado de registro, dentre outras.

Em *Como Decidem os Tribunais*, o advogado **Rafael da Rocha Guazelli de Jesus** comenta a questão da contribuição ao Incri à luz da mais recente manifestação jurisprudencial sobre o tema, explicando que tal contribuição, prevista na Lei 2.613/55, pode ser enquadrada como de natureza interventiva no domínio econômico, pois visa assegurar a função social da propriedade e coibir as desigualdades sociais e regionais. Quanto à constitucionalidade da contribuição, fundamenta o autor que esta não foi recepcionada pela EC 33/01, bem como não atende ao requisito da referibilidade, essencial para a instituição e cobrança de contribuições.

BREVE ESTUDO ACERCA DA DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcelo Harger

Advogado

Mestre e doutor em Direito do Estado pela PUC/SP

1. Introdução

O Ministério Público brasileiro tem se destacado por uma incessante atuação em benefício do interesse público. No afã de defender os interesses da sociedade, contudo, algumas vezes atua sem ter competência para tanto. Há, inclusive, uma corrente doutrinária a defender que a simples presença em uma lide de um dos diferentes órgãos que integram o Ministério Público, conjugada com a existência de um interesse público, é suficiente para conferir legitimidade de atuação ao ente.

Essa concepção, contudo, é equivocada. É o que se demonstrará no presente trabalho.

2. A competência e a divisão de funções do Estado

O homem é um ser social. Ao contrário de outras espécies, não se realiza solitariamente. Somente pode cumprir suas finalidades ao conjugar esforços com outras pessoas, pois tem necessidades que somente podem ser supridas por intermédio de uma atividade conjunta. É por essa razão que vive em sociedade.

Ao viver em sociedade, contudo, surge a necessidade de existência de regras para possibilitar que a convivência ocorra de modo harmônico, e de alguém responsável por assegurar a observância dessas regras. É dessa contingência que surge uma organização social que se denomina Estado. O elemento que possibilita que cumpra a sua função recebe o nome de Poder, que, de um modo simplificado, pode ser definido como “a faculdade que alguém tem de obter obediência para suas ordens”¹. Entendido desse modo, torna-se forçoso reconhecer que não é somente o Estado quem exerce o Poder. Diversas outras organizações sociais² exercem algum tipo de poder. O Poder estatal, contudo, é de um tipo diferente, pois é o único legitimado para impor-se mediante a utilização de coação física. Pode utilizá-la por ter sido escolhido pela sociedade para tanto.

O Estado, contudo, como pessoa jurídica, somente pode se manifestar por intermédio de seres humanos. É por essa razão que se institucionaliza o uso do Poder, criando-se diferentes atribuições que são exercidas por diferentes autoridades. Somente aqueles legalmente investidos no Poder é que podem criar normas³ de obediência obrigatória pelos demais cidadãos.

Não se trata, portanto, da “lei” do mais forte, mas daquele que é legitimado para editá-la. Isso significa dizer que o fenômeno do exercício do Poder estatal está diretamente ligado ao Direito e, por que não dizer, ao conceito de competência.

A esse respeito, Celso Ribeiro Bastos leciona que:

“O Estado não pode exercer o direito de forma desordenada, inestável, mutável, segundo as circunstâncias. Precisa de um poder que se exercite sob normas estáveis que definam aquele que é competente para exercê-lo e quais as condições que devem ser satisfeitas para que se ascenda a esse poder, assim como definam seus limites e o seu controle.”⁴

Vê-se que é o direito que confere estabilidade às relações sociais e que o conceito de competência é essencial para possibilitar o controle do adequado exercício do poder. Somente o poder exercido de acordo com o Direito e as regras de competência é lícito. “O poder exercido em oposição à ordem jurídica torna-se um poder ilícito; seus atos são criminosos e, em consequência devem ser perseguidos e punidos pelo Estado.”⁵

Essas considerações são importantes porque a luta pelo exercício do poder é uma constante na história humana. Ives Gandra Martins, a esse respeito, alerta que:

“Quando o homem deseja o poder, sua ambição é voltada para si mesmo, raramente sendo voltada para a comunidade. Por astúcia, por habilidade, pode o homem no poder procurar o bem da comunidade, ofertar um ideal de grandeza da pátria, mas o que o político busca é a sua auto-realização. O poder vale pelo poder e tudo se justifica, como Rotrou dizia, se o poder for a meta. Creon, na palavra de Racine, ao lutar e afastar seus filhos do trono, eliminando-os sem sofrer, dizia que a honra de ser pai é permitida a todos os mortais, mas apenas a alguns é permitida a honra de ser rei.”⁶

As afirmações do professor paulista nada mais refletem que uma concepção reinante pelo menos desde o tempo de Montesquieu. Afirmava o filósofo francês que:

“[...] a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”⁷

É fundado nessa premissa que o filósofo cria a sua célebre teoria da tripartição dos poderes. Afirmava Montesquieu:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar, e o outro, simplesmente o poder executivo do estado.

A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”⁸

A necessidade de distribuição dos afazeres estatais entre diferentes detentores de cargos públicos, como forma de evitar o abuso do poder, preconizada pelo filósofo, na verdade não acarreta a divisão do poder. O Poder é um só e é exercido pelo Estado. O que se dividem, na realidade, são as funções a serem desempenhadas pelo aparato estatal entre diversas pessoas físicas, que ao atuar expressarão a “vontade estatal”. Sobre o tema Agustín Gordillo leciona o seguinte:

“Como se realizará a distribuição de funções é algo que foi solucionado de diferentes maneiras na Constituição de cada país; porém, em geral, a maioria introduziu o princípio da separação dos poderes, tratando de seguir em suas linhas gerais a tríplice premissa a que deu lugar a teoria de Montesquieu: que aquele que faz as leis não seja o encarregado de aplicá-las e nem de executá-las; que o que as execute não possa fazê-las nem julgar da sua aplicação; que o que julgue não as faça e nem as execute.

Surge assim o germe dos conceitos de Legislação, Administração e Justiça, conceitos que ainda se mantêm em constante elaboração. Com maior clareza, fala-se mais de ‘separação de funções’, do que de separação de poderes, uma vez que o poder é um só; porém, mantêm-se o princípio de que ela tem por finalidade coordenar o exercício do poder público e evitar que possa ser fonte de despotismo ou arbitrariedade.

Resulta, pois, do que antecede que a ‘divisão dos poderes’ se manifesta numa ‘separação de funções’, correlativa de uma separação de ‘órgãos’. Assenta-se então o princípio de que para que o poder contenha o poder, para que não exista absolutismo e nem a soma do poder público, é imprescindível que o poder estatal seja exercido por órgãos diferenciados.”⁹

Conforme se verifica pelo ensinamento do jurista argentino, não se pode dizer que em nossos dias a divisão preconizada por Montesquieu permaneça tal como foi concebida. Foi necessário adaptá-la às diferentes realidades sociais às quais foi aplicada e também adequá-la às novas realidades surgidas com o advento da sociedade de massas. Odete Medauar ensina sobre essa questão o seguinte:

“Hoje, embora na maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação de poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados. Alguns dados demonstram isso. Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade, o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional de poder legislativo, como é o caso das medidas provisórias. Além do mais, verifica-se neste fim de século, realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu; muitas instituições são dificilmente enquadráveis em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.”¹⁰

Verifica-se que, embora tenham sido necessárias adaptações, a orientação básica de Montesquieu persiste mesmo na sociedade atual, qual seja, a divisão entre as funções do Estado. Do mesmo modo subsistem as suas duas premissas básicas: aquele que detém o poder tende a abusar dele e somente o poder pode conter o poder¹¹. O meio adotado para evitar o abuso do poder preconizado pelo filósofo, no entanto, foi adequado a cada realidade social¹² e às novas necessidades da vida em sociedade.

A adaptação deu-se de diversas maneiras. Por um lado, as três funções estatais básicas deixaram de sofrer uma divisão estanque, atualmente sendo mais correto dizer que cada Poder Estatal exerce preponderantemente uma função sem prejuízo do exercício de demais atribuições¹³. Por outro lado, atualmente, a divisão de funções tornou-se mais complexa. Cada uma das funções estatais básicas é entregue a mais de um órgão Estatal que a exerce com preponderância. É assim, por exemplo, que a atribuição de julgar foi repartida entre diferentes estruturas do Poder Judiciário autônomas entre si. A leitura da Constituição Federal demonstra a existência da Justiça Militar, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Federal e da Justiça Estadual. Cada uma dessas estruturas exerce o “Poder” Judiciário, mas possui estrutura, orçamento e atribuições próprias e divide-se internamente em órgãos com competências diversas.

As funções de legislar e administrar, por sua vez, foram distribuídas entre as três esferas federativas, sendo cada qual exercida por órgãos autônomos dentro de cada uma das esferas integrantes da federação.

Não se pretende com a explanação feita acerca da distribuição de funções no Estado brasileiro esgotar um tema que é extremamente complexo. Pretende-se apenas demonstrar que, atualmente, a contenção do poder pelo próprio poder é feita por intermédio de uma repartição extremamente complexa de atribuições. No dizer de Peter Schuck, trata-se de fracionar o poder de modo a garantir que ninguém possa controlar tudo¹⁴. Agustín Gordillo no mesmo sentido afirma que:

“A divisão dos poderes se manifesta em uma separação de funções, transferência e até fracionamento de poderes e órgãos. Assenta-se, então, o princípio de que para que o poder contenha o poder, para que não exista absolutismo nem o aglutinamento do poder público, é imprescindível que o poder estatal seja exercido por órgãos diferenciados, quanto mais melhor.”¹⁵

Atualmente o fracionamento mencionado pelo jurista argentino é feito por intermédio da estruturação do Estado em órgãos e em pessoas jurídicas que exercem competências distintas e com independência entre si, apesar de integrarem o aparato estatal. Esse fracionamento do Poder entre diversos órgãos é o primeiro elemento básico para que se compreenda adequadamente o conceito de competência.

3. A competência como forma de expressão da vontade geral

No tópico anterior se demonstrou que a organização estatal deve ser estruturada de modo a evitar o abuso do poder. Essa idéia que atualmente predomina de modo explícito ou implícito nos ordenamentos jurídicos ocidentais é, contudo, de predominância relativamente recente.

Embora não se possa afirmar que não existisse anteriormente, é certo que se popularizou a partir da revolução francesa. Até então, considerava-se o soberano um representante de Deus na terra e, como tal, imune a qualquer responsabilidade, eis que seus atos eram considerados a vontade de Deus. O Poder por ele exercido, diante dessa condição, era praticamente absoluto.

Obviamente o exercício do Poder absoluto gerava arbitrariedades e isso levou ao questionamento da natureza divina do soberano. É Rousseau quem fornece o fundamento teórico para essa mudança com base na idéia de vontade geral. Segundo o filósofo, o Poder estatal tem origem na vontade do povo e em seu nome deve ser exercido. O Poder exercido contra os interesses do povo é arbitrário. A lei surge como expressão da vontade do povo e o poder somente pode ser exercido de acordo com a lei. Dessa supremacia da vontade geral se extrai também o conceito de competência. É a lei¹⁶ quem determina o que se espera de cada agente público, ou seja, traça os seus limites de atuação.

Eduardo García de Enterría afirma a esse respeito que a competência é

“[...] com toda clareza uma consequência do dogma rousseauiano da vontade geral, em virtude do qual não se aceitam poderes pessoais; todo o poder é da lei, toda a autoridade que se pode exercer é aquela própria da lei; somente em nome da lei – expressão habitual, mas cuja significação precisa resulta de sua origem nos textos revolucionários – se pode exigir a obediência. A lei outorga e, por sua vez, limita a autoridade dos agentes, que, como tais, são somente servidores da lei, *lex loquens*, ainda que em sentido precisamente oposto ao que se deu a esta expressão na idade média quando se referia ao Rei. Parafraseando a Dicotolt, poderíamos dizer, com conceitos caros ‘a mentalidade administrativista, que se trata da conversão do fato bruto do poder político na idéia técnica de competência legal.’¹⁷

Estabelece-se, assim, o segundo fundamento teórico para o conceito de competência, qual seja, o de que o poder somente pode ser exercido em nome do povo e que cabe à lei, que representa a vontade dele, delegar as atribuições dos agentes públicos.

Feita a delegação, no entanto, o exercício da competência é obrigatório. O agente público não pode deixar de agir. Ao atuar, contudo, deve atuar nos estritos limites permitidos pela lei, pois a relação entre o agente público e a lei é de subsunção. Somente pode fazer aquilo que a lei autorize. O que não for autorizado é implicitamente vedado. Não está apenas impedido de agir *contra legem* ou *extra legem*. É obrigado a agir *secundum legem*.

Essas assertivas valem para todos os agentes públicos sem qualquer exceção. Pouco importa se esses agentes integrem o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário. Enquanto agentes estatais submetem-se à lei, pois o Estado é, ao mesmo tempo, criador e súdito da norma¹⁸.

A idéia de supremacia da lei como expressão da vontade popular, conjugada à idéia de divisão das atribuições estatais proposta por Montesquieu, é que serve de base ao conceito de competência.

4. O conceito de competência

O conceito de competência é de fundamental importância para que se compreenda o modo adequado de agir dos agentes públicos. Saliendo esse aspecto, o administrativista paranaense Manoel de Oliveira Franco Sobrinho lecionava:

“[...] a competência é um valor jurídico inestimável no funcionamento das instituições, nada se podendo fazer na legitimidade ou na legalidade fora dos limites operacionais determinantes do exercício administrativo.

A competência está em tudo na organização política constitucional administrativa. É o elemento de base sem o qual não legitimamos a conduta governamental. Integra poderes, órgãos e subórgãos da administração. Dela decorre a função.

A lei surge como expressão da vontade do povo e o poder somente pode ser exercido de acordo com a lei. Dessa supremacia da vontade geral se extrai também o conceito de competência. É a lei quem determina o que se espera de cada agente público, ou seja, traça os seus limites de atuação

Antes de qualquer análise, devemos saber, nos quadros administrativos, se há competência para a prática de atos e de decisões públicas.”¹⁹

Afirmava também o autor:

“Sem competência, os regimes constitucionais e os sistemas jurídicos não ganham legitimidade operativa e nem ganham legitimidade funcional. Esse tipo de qualidade envolve outras colocações tanto como faculdades, aptidão ou suficiência legal.

Assinar um ato, executar um serviço, julgar um pleito ou questão com *ability, capacity* e na *jurisdiction*, corresponde no direito posto a ter competência para tanto, pois do contrário as instituições falecem e a incompetência gera desordem.

Também a competência traz, no seu melhor sentido histórico, uma correspondente divisão do trabalho constitucional e do trabalho administrativo nas áreas de todos os poderes e órgãos, hierarquizando as funções e provendo atos de legalidade.

Mesmo que o interesse público comande a ação administrativa como fundamento, os modos procedimentais exigem competência visando atender a princípios de ordem jurídica e de organização constitucional, essenciais para a manutenção dos sistemas de direito.”²⁰

As observações do jurista paranaense são de fato extremamente pertinentes. Os agentes públicos têm uma íntima relação com a regra de competência e com a lei que as institui. Isso faz com que seja necessário definir o que seja competência.

O conceito que será proposto toma por base os pressupostos filosóficos já apontados. De acordo com Montesquieu é necessário dividir as atribuições estatais entre órgãos diversos. Rousseau, por sua vez, afirma ser a lei a expressão da vontade geral e que o poder somente pode ser exercido em benefício do povo. Essas concepções filosóficas foram adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Reflexos da idéia de Montesquieu, adaptada à realidade brasileira atual, podem ser identificados em diversas partes do ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo pode-se citar o art. 1º da Constituição Federal, que divide a República Federativa do Brasil em três espécies de entes federados autônomos (União, Estados e Municípios), e o art. 2º consagra expressamente a tripartição dos poderes.

Acerca da concepção de Rousseau pode-se citar exemplificativamente o *caput* do art. 1º da Constituição Federal, que determina ser a República Federativa do Brasil um Estado de Direito, e o parágrafo único do mesmo artigo, que determina expressamente que todo o poder emana do povo. Pode-se citar também o inciso II do art. 5º e o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que instituem o princípio da legalidade.

Vê-se que mais do que idéias filosóficas, as concepções dos referidos filósofos foram incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, passam a ter força normativa.

Isso significa dizer que perante o ordenamento jurídico brasileiro “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito”²¹. Somente pode atuar em nome do Estado “quem recebeu da ordem jurídica poderes para praticar determinados atos. Não existe competência fora da lei, a começar pela Lei Maior, a Constituição Federal”²².

A lei, no entanto, não se limita a explicitar quem pode atuar. Vai além. Determina: o sujeito competente, o objeto sobre o qual pode atuar, a abrangência territorial de sua atuação, o momento em que deve atuar e a finalidade a ser atingida. Traça o exato perfil da atividade esperada do agente público. Esse também é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld, que assim leciona:

“Ao desempenharem o poder, os governantes exercitam *competências*, não *direitos subjetivos*. O juiz, o legislador, o administrador, não têm o direito de, respectivamente, julgar, legislar ou administrar, mas, sim, competência para fazê-lo.

A expressão *competência* é usada no Direito com intenção muito definida. Significa-se, com ela, o poder conferido pelo ordenamento, cujo exercício só é lícito se realizado: a) pelo sujeito previsto; b) sobre o território sob sua jurisdição; c) em relação às matérias indicadas na norma; d) no momento adequado; e) à vista da ocorrência dos fatos indicados na norma; e, especialmente f) para atingir a finalidade que levou à outorga do poder. Em outras palavras, a competência é um poder intensamente condicionado.”²³

Verifica-se pela lição do autor o caráter limitador que o conceito de competência possui para o agente público. Se por um lado, a regra de competência lhe confere legitimidade para atuar, por outro faz com que a sua atuação somente seja possível nas hipóteses legalmente previstas. A regra de competência, no entanto, não pode ser interpretada como um poder atribuído a certo agente. Na verdade, como instrumento da vontade geral, a lei institui um verdadeiro dever. Celso Antônio Bandeira de Mello é extremamente claro a esse respeito:

“Costuma-se dizer – insatisfatoriamente, aliás – que competências são uma demarcação de *poderes*, um feixe de *poderes* ou um círculo de *poderes*. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências.

Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências *administrativas*. Na verdade, elas são *deveres-poderes*, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam *cumprir o dever legal* de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

Deveras, na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de *funções*, implicam *dever* de atual no *interesse alheio* – o do corpo social –, compondo, portanto, uma situação de *sujeição*. Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em *prol de um terceiro*: a coletividade que representam.

Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para atender à *finalidade* em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o

interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de *dever*, o de prover àquele interesse.

Destarte, ditos poderes têm caráter meramente *instrumental*; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do *dever* de cumprir o *interesse público*, que é, afinal, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, o *poder*, na *competência*, é a *vicissitude de um dever*. Por isto é que é necessário colocar em realce a idéia de dever – e não a de poder –, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o *fim* a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados ‘enquanto conjunto’, em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade.

Em suma: nem o Estado nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para auto-satisfação. Estas, no Estado de Direito – onde ‘todo o poder emana do povo’ (art. 1º, § único, da Constituição Federal) e no qual se proclama que a ‘cidadania’ é um de seus fundamentos (art. 1º, II, da Constituição Federal) –, obviamente não são instituídas em favor de quem as titularize, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos.

Uma vez que a atividade administrativa é infralegal, submissa à lei e preordenada à satisfação de seus comandos, as competências *administrativas* nada mais podem ser senão feixes de atribuições concebidos para proporcionar a realização *in concreto* dos desideratos legais, cujo atendimento propõe-se para órgãos e agentes administrativos – repita-se e enfatize-se – como uma imposição à qual, de direito, não podem se esquivar. Segue-se que os poderes nela contidos, por definição, ficarão delimitados pelo *necessário* e *suficiente* ao cumprimento do escopo normativo, jamais podendo excedê-los.”²⁴

A idéia exposta pelo professor paulista realça o caráter limitador do conceito de competência. A lei confere poderes que são instrumentais ao alcance de um dever específico. Somente pode atuar aquele que recebe da ordem jurídica o dever-poder para tanto. Diante de uma dada situação fática ou o agente pode e deve agir ou a sua atuação é vedada. A ausência de competência expressa implica vedação implícita para o agir.

A existência de competência em abstrato, no entanto, não acarreta necessariamente a existência de competência *in concreto*. É que diante do caso concreto o agente somente pode utilizar o *quantum* de poder necessário para atender o dever em vista do qual a competência foi

instituída. Somente é lícito o exercício do poder suficiente e indispensável à adequada satisfação da regra de competência. Todo o excesso é juridicamente reprovável e, portanto, ilícito²⁵, pois, como afirmava Carlos Maximiliano, “a ninguém é lícito fazer tudo o que pode: o dever opõe barreiras ao poder”²⁶.

Feitas essas considerações, pode-se conceituar competência como o conjunto de deveres atribuídos a um agente público, que somente podem ser devidamente atendidos mediante o exercício de poderes correlatos, exercidos nos estritos limites estabelecidos pela lei e com a intensidade adequada ao atendimento do interesse público²⁷.

5. A forma adequada de se interpretar a regra de competência

Já se demonstrou no tópico anterior que o conceito de competência limita a utilização do poder. Esse caráter limitativo permeia todo o Direito Público. A essência desse ramo do direito “é cercear o poder e, como conseqüência, proteger os indivíduos”²⁸. Faz-se essa afirmação porque o estado brasileiro é um estado democrático de direito e tanto o conceito de democracia²⁹ quanto o de estado de direito³⁰ têm como meta a limitação do poder. Ambas as noções servem para garantir que os direitos individuais

não sejam transgredidos pelo poder público³¹. Por intermédio dessas noções coloca-se o cidadão à margem das intemperanças dos governantes³².

As mesmas noções trazem a necessidade de um específico modo de interpretação das regras atributivas de competência, ou seja, uma interpretação que limite o uso do poder. As regras que estabelecem competências são instrumentos de limitação do poder e dessa forma devem ser interpretadas. Isso significa dizer que a ausência de competência expressa implica limitação implícita.

A Constituição, como lei maior, é quem estabelece as principais regras de competência. Rege as atribuições dos principais “atores do poder”. Cada órgão constitucionalmente estabelecido somente pode atuar nos estritos limites previstos pela Constituição e esses limites somente podem ser ampliados nas hipóteses constitucionalmente estabelecidas.

6. A competência constitucional do Ministério Público

Já se estabeleceu nos tópicos anteriores que:

a) os agentes públicos somente podem atuar se tiverem competência para tanto, pois a regra de competência serve de instrumento limitador do Poder;

b) que a essência de um Estado de Direito consiste na divisão de atribuições do Estado entre órgãos diversos como forma de garantir o controle do poder pelo próprio poder;

c) que as regras atributivas de competência devem ser interpretadas de modo restritivo, jamais ampliativo;

Embora tenha previsto diferentes estruturas para o Ministério Público, o constituinte não atribuiu expressamente as competências de cada um dos órgãos que o integram. Apenas previu genericamente no art. 129 da Constituição Federal as funções da instituição como um todo

d) que as competências constitucionalmente atribuídas somente podem ser ampliadas caso haja autorização constitucional expressa para tanto.

Esses pressupostos são aplicáveis a toda estrutura estatal e, em consequência disso, também se aplicam à estrutura e competência do Ministério Público.

A estrutura está prevista no art. 128 da Constituição Federal, por intermédio do qual o constituinte, dando aplicação ao Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição Federal, dividiu as atribuições do Ministério Público em diversos órgãos. Dispõe o mencionado artigo:

“Art. 128 O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

b) o Ministério Público do Trabalho;

c) o Ministério Público Militar;

d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – o Ministério Público dos Estados.”

Embora tenha previsto diferentes estruturas para o Ministério Público, o constituinte não atribuiu expressamente as competências de cada um dos órgãos que o integram. Apenas previu genericamente no art. 129 da Constituição Federal as funções da instituição como um todo.

A previsão genérica poderia levar o leitor desavisado a crer que sempre que se estivesse diante de uma das hipóteses previstas no mencionado artigo constitucional, qualquer membro do Ministério Público estaria legitimado a atuar. Esse entendimento, todavia, é equivocado, pois as normas jurídicas não podem ser interpretadas isoladamente. Devem ser interpretadas dentro do sistema no qual se inserem. O sistema constitucional brasileiro, no entanto, torna obrigatória uma conclusão diferente.

Embora não haja uma previsão expressa acerca da competência de cada um dos órgãos independentes, que recebem a denominação de Ministério Público, é lícito dizer que cada um exerce uma função diferenciada. A primeira razão para isso é de ordem lógica e consiste no princípio básico de interpretação que impõe para o intérprete o dever de partir do pressuposto de que o legislador utiliza denominações diversas para designar coisas distintas. Carlos Maximiliano ensinava a respeito que:

“Não se presumem, na lei, palavras inúteis”. Literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”.

As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.

Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes.

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulta inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.”³³

Os ensinamentos do jurista deixam bastante claro que somente se pode atribuir a dois termos distintos um mesmo sentido caso seja impossível atribuir-lhes significados diversos.

No caso em tela é possível estabelecer uma função específica para cada um dos diferentes órgãos que integram o Ministério Público caso se utilize uma interpretação sistemática.

Essa interpretação é feita a partir da estrutura do Poder Judiciário. Ao estabelecer a estrutura do Poder Judiciário, a Constituição Federal constrói diferentes estruturas com diferentes esferas de competência. É assim que podem ser identificadas: a) a Justiça Federal (arts. 106 a 110); b) a Justiça do Trabalho (arts. 111 a 117); c) a Justiça Eleitoral (arts. 118 a 121); d) a Justiça Militar (arts. 122 a 124) e e) a Justiça Estadual (arts. 125 e 126). *Cada uma dessas estruturas tem competência distinta.*

Seguindo a mesma linha, o art. 128 da Constituição Federal estabelece a existência de a) um Ministério Público Federal; b) um Ministério Público do Trabalho; c) um Ministério Público Militar e d) um Ministério Público dos Estados.

Observa-se que, excetuando-se a Justiça Eleitoral, existe uma estrutura do Ministério Público para cada estrutura diferenciada do Poder Judiciário. Observa-se, também, que a Constituição não estabelece expressamente qual o âmbito de atuação de cada uma das estruturas do Ministério Público. Somente estabelece, de um modo geral, em seu art. 129, funções a serem perseguidas por toda a instituição. É correto, contudo, supor que estruturas diferentes pressupõem diferentes atribuições, a exemplo do que ocorre com a estrutura do Poder Judiciário.

As diferentes atribuições do Ministério Público são dadas pela própria competência do Poder Judiciário. Vale dizer, cabe ao Ministério Público Federal atuar perante causas de competência da Justiça Federal, cabe ao Ministério Público do Trabalho atuar perante causas de competência da Justiça do Trabalho, cabe ao Ministério Público Militar atuar perante causas de competência da Justiça Militar e ao Ministério Público dos Estados atuar perante causas de competência da Justiça Estadual. Devem-se conjugar as atribuições genéricas previstas no art. 129 da Constituição Federal aos dispositivos que estruturam o Poder Judiciário, para desse modo estabelecer a competência dos diferentes órgãos integrantes do Ministério Público. Essa é a única interpretação que se amolda ao perfil do Estado Democrático de Direito previsto pelo constituinte em seu art. 1º, que, conforme já expôs, tem como meta a limitação do poder.

As leis infraconstitucionais que regulamentam as funções da instituição, por sua vez, devem ser interpretadas de acordo com os moldes estabelecidos na Constituição. Sempre que ampliarem a esfera de competência de cada um dos órgãos ministeriais serão inconstitucionais, pois não há autorização constitucional expressa para tanto.

Essas considerações são importantes porque há diversos dispositivos infraconstitucionais que podem dar margem a uma confusão de atribuições se não forem interpretados adequadamente. Outros são claramente inconstitucionais.

Um exemplo de artigo que merece uma interpretação conforme é o art. 2º da Lei Complementar nº 75/93. Uma interpretação inadequada poderia fazer crer que o art. 2º

confere atribuição ao Ministério Público da União para fiscalizar o respeito dos direitos constitucionais pelos Estados e Municípios. Isso, contudo, não é correto. Trata-se de matéria de competência do Ministério Público dos Estados. A interpretação conforme implica considerar que o referido dispositivo legitima o Ministério Público da União para atuar exclusivamente em face do Poder Público Federal.

Exemplo de dispositivo inconstitucional é o inciso II do art. 37 da Lei Complementar 75/93, que confere competência ao Ministério Público Federal para atuar “nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional”. Trata-se de dispositivo inconstitucional, pois permite que o Ministério Público Federal atue mesmo em casos de competência da Justiça Estadual. Ao assim dispor, amplia desmesuradamente os limites constitucionais da competência desse órgão, que estaria legitimado a atuar diante de qualquer juízo (trabalhista, militar, estadual) sempre que o objeto da atuação fosse uma das matérias apontadas.

O modelo constitucional de repartição de competências, contudo, não permite dita ampliação. É necessário lembrar, mais uma vez, o fundamento antes apontado: a divisão de atribuições entre órgãos diversos destina-se a conter o poder. Não é mera formalidade. É o poder contendo o próprio poder. Pode o Ministério Público Federal atuar sempre que ditas matérias forem de competência da Justiça Federal. Quando a competência for de juízo distinto, deve o Ministério Público Federal officiar ao órgão do Ministério Público competente para atuar.

Além dos dois dispositivos legais apontados há outros que causam confusões interpretativas e até mesmo inconstitucionais na legislação que disciplina a atuação do Ministério Público. Os exemplos apontados, no entanto, são suficientes para o objetivo do presente trabalho que é o de demonstrar a importância do conhecimento da delimitação constitucional de competências, em especial a do Ministério Público.

7. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Constituição Federal estabeleceu expressamente a competência de cada um dos órgãos integrantes do Ministério Público. A competência é dada pela interpretação conjugada do artigo 129 da Constituição Federal com os artigos que estabelecem as diferentes estruturas do Poder Judiciário. A lei não pode a pretexto de dar aplicação à Constituição Federal ampliar esses limites. Sempre que o fizer será inconstitucional.

Para finalizar é necessário lembrar o ensinamento de Larenz de que:

“O poder sobre os outros, ainda que seja um pedacinho de poder constitui para muitos homens uma tentação para aumentar com o seu exercício arbitrário o seu amor próprio [...]”³⁴

É necessário lembrar também o já citado Montesquieu quando afirmava que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele e a essa frase pode-se acrescentar: ainda que integre um órgão tão nobre quanto o Ministério Público. ■

NOTAS

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2a .ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 2.

2 Pode-se citar como exemplo o Poder que as organizações religiosas exercem sobre os seus membros.

3 A expressão norma é aqui utilizada em sentido amplo. Embora não caibam maiores considerações no presente trabalho é certo dizer que sob um certo aspecto decisões judiciais e atos administrativos também tem caráter normativo.

4 BASTOS. Op. cit., p. 2.

5 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 3.

6 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 35.

7 MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. (Coleção Grandes Pensadores, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues). Vol. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 201.

8 Idem, p. 201-202.

9 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. (trad. Marco Aurélio Greco, rev. Reilda Meira). São Paulo: RT, 1977, p. 109-110.

10 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 28.

11 O filósofo francês considerava tão importante a necessidade de limitar o poder que chegava a afirmar que como o poder sem limites representa um mal, o mal que viesse a limitá-lo acabaria por representar um bem (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. (Coleção Grandes Pensadores, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues). Vol. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 53.) .

12 Carlos Roberto Siqueira Castro faz interessante síntese sobre a evolução da limitação do Poder nos EUA e na Inglaterra que bem ilustre o que se acabou de dizer. Afirma o autor que a “evolução constitucional britânica, travada na resistência do Parlamento frente à autoridade monárquica, acabou desaguando na supremacia parlamentar, vista lá como símbolo do regime democrático da maioria e, quando depois alcançado o sufrágio universal, como afirmação do próprio povo contra o arbítrio da monarquia. O Parlamento reluzia, assim, aos olhos de um inglês, como a casa da liberdade e das grandes aspirações da sociedade. Já nos Estados Unidos da América, tanto no período colonial quanto após a independência, preponderava um nítido preconceito contra o Poder Legislativo, o que se explica em razão da legislação metropolitana repressora, oriunda da Casa de Westminster, em Londres, que era fonte de vultosos prejuízos econômicos para as colônias e bem assim impeditiva da emancipação das famílias de pioneiros protestantes que aportaram na América do Norte, fugindo em grande parte à perseguição religiosa. Por esses motivos, a compreensão dos *Founding Fathers* da grande nação do Norte a propósito do relacionamento entre os Três Poderes estatais

tendia a visualizar menos no Judiciário, uma vocação expansionista e de intromissão nos demais poderes associados e na esfera das liberdades individuais. Madison claramente identificava uma índole intrusiva (uma *encroaching nature*) na instituição parlamentar, que se devia, historicamente, como se disse, às restrições impostas às colônias da “Nova Inglaterra” pelo Parlamento da metrópole londrina. Por isso mesmo, após sua emancipação política e reunião na federação norte-americana, cuidaram logo os Estados recém-independentes de controlar e coibir os excessos do Poder Legislativo, para o que se valeram de dois mecanismos fundamentais, a saber, o controle judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review*) e o veto presidencial incidente no processo de legiferação. Pode-se afirmar, nessa ordem de idéias, que a experiência política norte-americana, em virtude das marcas deixadas pelo jugo parlamentar do colonizador britânico, difere da trajetória institucional percorrida pelas revoluções liberais inglesa e francesa, que cifraram-se na confiança, erigida em verdadeira idolatria das Assembléias Populares”. (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 15-18).

13 Na concepção clássica da separação de poderes, essas três funções são atribuídas a conjuntos orgânicos independentes entre si, chamados Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Hoje, no funcionamento de tais conjuntos orgânicos, inexistente uma separação absoluta de funções. A Constituição Federal brasileira de 1988 bem reflete essa ausência de rigidez. Assim, prevê atividade legislativa para o Executivo (por ex., no art. 62); confere também ao Judiciário atribuições legislativas (por ex: iniciativa de leis de organização judiciária, art. 93); o Legislativo exerce função jurisdicional, por exemplo, ao julgar o Presidente e Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 86); Legislativo e Judiciário realizam atividades administrativas, sem repercussão imediata na coletividade, na condição de atividades de apoio as suas funções primordiais, como já se disse.

No entanto, permanece em cada conjunto orgânico, um núcleo de atividades típicas que possibilita caracterizá-lo e diferenciá-lo dos demais conjuntos, sob o aspecto da atividade em si e do modo como é realizada. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 46 e 47).

14 Peter Schuck *apud* GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi p. III-9.

15 “La división de los poderes se manifiesta en una separación de funciones, transferencia y hasta fractura de poderes y órganos. Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor” (Ibid., p. IX-3).

16 A expressão lei é utilizada aqui em sentido amplo abrangendo também a Constituição.

17 “[...] es, con toda claridad, una consecuencia del dogma rousseauniano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley; sólo «en nombre de la Ley» – expresión ya habitual, pero cuya significación precisa resulta de su origen en los textos revolucionarios – se puede exigir la obediencia. La Ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la Ley, lex loquens, aunque en el sentido precisamente opuesto al que se dio a esta expresión en la Edad Media cuando se refería al Rey. Parfraseando a DicoIT podríamos decir, con conceptos caros a la mentalidad administrativista, que se trata de la conversión del hecho bruto del poder político en la idea técnica de la competencia legal”.

(ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3a. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 14-15.)

18 É certo que a submissão daqueles que exercem a função administrativa é maior do que a dos agentes que exercem os demais poderes. A submissão dos agentes do executivo é total, enquanto a submissão dos agentes legislativos e do judiciário acaba sendo menor.

Os integrantes do Legislativo possuem grande discricionariedade, pois compete a eles determinar os rumos da sociedade. Observe-se que trata-se de discricionariedade e não arbitrariedade. É liberdade dentro dos limites da “lei” (constituição).

Os integrantes do Judiciário, por sua vez, também possuem uma maior discricionariedade pois a eles compete dizer o que a letra da lei diz. É certo dizer, contudo, que mesmo ao legislador e ao juiz subsiste um campo semântico de certeza, no qual a lei e a constituição são claras quanto a conduta a ser esperada desses agentes. Nessa zona de clareza vige a legalidade estrita em moldes equivalentes àqueles reinantes para a Administração Pública. Na zona de incerteza possuem discricionariedade.

19 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência constitucional administrativa*. Curitiba: Editora Gênese, 1995, p. 5.

20 Ibid., p. 6.

21 TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: Estudos e Pareceres*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 339.

22 BUENO, Cássio Scarpinella. (Coord.). *Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27.

23 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 101-102.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108-109.

25 Idem, p. 110.

26 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 280.

27 Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece conceito similar ao afirmar: “Visto que o ‘poder’ expressado nas competências não é senão a face reversa do dever de bem satisfazer interesses públicos, a competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”. (MELLO, op. cit., p. 110).

28 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3a. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 29.

29 “A concepção de democracia e de liberdade tem raízes seculares que remontam à Grécia (com a prática habitual da democracia direta) ou à Roma em que a justiça (*jus*) inspira a arte do Direito. É, contudo, a idade moderna que elabora o conceito da cidadania como oposição do homem ao Poder.” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 207).

30 Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que expressamente que o projeto do estado de Direito consiste na contenção do poder. (MELLO, op. cit., p. 110).

31 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. (trad. Marco Aurélio Greco, rev. Reilda Meira). São Paulo: RT, 1977. p. 68-69.

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade – Motivo e Motivação do Ato Administrativo. *Revista de direito público*, ano XX, n. 90, abr./jun. 1989, p. 57.

33 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 250-251.

A INTERPRETAÇÃO DO FATO GERADOR DO ICMS DIANTE DA LEI COMPLEMENTAR 87 E DA SÚMULA 166 DO STJ

Irapuã Beltrão

Procurador Federal

Professor de Direito Tributário e Constitucional

De todos os impostos previstos no atual Sistema Tributário Nacional, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços (ICMS), sem dúvida, é aquele cuja exação enfrenta as maiores dificuldades para reconhecer-se o fato imponible, encerrando interpretações diversas para que ocorra sua incidência nas transações comerciais.

Dentre as lições mais comezinhas da análise tributária está a inevitável afirmação de que a primeira disciplina estrutural das espécies deve ser feita, sempre, através da Constituição, eis que o assunto caracteriza-se como materialmente constitucional. Por esta razão afirma-se que a definição do poder de tributar, suas limitações e repartições entre os entes políticos estarão necessariamente previstos em normas do texto político e, a partir de suas definições básicas, será produzida toda a legislação pertinente para a implantação dos tributos na vida social.

Por este motivo estrutural, a sistematização constitucional do Direito Tributário pátrio reconheceu a necessidade de uma “norma meio”, responsável pela ligação entre os ditames constitucionais e a lei de cada um dos tributos, elaborada pelo ente federativo competente *in casu*. Na forma do art. 146 da CRFB¹, esta norma, além de ser dotada de natureza complementar com o correspondente quórum da maioria absoluta, é responsável pelo estabelecimento de normas gerais, sobremaneira pelo tratamento dos impostos discriminados na Constituição, definindo os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Naturalmente, esta missão legislativa deve sempre buscar seu fundamento de validade no texto constitucional que o orienta, ou, como pontifica o professor Roque CARRAZZA, “a lei complementar que está a merecer nossos cuidados só será válida quando se entrosar com as linhas mestras do Texto Supremo”².

Certamente, no cumprimento desta tarefa constitucional, deve o legislador complementar adotar máxima acuidade na disciplina das hipóteses de incidência dos impostos, por toda a sua importância para a matéria, conforme já há muito assinalado por Amílcar FALCÃO³. Isto porque, ao descrever geral e abstratamente, o fato gerador da obrigação tributária deve fazê-lo de forma completa e perfeita, ou, na expressão do art. 114 do CTN⁴, com os seus elementos suficientes e necessários para posterior caracterização, não causando dúvidas ao aplicador e ao intérprete da subsunção dos fatos àquela norma.

Neste ponto, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços (ICMS) já apresenta sua primeira dificuldade legislativa. Como se afirmou, a partir do previsto na Constituição, cabe à norma infraconstitucional disciplinar os fatos geradores, através de lei complementar

(art. 146), que, no caso do ICMS, encontrou ainda o reforço do art. 155, § 2º, XII⁵, exigindo uma coerente lei de maioria absoluta. Por tais dispositivos, o constituinte originário trouxe ainda outra função à lei complementar, destacando aquela necessidade de normas gerais de ligação, inclusive para os fins da legislação tributária.

Não se pretende aqui esmiuçar todas as funções da lei complementar no ICMS, mas, tão-somente, sua missão quanto à definição do seu fato gerador e os problemas que já advêm do exercício desta conceituação. Por óbvio, não há máxima liberdade nesta tarefa, eis que a sistematização existente estabeleceu, *a priori*, matrizes diretivas.

É de se destacar que, no momento de redigir tais hipóteses, o legislador complementar não pode jamais desconhecer os conceitos já existentes nos demais ramos do direito, notadamente ao usar os institutos do direito privado. Como já assinalava o art. 109 do CTN⁶, a integridade do Direito é única e as definições, conteúdos e alcances havidos nos institutos do Direito Privado devem sempre ser respeitados pelo legislador tributário.

Justificando esta “importação” dos institutos privados utilizados no Direito Tributário com observância da unicidade jurídica, o professor Luciano AMARO recorre à doutrina clássica para pontuar que, “como assinala Becker, com apoio em Emilio Betti e Luigi Vittorio Berliri, o direito forma um único sistema, onde os conceitos jurídicos têm o mesmo significado, salvo se a lei tiver expressamente alterado tais conceitos, para efeito de cada setor do direito”⁷.

Não por outro motivo, os primeiros passos no caminhar da ciência jurídica exigem o destaque para a linguagem do Direito, tanto assim que o saudoso jurista Miguel REALE identifica, já para os iniciantes que, “para realizarmos, entretanto, esse estudo e conseguirmos alcançar a visão unitária do Direito, é necessário adquirir um vocabulário”⁸. Ora, esta adoção de uma linguagem própria do campo jurídico, em nome do princípio constitucional da segurança jurídica, deve ser única, assegurando aquela existência unitária defendida pelo renomado professor.

Mesmo ao buscar uma visão didática do estudo de qualquer ramo jurídico, através da separação histórica entre o Direito Público e o Direito Privado, todos os autores são concordes em afirmar a unicidade do Direito, como ilustra o professor José dos Santos CARVALHO FILHO: “o estudo moderno do Direito não mais comporta a análise isolada e estanque de um ramo jurídico. Na verdade, o Direito é um só; são as relações jurídicas que podem ter diferente natureza”⁹.

Exatamente para preservar situações como estas, as normas codificadas previram a necessidade de respeito aos limites do predomínio do Direito Privado no que tange ao exercício do poder de tributar. Ou, nas inspiradoras palavras

de Aliomar BALEIRO, “para maior clareza da regra interpretativa, o CTN declara que a inalterabilidade das definições, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas do Direito Privado, é estabelecida para resguardá-los no que interessa à competência tributária. O texto acotovela o pleonasma para dizer as ‘definições’ e limites dessa competência, quando estatuídos à luz de Direito Privado, serão as deste, nem mais, nem menos”¹⁰.

Assim, as normas codificadas ainda detalham mais, vedando ao legislador tributário, no momento das definições dos efeitos fiscais (art. 110, CTN¹¹), a adoção de qualquer conceito distinto daqueles já havidos no campo privado, sob o argumento lógico de que, se tal ocorresse, estar-se-ia diante de uma deturpação clara do escopo e da amplitude constitucional ao definir as linhas preliminares da tipificação dos impostos.

Esta solução encontrada pelas normas gerais do Direito Tributário mereceu reconhecimento de sua efetividade no processo de interpretação dos tributos e demais institutos, não só entre os tributaristas pátrios, mas também alhures, como se destaca na obra de Antônio Braz TEIXEIRA¹², que, ao analisar a mesma situação, refere-se à lei brasileira com entusiasmo. Assim, ao se deparar com a questão de “quando nas normas fiscais empregam termos próprios de outros ramos do direito ou designativos de conceitos neles gerados”, critica o autor português a solução daquele país que permite a eventual atribuição de significado diferente, sugerindo que o melhor seria adotar a solução brasileira, igualmente existente naquele momento na lei espanhola.

Por justificativas históricas, esta sistemática para a adoção ou não dos conceitos próprios já existentes no Direito Privado deu-se em razão da necessidade de afirmação ou não da autonomia do Direito Tributário, como ramo autônomo da ciência jurídica. Toda esta discussão não é particular do Direito nacional. Foi marcante, na segunda metade do século passado, quando, em diversos países, houve preocupação quanto à afirmação da autonomia daquele, notadamente em relação ao Direito Privado. O professor Giuliani FONROUGE testemunha este debate e as várias soluções adotadas pelos diversos ordenamentos, concluindo que “algunos códigos tributarios – por ejemplo, Peru, Brasil y Modelo OEA/BID – no que se refieren explicitamente al derecho privado para dejar mayor latitud al intérprete; otros ordenamientos, em cambio, como la Ley General Tributaria de Espana (art. 9, punto 2) y el Código Mejicano (art. 12) asignan carácter supletorio al ‘derecho común’, usando la terminología errónea que acabamos de criticar, pues las normas de derecho financiero no son excepcionales [...]”¹³.

Em verdade, se naquele momento anterior, a questão pendia para a autonomia, ou não, dos ramos do Direito, o imbróglio atual diz respeito a uma adequada e segura interpretação. Por isto, tal disposição nas normas codificadas se justifica ainda pelo espírito didático existente naquele diploma, sendo razoável concluir que, mesmo que inexistisse tal previsão, somente poderia a tributação seguir o que ali está consignado, de forma a manter a unicidade da matéria jurídica.

De tal sorte, para que não houvesse dúvidas na hermenêutica e aplicação das leis tributárias, as normas codificadas definiram a questão, orientando que a exegese da norma não poderia, a despeito de sua interpretação, ganhar uma força construtiva. Neste ponto, lição hialina

ocorreu, já na vigência da atual Constituição, quando a mais alta corte do país, analisando a argüição de inconstitucionalidade de contribuição tributária afirmou:

Interpretação – Carga construtiva – Extensão. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação a ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida” – Celso Antonio Bandeira de Mello – em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele. Constituição – Alcance político – Sentido dos vocábulos – Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.”¹⁴

Esta complexa compatibilização entre o instituto privado existente no núcleo do fato gerador e as previsões tributárias sempre representou o ponto nodal da definição do ICMS, já que a hipótese de incidência derivará necessariamente da definição, conteúdo e alcance de *mercadoria*, que advém da atividade mercantil, dos conceitos de mercado e dos atos ali praticados. Assim, toda a interpretação sobre os desígnios da hipótese de incidência deve guiar-se pelas regras de entrelaçamento entre o Direito Tributário e o Direito Privado, *ex vi* o contido nos arts. 109/110 do CTN.

Tanto é assim que o professor Hugo de Brito MACHADO, ao ilustrar aqueles citados arts. 109/110 do CTN, recorre a tal situação, exemplificando com o imposto estadual: “Se a Constituição fala de mercadoria ao definir a competência dos Estados para instituir e cobrar o ICMS, o conceito de mercadoria há de ser o existente no Direito Comercial. Admitir-se que o legislador pudesse modificá-lo seria permitir ao legislador alterar a própria Constituição Federal, modificando as competências tributárias ali definidas”¹⁵.

Este cenário já havia sido debatido anteriormente em face da exigência da contribuição do COFINS, sendo que, ali, o Superior Tribunal de Justiça já tivera oportunidade de cimentar os cuidados da carga interpretativa sobre os institutos de Direito Privado, especialmente do conceito de mercadoria, a que o Direito Tributário aproveita, como ilustra o seguinte arresto:

“Mercadoria é bem móvel. O COFINS não incide sobre bens imóveis. A Lei tributária não pode ignorar ou desvirtuar os institutos de Direito Privado.”¹⁶

Neste ponto residiu um dos grandes problemas jurídicos da Lei Complementar n° 87, de 1996, que, apesar de buscar normatizar de forma clara grande parte das matérias do tributo, acabou por estabelecer alguns pontos bastante controvertidos ou, pelo menos, adotou redação que permite dupla interpretação. Dentre estes pontos polêmicos, destaca-se o art. 12, I da LC n° 87/96 ao afirmar: “Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”

Ora, várias pessoas jurídicas que centralizavam suas operações em torno da sede empresarial passaram a ter inúmeras dificuldades práticas, inclusive no deslocamento daqueles bens que faziam parte do seu ativo fixo que precisavam ser distribuídas entre as várias filiais ou estabelecimentos.

A utilização do deslocamento físico como ponto nuclear do fato gerador do ICMS pode até mesmo permitir uma maior facilidade prática para a tributação e sua fiscalização. Mas certamente a expressão “circular mercadoria” não pode ser resumida ao conceito físico. Várias situações servem para ilustrar a impossibilidade desta redução. Uma pessoa, que muda com seus bens, os circula fisicamente. Todavia, impossível reconhecer-lhes a natureza de mercadoria, já que aquele não goza da qualidade de comerciante. Por outro lado, pessoa nesta condição pode realizar compra e venda mercantil, mantendo as mercadorias ainda armazenadas ou estocadas, no mesmo local primitivo, mas operando a tradição para o novel proprietário.

Na verdade, as autoridades administrativas deveriam buscar o elemento jurídico que qualifica a operação mercantil, atrelando aqueles métodos de interpretação estampados nas normas gerais codificadas.

Para agravar ainda mais a situação, os agentes fiscais de algumas unidades federativas extrapolavam qualquer razoável interpretação, valendo-se, para tanto, do contido no art. 2º § 2º da citada Lei Complementar nº 87, que estampa: “A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua”.

A combinação exagerada destes dispositivos refletiu numa verdadeira extrapolação da história do ICMS, seja pelo legislador na hora de disciplinar as hipóteses de incidência dos tributos, seja pelos intérpretes e aplicadores de alguns Estados. Para alguns, se a LC nº 87/96 pretendeu dizer que qualquer movimentação física, ainda que não fruto de um negócio jurídico mercantil, deveria pagar ICMS, houve ali o excesso. Por diversas vezes, ainda que considerado o tempo de elaboração, houve a necessidade de busca dos elementos já previstos no Código Comercial de 1850, que caracterizavam a compra e venda mercantil, notadamente para reconhecer que não bastaria a mera transferência física de lugar.

A verdade é que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça veio, fruto de vários antecedentes jurisprudenciais, corrigir estas extrapolações. Em hipótese nenhuma a tributação poderia chamar o mero deslocamento físico de uma circulação de mercadoria. Tal orientação esqueceria por completo o art. 109 e, com isto, descumpriria o art. 110, ambos do CTN. Para a correta aplicação da tributação deve ser respeitado o conceito mercantil apurado no direito privado, sendo que recentemente o STJ vem afirmando a “inocorrência do fato gerador da obrigação tributária no simples deslocamento de mercadoria, se não houve circulação econômica para fins de transferência de propriedade” (AgRg no Ag. 642229, j. em 2005).

Desprezando a orientação das normas gerais e da mais saudável doutrina, a atuação fiscal tem ido além do que a ela se permite. O curioso é que a discussão não representa

novidade introduzida pela LC nº 87/96, mas sim fruto de debate ainda sobre os dispositivos constantes no antigo Decreto-Lei nº 406, de 1968, que, através da recepção, cumpriu as funções da lei complementar até aquele ano de 1996. Analisando a sistemática havida ainda na vigência da norma anterior, o STJ teve logo oportunidade de exigir a existência de um elemento mercantil, ao afirmar que “o simples deslocamento da mercadoria pelo seu proprietário, *sem implicar circulação econômica ou jurídica, não legitima a incidência do ICM*” (REsp 9933, j. em 1992).

Os julgados denotam todo o potencial exagero havido na tributação, não sendo concebível que uma determinada pessoa, seja física ou jurídica, ao transportar seus bens para outros estabelecimentos seus, estaria incorrendo no fato gerador do imposto. Uma perfunctória perquirição entre os caracteres distintivos entre os conceitos dos “bens jurídicos” e de “mercadoria” nortearia uma boa atuação tributária. Há muito, já indicava o mestre Fran MARTINS que “chamam-se mercadorias as coisas que comerciantes adquirem com a finalidade específica de revender”¹⁷.

A própria doutrina especializada do Direito Comercial sempre destacou a imperiosa busca do elemento qualificador das mercadorias em relação ao conceito de bens jurídicos, inclusive para a atribuição do posterior efeito tributário. No escólio de Waldirio BULGARELLI, “em relação aos bens móveis é necessário atentar para o conceito de mercadoria, que engloba esses bens, enquanto objeto de circulação econômica; o que toma especial oportunidade, em face da sistemática tributária brasileira, que consagrou um tipo de tributo, o ICM, justamente sobre a circulação de mercadorias”¹⁸.

Já na doutrina clássica, e sempre atual, de Carvalho de MENDONÇA, encontramos as linhas para diferenciar as mercadorias. “As coisas móveis, consideradas como objeto de circulação comercial, tomaram o nome específico de mercadoria. A mercadoria, está, portanto, para a coisa, como a espécie para o gênero. Todas as mercadorias são necessariamente coisas; nem todas as coisas, porém, são mercadorias. Não há, como se vê, diferença de substância entre coisa e mercadoria; a diferença é a destinação. Tudo que pode ser objeto de comércio, vendido ou locado é mercadoria. Mercadoria é coisa comercial, por excelência, na frase de Vidari. Nesse sentido, fala-se em mercar, isto é, comprar e vender, especular, e de mercancia, significando mercadoria”¹⁹.

Toda esta linha definidora pela destinação estava, inclusive, apontada pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal que, repudiando exageros anteriores, editou a Súmula 573 afirmando que “não constitui fato gerador do ICM a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato”. Ainda que tratando diretamente sobre uma hipótese específica da movimentação de coisas móveis para empréstimo, os fundamentos daquela orientação da Corte norteavam para a impossibilidade de tributação no mero deslocamento físico, exigindo aquele outro elemento de caracterização mercantil para a ocorrência do fato gerador do imposto estadual.

Os julgados denotam todo o potencial exagero havido na tributação, não sendo concebível que uma determinada pessoa, seja física ou jurídica, ao transportar seus bens para outros estabelecimentos seus, estaria incorrendo no fato gerador do imposto

Todavia, ainda assim houve a necessidade de intervenções judiciais para manutenção da estrutura lógica daquela exação. Por outro lado, a inexistência desta interpretação sistemática dos institutos jurídicos e o próprio respeito aos arts. 109/110 do CTN continuou exigindo forte repreensão dos tribunais após a Constituição de 1988, como novamente se ilustra pelo Superior Tribunal de Justiça: “a simples movimentação de matéria-prima do estabelecimento matriz para a filial do mesmo contribuinte, como fase preparatória de manufatura, *sem tipificar ato de mercancia (ato mercantil)*, por si, não legitima a incidência do ICM” (REsp 9916, j. em 1993).

A verificação jurisprudencial sobre os fatos geradores e a necessidade de correção dos excessos cometidos pelo legislador e pela atuação fiscal resultou na edição em 1996 da *Súmula 166* pelo STJ afirmando: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Ora, não há dúvidas de que a exegese daquele artigo 12, I da LC n° 87, de 1996, deve ser guiada *vis a vis* a tais critérios informadores, mesmo porque reconhecidos no entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, mesmo depois da publicação do enunciado, as situações concretas do referido imposto na prática das empresas e na realidade empresarial continua recebendo novos casos para análise, não raro sendo necessária orientação específica. Nesta esteira, exemplifica-se outra decisão da Corte Superior no sentido de que “ainda que para ser utilizada como matéria prima, não caracteriza operação mercantil sujeita à incidência de ICMS” (AgRg no REsp 251925, j. em 2001).

Contudo, nos casos concretos a prevalência irrestrita da Súmula deve ser adotada com muito cuidado e cautela, pois, a princípio, poderia facilitar a sonegação e a evasão. Há registros claros de contribuintes que, para disfarçar operações tributadas de circulação de mercadoria, marcaram a transferência mercantil através de pretensos mero deslocamentos entre filiais ou envolvendo estabelecimentos e a sede empresarial. Certamente esta representa uma das razões pelo qual tal hipótese não foi ainda retirada da lei, mesmo sabendo que todos que reclamaram os excessos de interpretação tributária perante o Poder Judiciário ganharam a causa em questão. Ademais, releva-se a documentação adequada e completa no cumprimento dos deveres instrumentais, de modo a retratar a realidade da operação *sub examen*.

Por outro lado, a mera imposição de diversas obrigações acessórias jamais será suficiente para aclarar a problemática existente no fato gerador do ICMS. A saída única para uma adequada e acertada aplicação da lei tributária está na adoção do Princípio da Razoabilidade diante de cada caso concreto, exigindo, por via de consequência última, racionalidade dos agentes fazendários envolvidos.

Toda esta questão foi bem sintetizada pela jurista Misabel DERZI, que, ao anotar a festejada obra de Aliomar Baleeiro, pontua: “quando a Constituição usa um conceito, um instituto ou forma do Direito Privado, o nome empregado denota certo objeto, segundo a conotação que ele tem na ciência jurídica particular, da qual se origina. A conotação completa que advém da ciência do Direito Privado é condição prévia de inteligibilidade e univocidade do discurso constitucional. E se utiliza a Constituição desse sentido

completo, extraído de certo ramo jurídico, para assegurar a discriminação e delimitação de competência, enfim o pacto federativo. Permitir ao intérprete ou ao legislador ordinário interessado (que legisla em causa própria) que alterasse o sentido e alcance desses institutos e conceitos constitucionalmente empregados, seria permitir que firmasse, sem licença da Constituição, novo pacto federativo, nova discriminação de competência. Sendo assim, o art. 110 do CTN determina a cristalização da denotação e da conotação jurídica daqueles institutos, conceitos e formas, vedando-se ao legislador tributário a alteração de sentido que é própria do Direito Privado. O art. 110, implicitamente, somente dita o comando: obedeça-se à Constituição”²⁰.

No fundo, apesar de sumulado por duas vezes e dos conceitos teóricos serem hialinos, cumpre aos operadores do Direito, notadamente aqueles com *munus* constitucional para assegurar o efetivo cumprimento das demais funções estatais, diligenciar para que tais excessos sejam coibidos na prática fiscal. Os agentes fazendários de fiscalização estarão limitados na sua atuação, dado o caráter vinculado de sua atividade (art. 3º, *in fine*, c/c art. 142, parágrafo único, do CTN), que, a pretexto de afastar discricionariedades, retira daqueles a capacidade decisória de interpretação para os casos concretos.

Resta-nos a esperada razoabilidade dos regulamentos de orientação da atuação fiscal, que, se ainda mantiverem os mesmos vícios acima apontados, estarão maculados pela pecha da ilegalidade. E, na ausência destes, apenas os comandos do judiciário e demais órgãos de controle poderão orientar a sociedade no caminho da moralidade, da melhor interpretação e do respeito constitucional. ■

NOTAS

1 Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

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

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

2 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7a. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 406.

3 FALCÃO, Amílcar de Araújo. *O fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1964.

4 Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

5 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: XII – cabe à lei complementar: [...]

6 Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

7 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9a. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 218.

8 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 7.

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. RJ, Ed. Lumen Júris, 2006, p. 7.

10 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 688.

11 A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

12 TEIXEIRA, Antônio Braz. *Princípios de Direito Fiscal*. 3a. ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1985, p. 134/135.

13 FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Derecho Financiero*. 5a. ed., Buenos Aires: Ed. Depalma, 1993, vol. I, p. 71/72.

14 STF – Pleno; RE 166.772-9-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. em 12/05/1994, publ. DJU de 16/12/1994, p. 34.896; Ement. Vol. 1771-04 pp. 703 RTJ Vol. 00156-02 pp. 666

15 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, 27 ed., p. 130.

16 STJ – 2a. Turma, REsp 179723/MG, por maioria, Rel. Min. Helio Mosimann, rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 09/03/1999, publ. DJU 02/05/2000, RDR 18/256; RET 14/60; RJADCOAS 9/101.

17 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 473.

18 BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 8a. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1995, p. 170.

19 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Campinas. Ed. Russel, 2006, vol. V, p. 28.

20 DERZI, Misabel Abreu Machado. (Notas de atualização) in Aliomar Baleeiro. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 690.

ALIMENTOS E O TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA MULTA

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

A transformação do processo de execução dos títulos judiciais em cumprimento da sentença (Lei 11.232/05), depois do susto inicial, ainda gera dúvidas e questionamentos. Apesar da dimensão da reforma, causou surpresa a omissão no que diz com a obrigação alimentar. Vencida a resistência da doutrina, a jurisprudência, de maneira já pacificada, passou a admitir a cobrança dos alimentos pela nova sistemática.

Mas alguns pontos ainda necessitam de detalhamento, pois se trata de obrigação que pode ser assumida extrajudicialmente ou imposta por decisão judicial, geralmente em sede de antecipação de tutela, quando o pagamento deve iniciar de imediato. Portanto, é possível que a mora ocorra enquanto tramita a demanda. Ao depois, por ser encargo que se prolonga no tempo, a cada mês, vence nova parcela e o inadimplemento pode surgir após ultimada a ação e extinto o processo. Apesar dessas peculiaridades nem por isso o credor de alimentos está privado do uso do procedimento intimidatório da pena pecuniária (CPC, art. 475-J).

Quando o juiz arbitra alimentos, o réu é citado para dar início ao pagamento, pois o encargo é devido desde sua fixação. Já nessa oportunidade o alimentante deve ser cientificado das seqüelas da mora. Como houve imposição

judicial do pagamento, sempre que ocorrer atraso, a dívida se sujeita aos ônus legais. Para isso é necessário que conste do mandado de citação a advertência sobre as conseqüências do inadimplemento: incidência da multa de 10%, caso não efetuado o pagamento no prazo de 15 dias.

Não só os alimentos fixados em sentença autorizam a cobrança sob a ameaça de multa. Mesmo que o encargo seja estabelecido em decisão interlocutória, dispõe o credor da faculdade de perseguir o pagamento pela nova ferramenta legal. Como os alimentos provisórios e provisionais podem ser cobrados pelo rito da coação pessoal (CPC, art. 733), nada justifica excluir modalidade menos gravosa ao devedor. Aliás, é o que a lei recomenda (CPC, art. 620). Assim, é possível a cobrança dos alimentos fixados em sede liminar por meio da nova dinâmica. Por este motivo, quando o réu é citado para dar início ao pagamento dos alimentos estabelecidos em decisão liminar, também cabe ser cientificado da conseqüência do inadimplemento. O termo inicial do encargo moratório é o dia seguinte ao 15º dia a contar do vencimento de cada prestação vencida e não quitada. A multa não incide somente da data em que for intimado para adimplir o débito na demanda executória. Afinal, já sabia das seqüelas da mora desde a citação.

Igualmente o crédito alimentar estabelecido em escritura pública de separação ou divórcio (CPC, art. 1.124-A) não pode ficar alijado de qualquer dos meios de cobrança. Não há nenhuma razão para subtrair da obrigação assumida extrajudicialmente a possibilidade da cobrança com ameaça de multa ou ameaça de prisão, sob pena de se limitar, em muito, a via extrajudicial. Deixaria de ser usada sempre que houvesse avença de alimentos.

É preciso emprestar a mesma força executória ao instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. O Estatuto do Idoso assim autoriza (Lei 10.741/03, art. 13). Ora, reconhecida a esses títulos a possibilidade

O termo inicial do encargo moratório é o dia seguinte ao 15º dia a contar do vencimento de cada prestação vencida e não quitada. A multa não incide somente da data em que for intimado para adimplir o débito na demanda executória. Afinal, já sabia das seqüelas da mora desde a citação

de desencadear processo de execução, é necessário conceder iguais prerrogativas à escritura pública e ao documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (CPC, art. 585, II). O fato de tratar-se de encargo constituído extrajudicialmente não pode limitar o uso dos meios satisfativos concedidos aos créditos impostos judicialmente. Seria um desestímulo à composição consensual dos conflitos.

De outro lado, como a lei reconhece que a mora enseja a imposição de multa, mais do que possível, é recomendável que nas escrituras de separação ou divórcio bem como nos títulos executivos extrajudiciais seja previsto o encargo moratório a título de cláusula penal (CC, art. 480). Na hipótese de atraso a multa incide sobre todas as parcelas que não foram pagas em 15 dias da data do respectivo vencimento. Para a cobrança é igualmente possível o uso de algumas das modalidades executórias.

Assumida a obrigação de forma espontânea, por meio de título executivo extrajudicial, ou imposto o pagamento judicialmente, em ambos os casos cabe a cobrança ou sob o rito da prisão ou mediante a imposição da multa no momento em que houver atraso de 15 dias no pagamento de qualquer prestação. A depender do número de parcelas vencidas tem o credor a faculdade de optar quanto ao meio executório. Com relação à mora não superior a três meses, cabe buscar o adimplemento sob a ameaça de coação pessoal. A omissão do devedor, não pagando em três dias, além de levá-lo à prisão, também enseja a incidência da multa sobre a totalidade do débito. Mesmo que o devedor cumpra a pena, sobre todas as parcelas vencidas é acrescido o valor da multa, mesmo naquelas compreendidas no período em que se encontrava preso.

Com relação às prestações mais antigas, o jeito é buscar a cobrança da dívida acrescida da multa. Não tendo sido esta convencionada entre as partes, o devedor é citado para pagar no prazo de 15 dias. Procedido ao pagamento, não há o acréscimo de 10%. Caso não pague, está sujeito à multa que flui a contar da data da citação e sobre todas as mensalidades vencidas. A multa incide, inclusive, sobre as prestações que se vencerem posteriormente ao ato citatório, depois de 15 dias do vencimento de cada prestação que não for paga.

O credor pode fazer uso dos dois procedimentos de modo simultâneo, mas através de demandas distintas. Em autos apartados executa as três parcelas mais recentes pelo rito da coação pessoal. Com referência ao débito pretérito, a busca do cumprimento da sentença cabe ser levada a efeito na própria ação de conhecimento. O devedor é intimado para pagar em 15 dias todas as parcelas vencidas e mais a multa incidente sobre cada prestação não paga no prazo.

Quanto aos alimentos fixados extrajudicialmente, como inexistente demanda judicial, mister o uso da via judicial. Débito recente, não superior a três parcelas, pode ser cobrado pela via executória da coação pessoal. Na ação de cobrança o devedor é citado, com o mesmo propósito: satisfazer o débito, acrescido da multa. Para livrar-se da mora é necessário que satisfaça todas as parcelas, inclusive as vencidas durante a tramitação da ação. Mesmo com relação a essas parcelas, após o 15º dia da data do respectivo vencimento, passa a incidir a multa.

Quando os alimentos são fixados em sentença ou em decisão interlocutória, a partir do momento que o réu for citado, a multa incide sobre todas as parcelas em que ocorrer mora superior a 15 dias. O acréscimo se verifica mesmo antes do procedimento de cobrança. Também incide a multa quando os alimentos foram fixados extrajudicialmente. Mas o termo inicial de incidência diverge. Convencionada a multa moratória, ela é devida sempre que ocorrer o inadimplemento. Na hipótese de não ter sido prevista a cláusula penal, a multa passa a fluir somente se o devedor, citado no procedimento de cobrança, não paga toda a dívida no prazo de 15 dias.

Independente do instrumento – sentença, decisão interlocutória ou acordo extrajudicial – onde está prevista a obrigação alimentar, desde o momento em que o devedor sabe da incidência da multa, sempre que incorrer em mora por mais de 15 dias, agrega-se o percentual de 10% sobre cada parcela não paga. O acréscimo é automático e não ocorre somente a partir da citação do devedor ou de sua intimação quando é convocado judicialmente para proceder ao pagamento.

Apesar da omissão da lei as mudanças, em sede de alimentos, são significativas. Talvez o credor dos alimentos seja o maior beneficiado com a reforma. Até que enfim, pois é chegada a hora de dar um basta à conivência da justiça com quem comete o perverso crime de sonegar o direito de viver de quem deveria amar. ■

A CRISE DO SUPEREGO BRASILEIRO – ASPECTOS DA CRIMINALIDADE INFANTO-JUVENIL

Domingos Barroso da Costa

Bacharel em Direito pela UFMG

Especialista em Criminologia pelo Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas/Acadepol-MG e em Direito Público, pela Unigranrio/PRAETORIUM

“Minha vida é um grande *playground*, onde eu só posso ‘brincar de fora’: fora da vitrine, da loja, da padaria. A vitrine é o lugar das coisas que eu não posso ter.

Não estou na paisagem. Sou apenas um contraponto que reafirma a vida real dos outros. De algum modo, sou útil. Nem sei que sou infeliz. Para mim, minha vida é normal. Os

outros é que se sentem anormais na minha presença. Eu não tenho pena de mim mesmo; por isso, os outros ficam tão culpados [...].

As pessoas preferiam que eu não existisse. Percebo isso com encanto, quando sou expulso de uma loja, ou quando ignoram minha presença. Eu percebo que estrago

a festa. Eu sou o Outro total, o Outro completo, tão ‘outro’ que não posso ser visto. Não tenho espelho, nada me reflete.”¹

O trecho acima transcrito, extraído da crônica “Eu Sou um Leãozinho que ainda não Morde”, da lavra de Arnaldo Jabor, apresenta-se em perfeita consonância com a realidade de grande parte das crianças brasileiras, cujas precárias condições de desenvolvimento têm sido o cerne dos mais variados debates. Frente à crescente criminalidade infanto-juvenil, o êxito da Lei 8.069/90 tem sido alvo de diversos questionamentos seguidos de proposições, especialmente no sentido de se promover a diminuição da maioria penal.

Mais uma vez, o que se observa por parte daqueles que defendem este posicionamento é uma visão reducionista da questão e a tentativa de implementar mais uma política criminal simbólica, com o nítido objetivo de angariar votos e nenhuma preocupação em atacar as raízes de um problema social, que, em parte, apresenta-se de fácil diagnóstico.

Distintamente do que propaga o legislador e grande parte da mídia brasileira, claramente comprometidos com a manutenção de um *status quo* que se afigura insustentável, a solução para o problema da criminalidade da criança e do adolescente não está na produção em massa de leis penais mais rígidas, mas na maior atenção do Estado com a instituição da família e com a garantia de acesso a uma educação pública ampla e de qualidade, que assegure a igualdade de oportunidades a todos, de modo a efetivar o princípio constitucional da isonomia.

As origens de nossa banalizada criminalidade encontram clara explicação psico-sociológica, remetendo-nos à constatação de uma ruptura generalizada com o pacto edípico e, conseqüentemente, com o pacto social, situação que se observa catalisada pelo modelo capitalista globalizante em que navegamos, estando à beira do naufrágio. O quadro é grave, em especial nos grandes centros urbanos, onde o abismo que diferencia as classes sócio-econômicas é mais aparente e a influência do capitalismo mostra-se agigantada.

Para melhor transparecer o que se entende por ruptura com o pacto edípico e social, valiosas são as palavras proferidas por Hélio Pellegrino²:

“A ruptura com o pacto social, em virtude de sociopatia grave – como é o caso brasileiro –, pode representar a ruptura, ao nível do inconsciente, com o pacto edípico. Não nos esqueçamos que o pai é o primeiro e principal representante, junto à criança, da Lei da Cultura. Se ocorre, por retroação, uma ruptura, fica destruída, no mundo interno, o significante paterno, o Nome-do-pai, e em conseqüência o lugar da lei. Um tal desastre psíquico vai implicar o rompimento da barreira que impedia – em nome da Lei – a emergência dos impulsos delinqüências pré-edípicos. Assistimos a uma verdadeira volta do recalcado. Tudo aquilo que ficou reprimido – ou suprimido – em nome do pacto com o pai, vem à tona, sob forma de conduta delinqüente e anti-social.”

A assistência às famílias e a garantia de uma educação de qualidade e cultura são os únicos instrumentos que podem assegurar a estes menores a construção de uma identidade sólida, internalizando-lhes as regras de convivência em sociedade e oportunizando-lhes o acesso aos meios legítimos de se obter êxito pessoal

A família brasileira enfrenta grave crise, mais facilmente identificável no extremo inferior da pirâmide sócio-econômica, onde se situam aqueles extremamente pobres e os miseráveis, que, diga-se, são muitos. A corrida pela sobrevivência ou a inexistência de meios suficientes para o sustento de uma prole vem apresentando à sociedade várias gerações de filhos de pais ausentes, que, apesar de desprovidos de condições econômicas mínimas, não se vêem livres do bombardeio de informações que lhes impõe um *querer ter* ilimitado, próprio do modelo capitalista vigente, que não distingue seus alvos. Na impossibilidade de satisfazer esse desejo inculcado junto aos pais, como fariam os filhos dos grupos mais abastados, os rebentos das classes sócio-econômicas inferiores, muitas das vezes, ingressarão na criminalidade à procura de uma identidade que não lhes fora conferida pela sociedade e do êxito material, cujo acesso por meios legítimos não lhes foi assegurado pelo sistema, o qual cuidou, entretanto, de lhes impor a conquista e o modelo de sucesso. Daí a célebre frase atribuída a Hélio Luz, ex-secretário de segurança pública do Rio de Janeiro: “o pobre é convidado para a festa, mas é barrado na porta”.

Nascendo na miséria, muitas crianças sequer contam com uma figura que possa representar o Nome-do-pai a que se refere Hélio Pellegrino e, assim, nelas introjetar a lei, de modo a prepará-las para o saudável ingresso na vida social. Tal condição implica o inevitável e grave comprometimento do superego destes indivíduos, que nunca viram seus instintos e desejos interditados e com base nesta ausência de limites internos continuarão se comportando.

Caracteriza-se o superego por ser, tal como definiu Freud, uma das instâncias da personalidade, que funciona como uma espécie de censor em relação ao ego. Compreendendo as interdições parentais do pacto edípico, o superego constitui a lei e a proibição de sua transgressão, ao qual são acrescidos os interditos sócio-culturais.

Esta falta de cerceamento interno aliada à busca pela identidade que, no paradigma capitalista, só poderá ser alcançada a partir da posse desenfreada de bens consumíveis, cria um indivíduo que, mesmo sem acesso aos meios legítimos de consecução do sucesso imposto, não respeitará limites a conter sua ação. Sem o reconhecimento do outro e, portanto, sem identidade que os situe no mundo, os meninos e meninas que já nasceram marginalizados não hesitarão em buscar seu espelho no submundo do crime, onde fatalmente serão acolhidos.

A reunião entre os igualmente marginalizados constitui um núcleo de poder embasado na força, que possibilitará aos nele infiltrados o reconhecimento mútuo, o respeito externo (pelo medo) e o alcance de seus objetivos materiais. Afinal, quem é o exemplo de alcance fácil do sucesso exigido pela sociedade mais próximo destas crianças: o traficante e o praticante de roubos, reconhecidos e respeitados em seu ambiente, ou o professor, desvalorizado e inferiorizado pelo poder público e pela comunidade?

Assim, em busca de sua identidade e de seu reconhecimento pessoal, que acreditam vir do tênis de marca ou do carro da moda, muitas das crianças e adolescentes pegarão em armas ou sucumbirão às tentações do tráfico de drogas. Com desejos ilimitados e destituídos de perspectivas maiores, que não a da satisfação imediata de seu prazer, temos formado um exército de kamikazes, que lotam os institutos médico-legais com seus corpos e também com os daqueles integrantes das castas sociais mais privilegiadas, que nunca os reconheceram como iguais e cujas vidas nada lhes representam.

Apresentado o problema, necessária a pergunta: qual seria a solução ou uma das soluções? A princípio, pode-se responder que certamente ela não está na criação ou no recrudescimento das leis penais. Aliás, de se destacar que a inflação penal legislativa decorrente do “Movimento de Lei e de Ordem”, a qual inspira o legislador há cerca de quinze anos, e sua óbvia ineficácia só tende a agravar o quadro instaurado, haja vista o incremento da sensação de impunidade. Já não há cárcere, polícia ou aparato de justiça criminal suficiente à efetivação de tantas leis penais, que dirá se, por exemplo, o alcance destas forem estendidos aos menores de dezoito anos.

Defendo que uma das soluções viáveis e, frise-se, a mais importante, mesmo que não garanta votos para o próximo certame eleitoral por ser realizável a longo prazo,

consiste na concentração de esforços do poder público no trabalho de promover a socialização e conscientização especialmente das crianças e adolescentes em situação de risco. A assistência às famílias e a garantia de uma educação de qualidade e cultura são os únicos instrumentos que podem assegurar a estes menores a construção de uma identidade sólida, internalizando-lhes as regras de convivência em sociedade e oportunizando-lhes o acesso aos meios legítimos de se obter êxito pessoal, com o desenvolvimento de suas potencialidades. Trata-se, tão-somente, da implementação e efetivação de fundamentos e princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a isonomia, os quais vêm sendo relegados por nossos políticos, que mais se atêm a práticas fisiológicas, perpetuando um vício histórico descrito com maestria por Sérgio Buarque de Holanda e cujas raízes remontam aos tempos do Brasil imperial.■

NOTAS

1 JABOR, Arnaldo. *Sanduíches de realidade e outros*. 9a. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 141/142.

2 Do texto *Pacto Edípico e Pacto Social (Da gramática do desejo à sem-vergonhice nacional)*, elaborado por Hélio Pellegrino em pronunciamento feito no Teatro Ruth Escobar, em 8 de julho de 1983, durante debate sobre a peça Édipo – Rei de Sófocles.

EL DAÑO MORAL

Ivo Zanoni

Maestría en Derecho/UNIVALI

Doctorando en Derecho/Universidad Católica de Santa Fé

Introducción

Se hace aquí una breve incursión en el asunto Daños Morales, y de forma alguna se pretende agotar el tema, sino que el objetivo es describir, discutir y aclarar a título de proveer subsidios a quien quiera estudiar a ese respecto en Brasil y Argentina.

El abordaje propuesto tendrá también su utilidad en discutir y rever principios aplicables a la cuestión del derecho a indemnización, cuyo conocimiento es de gran valía en la praxis jurídica.

En relación a Argentina se tratará el tema delimitado a los principios aplicables a la formación del contrato, a partir del libro “Responsabilidad precontractual” de Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas¹.

Aún se pretende mostrar que los daños morales merecen un especial análisis, en sus diversos aspectos, teniendo en cuenta el tenor de los recientes precedentes judiciales a su respecto.

1. El bien común y el fin social de la ley

Existen leyes que protegen al ciudadano del rigor de lo que Marx llama “egoísmo capitalista”, sin tener un carácter comunista o sin asumir un socialismo antagónico, visando

insertar y garantizar equidad en la dinámica de la libertad. Un ejemplo es la ley brasilera llamada “Ley de Introducción al Código Civil”. Es oportuno y esclarecedor mencionar el planteo de John Rawls en el sentido de que, “aunque se admita a propiedad de bienes productivos, ese derecho no es un derecho básico, mas sim está sujeto a exigencia de que, nas condições existentes, se mostre ser a maneira mais eficaz de satisfazer os princípios de justiça”².

En Brasil, la Ley de Introducción al Código Civil establece que:

“Art. 5. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”³.

Uno de los fines sociales de las leyes es justamente imponer la restricción a posibles conductas ilícitas, en el contexto de la libertad.

2. La responsabilidad civil por daños morales

La regla general de obligatoriedad de reparación de daños ya estuvo inserta en la responsabilidad civil expresada en el artículo 159 del Código Civil brasilero de 1916⁴.

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, art. 1518 a 1532 e 1537 a 1553.”

La responsabilidad por el daño moral está presente y explícitamente adoptada en el nuevo Código Civil Brasileño, en el artículo 186, que así establece en el Título – De los Actos Ilícitos:

“Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁵.

La indemnización por daños morales ha sido objeto de muchas discusiones en Brasil y otros países, principalmente por no encontrarse en las leyes, parámetros claros para cálculo de las respectivas indemnizaciones.

Existe aún una restricta corriente de juristas, dentro y fuera de los tribunales, que no reconoce el derecho al resarcimiento por daño moral. Dicen ellos que no se puede convertir los valores éticos ofendidos, en dinero y que solamente las cosas materiales pueden generar deudas en moneda. De acuerdo con ellos, la honra, el pudor, el sentimiento, el dolor, no tienen precio y por esto solamente pueden ser reestablecidos por medio de la reparación penal.

No obstante, el Código Civil brasileño de 1916, en sus artículos 1.547 y 1.548, al referirse a la injuria y a la calumnia, al daño y a la reparación, ya permitía una amplia interpretación y comprensión que la jurisprudencia del Brasil ha venido efectuando.

Para mayor claridad se transcribe los dos artículos citados:

“Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparacão do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa do grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1550)”.

“Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado”⁶.

Si por un lado una visión muy abierta puede contemplar interpretaciones deshonestas, también una total clausura a la posibilidad de indemnización por daños morales puede estar veladamente dando guarida a entendimientos estrictamente económicos, en perjuicio de la dignidad de las personas.

En Brasil se registra la preocupación con la indemnización por daño moral desde Clóvis Beviláqua. Así es que para Clóvis “Todo dano, seja patrimonial ou não, deve ser ressarcido por quem o causou, salvante a escusa de força maior, que, aliás, algumas vezes não aproveita, por vir precedida de culpa. É regra sujeita a exceção”⁷.

También Pontes de Miranda defendía la indemnización pecuniaria de la especie de daño que él denominaba “daño no patrimonial”⁸. Para este eminente jurista, aunque el daño moral no tenga ninguna repercusión patrimonial, de cualquier forma deberá ser objeto de indemnización.

Existen precedentes en el Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina (Brasil), con apreciación de diferentes ángulos de la misma cuestión:

“1) Acórdão: Apelação cível 2006.007816-6. Relator: Juíza Sônia Maria Schmitz. Data da Decisão: 31/10/2006.

Ementa: Responsabilidade civil. Inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito. Danos morais. Quantificação. Os sentimentos pessoais de contrariedade, estorvo e aborrecimento advindos da inscrição indevida do nome em cadastro de proteção ao crédito devem ser compensados a título de danos morais. Na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor econômico da compensação pelos danos morais, deve o julgador valer-se das regras de experiência comum e bom senso, fixando essa verba de tal forma que não seja irrisória, a ponto de menosprezar a dor sofrida pela vítima, ou exagerada, tornando-se fonte de enriquecimento ilícito.”

De este primer precedente se denota que los sentimientos personales de contrariedad, estorbo y aborrecimiento pueden ser compensados con indemnización por daños morales. Se percibe también que en la ausencia de criterios objetivos para medir el valor monetario de la compensación, se recurre a la experiencia común y a la sensatez para fijar el monto indemnizatorio. Hay también un referencial medio que no menosprecia a la víctima y que igualmente no la enriquece ilícitamente o sin causa.

“2) Acórdão: Apelação cível 2005.028375-7. Relator: Jorge Schaefer Martins. Data da Decisão: 31/10/2005.

Ementa: Ação de indenização por dano moral c/c pedido de antecipação de tutela – Indeferimento da ouvida de testemunhas – Cerceamento de defesa alegado – Lide que reclama prova estritamente documental – Aplicabilidade do art. 330 do CPC – Agravo retido não provido – Ilegitimidade passiva *ad causam* afastada – Contrato de compra e venda estabelecido entre as partes – Emissão de duas duplicatas – Quitação da primeira e atraso no pagamento da segunda – Protesto – Regular exercício de direito ante o inadimplemento – Depósito realizado em conta corrente da apelante após seis dias do vencimento – Ciência do devedor quanto ao endosso do título a uma instituição financeira – Comunicação do protesto à empresa apelante que havia recebido o respectivo valor – Inércia desta perante a situação irregular – Culpa concorrente caracterizada – Exegese dos arts. 944 e 945 do CPC – Dano moral arbitrado de acordo com as circunstâncias do caso – Minoração do *quantum* indenizatório – Apelação cível parcialmente provida – Recurso adesivo não provido [...]”

En el segundo fallo, en el mismo tribunal, se aprecia la ejecución indebida de título con culpa concurrente. En este caso se ilustra la posibilidad de ajuste de la indemnización al referencial medio razonable citado en el primer precedente trascrito.

Ambos son casos de aplicación de la justicia al hecho concreto que demuestran cabalmente como se puede desarrollar la indemnización por daño moral en la práctica de las contiendas forenses.

La indemnización por daños morales ha sido objeto de muchas discusiones en Brasil y otros países, principalmente por no encontrarse en las leyes, parámetros claros para cálculo de las respectivas indemnizaciones

Es importante resaltar aún, que el límite de aplicación del derecho a reparaciones de daños morales se circunscribe a la esfera de la víctima y sus familiares, cuando se trata de persona física.

3. Personas jurídicas y daño moral

Hay dos corrientes, una pregonando que las personas jurídicas son susceptibles a sufrir daño moral y otra corriente según la cual no hay daño moral contra personas ficticias o legales.

Son premisas de la segunda corriente: a) empresas son entes abstractos de tal suerte que no están sujetos al dolor o sufrimiento; b) todo perjuicio en cuestión es eminentemente pecuniario y no moral; c) los eventuales perjudicados serían siempre los integrantes de la persona jurídica, es decir, las personas físicas.

Muchas veces nos es fácil llegar a las personas que están involucradas en las empresas. “E o exemplo mais claro disso é a hipótese das Sociedades Anônimas, figura de maior difusão no meio mercantil, exatamente pela abstração e limitação da responsabilidade de seus integrantes, onde seu patrimônio está de tal forma pulverizado que sequer se sabe quem são seus titulares.”⁹

Al referirnos a la primera corriente, sus premisas son de que las personas jurídicas pueden sufrir perjuicios por difamación escrita o verbal, ejecución indebida de título, información desacreditable a su respecto o divulgación indebida de secretos de propiedad de la misma.

Así está configurada la posibilidad de aplicación de la respuesta del derecho a la ocurrencia de daño moral que perjudique la persona jurídica. No se puede más aceptar actualmente la idea de que la moralidad es atributo exclusivo de la persona física, en un contexto en que tiene mucho valor la imagen de los productos y de las empresas en el mercado.

Considerando, como Ihering¹⁰, que el derecho es la moral mínima absolutamente necesaria a la permanencia de la sociedad, se deduce de este punto que la moral agredida que genere derecho a la indemnización ya hace parte del contexto jurídico o ya es el derecho que deriva de la citada moral mínima garantizada.

4. Principios jurídicos aplicables a la formación del contrato

La doctrina contractual argentina ha avanzado en el tema jurídico de responsabilidad precontractual.

En este ítem se pretende abordar lo que se llama genéricamente de “tratativas” que, según Iturraspe “[...] pueden las partes – que van camino al acuerdo total o definitivo – celebrar ‘acuerdos menores’ o de efectos más restringidos, dirigidos a ‘asegurar’ el negocio... Son los conocidos por la doctrina más reciente ‘contratos preliminares’, que pueden ser específicamente ‘preparatorios’ o no”¹¹.

Para el jurista argentino citado, puede haber el “deber de indemnizar los daños causados en esta etapa – ‘camino al contrato’ o *in contraendo*; responsabilidad denominada ‘precontractual’, por encontrarse en hechos ‘fuera del contrato’, en momentos anteriores a su celebración o perfeccionamiento”¹².

Menciona aún Iturraspe la cuestión: ¿ [...] “en qué medida las conductas mostradas en ese tiempo y en la

búsqueda de ese objetivo [el contrato definitivo] son lícitas o ilícitas, originan daños injustos que el causante debe resarcir?”¹³.

Hay tentativas, como el Proyecto del '98, de Reforma al Código Civil y de Unificación Civil y Comercial, de regular la formación del contrato. Se habla así de ‘acuerdos parciales’, ‘minuta’, ‘borrador’, ‘cartas de intención’, ‘deber de buena fe’ y ‘contrato preliminar’.

Pero es relevante plantear que la excesiva preocupación en regular cada paso del ciudadano de forma a que el tenga que comportarse como se estuviera encadenado, puede crear, como alude Iturraspe “un enorme temor a toda tratativa”¹⁴.

5. Elementos esenciales del contrato

Lo esencial en la formación del contrato es la buena fe, la lealtad y la probidad, lo que, de por sí ya garantizaría que no hubiese vicios de consentimiento.

La aceptación y la oferta son elementos clásicos en la formación del libre acuerdo contractual.

Son Principios que rigen la formación del contrato, en la perspectiva de Iturraspe:

“1. Principio de la libertad de contratación.

2. Principio de la buena fe.

3. Principio de aplicación del deber genérico de no dañar a otro”¹⁵.

Para el autor citado, hay cuatro situaciones en que los citados principios actúan de forma diferente:

“Empresa – empresa.

Empresa – Estado.

Persona privada no comerciante – Persona privada no comerciante.

Consumidor – Empresa/Estado”¹⁶.

El artículo 1.198 del Código Civil argentino incorpora, según afirma Iturraspe, “con el máximo de amplitud el principio de la buena fe como norma fundamental de la interpretación del contrato”¹⁷.

6. Otros aspectos previos al contrato

Puede haber artificios que lleven a la persona a firmar un contrato en condiciones desfavorables, es decir, con vicio en el consentimiento. En este caso, el uso de los artificios puede ser caracterizado como siendo de mala fe.

Es importante decir que los contratos administrativos tienen reglas que privilegian el poder público, de modo que su validez permanece ligada a la observación de los dispositivos legales que los rigen. Como hay formalidades en su perfeccionamiento, no es posible intentar con éxito una acción basada en supuesto contrato deducido a partir de tratativas que no siguieron las prescripciones de la ley.

7. Contratos virtuales

Otra especie de contratos típicos de nuestra época son aquellos firmados por medio de la Internet.

Existen, por ejemplo, ofertas por la Internet que merecen especial atención, en las que se utiliza un tipo especial de contrato suscripto mediante una computadora en línea, alertando Iturraspe a respecto de la importancia de las opciones ofrecidas al suscriptor, de oprimir el botón “acepto” o “no acepto” en los puntos de decisión del contrato electrónico.

Conclusión

La conclusión de este artículo será solamente un punto al final de un comentario limitado a pocas líneas, pero en el cual se presenta un número considerable de posibilidades de conflicto, contractual o no, que pueda generar indemnización por daños morales.

Se deduce, a través de lo que aquí fue analizado, que el foco de discusión es la existencia de la buena fe y de la ética en la conducta civil de las personas, prevaleciendo siempre la libertad con la preservación de la moralidad.

Se acuerda de los positivistas jurídicos, cuando ellos dicen que “Ou há o vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade [...] A esfera da liberdade pode diminuir ou aumentar, conforme aumentem ou diminuam as normas jurídicas, mas não pode acontecer que o nosso ato seja ao mesmo tempo livre e regulado”¹⁸.

Los términos de la mencionada discordancia se resumen a considerar que el espacio de la libertad es siempre regulado cuando se garantiza la propia libertad y se penalizan las conductas que la agrían. La mala fe es un ejemplo de agresión a la libertad.

El espacio de la libertad, que puede ser llamado “no regulado”, es siempre mayor que el espacio sujeto a la incidencia de las normas, ya que la ley prioriza la sanción de conductas que constituyen infracción al derecho en la interferencia ínter subjetiva.

Por fin, es importante no olvidar que las estructuras de poder estén, como sugiere Pietro Barcellona¹⁹ “[...] arraigadas en la sociedad y capaces de realizar un control difuso” y que el Estado no sea solamente “[...] esa figura opuesta a la de la comunidad que es la masificación coercitiva”. ■

NOTAS

1 ITURRASPE, Jorge Mosset y PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad precontractual*. 1 ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. 2006.

2 RAWLS, John. *Justiça como equidade*. 1 ed. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.251. Trad.: “Aunque se admita la propiedad de bienes productivos, ese derecho no es un derecho básico, sino que está sujeto a la exigencia de que en las condiciones existentes, se muestre ser la manera más eficaz de satisfacer a los principios de justicia”.

3 Brasil. Código Civil. In: CAHALI, Youssef Said (Org.). *Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p.183. Trad. “Art. 5. En la aplicación de la ley, el juez atenderá los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común”.

4 BRASIL, Código Civil. Op. cit. Trad. “Art.159. Aquél que, por acción u omisión voluntaria, negligencia, o imprudencia, viole el derecho, o cause perjuicio a otro, está obligado a reparar el daño. La verificación de la culpa y la evaluación de la responsabilidad se regulan por lo dispuesto en este código, art. 518 a 1532 e1537 a 1533”.

5 Brasil Código Civil. In: *Novo código civil brasileiro*. São Paulo: Escala, 2003. Trad. “Art. 186. Aquél que, por acción u omisión voluntaria, negligencia, o imprudencia, viole el derecho y cause daño a otro, por más que sea exclusivamente moral, comete acto ilícito”.

6 BRASIL, Código Civil. id. Trad. “Art. 1547. La indemnización por injuria o calumnia consistirá en reparación del daño que de ellas resulte al ofendido.

Párrafo Único. Si éste no puede probar perjuicio material, le pagará el ofensor el doble de la multa del grado máximo de la pena criminal respectiva.

Art. 1548. La mujer ofendida en su honra tiene derecho a exigir del ofensor, si éste no puede o no quiere reparar el mal por el casamiento, un dote correspondiente a su propia condición y estado.”

7 BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 4a. ed., 5a. Tiragem. Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940, p. 321. Trad.: “Todo daño, sea patrimonial o no, debe ser resarcido por quien lo causó, excepto la excusa de fuerza mayor, que, algunas veces no es aprovechada, por venir precedida de culpa. Es una regla sujeta a excepción”.

8 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio: Borsó, 1959. p. 32 (v. 26).

9 LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Dano moral contra a pessoa jurídica. In: *Justicia*. 59 (178) São Paulo, abr/jun-1997. p. 86. Trad. “Y el ejemplo más claro de esto es la hipótesis de las sociedades anónimas, figura de mayor difusión en el medio mercantil, exactamente por la abstracción y limitación de la responsabilidad de sus integrantes, donde su patrimonio está de tal forma pulverizado que siquiera se sabe quiénes son sus titulares”.

10 Cf. DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. Trad. Paulo Castanheira. São Paulo: Landy, 2003. p. 54.

11 Op. cit., p. 11.

12 Op. cit., p. 12.

13 Op. cit., p. 13.

14 Op. cit., p. 21.

15 Op. cit., p. 29.

16 Op. cit., p. 30.

17 Op. cit., p. 32. Artículo citado: “Artículo 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.”

18 Conforme citado em: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997, p.129. Trad.: “O hay vínculo jurídico o hay absoluta libertad... La esfera de la libertad puede disminuir o aumentar, conforme aumenten o disminuyan las normas jurídicas, mas no puede ocurrir que nuestro acto sea al mismo tiempo libre y reglado”.

19 BARCELLONA, Pietro. *Posmodernidad y comunidad* –el regreso de la vinculación social. Trad. Héctor Claudio Silveira Gorski et alii. Valladolid: Trotta, 1992. p. 50, 60.

PIS e COFINS - RECOLHIMENTO a maior - Possibilidade de COMPENSAÇÃO realizada - Posterior CASSAÇÃO da DECISÃO JUDICIAL que possibilitava compensar - FAZENDA NACIONAL - PRETENSÃO de COBRANÇA - JUROS DE MORA e MULTA - Impossibilidade

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 863.040 – PE
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DJ, 12.12.2007
Relator: Min. Denise Arruda
Recorrente: Fazenda Nacional
Recorrido: Bompreço S/A Supermercado do Nordeste

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. DIREITO DE RECOLHER O PIS NA FORMA DA LC 7/70, NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DOS DECRETOS 2.445 E 2.449, E DE COMPENSAR O PAGAMENTO FEITO A MAIOR, RECONHECIDO JUDICIALMENTE. PROCEDIMENTO DE COMPENSAÇÃO REALIZADO. POSTERIOR CASSAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE FAVORECIA À CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA E JUROS DE MORA. SITUAÇÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO PODER JUDICIÁRIO. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO-PREQUESTIONADOS. ARTIGOS 161, *CAPUT* E 82, § 2º, DO CTN E 44 E 63 DA LEI 9.430/96. RECURSO ESPECIAL NÃO-PROVIDO.

1. Por via de recurso especial, alega a Fazenda Nacional que o “acórdão recorrido, ao considerar que a compensação de valores realizada em atos concretos de iniciativa do contribuinte, com base em decisão judicial que assegurava tão-somente, em tese, e genericamente, o direito à compensação de indébito relativo ao PIS com a COFINS e a CSL, impediria a cobrança de multa moratória e de multa de ofício, quando da revogação da aludida decisão judicial, incorreu em contrariedade ao disposto no art. 161, *caput* e 82, § 2º, do CTN, bem como nos arts. 44 e 63, da Lei n. 9.430, de 1996”.

2. Todavia, a irresignação é de todo improcedente, uma vez que os fundamentos do acórdão consignam de forma expressa as razões de direito e de fato que impedem a aplicação de multa e juros nos créditos fiscais eventualmente apurados pela Fazenda.

3. A contribuinte efetivou a compensação fiscal com amparo em decisão judicial que a favorecia. Destarte, ainda que reformada essa autorização legal, não há que se falar em aplicação de penalidade, como atestam os fatos inscritos nos autos, que se seguiram na seqüência assim disposta:

a) a Fazenda Nacional, no recurso de apelação, suscitou questões que não dizem respeito à discussão travada na lide, portanto, não apreciadas em primeira instância;

b) a empresa efetuou compensação com a autorização da decisão judicial;

c) a empresa, por ter efetuado a compensação, com apoio em decisão judicial, mesmo que esta venha a ser reformada posteriormente, não está sujeita ao pagamento de multa;

d) se, de conformidade com o § 2º do art. 161 do CTN, na pendência de uma simples consulta ao Fisco, não podem ser cobrados juros, com muito mais razão não se sustenta a pretensão de caracterização da mora, quando a matéria está sob a apreciação do Poder Judiciário e existe decisão liminar válida, vigente e eficaz em favor do interesse do contribuinte.

e) registrou, por fim, o acórdão que, para impedir o risco da decadência, permite-se o lançamento do crédito, mas não é possível a cobrança de multa.

3. O tema a ser apreciado em recurso especial exige o regular prequestionamento, requisito processual que não foi realizado em relação aos dispositivos seguintes: Artigos 161, *caput* e 82, § 2º, do CTN e 44 e 63 da Lei 9.430/96.

4. Ao que se verifica, portanto, pretende o Fisco impor multa de mora a contribuinte que, por se encontrar protegido por decisão judicial, efetuou lançamento de compensação de tributos, todavia, a mora inexistente.

5. Recurso especial não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencida em parte a Sra. Ministra Relatora, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro José Delgado (voto-vista) os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2007 (Data do Julgamento)

Ministro José Delgado – Relator p/ Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora):

Trata-se de recurso especial (fls. 758-769), fundado na alínea a do permissivo

constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5a. Região cuja ementa é a seguinte:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. MULTA MORATÓRIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS COM COFINS RECONHECIDO EM DECISÃO JUDICIAL. REFORMA PELA INSTÂNCIA SUPERIOR. RECOLHIMENTO ANTERIOR DAS CONTRIBUIÇÕES. INOCORRÊNCIA DE ATRASO IMPUTÁVEL AO CONTRIBUINTE. SELIC.

1. O demandante promoveu a compensação de créditos correspondentes a valores recolhidos a maior, a título de contribuição para o PIS, com débitos alusivos à COFINS, das competências de novembro de 1997 a fevereiro de 1998, no exercício de prerrogativa reconhecida por este Tribunal em decisão judicial.

2. No entanto, tendo tomado conhecimento de que o STJ se posicionou no sentido da impertinência de tal compensação, efetuou o recolhimento das contribuições, insurgindo-se, nesta demanda, contra a cobrança, por parte do Fisco, de multa moratória e diferenças relativas à SELIC.

3. Se, diante de uma simples consulta ao Fisco, o ordenamento jurídico já prevê que não se pode aplicar a multa, com muito mais razão, não há que se falar em atraso imputável ao contribuinte, se, então, havia decisão judicial válida, vigente e eficaz, no sentido da possibilidade da compensação.

4. Quanto à competência de fevereiro de 1998, a FAZENDA NACIONAL se limita a afirmar que não houve o recolhimento do valor concernente à Taxa SELIC, quando, na verdade, foi anexado o DARF, onde indicados os valores do principal apurado pela própria Receita e dos acessórios, não se demonstrando imputação a menor, com relação a estes últimos.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.” (fls. 734-735)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 749-755).

Nas razões do apelo especial, a UNIÃO (Fazenda Nacional) aponta violação dos arts. 535, I e II, do CPC, 161, *caput* e § 2º, do CTN, 44 e 63 da Lei 9.430/96. Afirma, essencialmente, que: (a) “[...] ao se negar a emitir pronunciamento sobre as questões essenciais ao deslinde da presente causa, quais sejam, a decorrente da falsa premissa de que partiu o julgado, pugnando pela expressa declaração do Tribunal *a quo* acerca da correta causa da lavratura do auto de infração, isto é, o não-pagamento da multa moratória referente aos meses de novembro de 1997 a janeiro de 1998, diante da verificação pela fiscalização de valores compensados indevidamente e do pagamento parcial, bem como sobre o alcance do acórdão que declarou o direito à compensação das parcelas recolhidas indevidamente a título do PIS com a COFINS e o próprio momento da realização da compensação e a data da publicação do acórdão [...], o v. acórdão de fls. 755 violou o disposto no art. 535 do CPC” (fl. 764); (b) “[...] o v. acórdão incorreu em manifesta contrariedade ao art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/1996. Isto porque tal dispositivo é inaplicável ao caso dos autos, onde não se está diante de

qualquer caso de suspensão de exigibilidade de crédito, mas sim de fiscalização pela Administração Tributária, onde restou caracterizado, mediante apuração de valores, a indevida compensação realizada concretamente pelo contribuinte” (fl. 767); (c) “o v. Acórdão recorrido igualmente incorreu em manifesta contrariedade ao disposto no art. 161, § 2º, do CTN, haja vista que não se pode sequer comparar o caso presente, que trata de pagamento a menor de tributo, com a hipótese de consulta tributária” (fl. 767).

Em contra-razões (fls. 777-788), a recorrida argüi preliminarmente que: (a) “[...] o que a Recorrente pretende é protelar o feito, de sorte a retardar o trânsito em julgado da decisão que reconhece o direito da Autora” (fl. 780); (b) a pretensão da recorrente esbarra no teor da Súmula 7 desta Corte. No mérito, pugna pelo desprovimento do recurso especial, com a manutenção do aresto recorrido.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

A Exma. Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora):
Passa-se à análise da pretensão recursal.

É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade. Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 571.533/RJ, 1a. Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.6.2004; AgRg no Ag 552.513/SP, 6a. Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 17.5.2004; EDcl no AgRg no REsp 504.348/RS, 2a. Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 8.3.2004; REsp 469.334/SP, 4a. Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 5.5.2003; AgRg no Ag 420.383/PR, 1a. Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.4.2002.

Com efeito, ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide. Não há confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA SANAR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE PEÇAS. CONTRA-RAZÕES. ERRO MATERIAL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. IPTU. PROGRESSIVIDADE. TAXA DE COLETA DE LIXO. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Omissis.

4. Embargos de declaração acolhidos, para conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.” (EDcl no AgRg no Ag 605.832/RJ, 1a. Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 21.11.2005)

Quanto à alegação da recorrente de que o acórdão se fundamentou em premissa fática equivocada no julgamento da apelação, o Tribunal de origem, ao se pronunciar sobre a matéria, em sede de embargos declaratórios, consignou que:

“[...] o acórdão examinou a matéria tratada na apelação e a trazida a reexame por força do duplo grau obrigatório, observando, de início, que a ora embargante suscitou questões que não dizem respeito à discussão travada na primeira instância, e assinalando que, no caso concreto, antes mesmo da decisão proferida pela Corte Superior, por cautela, a parte autora recolheu as exações a elas atinentes, ressaltando que à época existia uma decisão judicial que lhe assegurava o direito à compensação, razão porque não se poderia afirmar, até o seu trânsito em julgado, que o contribuinte estava em mora, e tampouco sujeito à incidência de multa moratória” (fl. 751).

Assim, a inversão do decidido, na forma propugnada, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência sabidamente incompatível com a via estreita do recurso especial, segundo a Súmula 7/STJ.

Esta Corte já assentou o entendimento de que as instâncias ordinárias são soberanas quando se trata de apreciar matéria de prova, a exemplo dos julgados a seguir transcritos:

“CIVILEPROCESSUAL.SEGURO.PRESCRIÇÃO. *DIESA QUO*. MATÉRIA DE FATO. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROVIMENTO.

I. Firmado o *dies a quo* pelo Tribunal estadual com base no contexto fático dos autos, impossível rever-se a incidência da prescrição ânua se a controvérsia debate, justamente, a data fixada pela instância ordinária, soberana na interpretação da prova.

II. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ – Súmula n. 7-STJ.

III. Agravo improvido.” (AgRg no REsp 291.612/SP, 4a. Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 18.10.2004)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERLUZA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 7. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO.

– Às instâncias ordinárias cabe a apreciação soberana da matéria fática. Se consideraram que as provas que instruíram o mandado de segurança seriam suficientes para o julgamento da causa, não se pode discutir nesta instância a necessidade de dilação probatória e, muito menos, de inadequação do *mandamus*.

Omissis.” (EDcl no AgRg no Ag 339.605/SP, 1a. Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.7.2002)

No tocante ao mérito, a questão cinge-se à possibilidade de aplicação do disposto no art. 63, § 2º, da Lei 9.430/96, cujo texto expressa que: “A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe

a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição”. Pela análise da Lei 9.430/96, deve ser observado que o art. 63 pertence ao título denominado “Débitos com exigibilidade suspensa”, contido na Seção IV da lei. Tal localização obriga forçosamente à conclusão de que o dispositivo em comento tem sua aplicabilidade especificamente direcionada aos casos previstos no art. 151 do CTN, o qual prevê as possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Transcreve-se o disposto no art. 151 do CTN:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.”

Conforme se extrai dos autos, as circunstâncias da demanda anteriormente ingressada pela ora recorrida, na qual foi concedida a segurança para determinar a possibilidade de compensação de parcelas indevidamente recolhidas a título de PIS, não satisfazem às hipóteses descritas no art. 151 do Código Tributário Nacional acima transcrito, daí decorrendo a impossibilidade de se aplicar ao presente a interrupção prevista no § 2º do art. 63 da Lei 9.430/96.

Nesse sentido, observa-se que a decisão favorável à recorrida não teria o poder de eximi-la do pagamento dos créditos tributários exigíveis à época, daí por que se verifica a incidência das penalidades previstas nos arts. 44, I, da Lei 9.430/96, e 161, *caput*, do CTN.

Diante do exposto, o recurso especial deve ser parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, nos termos da fundamentação.

É o voto.

VOTO-VISTA (VENCEDOR)

O Sr. Ministro José Delgado:

A eminente relatora, ao dar provimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional, firmou entendimento no sentido de que o acórdão recorrido violou o art. 63, § 2º, da Lei n. 9.430, de 1.996.

As razões do entendimento manifestado estão assim postas:

No tocante ao mérito, a questão cinge-se à possibilidade de aplicação do disposto no art. 63, § 2º, da Lei 9.430/96, cujo texto expressa que: “A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou

contribuição”. Pela análise da Lei 9.430/96, deve ser observado que o art. 63 pertence ao título denominado “Débitos com exigibilidade suspensa”, contido na Seção IV da lei. Tal localização obriga forçosamente à conclusão de que o dispositivo em comento tem sua aplicabilidade especificamente direcionada aos casos previstos no art. 151 do CTN, o qual prevê as possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Transcreve-se o disposto no art. 151 do CTN:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

- I – moratória;
- II – o depósito do seu montante integral;
- III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
- IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;
- V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
- VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.”

Conforme se extrai dos autos, as circunstâncias da demanda anteriormente ingressada pela ora recorrida, na qual foi concedida a segurança para determinar a possibilidade de compensação de parcelas indevidamente recolhidas a título de PIS, não satisfazem às hipóteses descritas no art. 151 do Código Tributário Nacional acima transcrito, daí decorrendo a impossibilidade de se aplicar ao presente a interrupção prevista no § 2º do art. 63 da Lei 9.430/96.

Nesse sentido, observa-se que a decisão favorável à recorrida não teria o poder de eximi-la do pagamento dos créditos tributários exigíveis à época, daí por que se verifica a incidência das penalidades previstas nos arts. 44, I, da Lei 9.430/96, e 161, *caput*, do CTN.

Diante do exposto, o recurso especial deve ser parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, nos termos da fundamentação.

Em síntese, o voto citado afastou a pretensão da recorrida de não ser responsabilizada pelo fato de, com amparo judicial, ter efetuado compensação tributária, não obstante depois ter havido reforma do *decisum* que lhe beneficiava.

Para melhor compreensão da abrangência da lide, transcrevo os fatos como foram apresentados pela empresa recorrida (fls. 3/5):

O que ocorreu, de fato, foi que a Autora é possuidora de decisão judicial, com trânsito em julgado no Mandado de Segurança nº 96.7475-5, confirmada pelo TRF da 5a. Região na AMS nº 56.837-PE, que reconheceu, em seu favor, os seguintes direitos: primeiro o de recolher o PIS na forma da LC nº 7, de 1970, no período de vigência dos inconstitucionais Decretos-Lei nºs 2.445 e 2.449, de 1988; e, segundo, que o valor recolhido a maior fosse compensado com o próprio PIS (doc. 04).

A fim de acelerar a recuperação do valor recolhido a maior, a título de PIS, a Autora requereu e lhe foi concedido o direito de compensar o excedente do PIS, também, com a COFINS, no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 60.947-PE de 23.10.97, pelo TRF da 5a. Região (doc. 05).

Com a segunda decisão, a Autora passou a compensar tanto o PIS com o PIS e PIS com a COFINS.

Todavia, pela descrição acima, o Fisco induz a idéia de que se cuida de compensação indevida quando na verdade a compensação fora efetuada por ordem judicial, numa situação em que a Autora diminuiu da COFINS a recolher a parcela do PIS recolhido a maior em processo de compensação na forma do art. 66 da Lei nº 8.383/91 (docs. 04 e 05), fato que demonstra não só a legitimidade do procedimento, provando-se, também, que se trata de compensação devida, realizada de boa-fé na forma da lei.

É de se ressaltar, Excelência, a seqüência lógica das datas. É que a decisão que reconhece o direito de compensar o PIS com a COFINS foi proferida em 23.10.97 (doc. 05) e a Suplicante iniciou o exercício desse direito no mês seguinte, a partir de novembro/97 até fevereiro/98, como afirmado pelos próprios Fiscais Autuantes no Termo de Verificação e Constatação Fiscal anexo ao Auto de Infração (doc. 06).

Poder-se-ia questionar: será que a Suplicante dispunha de saldo ou excedente de PIS a recuperar na época da compensação? Apesar desse ponto ser inquestionado e inquestionável, ainda assim, os próprios Autuantes, após análise contábil, confessam existência na contabilidade da conta PIS a Recuperar nos seguintes termos:

“Ocorre, que os valores das citadas COFINS, principais mais juros, informados pela empresa, foram pagos e contabilizados indevidamente na conta nº 0100973699999 – PIS A RECUPERAR, nos seguintes valores: novembro/97 R\$ 2.570.161,42, dezembro/97 R\$ 3.492.595,80, janeiro/98 R\$ 2.652.988,61 e fevereiro/98 R\$ 1.398.635,01, compensados INDEVIDAMENTE com débitos do PIS, como anteriormente demonstrado...” grifamos (doc. 06).

Exsurge do transcrito que o fisco entende indevida a compensação do PIS com a COFINS, mas confessa que existe saldo de PIS a recuperar nos registros contábeis da Suplicante. E todos sabemos que a confissão é a rainha das provas.

Ainda que seja indubitosa, pela denúncia fiscal, a existência de PIS a Recuperar, contudo, como a contabilidade faz prova em favor do contribuinte (art. 9º do DL 1598/77), anexa demonstrativo de levantamento e apropriação dos valores do PIS a Recuperar (doc. 07), evidenciando que possuía saldo de PIS a recuperar no valor de R\$ 10.217.641,47 (doc. 07), no mês de fevereiro de 1998 (último mês compensação questionado), o que torna inócua qualquer dúvida quanto à existência de saldo de PIS recolhido a maior.

Mesmo existindo saldo de PIS a recuperar, mesmo protegida por decisão judicial, a Autora recolheu, espontaneamente, os valores que diminuía, por compensação, da COFINS devida, como prova pelos documentos de arrecadação anexos (doc. 08) nas seguintes datas e valores:

a) novembro/97 no valor de R\$ 2.379.779,09, pago em 08.04.98;

b) dezembro/97 no valor de R\$ 3.262.888,45 foi recolhido em 08.05.98;

c) janeiro/98 no valor de R\$ 2.453.290,74 foi recolhido em 10.07.98; e,

d) fevereiro/98 no valor de R\$ 1.299.484,25 foi recolhido em 10/08/98.

Como se observa pelas cópias do DARF's (doc. 08) antes do pronunciamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que se deu em 13/10/98, publicado no DJ em 14/12/98 (doc. 09), mesmo em vigor a decisão do TRF da 5a. Região, a Suplicante recolheu, espontaneamente, os valores anteriormente compensados, razão pela qual é absolutamente im procedente a exigência fiscal.

É certo que o fisco iniciou a sua ação fiscal em 27/03/98 e lavrou o Auto de Infração em 10/08/98, o que coincide com o período de recolhimento. Todavia a Suplicante dispunha de proteção judicial para a compensação do PIS com a COFINS. A renúncia desse direito subjetivo, reconhecido pela jurisdição, é ato espontâneo e não pode nascer de pressão do fisco.

O inusitado é que mesmo com a decisão judicial em pleno vigor, por ter recolhido a exação com acréscimos de juros à base da SELIC mas sem multa, em 10/08/98 foi lavrado o Auto de Infração, como se a parcela do PIS deduzida da COFINS, cuidasse de COFINS recolhida a menor e fora do prazo, alegando compensação indevida, exigindo para os meses de novembro e dezembro de 1997 e janeiro de 1998, a penalidade capitulada nos artigos 43 e 44 § 1º, II da Lei nº 9.430/96; e, para o mês de fevereiro de 1998, que também fora recolhido, exige, além do valor principal – da contribuição – já recolhido, acréscimos de juros e penalidades moratórios, como se neste último caso a Suplicante não tivesse recolhido.

As perguntas que devem ser respondidas são as seguintes:

a) Pode ser considerado como recolhido fora do prazo, com atraso, sujeito a penalidades e juros moratórios, uma situação em que o contribuinte age e está protegido por decisão judicial?

b) Se a liminar suspende a exigibilidade do crédito, e não sujeita o contribuinte ao pagamento de penalidade até 30 dias após a decisão contrária (art. 151, IV do CTN e 63 da Lei nº 9.430/96), em nome da razoabilidade e proporcionalidade, não será mais forte razão para se aplicar disposição semelhante à situação em que o contribuinte dispende de decisão do TRF possa recolher 30 dias após a reforma pelo STJ consoante previsto no art. 160 do CTN sem multa?

c) No caso do mês de fevereiro de 1988, não será ressuscitar o *solvert et repete* pagar outra vez tributo já recolhido, quando essa figura foi de há muito banida do nosso sistema jurídico? Além disso, para todos os meses o fisco está exigindo os juros já pagos quando a Suplicante efetuou o recolhimento do principal. Não será cobrança em duplicidade, pior que o anatocismo, bastando para tanto comparar o Auto de Infração, no qual se cobra os juros e os DARF's (doc. 08)?

d) Não é de ser respeitada a espontaneidade quando se paga o tributo integral (art. 138 do CTN) ou está dentro dos 20 dias da intimação fiscal (art. 47 da Lei nº 9.430/96) em respeito a esses dispositivos legais?

Esse panorama dos fatos não é contestado pela Fazenda Nacional. Esta defende, apenas, que o “acórdão recorrido, ao considerar que a compensação de valores realizada em atos concretos de iniciativa do contribuinte, com base em decisão judicial que assegurava tão-somente, em tese, e genericamente, o direito à compensação de indébito relativo ao PIS com a COFINS e a CSL, impediria a cobrança de multa moratória e de multa de ofício, quando da revogação da aludida decisão judicial, incorreu em contrariedade ao disposto no art. 161, *caput* e 82, § 2º, do CTN, bem como nos arts. 44 e 63, da Lei n. 9.430, de 1996”.

Observo que o voto condutor do acórdão está assim posto (fls. 728/729):

Compulsando os autos, verifico que a sentença, submetida a esta Corte por força de recurso voluntário e remessa oficial, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Penso que a FAZENDA NACIONAL, na realidade, está suscitando questões que não dizem respeito à discussão travada na primeira instância, à medida em que houve o efetivo pagamento das contribuições em tela, atinentes ao período de novembro de 1997 a fevereiro de 1998, havendo litígio, tão-somente, quanto à incidência, na espécie, da multa moratória e, quanto à última competência, da Taxa SELIC.

Convém assinalar que o demandante obteve, no âmbito deste Tribunal, o reconhecimento de que fazia jus à compensação de créditos decorrentes do recolhimento, a maior, da contribuição para o PIS com débitos concernentes à COFINS. Neste contexto, a empresa começou a implementar a compensação. Ocorre que, como é público e notório, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou a sua jurisprudência no sentido da impossibilidade da aludida compensação, somente admitindo a compensação de créditos da contribuição para o PIS com débitos da mesma exação.

Houve, no caso concreto, a interposição de Recurso Especial dirigido àquela Corte Superior. No entanto, antes mesmo da decisão por ela proferida em 13 de outubro de 1998, publicada no Diário da Justiça em 14 de dezembro daquele ano, de modo espontâneo, por cautela, a contribuinte recolheu as exações atinentes, justamente, ao período de novembro de 1997 a fevereiro de 1998, nos dias 08 de abril, 08 de maio, 10 de julho e 10 de agosto de 1998, como se percebe com a análise dos DARF's devidamente acostados aos autos.

Ora, existia, indubitavelmente, uma decisão judicial, declarando o direito à compensação. Não se poderia afirmar, portanto, até o trânsito em julgado da mesma ou, no caso, daquela que o reformou, que o contribuinte estava em mora e, por conseguinte, sujeito à incidência de multa moratória. A empresa que obtém um título judicial, chancelando o seu suposto direito, não pode ser penalizada, não se encontrando em atraso. Se o artigo 161, § 2º, do Código Tributário Nacional, estipula, como bem lembrado, que, na pendência de uma simples consulta ao Fisco, não podem ser cobrados os juros, com muito mais

razão, não se sustenta a pretensão de caracterização da mora, quando a matéria está sob a apreciação do Poder Judiciário e existe decisão válida, vigente e eficaz em favor do interesse do contribuinte.

Registre-se que, para impedir o risco de decadência, permite-se o lançamento do crédito, mas não é possível promover a cobrança da multa. O § 2º, do artigo 63, da Lei nº 9.430/96, textualmente, consigna que “a interposição de ação judicial favorecida com medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição”. Na espécie, a autora sequer aguardou tal prazo, antecipando-se à própria decisão judicial que veio a reformar aquela prolatada em seu favor.

Quanto à competência de fevereiro de 1998, argumenta a FAZENDA NACIONAL, que não teria sido aplicada a SELIC. No entanto, ficou documentalmente provado, com o exame do DARF anexado ao presente feito, que houve o recolhimento da exação, em agosto de 1998, e o valor do principal corresponde, com exatidão, ao montante apontado pelo Fisco. Também foram acrescentados, no campo próprio, os encargos atinentes à SELIC, não comprovando o réu que houve erro no seu cálculo.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial.

Os embargos de declaração interpostos não modificaram o conteúdo da fundamentação do aresto supra-referido.

Não vislumbro, no decisório questionado, o prequestionamento do art. 161, *caput*, do art. 82, § 2º, do CTN, nem dos arts. 44 e 63, da Lei n. 9.430, de 1996.

O acórdão, em nenhuma das razões apresentadas, enfrentou o conteúdo dos referidos dispositivos, pelo que não podem ser considerados como violados.

Registro, só para ordenar a exposição deste voto, que o *decisum* desenvolveu fundamentação no sentido de que:

a) a Fazenda Nacional, no recurso de apelação, suscitou questões que não dizem respeito à discussão travada na lide, portanto, não apreciadas em primeira instância;

b) a empresa efetuou compensação com a autorização da decisão judicial;

c) a empresa, por ter efetuado a compensação, com apoio em decisão judicial, mesmo que esta venha a ser reformada posteriormente, não está sujeita ao pagamento de multa;

d) se, de conformidade com o § 2º do art. 161 do CTN, na pendência de uma simples consulta ao Fisco, não podem ser cobrados juros, com muito mais razão não se sustenta a pretensão de caracterização da mora, quando a matéria está sob a apreciação do Poder Judiciário e existe decisão liminar válida, vigente e eficaz em favor do interesse do contribuinte.

Registrou, por fim, o acórdão que, para impedir o risco da decadência, permite-se o lançamento do crédito, mas não é possível a cobrança de multa.

O aresto questionado invocou, ainda, o § 2º do art. 63 da Lei n. 9.430, de 1996, que consigna: “A interposição de ação judicial favorecida com medida liminar interrompe

a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considera devido o tributo ou contribuição”. No caso, a recorrida sequer aguardou tal prazo, porque antecipou-se à decisão.

Como examinado, a matéria jurídica dos artigos 161, *caput*, e § 2º, do CTN e 44 e 63 da Lei 9.430, de 1996, não foram debatidos.

Diante desse quadro recursal, por ausência de prequestionamento, não conheço do presente recurso especial quanto a essa parte.

Se o mérito for enfrentado, por afastada a preliminar, tenho que o recurso especial merece improvimento. Impõe-se acatar as razões do acórdão recorrido, conforme transcrição já feita, porque devem se aceitar os fundamentos da parte recorrida assim alinhadas (fls. 787/788):

Ademais, se a multa é, conceitualmente, pena resultante da vontade de retardar ou da desídia de pagar o tributo, não se pode afirmar que a empresa que ingressa em juízo com ação para discutir a possibilidade de um direito, e lhe seja concedida à proteção judicial, esteja retardando ou cometendo desídia. Se, por ato espontâneo, em plena vigência da decisão, desiste do direito nela consignado, recolhendo o tributo ou o direito questionado, não incorre em mora e não se concebe pagar multa de mora ou qualquer espécie de multa. Esse entendimento, aliás, é antigo, pois já diziam os romanos: *non est in mora qui potest exceptione legitima se tueri* (não está em mora quem pode se defender por exceção legítima).

Ante todo o exposto, é que não se pode dizer que a Recorrida incorreu em mora quanto aos pagamentos da COFINS de 11/97 a 02/98, já que efetuou a compensação no prazo para pagamento, na forma estabelecida por decisão judicial, e, antes mesmo da reforma desta decisão, ou seja, enquanto ainda vigorava o seu direito a compensar seu créditos de PIS com a COFINS vincenda, recolheu integralmente a COFINS compensada.

Em suma: pretende o Fisco impor multa de mora a contribuinte que, por se encontrar protegido por decisão judicial, efetuou lançamento de compensação de tributos, não obstante a improcedência do pedido em sede de recurso especial. A mora inexistente.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencida em parte a Sra. Ministra Relatora, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 27 de novembro de 2007

Maria do Socorro Melo – Secretária

UNIÃO ESTÁVEL - EQUIPARAÇÃO como CASAMENTO - TÉRMINO da comunhão - INDENIZAÇÃO por SERVIÇOS DOMÉSTICOS - Descabimento - APELAÇÃO improvida

Tribunal de Justiça de Goiás
 Apelação Cível n. 116626-3/188 (200703850614)
 Órgão julgador: 3a. Câmara Cível
 Fonte: DJGO, 13.12.2007
 Relator: Des. Felipe Batista Cordeiro
 Apelante: Ednalva Severo da Silva
 Apelado: Adilson da Silva Galdino

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS.

A união estável caracteriza-se pela livre comunhão de vidas por aqueles que se propõem a partilhar propósitos e interesses, comungando do desejo de constituir uma família. Desde a constitucionalização da união estável como entidade familiar, recusando tratamento desigualitário com relação ao casamento, não há como deferir indenização por serviços domésticos prestados se descabe a possibilidade de concessão de tal compensação no fim do casamento. Apelo improvido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 116626-3/188, da comarca de Acreúna, sendo apelante e apelado, respectivamente, Ednalva Severo da Silva e Adilson da Silva Galdino.

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado, em sessão de sua Terceira Câmara Cível, Primeira Turma Julgadora, à unanimidade, conhecer do apelo mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

VOTARAM, além do Relator, os Desembargadores Rogério Arédio Ferreira e João Waldeck Felix de Sousa. A sessão foi presidida pela Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo. Esteve presente à sessão o Dr. Wellington de Oliveira Costa, representante da Procuradoria Geral de Justiça.

Goiânia, 20 de novembro de 2007

Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo – Presidenta
 Desembargador Felipe Batista Cordeiro – Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Ednalva Severo da Silva, em face da sentença proferida pelo íncrito Juiz Dr. Carlos Eduardo Rodrigues de Sousa nos autos da ação de reconhecimento de união estável cumulada com indenização por serviços prestados, que a apelante move em desfavor de Adilson da Silva Galdino, junto ao juízo da comarca de Acreúna.

Inconformada com a decisão que julgou em parte procedente seu pedido, reconhecendo a pretérita união estável, mas indeferindo a fixação de verba indenizatória para fins de prestação de serviços domésticos, a apelante sustenta que o *decisum* monocrático não pode prosperar, haja vista que em se tratando de concubinato estável, a companheira que se dedicou ao lar deve ser indenizada pelos serviços prestados durante a união, uma vez que proporcionou ao companheiro a tranquilidade de poder sair para trabalhar sem se preocupar com os afazeres de casa, bem como com os cuidados com a prole.

Pede, então, pelo provimento de sua peça recursal, a fim de que seja reconhecido seu direito indenizatório.

O apelado contrapôs-se aos termos do impulso recursal, refutando a argumentação expendida pela recorrente, pugnando pela manutenção da decisão objurada.

É o breve relatório.

Ao douto Revisor.

Goiânia, 31 de outubro de 2007.

Desembargador Felipe Batista Cordeiro – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo.

Ao que consta dos autos, o presente apelo teve origem na irrisignação da apelante com a decisão monocrática que julgou em parte procedente seu pedido, reconhecendo a pretérita união estável, mas indeferindo a fixação de verba indenizatória para fins de prestação de serviços domésticos.

De uma análise processual é possível verificar de pronto que não assiste razão à recorrente.

“Em tempos passados, o ministro Humberto Gomes de Barros, reconhecia o direito à indenização por serviços domésticos prestados, com entendimento baseado em decisões do próprio STJ, segundo o qual não havendo patrimônio a partilhar, a concubina teria o direito de receber indenização pelos serviços prestados ao companheiro durante o período da vida comum, cujo valor seria definido em liquidação por arbitramento. Esse entendimento, entretanto, foi contestado pelo ministro Ari Pargendler, para quem a indenização por serviços prestados era admitida no concubinato. Para ele, caracterizada a união estável, não há serviços prestados, e, sim, uma mútua colaboração. Ao acompanhar esse posicionamento, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito afirmou que o pedido é posterior à Constituição de 1988, a qual admite a união estável. “Ora, na união estável não se admite indenização por serviços domésticos.” Assim, o entendimento majoritário da Turma se firmou no sentido de que após a Constituição de 1988, não há que se falar em relação não-estável de concubinato,

cabendo o direito à pensão não por serviços domésticos prestados, mas pela intrínseca relação de companheirismo.” (Central Jurídica; Julgados de Direito de Família e sua evolução; 2007; *in* http://www.centraljuridica.com/materia/2045/direito_de_familia/click.php?mid=2045)

De acordo com artigo publicado (*in* COAD/ADV, Boletim Informativo Semanal 08/2003, p. 110):

“A união estável caracteriza-se pela livre comunhão de vidas por aqueles que se propõem a partilhar propósitos e interesses, comungando do desejo de constituir uma família. Evidenciada a existência do vínculo afetivo entre as partes, possível identificá-lo como uma união estável, pois entretinham uma convivência pública, notória e com identidade do envolvimento afetivo. O fato de constatar o fim do afeto e o sentimento doloroso pela sua perda não se resolve pela via indenizatória. Diferentemente do que ocorre no direito obrigacional, que tem em seu núcleo a vontade e cujo inadimplemento gera a obrigação de reparar eventuais danos causados, em sede de direito de família o elemento fundamental é o sentimento e o fim do afeto não pode ensejar

a obrigação de indenizar. Em suma, desde a constitucionalização da união estável como entidade familiar, recusando tratamento desigualitário com relação ao casamento, não há como deferir indenização por serviços domésticos prestados se descabe a possibilidade de concessão de tal compensação no fim do casamento.”

Outrossim, em recente julgado esse Egrégio Tribunal Estadual assim decidiu, vejamos:

“Os serviços prestados pela concubina em proveito da própria união, sem gerar qualquer reflexo patrimonial ou financeiro no acervo exclusivo do concubino, não são indenizáveis.” (TJGO; Rel. Dr. Ronnie Paes Sandre; A.C. Nº 98246-3/188; 13/04/2007)

Assim sendo, vislumbro acertada a decisão de primeiro grau, não merecendo reparo algum.

Ao teor do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, a fim de manter na íntegra a sentença monocrática.

É o meu voto.

Goiânia, 20 de novembro de 2007

Desembargador Felipe Batista Cordeiro – Relator

IMOBILIÁRIO

COBRANÇA - TAXA de SERVIÇO do CONDOMÍNIO usufruído pelo PROMITENTE COMPRADOR - RESPONSABILIDADE deste pelo PAGAMENTO-APELAÇÃO-PREPARO após TÉRMINO do PRAZO de INTERPOSIÇÃO-INTEMPESTIVIDADE

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Cível n. 379-065-4

Órgão Julgador: 8a. Câmara Cível

Fonte: DJPR, 18.01.2008

Relator: Juiz Luis Espíndola – convocado

Apelante: Condomínio Conjunto Residencial Paequerê – I

Apelante: Companhia de Habitação Popular de Curitiba

Apelados: os mesmos

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA QUANTO AO PERÍODO ANTERIOR À RESCISÃO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL. RESPONSABILIDADE DO PROMITENTE COMPRADOR, QUE USUFRUIU DOS SERVIÇOS DO CONDOMÍNIO DURANTE A OCUPAÇÃO DO IMÓVEL, AINDA QUE SEM REGISTRO O CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E REINTEGRADO NA POSSE DO IMÓVEL O PROMITENTE VENDEDOR. PREPARO EFETUADO APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO, INTEMPESTIVO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO 1 NÃO PROVIDA. APELAÇÃO 2 NÃO CONHECIDA.

1. A taxa de condomínio representa despesas a serem arcadas por aquele que usufruiu do serviço do condomínio durante a ocupação do imóvel, devendo, portanto, ser suportadas pelo promitente comprador do imóvel, ainda que o promitente vendedor tenha sido reintegrado na posse do imóvel.

2. É intempestivo o preparo efetuado após o prazo para a interposição do recurso.

Vistos, examinados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 379.065-4, de Curitiba, 4a. Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, em que é Apelante 1

Condomínio Conjunto Residencial Paequerê – I, Apelante 2 Companhia de Habitação Popular de Curitiba e Apelados os mesmos.

1. Relatório

Trata-se de recurso de Apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da Ação de Cobrança, sob nº 974/2001, proposta perante a 4a. Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba por Condomínio Conjunto Residencial Paequerê – I em face de Companhia de Habitação Popular de Curitiba – COHAB – CT, para condená-la ao pagamento das taxas condominiais de abril de 1998 a 31/08/1999, referente ao imóvel constituído pelo Bloco “C” ou 03, apartamento 03, localizado no Conjunto Residencial Moradias Paequerê I, corrigidos monetariamente desde seu vencimento e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, incidentes a partir de cada parcela não paga no período até o efetivo desembolso, por entender serem apenas devidas pela Ré, Companhia de Habitação Popular de Curitiba – COHAB – CT, as taxas de condomínio referente ao período posterior à rescisão do compromisso de compra e venda do imóvel objeto do condomínio realizado com terceiro. E, recíproca a sucumbência, condena o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação, devendo ser rateados na mesma porcentagem (sentença de fls. 217/225).

Irresignadas, ambas as partes apelam.

O Autor, em suas razões, argumenta que o débito condominial é dívida real, de modo que acompanha o imóvel, sendo a Ré responsável pelas taxas condominiais anteriores e posteriores à rescisão do compromisso de compra e venda firmado com terceiro. Aduz que inexistente compromisso de compra e venda, que implique em verdadeira transferência do domínio, representando obrigação da Ré o pagamento das taxas de condomínio, de acordo com o art. 4º, parágrafo único, da Lei 4.591/64 (razões de fls. 228/234).

Por sua vez, a Ré, em suas razões, alega a ilegitimidade ativa, em decorrência dos boletos evidenciarem o “contrato de cobrança garantida”, restando caracterizada a sub-rogação

do crédito pela empresa Garante Serviços de Apoio S/C Ltda. Defende a ofensa ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que, apesar de ter pedido de realização de provas, o feito foi julgado antecipadamente. Aduz que não deve ser responsabilizada pelo pagamento das taxas condominiais, posto incumbir ao possuidor do imóvel tal obrigação, conforme Lei 4.591/64 (razões de fls. 256/264).

Contra-razões às fls. 257/264 (Apelante Companhia de Habitação Popular de Curitiba – COHAB – CT), deixando o Apelante Condomínio Conjunto Residencial Paequerê – I de apresentar manifestação (certidão de fl. 270).

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento de ambos os recursos (fls. 285/292).

É, em síntese, o relatório cujos autos recebi em substituição ao eminente Desembargador José Simões Teixeira.

2. Voto e fundamentação.

Prefacialmente, julgo deserto o recurso interposto pela Apelante Companhia de Habitação Popular de Curitiba – COHAB – CT, em virtude do preparo ter sido realizado intempestivamente.

No presente caso, a apelação da COHAB – CT se deu no último dia do prazo, em 12/06/2006, tendo o preparo apenas sido efetuado em 13/06/2006.

Como se vê não se trata de preparo feito em valor inferior, quando possível a intimação da parte para sua complementação, mas de recolhimento intempestivo.

Nesse sentido:

“Sedimentou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que o preparo feito após a interposição do recurso, ‘ainda que dentro do prazo recursal, deve ser considerado deserto’ (STJ-Corte Especial, REsp 135.612-DF, rel.p.o.ac. Min. Garcia Vieira, j. 17.12.97, não conheceram do recurso, 10 votos a 9, DJU 29.6.98, p. 3; RSTJ 107/117, 154/374, STJ-RDA 366/231, RT 726/317, 735/298, 735/402, 740/314, 744/247, maioria, RJTJERGS 180/378, 182/306, JTAERGS 98/179, 99/150). Ainda: Súmula 19 do TJDF: ‘O preparo do recurso há de ser comprovado no momento de sua interposição, ainda que remanesça parte do prazo para seu exercitamento, sob pena de deserção’ (in Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 39a. ed., Saraiva: São Paulo, 2007, art. 511:1b, p. 654).

No tocante ao recurso do Apelante Condomínio Conjunto Residencial Paequerê – I, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do mérito do recurso

Cuida-se a controvérsia na legitimidade passiva da Apelante COHAB – CT quanto à obrigação do pagamento das taxas condominiais anteriores à rescisão do compromisso de compra e venda celebrado com terceiro.

O Condomínio Apelante defende que os débitos condominiais são obrigações de natureza real, de modo que acompanham o imóvel ainda que este seja alienado.

Observa-se nos autos que a Apelante COHAB – CT firmou compromisso de compra e venda do imóvel (fl. 91) cujas taxas condominiais são objeto de cobrança, sendo este rescindido, em abril de 1998, por força de decisão proferida em ação de resolução de contrato c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos, movida pela Apelante COHAB – CT em face do terceiro.

Ar. decisão apelada reconheceu a legitimidade passiva da Companhia de Habitação Popular de Curitiba tão-somente em relação à dívida referente ao período posterior à rescisão contratual, em abril de 1998, sob o fundamento da ausência de registro não descaracterizar o contrato de compromisso de compra e venda realizado entre terceiro e a Apelante COHAB

– CT nem tampouco afastar a posse do imóvel exercida pelo terceiro, responsável pelo pagamento das taxas condominiais, em razão de ter utilizado os serviços do condomínio.

Com razão o Douto Juízo Sentenciante.

É que, revendo posicionamento anterior, constata-se que, apesar do contrato de compromisso de compra e venda não ter sido registrado e da reintegração da COHAB – CT na posse do imóvel, esta não pode ser responsabilizada por período que comprovadamente não ocupou o imóvel.

Isso porque a taxa de condomínio representa despesas a serem arcadas por aquele que usufruiu do serviço do condomínio durante a ocupação do imóvel, devendo, portanto, ser suportadas pelo promitente comprador do imóvel.

No presente caso, restou devidamente evidenciado que o promitente comprador efetivamente ocupou o imóvel usufruindo dos serviços prestados pelo Condomínio, tanto que os boletos de cobrança foram emitidos em seu nome, conforme se vê às fls. 23/51, sendo de sua responsabilidade o pagamento das taxas condominiais referentes ao período anterior à rescisão contratual, em abril de 1998.

A propósito:

“I – Se as taxas condominiais dizem respeito a serviços prestados em favor do próprio imóvel, quem usufrui referidos serviços deve arcar com as despesas oriundas das taxas condominiais.

II – Cabe ao promitente-comprador a responsabilidade em pagar as cotas condominiais referentes ao período em que esteve na posse do imóvel” (TJPR, AC 232.999-3, 9a. Câmara Cível (extinto TA), Relator José Augusto Gomes Aniceto, julgamento em 23/12/2003, DJ 6565, publicação em 20/02/2004, p. 13 a 20).

“Cabe ao promitente-comprador a responsabilidade em pagar as cotas condominiais referentes ao período em que esteve na posse do imóvel, mesmo que o promitente-vendedor tenha sido reintegrado na posse do imóvel após o período correspondente ao débito das taxas condominiais.” (TAPR AC 3.0169308-7, Sexta Câmara Cível, Relatora Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, julgamento em 07/05/2001, DJ 5886, publicação em 25/05/2001, p. 198 a 202).

“A ausência de registro da promessa de venda e compra no Ofício Imobiliário não descaracteriza a obrigação do promissário comprador perante o condomínio. Precedente: EREsp nº 261.693-SP. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 425.425/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 12.11.2002, DJ 28.10.2003, p. 289).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso do Apelante Condomínio Conjunto Residencial Paequerê – I (Apelante 1) para manter a r. sentença, e não conhecer o recurso da Apelante Companhia de Habitação Popular – COHAB – CT (Apelante 2), ante a intempestividade do preparo das custas.

3. Dispositivo.

ACORDAM os Excelentíssimos integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso do Apelante Condomínio Conjunto Residencial Paequerê – I (Apelo 1) e negar conhecimento ao recurso da Apelante Companhia de Habitação Popular de Curitiba – COHAB – CT (Apelo 2), nos termos do voto.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carvílio da Silveira Filho, presidente com voto, e Guimarães da Costa.

Curitiba, 20 de dezembro de 2007.

Luis Espíndola – Relator

PROCESSO CIVIL

RECURSO ESPECIAL - ASSINATURA por ADOGADO sem PROCURAÇÃO nos autos - SÚMULA 115/STJ - Impossibilidade de REGULARIZAÇÃO da REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL após a INTERPOSIÇÃO do RECURSO

Superior Tribunal de Justiça
Emb. Divergência em Recurso Especial n. 899.436 – SP
Órgão julgador: 1a. Seção
Fonte: DJ, 19.12.2007
Relator: Min. José Delgado
Embargante: Antonio Carlos Satiro
Embargado: Fazenda Nacional

PROCESSO CIVIL – PROCURAÇÃO – AUSÊNCIA DE ASSINATURA – RECURSO DIRIGIDO AO STJ.

1. A jurisprudência majoritária e reiterada desta Corte é no sentido de exigir do recorrente procuração devidamente assinada quando da interposição de recurso.

2. Descabe ao relator diligenciar para obter assinatura de procuração juntada aos autos para interposição de recurso no STJ.

3. Embargos de divergência conhecidos, mas não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Eliana Calmon, que lavrará o acórdão.” Votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2007. (Data do Julgamento)

Ministra Eliana Calmon – Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator):

Cuida-se de embargos de divergência para discutir acórdão da egrégia 2a. Turma desta Corte, da lavra do eminente Min. Castro Meira, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FINSOCIAL E COFINS. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.

1. “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (Súmula 115/STJ).

2. A regularidade da representação processual deve ser provada até a interposição do especial, salvo quando pleiteada expressamente a posterior anexação do instrumento de mandato, o que não ocorreu na espécie quanto ao recurso dos autores.

3. Extingue-se o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não sendo esta expressa, somente após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (EREsp 435.835/SC, j. em 24.03.04).

4. Não há óbice para a compensação dos créditos recolhidos indevidamente a título de Finsocial com parcelas vencidas e vincendas da Cofins.

5. Recurso especial do contribuinte não conhecido. Recurso especial da União improvido.

Aduz que o aresto divergiu de outro proferido pela egrégia 1a. Turma (AgReg no AG nº 573733/RS), no sentido oposto à decisão, *id est*, de que “constatada pelas instâncias ordinárias a ausência nos autos de procuração, deve o Juízo ensejar a possibilidade de suprimento da apontada irregularidade de representação postulatória, nos moldes preconizados pelo art. 13 do estatuto processual”.

A ementa do referido julgado registra:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ESPECIAL. ADOGADO SEM PROCURAÇÃO. OPORTUNIDADE DE REGULARIZAÇÃO NOTRIBUNAL DE ORIGEM. APLICAÇÃO DO ART. 13 DO CPC.

1. Constatada pelas instâncias ordinárias a ausência nos autos de procuração, deve o Juízo ensejar a possibilidade de suprimento da apontada irregularidade de representação postulatória, nos moldes preconizados pelo art. 13 do estatuto processual. Precedentes.

2. A ausência de procuração do advogado subscritor do recurso especial, quando detectada no Tribunal de origem, em princípio, não implica a inadmissão do apelo, haja vista a previsão de concessão de prazo razoável para a regularização da representação processual, a teor do art. 13 do CPC. Superado esse prazo, revela-se, inequívoca a falta do requisito de admissibilidade recursal.

3. Agravo regimental a que se nega o provimento. Decisão agravada mantida, com a determinação do retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que sua presidência prossiga no processamento do recurso especial.

Admitido o processamento dos embargos, a parte embargada apresentou impugnação, requerendo, em preliminar, o não-conhecimento do recurso e, no mérito, seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator):

O cerne da questão cinge-se em saber se, na instância ordinária, é possível regularizar o recurso que não tenha sido interposto com procuração.

A questão é simples e singela. Não merece delongas a respeito.

Esta egrégia Corte Superior de Justiça já uniformizou entendimento de que o recurso apresentado na instância ordinária sem procuração do seu signatário é passível de saneamento, devendo ser intimado o advogado a corrigir tal vício. A respeito, registro as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCURAÇÃO. SUPRIMENTO. POSSIBILIDADE NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 284 DO STF.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a ausência de procuração do advogado nas instâncias ordinárias constitui vício sanável, nos termos do art. 13 do CPC.

2. Alegação genérica de ofensa a lei federal não é suficiente para delimitar a controvérsia, sendo necessária a especificação do dispositivo legal considerado violado (Súmula n. 284/STF).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp nº 614723/RJ, 2a. Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 16/03/2007)

PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO – REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. Jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que a irregularidade da representação processual pode ser sanada nas instâncias ordinárias.

2. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp nº 664291/RS, 2a. Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22/05/2006)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SIGNATÁRIO DA PETIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL, NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. VÍCIO SANÁVEL. ART. 13 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO DA PARTE PARA REGULARIZAÇÃO. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do STJ é por demais remansosa no sentido de que o recurso oposto, na Instância ordinária, sem procuração do seu signatário, não é inexistente, constituindo-se vício sanável, visto que, em face do princípio da instrumentalidade processual, deve-se intimar a parte para sanar a irregularidade. Precedentes de todas as Turmas, Seções e da Corte Especial.

2. Esse entendimento deve ser aplicado na hipótese em que se detecta, ainda no tribunal *a quo*, a ausência de procuração do patrono que subscreve o recurso especial e o submete ao juízo admissório.

3. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag nº 699192/SP, 1a. Turma, deste Relator, DJ de 06/02/2006)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. VÍCIO SANÁVEL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N.º 284/STF. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07/STJ.

– A ausência de procuração constitui vício sanável nas instâncias ordinárias, devendo o juiz ou o relator, no tribunal, antes de qualquer providência, oportunizar à parte suprir a irregularidade da representação.

– Não se conhece do recurso na parte em se encontra deficientemente fundamentado, de modo a impedir a compreensão da controvérsia.

– O STJ não se presta ao reexame de conteúdo fático-probatório dos autos.

Agravo no agravo de instrumento não provido. (AgRg no Ag nº 632184/RJ, 3a. Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 12/12/2005)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INSUFICIÊNCIA DOS BENS NOMEADOS. SÚMULA 07/STJ NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. VÍCIO SANÁVEL. ART. 13 DO CPC.

1. É vedado o reexame de matéria fática em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

2. Não viola o artigo 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a falta de procuração do advogado nas instâncias ordinárias constitui vício sanável, conforme preceito insculpido no art. 13 do CPC. Precedentes: REsp 331071/PR, 4a. Turma, Min. Barros Monteiro, DJ 07.03.2005; REsp 322856/PR, 2a. Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 28.06.2004.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (REsp nº 771748/RJ, 1a. Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14/11/2005)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. REGULARIZAÇÃO. POSSIBILIDADE NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. Nas instâncias ordinárias, a falta de representação processual é sanável, devendo ser aberto prazo razoável para a regularização (art. 13 do CPC).

2. Precedentes iterativos da Corte Especial do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg no REsp nº 89002/DF, 2a. Turma, DJ de 24/11/2003, Rel. Min. João Otávio De Noronha)

PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO. AUTARQUIA. JUNTADA DE CÓPIA DE PROCURAÇÃO. PROTESTO PELA CONFERÊNCIA COM OS ORIGINAIS. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE SEM APRECIADO DO PEDIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que:

– “Na linha de precedente da Corte, a ‘intimação pessoal da parte é imprescindível, para a declaração de extinção do processo, por abandono ou por não atendimento a diligência a cargo do autor. Não basta aquela feita na pessoa de seu Advogado, uma vez que este é que cumpre, efetivamente, na grande maioria das situações, praticar certos atos processuais tendentes a provocar o andamento regular do feito; e que envolvem o aspecto subjetivo, qual seja, no que diz respeito à vontade do litigante em abandonar ou não a causa’.” (REsp nº 135212/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO)

– “Na Instância ordinária não pode o juiz anular ou extinguir o processo sem antes abrir prazo para que o autor regularize a representação processual. Precedentes desta Corte.” (AgReg no AG nº 118283/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO)

– “O juiz deve assinar prazo no despacho que ordena ao autor a regularização da representação processual (CPC, art. 13); sem a marcação do prazo, não pode extinguir o processo, ainda que o despacho judicial seja desatendido.” (REsp nº 47657/SP, Rel. Min. ARIPARGENDLER)

– “Nas Instâncias ordinárias, a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável, aplicando-se, para o fim de regularização postulatória, o disposto no art. 13 do CPC. Na Instância especial, outra é a disciplina, teor da Súmula 115/STJ, segundo a qual ‘na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos’.” (REsp nº 88600/RS, Rel. Min. COSTALEITE)

– “Em face da sistemática vigente (CPC, art. 13), o juiz não deve extinguir o processo por defeito de representação antes de ensejar à parte suprir a irregularidade. O atual Código de Processo Civil prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis.” (REsp nº 68478/MG, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA)

– “Na Instância ordinária, o defeito é sanável, à vista do disposto no art. 13 do Cód. de Pr. Civil. Precedente da Corte Especial do STJ: REsp-50538.” (REsp nº 86376/RS, Rel. Min. NILSONAVES)

2. Protestando a parte pela conferência dos documentos originais com as cópias dos instrumentos procuratórios, não é prudente o juiz extinguir o feito sem que antes defira à parte (ou ao menos aprecie) tal oportunidade.

3. Recurso não provido. (REsp nº 499863/RJ, 1a. Turma, DJ de 08/09/2003, deste Relator)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL POR AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 13, DO CPC. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DAS FORMAS.

1. A ausência do instrumento de procuração nas instâncias ordinárias é um vício sanável, a teor do que reza o art. 13, do CPC, de forma que se deve proceder à abertura de prazo razoável para a regularização do mandato.

2. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.

3. Agravo Regimental desprovido. (AgReg no AG nº 438299/RS, 1a. Turma, DJ de 04/11/2002, Rel. Min. Luiz Fux)

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. CPC, ART. 13. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

1. Verificada a ausência da procuração outorgada ao subscritor do recurso de Apelação, cabe ao Relator abrir prazo razoável para que seja sanada a omissão. Aplicação do CPC, art. 13, aos dois graus da instância ordinária.

2. Precedente da Corte Especial – Resp 50.538/RS, rel. Min. Costa Leite, DJ 19/12/94.

3. Embargos acolhidos. (REsp nº 74101/MG, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 14/10/2002)

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – LOCAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO – AUSÊNCIA – INSTÂNCIA ORDINÁRIA – IRREGULARIDADE SANÁVEL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1 – A falta de procuração do advogado da parte nas Instâncias Ordinárias (quer no Juízo monocrático, quer nos Tribunais), constitui defeito sanável de representação processual, que deve ser regularizado mediante intimação pelo magistrado competente. Inteligência dos arts. 13 e 37, ambos do Código de Processo Civil.

2 – Precedentes (REsp nºs 199.833/SP, 156.102/RJ e 237.065/SP).

3 – A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea c, da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Inocorrendo isto na espécie, impossível o seu conhecimento sob este prisma.

4 – Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, anulando parcialmente o v. acórdão de origem, determinar ao Tribunal *a quo* que proceda a intimação da parte para regularização de sua representação processual, devendo após, ser apreciado o mérito de sua apelação. (REsp nº 285687/RJ, 5a. Turma, DJ de 20/05/2002, Rel. Min. Jorge Scartezini)

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO, INTERPOSTA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, SUBSCRITA POR QUEM NÃO TEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS.

– Na instância ordinária, a falta de representação processual é sanável, devendo o juiz assinar prazo para a respectiva regularização.

– Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 200210/RS, 3a. Turma, DJ de 20/05/2002, Rel. Min. Ari Pargendler)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, INCISO III, “A” E “C”, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. APELAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 13 DO CPC. OCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. RECURSO PROVIDO.

– Conforme entendimento pacificado nesta egrégia Corte, a falta de procuração do advogado, nas instâncias ordinárias, constitui vício sanável, de acordo com o disposto no artigo 13 do Código de Processo Civil.

– Dessarte, tanto na primeira como na segunda instância, se irregular a representação das partes, diante da ausência do instrumento de mandato do subscritor da apelação, deve o juiz ou o relator, antes de qualquer providência, determinar prazo razoável para que seja suprida a omissão e corrigida a irregularidade postulatória.

– Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 245280/RS, 2a. Turma, DJ de 20/05/2002, Rel. Min. Franciulli Netto)

RECURSO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 13 DO CPC.

– A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se para o fim de regularização da representação da parte o disposto no art. 13 do CPC. Precedentes da Eg. Corte Especial.

– Embargos conhecidos e recebidos. (REsp nº 197307/SP, Corte Especial, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 01/10/2001)

PROCESSOCIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. SUPRIMENTO. OPORTUNIDADE. CPC, ART. 13.

1. Consoante entendimento firmado na Eg. Corte Especial, a falta de instrumento de mandato é defeito sanável nas instâncias ordinárias devendo assinar-se prazo para suprimento da irregularidade.

2. Embargos de divergência recebidos para que, obedecida a orientação acima e regularizada a representação do subscritor do recurso de apelação, seja esta devidamente julgada. (REsp nº 191879/SP, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 25/06/2001)

Ademais, como bem afirmado no acórdão embargado, o instrumento de mandato já foi juntado aos autos após o oferecimento do apelo nobre.

Esse é o posicionamento que sigo, por entender ser o mais coerente.

Portanto, conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento para determinar o retorno dos autos à egrégia 2a. Turma a fim de que aprecie o recurso especial do embargante nos demais aspectos.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

A Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon:

Sr. Presidente, peço *venia* ao Sr. Ministro Relator para me posicionar de acordo com a jurisprudência que tem prevalecido nesta Corte, qual seja, de que, na instância especial, a teor do disposto na Súmula 115/STJ, é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos, não se admitindo a juntada posterior do instrumento, sendo inaplicável, portanto, o art. 13 do CPC.

Nesse diapasão, colaciono os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. DEFEITO INSANÁVEL NOS RECURSOS DIRIGIDOS À INSTÂNCIA ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 115/STJ.

1. É no momento da interposição do recurso que a representação do advogado deve ser comprovada, não podendo ser suprida a falta do instrumento de procuração após o protocolo do Recurso Especial, ainda que no Tribunal de origem.

2. “Publicado o acórdão e correndo prazo para a interposição do especial, a instância ordinária já cumpriu e acabou o ofício jurisdicional, de modo que não é possível seja, ali, sanado o defeito. O que rege a espécie não é o art. 13, mas o art. 37 do Código de Processo Civil que instrui a Súmula 115.” (EDRESP 100531/SP, 3a. Turma, Min. Nilson Naves, DJ de 01.12.1997). 3. Agravo Regimental provido. (AgRg no REsp 877.302/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJ 23/10/2007, p. 232)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADVOGADA SIGNATÁRIA QUE NÃO TINHA PROCURAÇÃO NOS AUTOS NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. SÚMULA 115/STJ.

1. “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (Súmula 115/STJ).

2. É indispensável que o advogado comprove, no momento da interposição do recurso, a legítima outorga de

poderes pela parte, valendo ressaltar que, na instância superior, é inadmissível qualquer diligência a fim de sanar esse vício.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no REsp 892.088/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 27/09/2007, p. 233)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. SÚMULA 115 DO STJ.

I. “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” – Súmula n. 115/STJ.

II. É no momento da interposição do recurso especial que se comprova a representação. A juntada de procuração após o juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo* não sana o defeito. Não se aplica, em instância especial, o artigo 13, do CPC.

III. Agravo regimental improvido. (AgRg no AG 829.855/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 06/08/2007, p. 509)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO ADVOGADO. SÚMULA 115/STJ.

1. “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (Súmula 115/STJ).

2. A procuração outorgada ao advogado da parte que interpõe recurso especial deve constar dos autos, ou ser juntada a eles, no momento da interposição do recurso.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AG 794.733/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 12/04/2007, p. 222)

Com essas considerações, nego provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki:

Sr. Presidente, sou muito simpático à tese do Sr. Ministro José Delgado, porque não vejo razão nenhuma para fazer a distinção entre instâncias ordinária e extraordinária para o fim de sanar uma irregularidade. Todavia, temos a súmula que determina o contrário. Ora, a instância extraordinária, não se aplica essa possibilidade. A instância extraordinária começa quando termina a ordinária, quer dizer, já começa com a interposição do recurso especial. Por isso, conheço dos embargos de divergência e nego-lhes provimento

CERTIDÃO

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

“A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Eliana Calmon, que lavrará o acórdão.”

Votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 14 de novembro de 2007

Carolina Vêras – Secretária

PENAL - PROCESSO PENAL

HABEAS CORPUS incabível - ESTUPRO e ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CRIME HEDIONDO - CRIME CONTINUADO diferenciado - Impossibilidade de PROGRESSÃO DE REGIME prisional

Superior Tribunal de Justiça
Habeas Corpus n. 46.011 – SP

Órgão julgador: 6a. Turma

Fonte: DJ, 19.12.2007

Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: J. B. S.

Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: J. B. S. (preso)

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL.

1. Não é possível a aplicação da continuidade delitiva para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, embora do mesmo gênero, não são da mesma espécie, elementar necessária para a aplicação do favor legal inserto no artigo 71 do Código Penal. 2. Os crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor cometidos em sua forma simples, ainda que praticados mediante violência presumida, são qualificados como hediondos, nos termos da Lei nº 8.072/90.

3. Possibilidade de progressão de regime, ainda quando da prática de crimes hediondos ou a eles equiparados (posição vencedora).

4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para afastar o óbice à progressão de regime contida na Lei de Crimes Hediondos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por maioria, em conceder em parte a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Nilson Naves. Vencido em parte o Sr. Ministro Relator, que a denegava.

Lavrará o acórdão, por deliberação da Turma, o Sr. Ministro Relator.

Votou com o Sr. Ministro Nilson Naves o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006.

Ministro Hélio Quaglia Barbosa – Relator

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator):
Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por J. B. S.,

em seu próprio favor, contra decisão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o pedido de progressão do regime de cumprimento da pena e o reconhecimento da continuidade delitiva no caso em tela.

Consta dos autos que o paciente fora condenado a dezessete anos e nove meses de reclusão, a serem cumpridos em regime integralmente fechado, em razão da prática dos delitos descritos nos artigos 213 e 214 c/c 69, todos do Código Penal.

Requer, deste modo, o reconhecimento da continuidade delitiva, bem como a progressão do regime prisional.

Liminar indeferida (fl. 11); informações prestadas (fls. 24/25)

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem em decisão assim ementada:

“**HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME HEDIONDO. ART. 5º, INC. XLIII DA CF E ART. 1º, INCISOS VE VIDA LEINº 8.072/90. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE.**

– O atual entendimento do STF é pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos. (Precedentes do STJ).

– Não há continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, pois, embora do mesmo gênero, são de espécies diferentes.

– Pela denegação da ordem.” (fls. 37/44)

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator):

1. É entendimento desta Corte Superior, a impossibilidade da aplicação da continuidade delitiva para concursos dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, isso porque, embora sejam do mesmo gênero – crimes contra a liberdade sexual – não são da mesma espécie, elementar necessária para a aplicação do favor legal inserto no artigo 71 do Código Penal.

Sobre o tema esta Corte já se manifestou:

“**REVISÃO CRIMINAL. COMPETÊNCIA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES.**

[...]

5. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prática, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a desarmonia de espécie dos crimes considerados.

6. Revisão criminal parcialmente conhecida e, nesta extensão, julgada improcedente. Remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a quem, de direito, compete apreciar o pedido revisional de absolvição.” (RvCr319/SP, 3a. Seção, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ01.07.2004. Grifei)

2. Lado outro, os crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor cometidos em sua forma simples, são qualificados como hediondos, nos termos da Lei nº 8.072/90, sendo-lhes vedada a progressão do regime prisional.

Nesse sentido, são os julgados deste sodalício:

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. NATUREZA HEDIONDA. REGIME INTEGRAL FECHADO. PROGRESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONHECIDA EM PARTE. DENEGADA NA PARTE CONHECIDA.

1. Com efeito, a jurisprudência desta Corte, adotando entendimento esposado pelo Pretório Excelso (HC 81.288/SC, Informativo STF nº 255), é no sentido de que o crime de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que na forma simples e mesmo com violência presumida, tem natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado.

2. Absolvição e desclassificação do delito não podem ser objeto de apreciação nesta Corte por implicar em análise detalhada e valorativa do conjunto fático-probatório, afeto às instâncias ordinárias e inviável no âmbito restrito do *habeas corpus*, a teor do disposto na súmula 07 do STJ.

3. Ordem conhecida em parte e, nessa parte, denegada.” (HC 37340, 6a. Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 23.05.2005. Grifei)

Mesmo posicionamento adotado pelo STF:

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. VEDAÇÃO. DOENÇA MENTAL. REDUÇÃO DA PENA. PRECEDENTES. *HABEAS* conhecido e indeferido.” (HC 82.617/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 13/02/2004)

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA

PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. O Plenário desta Corte, ao julgar o HC nº 81.288, rel. p/o acórdão o Min. Carlos Velloso (sessão de 17.12.2001), firmou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve se dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido.” (RHC 82.098/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 29/11/2002)

3. No entendimento desta relatoria, não obstante se reconheça ainda atual a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não é menos certo, também, que inexistente decisão plenária, no Excelso Pretório, infirmando adequação da norma à vigente Carta Constitucional.

Essa posição, todavia, não prevalece no âmbito desta 6a. Turma, que vem decidindo pela possibilidade de progressão de regime, ainda quando da prática de crimes hediondos ou a eles equiparados.

4. Dessarte, CONCEDE-SE PARCIALMENTE a ordem, tão-somente para afastar o óbice à progressão de regime contida na Lei de Crimes Hediondos.

É como voto

CERTIDÃO

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

“A Turma, por maioria, concedeu em parte a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Nilson Naves. Vencido em parte o Sr. Ministro Relator, que a denegava e lavrará o acórdão, por deliberação da Turma.”

Votou com o Sr. Ministro Nilson Naves o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 16 de fevereiro de 2006

Eliseu Augusto Nunes de Santana – Secretário

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

PRESCRIÇÃO - PRAZO - ACIDENTE DO TRABALHO - Pedido de INDENIZAÇÃO na JUSTIÇA ESTADUAL e posterior REMESSA à JUSTIÇA DO TRABALHO - CITAÇÃO - INTERRUPÇÃO prescricional - Aplicação do ART. 177/CC-1916

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de Revista n. 1417/2005-120-15-00

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJ, 14.12.2007

Relator: Min. Waldir Oliveira da Costa

Recorrente: Carlos Aparecido Verde

Recorrida: Usina Açucareira de Jabotical S/A

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL E REMETIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO.

1. Hipótese em que a ação de indenização por acidente do trabalho foi ajuizada perante o Juízo de Direito da Comarca de Guariba SP que, em razão do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, declinou da competência à Justiça do Trabalho em face do disposto no art. 114, VI, da Constituição Federal e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Competência 7.204.

2. Assim, ocorrendo o ajuizamento da ação ordinária junto à Justiça Estadual, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a citação interrompeu a prescrição, nos termos do art. 219, *caput* e seu § 1º, do CPC.

3. Nesse caso, a alteração da competência em razão da matéria (art. 87 do CPC) não tem o condão de operar a incidência da prescrição trabalhista regulada pelo art. 7º, XXIX, da CF/88, porque aplicável à situação preexistente o prazo de prescrição previsto no art. 177 do Código Civil de 1916.

4. Do contrário, haveria, como de fato houve, ofensa ao princípio do direito adquirido do autor à prescrição vintenária ainda não consumada quando do ajuizamento da ação perante a Justiça Estadual.

5. Configurada violação à literalidade dos arts. 5º, XXXVI, da CF, 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e 177 do Código Civil/1916.

Recurso de Revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1417/2005-120-15-00.3, em que é Recorrente Carlos Aparecido Verde e Recorrida Usina Açucareira de Jabotical S/A.

O egrégio TRT da 15a. Região (fls. 318/319), analisando o Recurso Ordinário do Reclamante, negou-lhe provimento para confirmar a r. sentença de primeiro grau que pronunciou a prescrição total do direito postulado na ação de indenização por danos morais, nos termos do inciso XXIX do art. 7º da CF/88.

Inconformado, o Reclamante recorre de Revista, às fls. 321/332, com base nos arts. 5º, XXXVI, da CF/88, 6º, do Decreto-Lei nº 4657/42 e alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT. Pugna a reforma do v. acórdão do Regional, a fim de que seja reconhecida a prescrição vintenária prevista no art. 177 do Código Civil/1916, alegando que se trata de ação indenizatória ajuizada perante a justiça comum, competente à época para apreciação do tema, razão pela qual a aplicação imediata da EC/45 viola o direito adquirido. Traz arestos à divergência.

Despacho de admissibilidade à fl. 357.

Contra-razões apresentadas pela Reclamada, às fls. 358/370. Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 320/321), mandato regular (fl. 11) e preparo dispensado (fl. 248). Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, analiso os intrínsecos do recurso de revista.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL E REMETIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO

O egrégio TRT da 15a. Região negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante, para confirmar a r. sentença de primeiro grau que pronunciou a prescrição total do direito postulado na ação de indenização por danos morais, nos termos do art. 7º, XXIX, *a*, da CF/88, consoante as seguintes razões de decidir, à fl. 319, *verbis*:

“A Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004 (DOU 31/12/2004), com vigência na data de sua publicação, ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, para a apreciar as ações de indenização por dano moral e patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (art. 114, VI, da Constituição Federal), o que se pleiteia na hipótese (fls. 08/09).

Desta forma, prevalece, para as referidas ações, a prescrição do art. 7º, XXIX, da Carta Magna, e não aquela prevista no art. 177, do Código Civil revogado, nos termos do art. 2º, § 1º, da LICC, e porque independentemente de qual ramo do Judiciário aprecie a questão, a prescrição aplicável é a prevista no artigo constitucional citado, não podendo falar em imprescritibilidade e ofensa a direito adquirido. Isso porque referido artigo trata, genericamente, da prescrição de todos os créditos resultantes da relação de trabalho, dentre os quais se encontram aqueles oriundos da responsabilidade civil do empregador.

Tendo o contrato de trabalho mantido entre as partes sido extinto em 17/08/1994, ou seja, há mais de dois anos a contar do ajuizamento da ação (21/11/2001), deve ser mantida a prescrição total da ação.”

Inconformado, o Reclamante interpõe recurso de revista, argumentando que o julgamento proferido pelo egrégio 15º Regional violou os arts. 5º, XXXVI, da CF/88, 177 do Código Civil/1916 e 6º, *caput*, do Decreto-Lei nº 4.657/42.

Pugna a aplicação da prescrição vintenária, uma vez que se trata de ação indenizatória ajuizada perante a justiça comum, antes da vigência da EC/45, de modo que a aplicação imediata da referida emenda constitucional, resultaria em violação ao direito adquirido. Traz arestos à comprovação da divergência.

Razão lhe assiste.

Como visto, trata-se de hipótese em que a ação de indenização por acidente do trabalho foi ajuizada perante o Juízo de Direito da Comarca de Guariba SP que, em razão do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, declinou da competência à Justiça do Trabalho em face do disposto no art. 114, VI, da Constituição Federal e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Competência 7.204.

O Tribunal Regional entendeu que, independentemente de qual ramo do Judiciário aprecie a questão, a prescrição aplicável é a prevista no artigo 7º, XXIX, da CF/88, não podendo falar em imprescritibilidade e ofensa a direito adquirido.

Com tais razões, rejeitou-se a tese exposta no recurso ordinário do Reclamante, no sentido de que não se aplica ao caso dos autos o prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da CF, mas sim a prescrição vintenária preconizada no art. 177 do Código Civil vigente na época do ajuizamento da ação indenizatória perante a Justiça Estadual.

Todavia, diferentemente do que entendeu a Corte de origem, tenho que, ocorrendo o ajuizamento da ação ordinária junto à Justiça Estadual, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a citação interrompeu a prescrição, nos termos do art. 219, *caput* e seu § 1º, do CPC.

Nesse caso, a alteração da competência em razão da matéria (art. 87 do CPC) não tem o condão de operar a incidência da prescrição trabalhista regulada pelo art. 7º,

XXIX, da CF/88, porque aplicável à situação preexistente o prazo de prescrição previsto no art. 177 do Código Civil de 1916.

Do contrário, haveria, como de fato houve, ofensa ao princípio do direito adquirido do autor à prescrição vintenária ainda não consumada quando do ajuizamento da ação perante a Justiça Estadual.

Destarte, resta configurada violação à literalidade dos arts. 5º, XXXVI, da CF, 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e 177 do Código Civil/1916.

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso de Revista na forma da alínea *c* do art. 896 da CLT.

2. MÉRITO

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL E REMETIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO

No mérito, como corolário do conhecimento do recurso de revista por violação direta e literal de disposição

da Constituição da República e de lei federal, impõe-se seu provimento para, reformando o acórdão regional, afastar a pronúncia da prescrição total, determinando a remessa dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem, para que profira novo julgamento, observado o disposto no art. 177 do Código Civil/1916.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por violação dos arts. 5º, XXXVI, da CF, 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e 177 do Código Civil/1916 e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, afastar a pronúncia da prescrição total, determinando a remessa dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem, para que profira novo julgamento, observado o disposto no art. 177 do Código Civil/1916.

Brasília, 11 de dezembro de 2007.

Walmir Oliveira da Costa – Ministro-Relator

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

MANDADO DE SEGURANÇA - PRAZO para IMPETRAÇÃO-ATO OMISSIVO da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RENOVAÇÃO a cada nova OMISSÃO-ATO COMISSIVO, 120 dias - CONTAGEM da CONSUMAÇÃO - DECADÊNCIA não admite SUSPENSÃO ou INTERRUPTÃO-AGRAVO REGIMENTAL improvido

Supremo Tribunal Federal

Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 26733

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Fonte: DJE, 30.11.2007

Relator: Min. Eros Grau

Agravante: Edson de Sousa

Agravado: Tribunal de Contas da União

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS OMISSIVOS E COMISSIVOS. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. ART. 18 DA LEIN. 1.533/51. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em se tratando de relação jurídica de caráter continuado, o prazo para impetrar mandado de segurança renova-se a cada omissão da Administração Pública. Tratando-se de ato comissivo, o prazo de 120 dias para a impetração conta-se a partir do momento em que consumado. Precedentes [MS 25.136, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 6.5.05 e RMS n. 24.534, Redator para o acórdão o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 28.5.04]. 2. A decadência não admite suspensão ou interrupção. Precedente [AgR-MS n. 25.816, de que fui relator, DJ de 4.8.06]. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão

Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de novembro de 2007.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a mandado de segurança em razão do transcurso do prazo de decadência do direito à impetração.

2. Edson de Sousa insurge-se contra acórdão do TCU que considerou ilegal o ato concessivo de sua aposentadoria por não comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período de trabalho rural.

3. O agravante foi notificado do teor do Acórdão TCU n. 3.345/2006 através do Ofício n. 618/2006 - CGRH/DRPF/M.J, datado de 22.12.06 (fl. 156). O ato que cancelou sua aposentadoria foi publicado no Diário Oficial da União de 26.12.06 (fl. 153).

4. O prazo decadencial para impetração de mandado de segurança expirou em 26.4.07. O *writ*, no entanto, apenas foi protocolado em 21.6.07.

5. O agravante sustenta que o prazo teria sido interrompido em razão do ajuizamento de ação ordinária perante a Justiça Federal, para discutir o processo administrativo do TCU que culminou com a edição do ato coator.

6. Requer a reconsideração da decisão ou o provimento do recurso de agravo, determinando-se o regular processamento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): O prazo decadencial para impetração de mandado de segurança expirou em 26.4.07. O *writ* foi protocolado neste Tribunal em 21.6.07.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em se tratando de relação jurídica de caráter continuado, o prazo para impetrar mandado de segurança renova-se a cada omissão da Administração Pública.

3. Tratando-se, porém, de ato omissivo, expressivo da intenção inequívoca do Poder Público em praticá-lo, o prazo de 120 dias para a impetração conta-se a partir do momento em que consumado:

“DECADÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRESTAÇÕES SUCESSIVAS – ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS - DISTINÇÃO. Incide a decadência quando a impetração, embora a envolver relação jurídica de débito continuado, está dirigida contra o ato omissivo, e não simplesmente omissivo, da autoridade coatora” (MS 25.136, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 6.5.05, grifou-se).

“Conforme orientação do pleno do Supremo Tribunal Federal firmada no MS 21.248, o prazo decadencial do mandado de segurança em casos de prestações sucessivas (pagamento de remuneração de servidores) é contado a partir de cada novo ato, salvo se houver rejeição expressa da pretensão pela autoridade

administrativa. Orientação que, na hipótese, impede a conclusão de que a impetração se destina a substituir ação de cobrança. Recurso conhecido e parcialmente provido, para que o Tribunal *a quo*, afastada a preliminar, examine o pedido como lhe parecer de direito” (RMS n. 24.534, Redator para o acórdão o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 28.5.04. Grifou-se).

4. A decadência não admite suspensão ou interrupção, do que decorre a intempestividade do mandado de segurança, em coerência com a jurisprudência desta Corte [AgR-MS n. 25.816, de que fui relator, DJ de 4.8.06).

Nego provimento ao agravo regimental.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 05.11.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carmen Lúcia.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu

Secretário

TRIBUTÁRIO

DEBÊNTURE da ELETROBRÁS - OFERTA para GARANTIA de DÍVIDA TRIBUTÁRIA - LIQUIDEZ do TÍTULO e DECADÊNCIA incertas - Inexistência de PROVA da VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO - ART. 273/CPC - AGRAVO INTERNO improvido

Tribunal Regional Federal da 1a. Região
Ag. Interno no Agravo n. 2007.01.00.018011-6/DF
Órgão julgador: 7a. Turma
Fonte: DJ, 21.12.2007

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto – convocado
Agravante: Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimento Ltda.
Agravado: Fazenda Nacional

Tributário e processual civil. Antecipação de tutela. Oferta de debêntures da Eletrobrás como garantia de crédito tributário. Divergência jurisprudencial (STJ) acerca de sua liquidez. Dúvida acerca da decadência dos títulos. Ausência de prova inequívoca da verossimilhança (art. 273 do CPC).

I. As debêntures da Eletrobras não consubstanciam garantia idônea para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, “não havendo falar em ‘expressão econômica facilmente aferível’ ou em ‘plena liquidez’, típicas dos títulos cotáveis em bolsa” (TRF1: AGTAG2004.01.00.018757-0/MG).

II. Com relação ao tema, há divergência entre as T1 e T2 do STJ (v.g.: REsp n. 897.853/RS e REsp n. 911.153/RS). ‘Eventual divergência de posicionamento, inerente à atividade jurisdicional e decorrente da independência assegurada aos magistrados pelo Estado Democrático de Direito, consubstancia ausência de prova inequívoca (art. 273 do CPC)’ (TRF1: AGTAG2006.01.00.002019-7/MA).

III. Ademais, persiste a dúvida acerca da decadência dos títulos. A ausência de prova inequívoca, então, mais se reforça.

IV. Ausente, portanto, a comprovação inequívoca da verossimilhança da alegação (art. 273 do CPC), a antecipação de tutela não pode ser concedida.

V. Agravo interno não provido.

VI. Peças liberadas pelo Relator, em 14/12/2007, para publicação do acórdão.

ACÓRDÃO

Decide a 7a. Turma NEGAR PROVIMENTO ao agravo interno por unanimidade.

Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto – Relator Convocado

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (Relator Convocado):

Por agravo protocolizado em 16 MAI 2007, a agravante pediu, com efeito suspensivo ativo, a reforma

da decisão datada de 30 ABR 2007 (f. 41-3), que a MMA. Juíza Federal Substituta Cristiane Pederzoli Rentzsch, da 17a. Vara/DF, que, nos autos da AO n. 2007.34.00.012822-1, que ajuizou em 23 ABR 2007 contra a União Federal objetivando compensação da exigência (PIS, COFINS, IRPJ, CSLL, CSRF, IRRF, CLT e multas: R\$7.619.155,72) com créditos em execução por título extrajudicial (autos n. 2006.34.00.025309-0 – debêntures da Eletrobrás), indeferiu antecipação de tutela para suspensão da exigibilidade tributária. S. Exa. entendeu que as debêntures da Eletrobrás não são títulos hábeis.

A agravante sustentou que o STJ admite a idoneidade de aludidos títulos.

Por decisão datada de 25 MAI 2007 (f. 298-9 – DJ 1º JUN 2007), o Exmo. Des. Fed. LUCIANO TOLENTINO AMARAL negou seguimento ao agravo, por manifestamente improcedente, nestes termos:

“3. Antecipação de tutela reclama os requisitos concomitantes do art. 273 do CPC.

4. Esta Corte entende que as debêntures da Eletrobrás não consubstanciam garantia idônea para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, “não havendo falar em ‘expressão econômica facilmente aferível’ ou em ‘plena liquidez’, típicas dos títulos cotáveis em bolsa” (AGTAG n. 2004.01.00.018757-0/MG, minha relatoria, T7, un., DJ II 20 SET 2004).

5. A T2 do STJ abona tal entendimento:

“EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEBÊNTURES DA ELETROBRÁS.

1. É absolutamente razoável a recusa do credor quanto à garantia que não expressa efetivamente o valor da execução ou que seja de difícil alienação, conforme [...] art. 15 da Lei das Execuções Fiscais. Precedentes da Corte.

.....”
(REsp n. 897.853/RS, Rel. Min. CASTROMEIRA, un., DJ 01/03/2007, p. 260)

6. A T1 do STJ, todavia, parece caminhar noutro sentido:

“[...]. PENHORA DE DEBÊNTURE DA ELETROBRÁS COM A FINALIDADE DE GARANTIA DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI 6.830/80). POSSIBILIDADE. [...].

.....”
2. Mudança no entendimento da 1a. Turma do STJ, que [...], firmou-se no sentido de que “Dada a sua natureza de título de crédito, as debêntures são bens penhoráveis. Tendo cotação em bolsa, a penhora se dá na gradação do art. 655, IV [...], que corresponde à do art. 11, II, da Lei 6.830/80; do contrário, são penhoráveis como créditos, na gradação do inciso X de mesmo artigo [...], que corresponde à do inciso VIII do art. 11 da referida Lei [...]”.

.....”
(REsp n. 911.153/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, un., DJ 10/05/2007, p. 360)

7. Ora, “**Eventual divergência** de posicionamento, inerente à atividade jurisdicional e decorrente da independência assegurada aos magistrados pelo Estado Democrático de Direito, consubstancia **ausência de prova inequívoca** (art. 273 do CPC)” (AGTAG n. 2006.01.00.002019-7/MA, minha relatoria).

8. Não o bastante, há desdobramento fático (a reclamar ampla instrução e regular contraditório). A uma,

porque os títulos (Obrigações da Eletrobrás das séries “V”; “BB”; e “AA”), emitidos nos anos de 1971 e 1972, consoante consulta ao site/link “**elb/portal**”, aparentam extinção por decadência (ocorrida em DEZ 1996 [série “V”] e DEZ 1997 [séries “AA” e “BB”]); a duas, porque os mesmos títulos estão ainda em fase inicial de Execução (em que certamente se discutirão, pela via dos embargos, sua liquidez, certeza e determinação). Ainda, pois, que se pudesse, em tese, prestigiar a posição da T1 do STJ, o caso concreto é distinto. A ausência de prova inequívoca, então, mais se reforça.

A agravante (empresa), por petição protocolizada (via fax) em 08 JUN 2007 (f. 304-37), com original juntada em 11 JUN 2007 (f. 339-72), toma agravo interno, sustentando a liquidez e apontando não ter havido a decadência do título. Aduz que o STJ vem admitindo a garantia de execução fiscal por meio de debêntures da ELETROBRÁS.

Sem resposta (f. 375).

É o relatório.

VOTO

A decisão ora agravada contém em si fundamentos jurídicos amplos, que ora evoco, suficientes para mantê-la, pois a agravante insiste em alegações que não podem ser resolvidas na via eleita.

Debêntures são valores mobiliários emitidos pelas S.A., representativos de empréstimos, cada título dando ao debenturista idênticos direitos de crédito contra a emissora, sendo esses direitos fixados na escritura de emissão. Seu valor de mercado, portanto, decorre da livre negociação entre comprador/vencedor, como simples decorrência das leis de oferta e procura, não havendo falar em “expressão econômica facilmente aferível” ou em “plena liquidez”, típicas dos títulos cotáveis em bolsa.

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a falta do requisito primordial de prova inequívoca da verossimilhança da alegação é suficiente à não concessão da antecipação de tutela:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REQUISITOS.

Os pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada são concorrentes, a ausência de um deles inviabiliza a pretensão do autor.

A falta do requisito primordial, qual seja, prova inequívoca da verossimilhança da alegação inviabiliza o deferimento da antecipação da tutela, dispensado o julgador da apreciação do “periculum in mora” que, de qualquer modo, foi analisado no acórdão recorrido.” (REsp n. 265.528, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, T2, DJ 25/08/2003)

A demonstrada divergência entre as T1 e T2 do STJ evidencia a ausência de prova inequívoca da alegação. Ademais, persiste a dúvida acerca da possível decadência dos títulos. Não há falar, portanto, na pretendida antecipação de tutela (art. 273 do CPC).

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto - Relator Convocado

AÇÃO de SEPARAÇÃO LITIGIOSA - CASAMENTO realizado no EXTERIOR - CÔNJUGE domiciliado no BRASIL - COMPETÊNCIA da JUSTIÇA brasileira

Ação de separação judicial litigiosa. Casamento realizado no exterior. Cônjuge domiciliado no Brasil. Recurso provido. I - Nos termos do Art. 7º da Lei de Introdução do Código Civil, em se tratando de direito de família, vigoram as leis do país em que domiciliada a pessoa. II - A justiça brasileira é competente para processar e julgar as controvérsias atinentes ao direito de família, quando uma das partes é domiciliada no Brasil. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20040111058208 - Comarca do Distrito Federal - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Nívio Geraldo Gonçalves - j. em 14.02.2007 - Fonte: DJDF, 31.05.2007).

AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - FILHO MENOR - Necessidade presumida - REDUÇÃO descabida

Família. Revisão de alimentos. Redução, pretensão descabida. Beneficiária em idade escolar. Necessidades presumidas. Binômio alimentar (ou trinômio, para alguns) bem valorado pela sentença. Confronto das necessidades de quem percebe e das possibilidades de quem paga. Insuficiência econômica não indubitavelmente comprovada. Ônus probatório desatendido (CPC, art. 333, I). Percentual incidente sobre o salário mínimo. Transferência para incidir sobre os vencimentos líquidos, ganhos variáveis dificultando a mensuração. Sentença confirmada. Apelação desprovida. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70018644104 - Comarca de Parobé - 8a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos - j. em 29.03.2007 - Fonte: DJRS, 04.04.2007).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente relator, Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, a seguinte lição: "A hipótese é de revisão de alimentos, em que o alimentante/apelante pleiteia a redução da verba destinada à filha menor de 66,6% do salário mínimo para 15% dos seus rendimentos líquidos, excluindo-se os descontos legais, férias e verbas rescisórias. Na verdade, tenho que a sentença está correta ao consignar que o autor não se desincumbiu em demonstrar a alteração de suas possibilidades, nos termos do que dispõe o art. 333, I, do CPC. O chamado binômio alimentar (ou trinômio, para alguns), como sabido, tem como referência as necessidades do beneficiário e as possibilidades do obrigado. E esse balizamento deve ser levado em conta no caso de revisão (redução ou majoração) ou exoneração, sobrevindo mudança na situação financeira de quem supre ou de quem recebe os alimentos, conforme preconiza o Código Civil (art. 1.699). Nessa equação, não se estima razoável, no contexto dos fatos, a pretensão de minorar o valor dos alimentos destinados à menor (09 anos de idade - fls. 129), cujas necessidades são presumidas, e tendem a aumentar com a aproximação da adolescência."

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA e JUROS REMUNERATÓRIOS - AUSÊNCIA DE PROVAS - PROVA PERICIAL - Necessidade

Direito civil e processual civil. Ação revisional de contrato. Comissão de permanência e juros remuneratórios. Ausência de provas. Prova pericial. Necessidade. Julgamento antecipado. Impossibilidade. Sentença cassada. 1. Postulando a parte pela produção de prova pericial para demonstrar fato controvertido, não cabe o julgamento antecipado da lide, sob pena de violação do direito da parte de produzir provas influentes no convencimento do julgador. 2. É nula a decisão que, sem produzir prova pleiteada por uma das partes, acolhe as razões da parte adversária, sob fundamento de que aquela não comprovou o fato alegado. Apelação cível 1 provida. Apelação cível 2 prejudicada. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0454142-2 - Comarca de Londrina - 15a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Jucimar Novochadlo - j. em 16.01.2008 - Fonte: DJPR, 01.02.2008).

CONTRATO DE ADESAO - CARTÃO DE CRÉDITO - RECEBIMENTO na RESIDÊNCIA do CONSUMIDOR - ADESAO tácita com a sua UTILIZAÇÃO

Direito civil. Relação de consumo. Indenização por danos morais. Contrato de cartão de crédito. Adesão tácita. Autorização de descontos em conta corrente. 1. De acordo com o art. 432, do Código Civil, se o negócio jurídico não exigir aceitação expressa, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando em tempo a recusa. 2. O consumidor que recebe cartão de crédito em sua residência e passa a utilizá-lo, sem ressalvas, por mais que não tenha assentido expressamente, concorda tacitamente com os termos do contrato de adesão fornecido pela administradora de cartões, onde consta a permissão de descontos em sua conta-corrente. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20000110307520 - Comarca do Distrito Federal - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. J.J. Costa Carvalho - j. em 08.08.2007 - Fonte: DJDF, 27.09.2007).

CONTRATO DE SEGURO de VEÍCULO - LIMITAÇÃO de COBERTURA - PREVISÃO CONTRATUAL - Possibilidade

Apelação cível - Seguro de veículo - Limitação de cobertura - Previsão contratual - Possibilidade - Cláusula restritiva redigida em destaque e de forma clara - Inexistência de abusividade. Tratando-se de contratos de seguros, é lícita a inclusão de cláusulas que limitam a cobertura para determinados riscos, desde que tais cláusulas sejam redigidas em destaque, de maneira clara e de fácil compreensão pelo segurado. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.04.328130-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - 13a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Adilson Lamounier - j. em 10.01.2008 - Fonte: DJMG, 01.02.2008).

ESTATUTO do IDOSO - DISCUSSÃO em FAMÍLIA - MEDIDA PROTETIVA - PESSOA que discutiu com idosos deve afastar-se da PROPRIEDADE sob PENA DE MULTA

Família. Estatuto do idoso. Desavenças familiares, proteção a idoso. Afastamento da propriedade, sob pena de multa. Familiares de filho falecido, direito de pessoa idosa a ser protegido. Permanência dos descendentes não protegidos por lei. Liminar deferida em favor do progenitor, pessoa idosa. Acusações recíprocas, necessidade de dilação probatória. Conveniência de manutenção do estado atual. Agravo desprovido. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70018633107 - Comarca de Bento Gonçalves - 8a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos - j. em 26.04.2007 - Fonte: DJRS, 03.05.2007).

FALÊNCIA - DECRETAÇÃO depende de REQUERIMENTO e AÇÃO PRÓPRIA - Incabível sua decretação no curso da EXECUÇÃO

Execução por quantia certa contra devedor solvente - Inexistência de bens - Decretação da falência - Pedido formulado no curso da execução - A falência, para ser decretada, depende de requerimento e ação própria, com processo autônomo e procedimento próprio - Incabível, no curso da execução, sua decretação - Arts. 78, 79, 94, II, § 4º - Agravo improvido. (TJ/SP - Ag. de Instrumento n. 7.148.650-3 - Comarca de Catanduva - 24a. Câ. de Direito Privado - Ac. unân. - Rel.: Des. Salles Vieira - j. em 04.10.2007 - Fonte: DJSP, 31.10.2007).

INVENTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA de UNIÃO ESTÁVEL não basta para autorizar a RESERVA de BENS em favor da COMPANHEIRA

Inventário. Reserva de bens em favor da companheira. Reconhecimento de união estável. Precedentes da Corte. 1. O simples ajuizamento da ação declaratória de união estável não basta para autorizar a reserva de bens em favor da companheira. Tratando-se de providência cautelar, necessário que estejam presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora. E para tanto necessário é o exame das circunstâncias concretas do caso, na soberana avaliação dos elementos de prova apresentados nos autos. 2. Recurso especial

não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 2004/0067223-0 - São Paulo - 3a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes Direito - j. em 02.08.2007 - Fonte: DJ, 05.11.2007).

NEGÓCIO JURÍDICO inválido - SIMULAÇÃO - SOCIEDADE entre PAI e FILHOS - EXTINÇÃO por VONTADE dos SÓCIOS - TRANSFERÊNCIA de BENS da sociedade para alguns dos filhos

Civil. Apelação. Ação ordinária. Sociedade entre pai e filhos. Extinção por vontade dos sócios. Transferência de bens da sociedade para alguns dos filhos. Ato travestido de regularidade. Simulação. Negócio jurídico inválido. Recurso não provido. I - A simulação ocorre quando o negócio jurídico celebrado entre as partes é apenas aparente, pois há, na verdade, desencontro da vontade interna com a externa. II - A transferência de bens imóveis de pai para filho mediante ato travestido de regularidade e sem a anuência expressa dos demais filhos, viola o disposto no art. 1.132 do Código Civil de 1916. III - Apelação conhecida e não provida. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.02.724164-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 13a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Adilson Lamounier - j. em 08.11.2007 - Fonte: DJMG, 12.01.2008).

RESPONSABILIDADE CIVIL - CLÍNICA MÉDICA - DEFEITO da PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - NEXO DE CAUSALIDADE - DANO MORAL devido

Responsabilidade civil. Clínica médica. Defeito do serviço. Nexo de causalidade. Dano moral. Existência. 1- O ordenamento jurídico estabelece a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores, decorrentes de defeitos relativos à prestação dos serviços (art. 14 do CDC). 2- Neste contexto, a morte accidental de paciente no interior do estabelecimento hospitalar configura conduta imprudente, imperita ou negligente dos prepostos, macula a segurança que se espera do serviço hospitalar e enseja o dever de indenizar os prejuízos daí advindos. Elevação da verba indenizatória. desprovimento do segundo apelo. Provimento do primeiro apelo. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2007.001.13640 - Comarca de São Gonçalo - 5a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Antonio Saldanha Palheiro - j. em 03.04.2007 - Fonte: DOERJ, 02.05.2007).

IMOBILIÁRIO

AÇÃO COMINATÓRIA - FACHADA - ALTERAÇÃO de COISA COMUM - OFENSA à CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO

Ação cominatória - Alteração de fachada - Coisa comum - Ofensa à convenção de condomínio. Constitui medida de direito a ordem de desfazimento de obra que, ainda que realizada em área de uso privativo do morador, implica alteração desautorizada da fachada do condomínio. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0701.05.123604-3/001 - Comarca de Uberaba - 9a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. José Antônio Braga - j. em 15.01.2008 - Fonte: DJMG, 26.01.2008).

AÇÃO DE COBRANÇA - REAVALIAÇÃO do IMÓVEL - Inocorrência - AUSÊNCIA DE PROVA de OFENSA ao ART. 683/CPC

Agravo de instrumento - Ação de cobrança - Reavaliação do imóvel - Inocorrência de afronta ao art. 683 do CPC - Agravo improvido. Não havendo ofensa ao art. 683, do

CPC, não há falar em nova avaliação do imóvel. A pretensão em obter a repetição da avaliação judicial, sob o argumento de que os valores apurados pelo avaliador judicial não condizem com a realidade, afigura-se improsperável, diante da ausência de prova de ofensa ao art. 683 do CPC. (TJ/MS - Ag. de Instrumento n. 2007.022041-4 - Comarca de Três Lagoas - 3a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Hamilton Carli - j. em 14.01.2008 - Fonte: DJMS, 25.01.2008).

AÇÃO DE DESPEJO - COBRANÇA de DÉBITO locatício - ABANDONO do IMÓVEL pelo LOCATÁRIO antes da propositura da AÇÃO - Cabível a DEMANDA para a VERIFICAÇÃO da CONDIÇÃO do abandono e para extinguir a RELAÇÃO contratual

Despejo c/c cobrança de débito locatício abandono do imóvel antes da propositura da demanda - Imissão na posse - Interesse de agir. Ação de despejo cumulada com cobrança de débito locatício. Abandono do imóvel pelo locatário antes

da propositura da ação. Preenchimento das condições para o legítimo exercício do direito de ação. Dúvidas sobre o real abandono e a causa a se projetar na subsistência, ou não, do contrato. Cabimento da demanda, para fins de se verificar as condições do abandono e obter pronunciamento judicial sobre a extinção da relação contratual. Entendimento doutrinário. Sentença reformada. Conhecimento e provimento do recurso, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2007.001.68249 - Comarca de Niterói - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Ricardo Couto - j. em 01.02.2008 - Fonte: DOERJ, 13.02.2008).

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - INADIMPLÊNCIA do COMPRADOR

Processual civil. Ação de reintegração de posse. Contrato de compra e venda. Inadimplência. 1 - Comprovada a inadimplência do adquirente comprador de imóvel, em cujo contrato consta cláusula de resolução expressa, correto o julgador ao reintegrar o vendedor na posse do imóvel. 2 - A indenização das benfeitorias que teria sido doadas ao comprador, em razão de acordo de trabalho, deve ser discutida em ação própria já que não ventilada na ação possessória. Recurso conhecido e improvido. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200704223486 - Comarca de Goiânia - 4a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Carlos Escher - j. em 13.12.2007 - Fonte: DJGO, 18.01.2008).

CONTRATO DE LOCAÇÃO - PENHORA de BEM DE FAMÍLIA do FIADOR - Possibilidade - Observância da LEI 8009/90, art. 3º, VII e da LEI 8245/91

Agravo de instrumento. Execução. Locação. Penhora de bem de família do fiador. Possibilidade. Precedentes. - Conclui-se, diante do atual posicionamento jurisprudencial tanto desta corte de justiça, como do colendo STJ, pela possibilidade de constrição do imóvel do garante, ainda que considerado como bem de família, tendo em vista o disposto no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90, acrescentado pela Lei nº 8.245/91, que tornou inoponível a impenhorabilidade do bem de família "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação". - Recurso provido. Unânime. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20070020121926 - Comarca do Distrito Federal - 6a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Otávio Augusto - j. em 12.12.2007 - Fonte: DJDF, 22.01.2008).

CONTRATO DE LOCAÇÃO por PRAZO DETERMINADO - PRORROGAÇÃO legal por PRAZO INDETERMINADO - FIANÇA - EXONERAÇÃO - Impossibilidade

Civil. Locação. Embargos de divergência em recurso especial. Contrato de locação por tempo determinado. Prorrogação legal por prazo indeterminado. Fiança. Exoneração. Impossibilidade. Embargos de divergência acolhidos. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 566.633/CE, firmou o entendimento de que, havendo, como no caso vertente, cláusula expressa no contrato de aluguel de que a responsabilidade dos fiadores perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há falar em desobrigação destes, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado. 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ - Embs. de Divergência no Rec. Especial n. 2006/0053275-0 - Tocantins - 3a. S. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima - j. em 14.03.2007 - Fonte: DJ, 06.12.2007).

CONTRATO-FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO- PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - SUBSTITUIÇÃO pelo SALÁRIO MÍNIMO vigente- Impossibilidade

Contrato - Financiamento Imobiliário - PES (Plano de Equivalência Salarial) - Previsão de reajuste pelo "salário mínimo de referência", já que o mutuário qualificou-se como "autônomo" - Impossibilidade de substituição pelo salário mínimo vigente, por expressa proibição legal - Salário Mínimo que não pode ser utilizado como fator de correção monetária - Apelo provido. (TJ/SP - Ap. Cível n. 1.036.606-6 - 17a. Câ. de Direito Privado - Ac. unân. - Rel.: Des. Jacob Valente - j. em 25.10.2007 - Fonte: DJSP, 16.11.2007).

INTERDITO POSSESSÓRIO - POSSE do IMÓVEL - PRETENSÃO não declarada pelo RÉU em CONTESTAÇÃO - PRECLUSÃO - RECURSO ESPECIAL não conhecido

Recurso especial. Civil. Interdito possessório. Pretensão do réu de ver declarada, em seu favor, a posse do imóvel. Pedido não deduzido em contestação (art. 922 do CPC). Preclusão. Recurso não conhecido. 1. A questão relativa à existência, ou não, dos requisitos para a procedência da ação de interdito proibitório foi, efetivamente, analisada e decidida pelo acórdão guerreado, inclusive, como já se disse acima, de maneira favorável ao recorrente - na medida em que inexistentes as condições necessárias à proteção judicial perseguida pela autora, sua adversária. 2. A pretensão do réu, de ver declarada, em seu favor, a posse do imóvel, nos termos do artigo 922 do CPC, porém, não foi ventilada na contestação oferecida; daí, porque, não há falar em ofensa aos dispositivos legais mencionados, em vista da preclusão ocorrida. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 2004/0119629-1 - São Paulo - 4a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Hélio Quaglia Barbosa - j. em 18.10.2007 - Fonte: DJ, 05.11.2007).

SÍNDICO - SUBSTITUIÇÃO do FORNECIMENTO do GÁS do CONDOMÍNIO sem APROVAÇÃO prévia - APROVAÇÃO da OBRA e PRESTAÇÃO DE CONTAS sem qualquer ressalva - INDENIZAÇÃO indevida

Civil. Obrigação de fazer c/c indenizatória. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Síndico que substituiu o sistema de fornecimento de gás do condomínio sem aprovação prévia. Obra e respectiva prestação de contas que foram objeto de discussão em assembléia condominial, sendo posteriormente aprovadas sem qualquer ressalva. Não havendo ilicitude alguma no atuar do preposto do condomínio, não há que se falar em dever de indenizar. Sentença recorrida que se mostra incensurável. Apelo improvido. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2007.001.67562 - Comarca de Teresópolis - 15a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Celso Ferreira Filho - j. em 29.01.2008 - Fonte: DOERJ, 08.02.2008).

TAXA DE CONDOMÍNIO - ÍNDICE de CORREÇÃO - INPC - JUROS DE MORA e CORREÇÃO MONETÁRIA - COBRANÇA deve incidir a partir do VENCIMENTO de cada PARCELA

Apelação cível. Cobrança de taxa de condomínio. Juros de mora e correção monetária. Incidência a partir do vencimento de cada taxa. Índice de correção. INPC. Manutenção. Recurso provido em parte. 1. Os juros de mora e a correção monetária, na cobrança de taxa condominial, devem incidir a partir do vencimento de parcela. 2. O INPC é índice largamente utilizado para correção monetária, não

havendo motivos para substituí-lo por outro. Recurso provido em parte, para determinar a incidência dos juros (0,5% ao mês até a entrada em vigor do atual Código Civil e 1% ao mês após) e da correção monetária a partir do vencimento de cada cota. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0340072-4 - Comarca de Guaratuba - 8a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. José Simões Teixeira - j. em 14.12.2006 - Fonte: DJPR, 02.03.2007).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente relator, Des. José Simões Teixeira, a seguinte lição: “Também quanto ao termo inicial da correção monetária. Não sendo um *plus*, mas mera atualização do poder aquisitivo da moeda, a correção monetária deve incidir a partir do vencimento do débito e não da propositura do feito: Quanto à pretensão de aplicação de juros de 1% ao mês antes da entrada em vigor do atual Código Civil, não assiste razão ao Apelante. A convenção do condomínio, originalmente (fls. 14/17), não estipula essa taxa (fazendo menção apenas a ‘juros de mora’), e só pode haver

cobrança daquele percentual se houver previsão no estatuto condominial. [...] A correção monetária é devida, desde o vencimento do débito, pena de enriquecimento indevido do devedor. Juros de um por cento ao mês e multa. Acessórios que só serão exigíveis se previstos na convenção. A norma constante do artigo 12, § 3º da Lei 4.591/64 não os impõe, mas apenas autoriza que sejam pactuados. Assim, antes da entrada em vigor do atual Código Civil, os juros deverão ser de 0,5% ao mês; após, deverão ser de 1% ao mês. Quanto à utilização do IGP-M, a pretensão não deve prosperar. O INPC vem sendo adotado, maciçamente, pelo Judiciário paranaense como índice que melhor representa a variação do poder de compra da moeda. Voto, portanto, no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para determinar a incidência dos juros (0,5% ao mês até a entrada em vigor do atual Código Civil e 1% ao mês após) e da correção monetária a partir do vencimento de cada cota.”

PROCESSO CIVIL

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - INOVAÇÃO de argumentos - Impossibilidade - Observância do ART. 557/CPC, § 1º

Agravo regimental em recurso especial. Inovação. Impossibilidade. As razões do agravo regimental devem se limitar a atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, não se admitindo a inovação de argumentos, em sede recursal (art. 557, § 1º, CPC). Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Ag. Regimental em Rec. Especial n. 2006/0085523-0 - Rio Grande do Sul - 6a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Carlos Fernando Mathias - conv. - j. em 07.08.2007 - Fonte: DJ, 27.08.2007).

ARROLAMENTO - AÇÃO proposta antes da ENTRADA em VIGOR da LEI 11441/07 - REALIZAÇÃO de INVENTÁRIO e PARTILHA por VIA ADMINISTRATIVA - Possibilidade - EXTINÇÃO DO PROCESSO afastada

Apelação cível - Arrolamento - Sentença que extinguiu o processo, sem exame de mérito, asseverando a falta de interesse de agir superveniente, diante da entrada em vigor da Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 - Inadmissibilidade - A nova lei introduziu alterações no Código de Processo Civil para possibilitar a realização de inventário e partilha por via administrativa - 4 Adoção da via administrativa é faculdade das partes - Inteligência do artigo 982 do CPC - Hipótese, ainda, em que a ação foi proposta antes da entrada em vigor da referida Lei - Extinção afastada - Sentença anulada - Recurso provido para determinar que o feito tenha normal seguimento. (TJ/SP - Ap. Cível n. 506.138.4/3-00 - Comarca de Pirapozinho - 9a. Câ. de Direito Privado - Ac. unân. - Rel.: Desa. Viviani Nicolau - j. em 19.06.2007 - Fonte: DJSP, 02.07.2007).

EMBARGOS DO DEVEDOR - INTIMAÇÃO - Necessidade - MULTA COMINATÓRIA diária pelo não CUMPRIMENTO da OBRIGAÇÃO DE FAZER

Processo civil - Embargos do devedor - Execução fundada em título judicial - Obrigação de fazer - Multa cominatória - Termo inicial - Necessidade de intimação do devedor para o cumprimento da obrigação de fazer no prazo assinalado na sentença e o aguardo do seu decurso. Somente

depois de intimado o devedor para comprovar o cumprimento da obrigação de fazer estipulada na sentença e decorrido o prazo ali consignado para tanto é que incidirá a multa diária cominada. Negou-se provimento ao recurso. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20060110015775 - Comarca de Distrito Federal - 6a. T. - Ac. unân. - Rel.: Desa. Leila Arlanch - j. em 02.05.2007 - Fonte: DJDF, 31.01.2008).

EXECUÇÃO DE SENTENÇA - PESSOA JURÍDICA de DIREITO PRIVADO que não dispõe de BENEFÍCIO processual inerente à FAZENDA PÚBLICA - Observância do ART. 475-J/CPC

Agravo de instrumento - Execução de sentença. Rito do art. 730 do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade do dispositivo legal em relação à Parana previdência. Pessoa jurídica de direito privado que não dispõe dos benefícios processuais inerentes à fazenda pública. Rito do artigo 475-J e seguintes do CPC, a ser seguido. Liminar mantida. Agravo provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 0440880-8 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 6a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juíza Ana Lúcia Lourenço - conv. - j. em 22.01.2008 - Fonte: DJPR, 08.02.2008).

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA - COMPRA E VENDA não registrada - DESPESAS PROCESSUAIS - CONDENAÇÃO ao TERCEIRO que deu causa à CONSTRIÇÃO

Embargos de terceiro. Execução de título extrajudicial. Penhora. Compra e venda não registrada. Despesas processuais, aí englobando-se os honorários advocatícios. Condenação ao terceiro que deu causa à constrição. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Apelação a que se nega provimento. 1. Não pode ser responsabilizado pelas despesas do processo incidente e pelos honorários advocatícios, o credor que indica à penhora bem transferido a terceiro mediante compromisso de compra e venda não registrado no Cartório do registro de Imóveis. 2. Com a inércia do comprador em proceder ao registro não havia como o exequente tomar conhecimento de uma possível transmissão de domínio. 3. Cabe, outrossim, ao terceiro-embargante, adquirente do imóvel, pelo princípio da causalidade, arcar com os

consectários da sucumbência. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0385562-5 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 11a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Luiz Antônio Barry - conv. - j. em 04.04.2007 - Fonte: DJPR, 20.04.2007).

PREPARO insuficiente - Ausência de COMPLEMENTAÇÃO-DESERÇÃO-Observância do ART. 511/CPC, § 2º

Apelação cível. Preparo insuficiente. Ausência de complementação. Deserção. Art. 511, parágrafo 2º do Código de Processo Civil. O preparo, conforme dispositivo epígrafado, deve ser efetuado no ato da interposição do recurso. Se o recorrente, intimado para efetuar a complementação do preparo, queda-se inerte, há de ser declarado deserto o recurso, por ofensa perpetrada aos ditames do parágrafo 2º do artigo 511 do CPC. Recurso não conhecido, por deserto. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200703279054 - Comarca de Anápolis - 3a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juiz José Ricardo M. Machado - conv. - j. em 15.01.2008 - Fonte: DJGO, 31.01.2008).

PROVA PERICIAL-INDICAÇÃO de ASSISTENTE TÉCNICO - CONTRADITÓRIO para a PROVA - Ausência de INTIMAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - Observância do ART. 5º/CF, LV

Direito processual civil. Prova pericial. Indicação de assistente técnico. Ciência da data e local de produção da prova técnica. Necessidade. Contraditório para a prova. Ausência de intimação. Cerceamento de defesa. 1. O contraditório (art. 5º, LV, CF), em regra, deve ser exercido no momento da produção da prova, mediante a ciência pelas partes da data e local do ato instrutório e garantida a participação ativa dos litigantes na realização da prova. 2. Tratando-se de prova pericial, as partes devem ser cientificadas da data e local do início dos trabalhos do perito nomeado pelo juízo, a fim de que, por meio de seus assistentes técnicos, possam participar da produção da prova técnica. (art. 431-A CPC). 3. É nula a prova produzida sem a intimação das partes acerca da data e local da produção da prova, quando a ausência do assistente técnico redunde em prejuízo do direito de defesa da a parte. Apelação provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0446817-9 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 15a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Jucimar Novochadlo - j. em 16.01.2008 - Fonte: DJPR, 01.02.2008).

RECURSO ESPECIAL-INTERPOSIÇÃO por FAX -CONTAGEM de PRAZO-INTEMPESTIVIDADE-CÓPIA - Ausência - JUNTADA posterior - Impossibilidade

Processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Intempestividade. Prazo. Contagem. Interposição por fax. Cópia. Ausência. Juntada posterior. Impossibilidade. - O

prazo para a interposição do recurso especial é de 15 dias. - Se o recurso foi interposto via fax, deve o recorrente juntar obrigatoriamente na petição recursal o documento hábil a essa comprovação, sob pena de não conhecimento do recurso, não havendo espaço para juntada posterior, em sede de regimental. Precedentes. Agravo no agravo de instrumento não provido. (STJ - Ag. Regimental em Ag. de Instrumento n. 2007/0181141-5 - São Paulo - 3a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Nancy Andrighi - j. em 18.10.2007 - Fonte: DJ, 05.11.2007).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto da eminente relatora, Min. Nancy Andrighi, a seguinte lição: “A prova da tempestividade do recurso, aproveitando-se do protocolo via fax, ou da suspensão de expediente forense em dia relevante para contagem de prazo relativo a recurso especial ou agravo de instrumento deve ser feita na interposição deste e não posteriormente, em embargos de declaração ou agravo regimental contra decisão que declara a intempestividade. [...] Portanto, a alegação da interposição do recurso especial via fax e do protocolo tempestivo de sua via original, utilizando-se do benefício da Lei 9.800/99, que teria alterado a contagem do prazo, não justifica a admissibilidade do recurso especial ou do agravo de instrumento, pois não foi comprovada no ato de interposição deste. É dever legal do agravante instruir corretamente o recurso de agravo, devendo juntar as peças obrigatórias relacionadas no artigo 544, § 1º do CPC, bem como as peças imprescindíveis para a verificação da tempestividade recursal, sob pena de não conhecimento do recurso.”

SENTENÇA EXTRA PETITA - NULIDADE - Observância do ART. 128/CPC e do ART. 460/CPC

Apelação cível. *Decisum extra petita*. Nulidade. Prejudicada a análise do agravo retido. Sentença cassada. A sentença e *extra petita*, quando não se atem aos termos do pedido, em manifesta infringência aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Apelo provido. Agravo retido, prejudicado. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200704195628 - Comarca de Goiânia - 3a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Felipe Batista Cordeiro - j. em 18.12.2007 - Fonte: DJGO, 25.01.2008).

SEGURO DE VIDA - SUICÍDIO do SEGURADO - Ausência de premeditação - INDENIZAÇÃO devida

Apelação cível. Embargos à execução. Seguro de vida. Suicídio do segurado. Ausência de premeditação. Indenização devida. O suicídio não premeditado a época da contratação do seguro de vida equipara-se ao acidente, sendo nula, porquanto abusiva, a cláusula excludente de responsabilidade da seguradora. Recurso conhecido e improvido. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200601178038 - Comarca de Goiânia - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Alan S. de Sena Conceição - j. em 15.05.2007 - Fonte: DJGO, 11.06.2007).

PENAL - PROCESSO PENAL

AUDIÊNCIA-INTERROGATÓRIO - Ausência da ASSINATURA do DEFENSOR na ATA - Inocorrência de ENTREVISTA reservada ao ACUSADO - DECRETAÇÃO de NULIDADE do feito - VIOLAÇÃO de GARANTIA CONSTITUCIONAL

Processo penal. *Habeas corpus*. Audiência interrogatório. Ausência de assinatura do defensor na ata de audiência. Nome do causídico não declinado no termo de audiência. Inexistência de perguntas formuladas pela defesa

e dúvida quanto à observância do procedimento previsto no artigo 185, § 2º, do CPP. Ordem concedida. 1 - O caso dos autos não se trata de mera irregularidade formal consubstanciada na ausência de assinatura do defensor na ata de audiência. Ao contrário, a ausência de assinatura some-se o fato de que o nome do causídico não foi declinado no termo de audiência, não consta menção ao procedimento de entrevista reservada do acusado com sua defesa (Art. 185, § 2º, do CPP) E, ainda, a circunstância de que o defensor não formulou perguntas ao

paciente, o que permite concluir pela violação aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados ao acusado, impondo-se, por conseguinte, a decretação de nulidade do feito a partir da audiência de interrogatório. 2- *Habeas corpus* concedido. Nulidade decretada. (TJ/DF - *Habeas Corpus n. 20070020095264 - Comarca de Distrito Federal - 2a. T. Criminal - Ac. unân. - Rel.: Desa. Gislene Pinheiro - j. em 06.09.2007 - Fonte: DJDF, 24.10.2007*).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto da eminente relatora, Desa. Gislene Pinheiro, a seguinte lição: “Se no caso concreto não constasse apenas a assinatura do defensor no termo de audiência, poder-se-ia aplicar o entendimento jurisprudencial no sentido de que se tratava de mera irregularidade incapaz de ocasionar prejuízo à defesa do paciente. Todavia, o caso *sub examine* traz algumas particularidades que justificam a decretação de nulidade do mencionado ato processual, pois, como dito, além de não constar a assinatura no termo de audiência, também não consta o nome de quem teria sido designado para a defesa do paciente naquele ato processual. Outrossim, ao final, sequer formulou perguntas ao paciente, o que poderia ajudar na elucidação da questão. Acresça-se a isso a ausência de menção à conversa prévia entre defensor e acusado, nos termos do artigo 185, § 2º, do CPP. Do exposto, decorre a existência de indícios acerca da nomeação de advogado para o ato. Mas tal presunção não é o bastante para garantir que ao acusado foi assegurado os direitos e garantias constitucionais. *In casu*, entendo que se trata de nulidade absoluta devendo, por conseguinte, ser realizado outro interrogatório, observando-se os direitos e garantias constitucionalmente assegurados ao paciente.”

CONTRABANDO-DESCAMINHO-PEQUENO VALOR - APLICAÇÃO do PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA-ABSOLVIÇÃO

Fato assimilado a contrabando ou descaminho - Princípio da insignificância - Pequeno valor - Aplicabilidade - Absolvição. O ínfimo valor da mercadoria, sem qualquer repercussão no patrimônio do Estado, à míngua de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 334, § 1º, c, do CP, não repercute na ordem jurídica de modo a ensejar a reprimenda estatal, pois a irrelevância do resultado implica no reconhecimento da atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância, afetando materialmente a estrutura do delito. Recurso provido. (TJ/MG - *Ap. Criminal n. 1.0395.02.002669-0/001 - Comarca de Manhumirim - 3a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel.: Des. Antônio Armando dos Anjos - j. em 24.04.2007 - Fonte: DJMG, 22.05.2007*).

CRIME CONTRA A HONRA - LEIDE IMPRENSA - INCOMPETÊNCIA do JUÍZO - Observância da LEI 5250/67, art. 42

Habeas corpus. Direito penal. Crimes contra a honra. Artigo 42 da Lei de Imprensa. Incompetência do juízo. Ocorrência. Ordem concedida. 1. Nos crimes de imprensa, o lugar do delito, para a determinação da competência territorial, será aquele em que for impresso o jornal ou periódico, e o do local do estúdio do permissionário ou concessionário do serviço de radiodifusão, bem como o da administração principal da agência noticiosa, nada importando o local onde residem os destinatários e público da ofensa. 2. Ordem concedida. (STJ - *Habeas Corpus n. 2006/0237215-1 - São Paulo - 6a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Hamilton Carvalhido - j. em 02.08.2007 - Fonte: DJ, 13.08.2007*).

CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL - PRODUTO proveniente do EXTERIOR - Irrelevância - COMPETÊNCIA da JUSTIÇA ESTADUAL - Inocorrência de DENÚNCIA por DESCAMINHO

Processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 184, § 2º, do CP. Crime contra a propriedade intelectual. Competência. Justiça estadual. Produtos provenientes do exterior. Irrelevância. Paciente não denunciado por descaminho. I - Compete à Justiça Estadual processar e julgar crimes contra a propriedade intelectual, quando não praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas. (Precedentes). II - Não opera o deslocamento da competência para a Justiça Federal a circunstância de que os produtos teriam sido adquiridos no exterior, uma vez que, in casu, o recorrente não foi denunciado por crime de descaminho. (Precedentes). Recurso ordinário provido. (STJ - *Rec. Ordinário em Habeas Corpus n. 2007/0185335-7 - Paraná - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Felix Fischer - j. em 25.09.2007 - Fonte: DJ, 05.11.2007*).

ESTELIONATO - EMISSÃO de CHEQUE SEM FUNDOS - CONTA encerrada - AUSÊNCIA DE PROVAS do DOLO antecedente do AGENTE - ILÍCITO CIVIL - ABSOLVIÇÃO

Estelionato - Emissão de cheque pós-datado sem provisão de fundos e conta encerrada - Ausência de comprovação do dolo antecedente do agente - Não configuração do tipo penal - Ilícito civil - Absolvição - Recurso provido. A emissão de cheque pós-datado sem fundos, por não caracterizar fraude, exclui a conduta de estelionato, mediante fraude no pagamento por meio de cheque, prevista no artigo 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal. Não se comprovando o dolo e a fraude empregada pelo agente na emissão de cheque pós-datado sem provisão de fundos, impõe-se a sua absolvição do delito de estelionato, previsto no caput do artigo 171 do Código Penal, configurando mero ilícito civil e não ilícito penal. O encerramento de conta posteriormente à emissão de cheque pós-datado, não - comprovado o dolo antecedente do acusado, conduz à absolvição do delito de estelionato. (TJ/MG - *Ap. Criminal n. 1.0460.02.007153-2/001 - Comarca de Ouro Fino - 5a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel.: Des. Pedro Vergara - j. em 08.05.2007 - Fonte: DJMG, 19.05.2007*).

JULGAMENTO de RECURSO proferido por CÂMARA composta majoritariamente por juízes de primeiro grau - VIOLAÇÃO do PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL - FALTA de INTIMAÇÃO PESSOAL do DEFENSOR PÚBLICO - NULIDADE

Processual penal. *Habeas corpus*. Câmara formada majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Ocorrência. Recurso em sentido estrito. Julgamento. Falta de intimação pessoal do defensor público. Nulidade. Ocorrência. Ordem concedida. 1. Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau, por violação ao princípio do juiz natural e aos artigos 93, III, 94 e 98, I, da CF. 2. É nulo o julgamento do recurso em sentido estrito em que não houve a intimação pessoal do defensor público. 3. Ordem concedida para anular o julgamento. (STJ - *Habeas Corpus n. 2006/0278671-5 - São Paulo - 6a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. em 11.09.2007 - Fonte: DJ, 19.11.2007*).

OCULTAÇÃO DE CADÁVER - CRIME PERMANENTE cometido por MENOR-CADÁVER encontrado após atingida a MAIORIDADE - IMPUTABILIDADE do AGENTE

Recurso especial. Ocultação de cadáver. Delito permanente. Prisão preventiva. Fundamentação. Ausência de questionamento. I - O crime previsto no art. 211 do Código Penal, na forma ocultar, é permanente. Logo, se encontrado o cadáver após atingida a maioridade, o agente deve ser considerado imputável para todos os efeitos penais, ainda, que a ação de ocultar tenha sido cometida quando era menor de 18 anos (Precedentes). II - A questão referente a revogação da prisão preventiva não foi objeto de debate na e. Corte de origem, sequer tendo sido opostos embargos de declaração para ventilar a matéria, o que acarreta o não conhecimento do apelo à minguada do imprescindível questionamento (Súmulas nºs 282 e 356 do Pretório Excelso). Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ - Rec. Especial n. 2006/0224593-1 - Paraná - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Felix Fischer - j. em 26.06.2007 - Fonte: DJ, 27.08.2007).

PORTE de TELEFONE CELULAR anterior à MODIFICAÇÃO da LEI DE EXECUÇÃO PENAL - FALTA GRAVE - Inocorrência - PROGRESSÃO DE REGIME - PRAZO PRESCRICIONAL contado a partir da última PRISÃO do PACIENTE

Habeas corpus - Execução penal - Porte de celular anterior à modificação da lei de execução penal. Impossibilidade - Prazo prescricional que deve ser contado a partir da última prisão. Ordem concedida. 1- O princípio da reserva legal impede a consideração de falta grave não prevista expressamente pelo legislador. 2- O uso de celular no presídio só passou a constituir falta grave a partir da Lei 11.466/07, de 29 de março de 2007. 3- O prazo para eventual progressão é contado a partir da data da última prisão do paciente. 4- Ordem concedida para desconstituir a decisão que considerou falta grave o uso de celular, antes da *novatio legis in pejus*, determinando a contagem do prazo para a progressão de

regime a partir da última prisão do apenado. (STJ - *Habeas Corpus* n. 2007/0110515-0 - São Paulo - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Jane Silva - conv. - j. em 13.09.2007 - Fonte: DJ, 08.10.2007).

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - FALTA de JUSTA CAUSA - Inviabilidade

Processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 171, inciso VI, do CP. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inviabilidade. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes). II - Qualquer entendimento contrário, i.e., no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do ora recorrente, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento do material fático-probatório o que, nesta via, mostra-se inviável. Recurso ordinário desprovido. (STJ - Rec. Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2007/0036510-2 - Minas Gerais - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Felix Fischer - j. em 09.08.2007 - Fonte: DJ, 05.11.2007).

USO DE IDENTIDADE ALHEIA - IDENTIDADE FÍSICA do ACUSADO - RETIFICAÇÃO de dados utilizados ilicitamente pelo PACIENTE - Observância do ART. 259/CPP

Habeas corpus. Uso de identidade e qualificação por terceiro. A questão se subsume na exegese do art. 259 do C.P.P. No processo penal importa mais a identidade física do acusado do que sua qualificação formal com documentos apócrifos. Ordem concedida para restabelecer o Registro Geral original do paciente, cancelando-se seu nome e dados qualificativos ilicitamente usados, nos assentamentos criminais e administrativos competentes. (TJ/RJ - *Habeas Corpus* n. 2006.059.06429 - Comarca de Rio de Janeiro - Seção Criminal - Ac. unân. - Rel.: Des. Eduardo Mayr - j. em 17.01.2007 - Fonte: DOERJ, 16.02.2007).

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

AÇÃO REVISIONAL de BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO por MORTE em ACIDENTE DE TRABALHO - CORREÇÃO com base na ORTN e OTN - Impossibilidade

Apelação cível. Ação revisional de benefício previdenciário. Pensão por morte em acidente de trabalho. Correção com base na ORTN/OTN. Impossibilidade. I - As aposentadorias por invalidez, pensão e auxílio-reclusão (art. 37, I do Decreto n. 80.080/79), concedidas antes do advento da Constituição Federal de 1988, eram regidas por regras próprias, específicas, inseridas na Lei n. 6.367/76 e no decreto n. 89.312/84, não sendo possível a sua correção com base na ORTN/OTN, por expressa vedação legal, valendo ressaltar que tal índice e utilizado exclusivamente para a correção monetária das aposentadorias por idade ou por tempo de serviço. Apelação conhecida e provida. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200702812131 - Comarca de Goiânia - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Ronnie Paes Sandre - j. em 18.12.2007 - Fonte: DJGO, 24.01.2008).

ACIDENTE DE TRABALHO - INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE do EMPREGADOR em adotar MEDIDA DE SEGURANÇA e PROTEÇÃO ao EMPREGADO

Acidente do trabalho - Indenização - Responsabilidade do empregador - Ao empregador cumpre adotar todas as medidas de segurança e normas de proteção à integridade física e psíquica do empregado. Permitindo a empresa a realização do trabalho em condições sujeitas a risco de acidente, inescusável a sua culpa pelo infortúnio e lesões sofridas pelo autor que decorreram dessa realidade. O ambiente de trabalho deve propiciar a valorização da vida e da plenitude das condições de trabalho do trabalhador, e não o risco de incapacitação para o exercício das atividades laborais, pois a força de trabalho é o único bem de que dispõe o trabalhador como fonte de renda para a sua sobrevivência e de sua família. (TRT/3a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00030-2007-054-03-00-6 - Congonhas - 8a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Denise Alves Horta - j. em 12.12.2007 - Fonte: DJMG, 09.02.2008).

ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES - PLUS SALARIAL - Inocorrência

Acúmulo de funções. Plus salarial. Em se tratando de atividades correspondentes, sem que para uma se exija maior capacitação técnica ou intelectual do que para outra, a ampliação das atribuições, na forma retratada nos autos, desde o início da contratualidade, não enseja o pagamento de plus salarial. Recurso provido. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00444-2006-013-04-00-3 - Porto Alegre - 5a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Juíza Rejane Souza Pedra - conv. - j. em 13.12.2007 - Fonte: DJRS, 16.01.2008).

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - Inocorrência - FORNECIMENTO e UTILIZAÇÃO de EPI - AFASTAMENTO do AGENTE NOCIVO À SAÚDE

Adicional de insalubridade. Fornecimento e utilização do EPI. Tendo o empregador demonstrado o fornecimento de EPIs aptos a afastar a incidência de agentes nocivos à saúde do trabalhador, desincumbiu-se de ônus que era seu e afastou a hipótese de pagamento de adicional de insalubridade, uma vez que esses equipamentos afastam a insalubridade local. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00567-2006-015-12-00-3 - São Miguel do Oeste - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Juiz Gerson P. Taboada Conrado - j. em 08.01.2008 - Fonte: DOESC, 24.01.2008).

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA do EMPREGADO - CONTINUIDADE do CONTRATO DE TRABALHO - PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL do STF

Aposentadoria espontânea do empregado e continuidade do contrato de trabalho. Conforme o entendimento manifestado em recentes decisões do STF, a aposentadoria espontânea do empregado não é fato ensejador da ruptura contratual, já que pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu trabalho: "só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão" (Precedentes: ADIn 1.1721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128). (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00005-2007-010-12-00-9 - Brusque - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Marcos Vinicio Zanchetta - j. em 22.01.2008 - Fonte: DOESC, 11.02.2008).

AUXÍLIO ACIDENTE - MAJORAÇÃO - Observância da LEI 9032/95

Previdenciário. Auxílio-acidente. Majoração. Lei 9.032/95. I - O auxílio-acidente de 50% estabelecido na Lei 9.032/95 tem aplicação imediata aos segurados que sofreram redução de capacidade laboral, pois se trata de norma de ordem pública e porque o princípio da isonomia deve ser respeitado. II - Apelação e remessa oficial improvidas. (TJ/DF - Ap. Cível n. 2003011182332 - Comarca de Distrito Federal - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Desa. Vera Andrighi - j. em 28.11.2007 - Fonte: DJDF, 10.01.2008).

CONTRATAÇÃO de EMPREGADO - ILEGALIDADE - Ocorrência de VÍNCULO DE EMPREGO diretamente com o TOMADOR DE SERVIÇOS - Observância do ART. 3º/CLT

Vínculo de emprego. Contratação ilegal. Deferimento. Quando a contratação de empregado é feita de forma ilegal pelo

empregador, por meio de empresa interposta, forma-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços mormente quando atendidos os pressupostos estabelecidos no art. 3º da CLT, incidindo no caso os termos da Súmula nº 331, I e II, da CLT. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 02505-2006-039-12-00-6 - Blumenau - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juíza Águeda M. L. Pereira - j. em 29.01.2008 - Fonte: DOESC, 13.02.2008).

CONTRATO DE TRABALHO - PODER DIRETIVO conferido ao EMPREGADOR - IMPOSIÇÃO de metas inatingíveis - DANO MORAL configurado

Contrato de trabalho. Poder diretivo. Prática empresarial censurável. Imposição de metas inatingíveis. Dano moral. Configuração. 1. Hipótese em que o empregado sofre perseguição do ex-empregador, que determina o cumprimento de metas de trabalho inatingíveis, sob pena de dispensa. 2. Configuração de ato arbitrário (CC, art. 187), lesivo aos limites éticos imanentes ao poder diretivo conferido ao empregador (art. 2º da CLT c/c o art. 422 do CC). 3. Obrigação de reparação do dano moral correspondente (CC, art. 927 c/c o art. 8º da CLT). Recurso patronal conhecido e desprovido. (TRT/10a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00912-2007-011-10-00-5 - Brasília - 3a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Douglas Alencar Rodrigues - j. em 30.01.2008 - Fonte: DJDF, 08.02.2008).

DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA - ATO de INSUBORDINAÇÃO - Observância do ART. 482/CLT, h - RECUSA do EMPREGADO em acatar SUSPENSÃO DISCIPLINAR

Despedida por justa causa. Ato de insubordinação. A recusa do empregado em acatar a suspensão disciplinar que lhe foi imposta diretamente por seu superior hierárquico, com a conseqüente permanência no local de trabalho em evidente afronta às ordens emanadas do presidente da empresa, caracteriza atitude de insubordinação, capitulada no art. 482, h, da CLT. Atitude do empregador, que despediu o reclamante por justa causa, está amparada na lei, porquanto evidente a falta cometida pelo empregado. Recurso da reclamada a que se dá provimento no aspecto. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01239-2006-512-04-00-0 - Bento Gonçalves - 2a. T. - Ac. Unân. - Rel.: Juiz Hugo Carlos Scheuermann - j. em 30.01.2008 - Fonte: DJRS, 08.02.2008).

EMPREGADO DOMÉSTICO - FÉRIAS PROPORCIONAIS - Observância do ART. 7º/CF, § único

Empregado doméstico. Férias proporcionais. As férias proporcionais são devidas ao empregado doméstico, sob pena de odiosa discriminação coibida pela Constituição, que ao incluir no artigo 7º, parágrafo único o direito às férias, não o fez de forma a limitar o alcance do instituto. Ao contrário, deve-se entendê-lo como princípio fundamental da proteção ao trabalhador, da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, sem qualquer distinção. Recurso do reclamado a que se nega provimento. (TRT/9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00096-2007-656-09-00-5 - Castro - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juíza Suely Filippetto - j. em 04.12.2007 - Fonte: DJPR, 22.01.2008).

HORA EXTRA - CARTÃO-PONTO - INVALIDADE - Prevalência da PROVA ORAL - Observância do PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Hora extra. Cartão de ponto. Invalidade. Prevalência da prova oral. Constitui um dos princípios basilares do Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Em assim sendo, os cartões de ponto apresentados pelo empregador como contraprova da jornada declinada na exordial, uma vez expressamente impugnados pelo autor por não registrarem a efetiva jornada trabalhada, possuem apenas presunção relativa da veracidade dos horários neles consignados, podendo perfeitamente, assim, ser infirmados por prova em contrário, o que deverá ser considerado pelo Juízo ao qual compete, nos termos do artigo 131 do CPC, subsidiariamente aplicado ao Processo do Trabalho por força do disposto no artigo 769 da CLT, apreciar livremente a prova, atendo-se aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. (TRT/3a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01082-2007-142-03-00-8 - Nova Lima - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juíza Adriana Goulart de Sena - conv. - j. em 12.12.2007 - Fonte: DJMG, 29.01.2008).

INSS - CONCESSÃO do BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO- LER-INVALIDEZ TOTAL e PERMANENTE configurada

Seguros concessão de benefício previdenciário pelo INSS. Lesões por esforço repetitivo (LER). Invalidez permanente configurada. 1. A concessão ao segurado de benefício previdenciário por invalidez total e permanente pelo INSS comprova, de regra, a incapacidade do segurado. 2. Demonstrado que o segurado foi acometido por doença decorrente de esforço repetitivo (LER), que acarretou sua invalidez total e permanente, mostra-se despropositada a negativa de pagamento da indenização securitária. 3. Desprovisionamento do apelo. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70022454177 - Comarca de Passo Fundo - 5a. Câmb. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Paulo Sérgio Scarparo - j. em 23.01.2008 - Fonte: DJRS, 29.01.2008).

INTERVALO para REPOUSO e ALIMENTAÇÃO- TRABALHADOR RURAL - Observância da LEI 5889/73, art. 5º

Intervalo Intrajornada - Trabalhador Rural - Usos e costumes da região - O art. 5º da Lei nº 5.889/73 autoriza a concessão do intervalo para repouso e alimentação conforme usos e costumes da região, não se aplicando, assim, para o trabalhador rural, os limites previstos na norma consolidada. Isto porque, a norma específica afasta a incidência de qualquer outra, de caráter geral. Como o artigo 5º, da Lei nº 5.889/73, regulou integralmente o intervalo para refeição e descanso no trabalho rural, o disposto no artigo 71 e seus parágrafos da CLT não se aplica aos rurícolas. Portanto, a interrupção do trabalho para alimentação, de manhã ou à tarde (concessão do intervalo para café), não pode ser considerado tempo à disposição, pois decorre dos usos e costumes. Recurso do Reclamado a que se dá provimento parcial. (TRT/9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00688-2006-025-09-00-9 - Umuarama - 4a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Arnor Lima Neto - j. em 28.11.2007 - Fonte: DJPR, 07.12.2007).

PENHORA de CONTA CORRENTE - VALOR advindo do FGTS - Possibilidade

Agravo de instrumento. Penhora de conta corrente. Valor advindo do FGTS. Possibilidade. Os valores oriundos do fundo de garantia por tempo de serviço perdem o seu caráter de impenhorabilidade após o saque pelo trabalhador, uma vez que apenas as contas vinculadas ao fundo possuem tal prerrogativa, conforme legislação de regência. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20070020038462 - Comarca de Distrito Federal - 2a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Carmelita Brasil - desig. - j. em 27.06.2007 - Fonte: DJDF, 09.10.2007).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto da eminente relatora designada, Des. Carmelita Brasil, a seguinte lição: "Examinando os autos, constata-se que os valores contidos nas contas vinculadas do FGTS, na Caixa Econômica Federal, foram sacados pela agravante, nos dias 05 e 08 de fevereiro de 2007, e depositados, em sua quase totalidade, em conta corrente, localizada em instituição bancária diversa, conforme documentos de fls. 49 e 50. Conforme destacado no relatório, a agravante insurge-se contra a aludida constrição, ao argumento de que a mesma violaria o art. 649, inc. IV, do CPC, por se tratar, o FGTS, no seu entendimento, de verba de natureza salarial, alimentar e impenhorável. De fato, antes do saque, o FGTS é regido por normas especiais, entre elas, a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que, em seu artigo 2º, determina que as contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis [...] Acrescento que o dinheiro depositado no FGTS somente pode ser movimentado em situações especiais, previstas em lei, e, dessa forma, não estão inseridos no rol do artigo 655 do CPC, que enumera os bens passíveis de penhora. Entretanto, deve-se atentar para a diferenciação da natureza destes valores, posto que, antes de sacado, tal numerário é absolutamente impenhorável, não obstante, desde que sacado pelo trabalhador, tem natureza indenizatória e não mais está sujeito ao regramento especial acima referido, e, por isso, torna-se passível de penhora."

TRABALHADOR URBANO- RECONHECIMENTO de TEMPO DE SERVIÇO - PROVA MATERIAL e TESTEMUNHAL - Possibilidade

Agravo regimental. Recurso especial. Previdenciário. Trabalhador urbano. Reconhecimento de tempo de serviço. Início de prova material corroborada por provas testemunhais. Possibilidade. 1. É possível reconhecer o tempo de serviço para fins previdenciários quando há razoável prova material conjugada com prova testemunhal. 2. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir o fundamento da decisão atacada. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Ag. Regimental no Ag. Regimental em Rec. Especial n. 2003/0113876-0 - Minas Gerais - 6a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Paulo Gallotti - j. em 02.08.2007 - Fonte: DJ, 27.08.2007).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA por ATO DE IMPROBIDADE administrativa - LEGITIMIDADE PASSIVA do ENTE PÚBLICO - OBRIGAÇÃO DE FAZER

Direito administrativo. Processual civil. Agravo de instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Legitimidade passiva do ente público. Distrito Federal. 1. O fato de o Distrito Federal, enquanto pessoa

jurídica de direito público, não poder sujeitar-se às sanções por improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92, não afasta sua legitimidade para responder a ação de improbidade, mormente quando o pleito em seu desfavor refere-se à obrigação de fazer. 2. Recurso não provido. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20070020092709 - Comarca do Distrito Federal - 4a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Cruz Macedo - j. em 19.12.2007 - Fonte: DJDF, 15.01.2008).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO ao MEIO AMBIENTE - RESERVA LEGAL - DEGRADAÇÃO AMBIENTAL - Observância do PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Proteção ao meio ambiente. Reserva legal. Liminar determinando abstenção de condutas degradadoras na área. Perigo da demora e *fumus boni juris* presentes. Direito ambiental regido pelo “princípio da prevenção”. Liminar mantida. Agravo desprovido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 0405040-2 - Comarca de Altônia - 4a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Rogério Ribas - conv. - j. em 22.01.2008 - Fonte: DJPR, 01.02.2008).

AÇÃO DECLARATÓRIA de NULIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENA PECUNIÁRIA - Observância do PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO e da AMPLA DEFESA

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade. Processo administrativo. Procon/GO. Aplicação de penalidade pecuniária. Necessidade de observância do devido processo legal. Princípios da ampla defesa e do contraditório. Afigura-se nulo o procedimento administrativo que tramita sem a observância do contraditório e ampla defesa, garantidos constitucionalmente, sob pena de ferir a garantia do devido processo legal (art. 5º IV da Constituição Federal de 1988), cuja imperatividade não se restringe aos processos judiciais, estendendo-se também aos procedimentos administrativos. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200501844281 - Comarca de Goiânia - 2a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Zacarias Neves Coelho - j. em 06.12.2007 - Fonte: DJGO, 10.01.2008).

CONCURSO PÚBLICO para investigador de POLÍCIA - EXCLUSÃO de CANDIDATA por não realizar PROVA de APTIDÃO FÍSICA - GRAVIDEZ - Não OFENSA ao DIREITO LÍQUIDO E CERTO - Sobreposição do INTERESSE PÚBLICO sobre o PARTICULAR

Apelação cível. Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público para investigador de polícia de 3a. classe. Candidata excluída de concurso por não realizar prova de aptidão física em razão de gravidez. Previsão editalícia no sentido de que a prova de capacitação física era de caráter eliminatório, sendo excluído o candidato que apresentasse impossibilidade de realizá-lo integralmente na data estipulada. Ausência de infringência a direito líquido e certo. Administração pública que não pode ficar a mercê da condição física adequada do candidato, pois tal conduta importaria em sobreposição do interesse particular ao interesse público, além de comprometer os princípios da isonomia, da legalidade e lisura do concurso público. Sentença reformada. Provimento do recurso. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2008.001.06272 - Comarca de Rio de Janeiro - 2a. Câm. Cív. - Dec. Monocrática - Rel.: Des. Leila Mariano - j. em 11.02.2008 - Fonte: DOERJ, 13.02.2008).

CONCURSO PÚBLICO - Terapeuta ocupacional - EDITAL - REQUISITOS atendidos por ocasião da POSSE e não na INSCRIÇÃO - Observância da SÚMULA 266/STJ

Mandado de segurança - Administrativo - Concurso público - Terapeuta ocupacional do IASP - Impetrante que se sente preterida por candidatas que não teriam satisfeito os requisitos necessários à nomeação e posse - Prova documental que não respalda essa versão - Requisitos exigidos pelo edital atendidos por ocasião da posse - Súmula 266 do STJ - Aplicação

- Segurança denegada. 1 - “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público” (Súmula 266 - STJ). 2 - Consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça (Súmula 266/STJ), bem como no Supremo Tribunal Federal, entendimento segundo o qual, exceto nos concursos para a Magistratura e Ministério Público, por força do disposto na EC 45/2004 (ADI n. 3460-0), o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público (STJ-RMS 12048/TO, DJU: 10.09.07, p. 309). (TJ/PR - Mand. de Segurança n. 0369886-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Órgão Especial - Ac. unân. - Rel.: Des. Mendonça de Anunciação - j. em 01.02.2008 - Fonte: DJPR, 15.02.2008).

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LEGITIMIDADE ATIVA do DIRETÓRIO estudantil - CESSAÇÃO da ATIVIDADE imposta pelo PODER DE POLÍCIA municipal - LIMITAÇÃO abusiva ao EXERCÍCIO dos direitos individuais e coletivos

Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança Coletivo. Legitimidade ativa do Diretório Estudantil. Art. 5º, LXX, alínea b da CF/88. Cessação das atividades do grêmio estudantil imposta pelo Poder de Polícia municipal. Inexistência de licença para realização de evento e comercialização de produtos pelo Diretório estudantil além de outras faltas graves contrariando a legislação ambiental. Ato administrativo inquinado por vício de motivação. Teoria dos motivos determinantes que vinculam os atos administrativos. Limitação abusiva ao exercício de direitos individuais e coletivos. Manutenção integral da Sentença. Ordem concedida. (TJ/RJ - Mand. de Segurança n. 2007.001.57112 - Comarca de Rio de Janeiro - 7a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Carlos Eduardo Moreira Silva - j. em 30.01.2008 - Fonte: DOERJ, 08.02.2008).

SERVIDOR PÚBLICO - ABANDONO de CARGO por mais de trinta dias - PORTARIA de INSTAURAÇÃO de PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - Ausência - EXONERAÇÃO com a conseqüente REINTEGRAÇÃO à FUNÇÃO PÚBLICA

Apelação cível. Reintegração em função pública. Portaria de instauração de processo administrativo disciplinar. Ausência. Ausência intencional do servidor por mais de trinta dias. Inocorrência. Nulidade. I - O processo administrativo instaurado para apurar abandono de cargo pelo autor encontra-se maculado por vício insanável, uma vez que ausente a portaria de instauração, afrontando o princípio constitucional de ampla defesa. II - Além de faltar a portaria de instauração de processo administrativo disciplinar, ainda não havia se consumado o fato motivador da exoneração - Ausência intencional do servidor por mais de 30 (trinta) dias, impondo-se, pois, a anulação do ato administrativo questionado - Exoneração, com a conseqüente reintegração do servidor no cargo que ocupava. Apelo conhecido e provido. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200702285751 - Comarca de Goiânia - 3a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. João Waldeck Felix de Sousa - j. em 20.09.2007 - Fonte: DJGO, 21.01.2008).

SERVIDOR PÚBLICO em EXERCÍCIO por mais de 5 anos contínuos na DATA da PROMULGAÇÃO da CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - DECLARAÇÃO de ESTABILIDADE extraordinária

Ação ordinária - Declaração de estabilidade - Servidor

público - Art. 19 do ADCT - Requisitos preenchidos - Reconhecimento. O art. 19 do ADCT da Constituição da República de 05/10/1988 garante estabilidade extraordinária aos servidores públicos em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada pelo art. 37 da CR/88. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.07.443685-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - 8a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto - j. em 27.09.2007 - Fonte: DJMG, 17.01.2008).

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - GRATIFICAÇÃO de ATIVIDADE de SAÚDE - INCORPORAÇÃO-Impossibilidade-VANTAGEM devida apenas enquanto exercer a atividade

Direito administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual. Gratificação de atividade de saúde. Incorporação. Impossibilidade. Vantagem propter laborem. Recurso improvido. 1. A Gratificação de Atividade de Saúde - GAS, criada pela Lei 13.666/02 do Estado do Paraná e regulamentada pelo Decreto 3.642/04, é vantagem propter laborem, devida aos servidores estaduais apenas enquanto exercem atividades específicas, sendo inviável sua incorporação. Precedentes. 2. Recurso ordinário improvido. (STJ - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 2006/0128127-3 - Paraná - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima - j. em 30.08.2007 - Fonte: DJ, 15.10.2007).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente relator, Min. Arnaldo Esteves Lima, a seguinte lição: “Conforme relatado, a recorrente, servidora pública aposentada do Estado do Paraná, impetrou mandado de segurança objetivando a incorporação do valor da Gratificação de Atividade de Saúde - GAS, criada pela Lei Estadual 13.666/02 e regulamentada pelo

Decreto 3.642/04, que vem sendo paga apenas aos servidores da ativa vinculados à Secretaria Estadual de Saúde. O Decreto 3.642/04 assim determina: Art. 1º. A Gratificação de Atividade de Saúde - GAS, prevista no art. 18 da Lei 13.666/02, será concedida aos servidores pelo exercício de atividade de saúde dado o caráter penoso, insalubre, perigoso com risco de vida das atividades que desenvolvem, não incorporável na inatividade, na forma regulamentada pelo presente Decreto. Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, verifico o nítido caráter de vantagem propter laborem da gratificação em tela, que, na lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 29a. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 461 e 463), é aquela paga ‘em razão das condições anormais em que se realiza o serviço’, motivo pelo qual, ‘quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor ‘.”

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - CONTRATAÇÃO irregular-DIREITO ao DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO e FÉRIAS

Administrativo - Cobrança - Servidor público municipal - 13º Salário e férias - Direito constitucional do trabalhador - Procedência do pedido. O servidor público municipal, mesmo que contratado irregularmente, faz jus ao décimo terceiro salário e férias, conforme previsto no artigo 7º, incisos VIII e XVII, da CR/88, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0407.07.015817-2/001 - Comarca de Mateus Leme - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Dídimo Inocêncio de Paula - j. em 24.01.2008 - Fonte: DJMG, 12.02.2008).

TRIBUTÁRIO

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - PROTESTO extrajudicial-MEDIDA CAUTELAR de SUSTAÇÃO - Inocorrência de PREJUÍZO eminente ao RECORRENTE

Direito tributário e processual civil - Certidão de dívida ativa - Protesto extrajudicial - Medida cautelar de sustação - Presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* - Recurso não provido. “Em face das teorias do risco e da proporcionalidade, não há previsão de prejuízo eminente ao recorrente, réu na ação cautelar, em face da ordem liminar de sustação de protesto. Acontece que o protesto pretendido, embora destaque a parte a existência de permissão legal, não enquadra-se naqueles de espécie obrigatória ou necessária, mas sim, tipifica-se como protesto facultativo”. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0411540-4 - Comarca de Londrina - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Espedito Reis do Amaral - conv. - j. em 22.01.2008 - Fonte: DJPR, 08.02.2008).

CONTA CORRENTE - BLOQUEIO de valores depositados - VERBAS de NATUREZA SALARIAL - IMPENHORABILIDADE

Direito tributário e processual civil - Agravo de instrumento - Bloqueio de valores depositados em conta corrente - Verbas comprovadamente de natureza salarial - Impenhorabilidade - Recurso não provido. “Nos termos do art. 649, IV, do CPC, o salário só pode ser penhorado na

hipótese de pagamento de prestação alimentícia, o que não é o caso. E se o salário não pode ser penhorado, não se justifica o seu bloqueio, cuja finalidade é a sua futura constrição.” (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 0429436-0 - Comarca de Cascavel - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Espedito Reis do Amaral - conv. - j. em 22.01.2008 - Fonte: DJPR, 08.02.2008).

EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO de LIQUIDEZ e CERTEZA - Observância do ART. 204/CTN

Processual civil. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa. Requisitos (Arts. 2º, §§ 5º e 6º da LEF). Presunção de liquidez e certeza (Art. 204 do CTN). 1. Tratando-se de execução de débito para com o Conselho Regional de Contabilidade do Distrito Federal - CRC/DF, os requisitos da Certidão de Dívida Ativa são aqueles elencados no art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80. 2. Os Tribunais Pátrios vêm proferindo decisões no sentido de que não há nulidade a viciar a CDA quando é possível o conhecimento, por parte do devedor, de elementos suficientes a possibilitar o exercício da ampla defesa. 3. Apelação e remessa oficial providas. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 1997.34.00.019356-0 - Distrito Federal - 7a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva - j. em 11.12.2007 - Fonte: DJ, 25.01.2008).

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - EXTINÇÃO parcial - INDICAÇÃO errônea do número dos processos administrativos - ERRO MATERIAL caracterizado

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Extinção parcial. Indicação errônea do número dos processos administrativos quitados. Erro material caracterizado. 1 - Se no julgamento da exceção de pré-executividade ocorreu a indicação errônea do número dos processos administrativos tributários quitados, em relação aos quais operou-se extinção da execução fiscal e da análise dos autos evidenciou-se a caracterização de simples erro material, deve a decisão ser reformada, a fim de que seja indicado o número correto. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TJ/GO - Ag. de Instrumento n. 200702891740 - Comarca de Aparecida de Goiânia - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Gilberto Marques Filho - j. em 11.12.2007 - Fonte: DJGO, 24.01.2008).

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - Lapso TEMPORAL superior a cinco anos - Observância da LEI 11280/06

Apelação cível. Execução fiscal. Sentença fundamentada na ocorrência da prescrição. Crédito tributário constituído nos anos de 1999 e 2000, conforme certidões da dívida ativa. Decorrido lapso temporal superior a cinco anos, impondo-se o reconhecimento da prescrição liberativa. Lei nº 11.280/06. Recurso a que se nega seguimento. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2007.001.60590 - Comarca de Teresópolis - 7a. Câ. Cív. - Dec. Monocrática - Rel.: Des. Carlos Eduardo Moreira Silva - j. em 26.09.2007 - Fonte: DOERJ, 13.02.2008).

ICMS-IMUNIDADE em relação a LIVRO, JORNAL, PERIÓDICO e PAPEL destinado a sua impressão - Observância do ART. 150/CF, V, d

Constitucional e Tributário. Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição. ICMS. Imunidade em relação a livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão. Art. 150, inciso V alínea d da Constituição Federal de 1988. Reconhecimento do pedido de imunidade por parte do Estado. Sentença de mérito (CPC, art. 269, II). Manutenção da Sentença em reexame necessário. (TJ/RJ - Duplo Grau de Jurisdição n. 2007.009.01769 - Comarca do Rio de Janeiro - 7a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Carlos Eduardo Moreira Silva - j. em 30.01.2008 - Fonte: DOERJ, 08.02.2008).

IPVA - ISENÇÃO - DEFICIENTE FÍSICO - AQUISIÇÃO de VEÍCULO - ADAPTAÇÃO do veículo por exigência do ÓRGÃO de TRÂNSITO

Mandado de segurança - Deficiente físico - Aquisição de veículo - Câmbio automático ou semi-automático obrigatório - Isenção - IPVA - Concessão. Segundo dispõe a Lei Estadual 14.937/03, em seu Art. 3º, III, é isenta do IPVA a propriedade de veículo de pessoa portadora de deficiência física adaptado por exigência do órgão de trânsito para possibilitar a sua utilização pelo proprietário. Não há óbice à isenção de IPVA quando a adaptação já sai de fábrica, incluída como opcional. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0297.06.002944-6/001 - Comarca de Ibiraci - 1a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade - j. em 20.11.2007 - Fonte: DJMG, 08.02.2008).

NOTA BONIJURIS: Extraímos do voto do eminente relatora, Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, a seguinte lição: "O legislador, ao instituir esse benefício aos portadores de deficiência física, visou abrandar, pela isenção fiscal, o ônus a ser suportado pela adaptação do veículo que gera

despesas extras, enquanto o mesmo automóvel sem as referidas adaptações poderia ser adquirido por preço significativamente menor. Ademais, forçoso crer que enquanto ao indivíduo comum é garantida a livre escolha de adquirir automóvel com ou sem os itens opcionais, aos deficientes físicos existe uma imposição de que o veículo adquirido possua certos itens, que viabilizem ou facilitem a condução. O fato do Código Tributário Nacional prever que as normas concessivas de isenção devam ser interpretadas literalmente, não obsta que se busque na aplicação da lei a sua *mens legis*, a razão de ser de sua existência, fazendo com que sua interpretação literal abarque todas as hipóteses pretendidas pela mesma, sem restrições que se mostrem absurdas."

ISS - Incidência - SERVIÇO prestado por meio aéreo - ATIVIDADE AGRÍCOLA - Observância da LEI COMPLEMENTAR 116/03

Apelação cível. Ação declaratória. Tributário. ISS. Serviços prestados por meios aéreos. Aviação agrícola. Nos termos da Constituição Federal, e da competência dos municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza. A lei complementar que trata dos serviços submetidos ao imposto municipal expressamente prevê a hipótese de pulverização, sementeira e adubação sofrer a incidência do ISS (itens 7.13 e 7.16 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003. Recurso conhecido e improvido. (TJ/GO - Ap. Cível n. 200704303293 - Comarca de Catalão - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Rogério Aredio Ferreira - j. em 15.01.2008 - Fonte: DJGO, 31.01.2008).

ISS - SERVIÇO BANCÁRIO - COBRANÇA de TAXA DE SERVIÇOS prestados ao CORRENTISTA

Apelação Cível. Direito Tributário. Embargos à execução fiscal. Serviço bancário. ISS. Incidência do tributo sobre receitas hauridas mediante cobrança de taxa de serviços prestados ao correntista. Se o Banco faz o correntista remunerar específica atividade, está obrigado a recolher o competente imposto sobre serviço. A listagem prevista no anexo do Decreto-Lei 406/68 é taxativa quanto aos serviços, mas não quanto à nomenclatura eleita pelo contribuinte. Hipótese em que é cobrada taxa para liberação de cheques. Autuação decorrente da constatação contábil do ingresso relativo aos serviços prestados. Sentença que acolheu os embargos. Provimento do recurso. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2007.001.44033 - Comarca de Niterói - 11a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Desa. Marilene Melo Alves - j. em 09.01.2008 - Fonte: DOERJ, 13.02.2008).

ISSQN - CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO do RECURSO - Observância do ART. 557/CPC, caput

Agravo regimental. Apelação cível em mandado de segurança. Direito tributário. Contrato de arrendamento mercantil. Incidência de ISSQN. Matéria pacificada nos tribunais. Pertinência da negativa de seguimento ao recurso (art. 557, *caput* do CPC). 1. Na forma da lei complementar n 116/03, o ISSQN incide não só sobre o contrato de arrendamento, mas também sobre todas as transações que dele derivarem. 2. Não merece provimento o regimental, em que o agravante limita-se a reiterar a discussão trazida a baila no recurso que, por manifestadamente improcedente, teve seu processamento negado na forma do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil. (TJ/GO - Ap. Cível em Mand. de Segurança n. 200501383195 - Comarca de Anápolis - 2a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Zacarias Neves Coelho - j. em 06.12.2007 - Fonte: DJGO, 24.01.2008).

**REGISTRO, POSSE e COMERCIALIZAÇÃO de
ARMA DE FOGO - ESTATUTO DO
DESARMAMENTO - LEI 10826/03 - Alterações e
acréscimos de dispositivos**

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 417, DE 31 DE
JANEIRO DE 2008**

Altera e acresce dispositivos à Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm e define crimes.

OPRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Os arts. 5º, 6º, 11, 23, 28, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º

§ 3º Os registros de propriedade expedidos pelos órgãos estaduais, realizados até a data da publicação desta Lei, deverão ser renovados mediante o pertinente registro federal até 31 de dezembro de 2008.” (NR)

“Art. 6º

§ 2º A autorização para o porte de arma de fogo dos integrantes das instituições descritas nos incisos V, VI, VII e X está condicionada à comprovação do requisito a que se refere o inciso III do art. 4º, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei.

.....” (NR)

“Art. 11.....

§ 2º São isentas do pagamento das taxas previstas neste artigo as pessoas e as instituições a que se referem os incisos I a VII e X e o § 5º do art. 6º desta Lei.” (NR)

“Art. 23.....

§ 4º As instituições de ensino policial e as guardas municipais referidas nos incisos III e IV do art. 6º e no seu § 6º poderão adquirir insumos e máquinas de recarga de munição para o fim exclusivo de suprimento de suas atividades, mediante autorização concedida nos termos definidos em regulamento.” (NR)

“Art. 28. É vedado ao menor de vinte e cinco anos adquirir arma de fogo, ressalvados os integrantes das entidades constantes dos incisos I, II, III, V, VI, VII e X do art. 6º desta Lei.” (NR)

“Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo de fabricação nacional, de uso permitido e não registradas, deverão solicitar o seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário.

Parágrafo único. Os possuidores e proprietários de armas de fogo de procedência estrangeira, de uso permitido, fabricadas anteriormente ao ano de 1997, poderão solicitar o seu registro no prazo e condições estabelecidos no *caput*.” (NR)

“Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente, mediante recibo e, presumindo-se de boa fé, poderão ser indenizados.

Parágrafo único. O procedimento de entrega de arma de fogo de que trata o *caput* será definido em regulamento.” (NR)

Art. 2º O Capítulo III da Lei nº 10.826, de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

“Art. 11-A. O Ministério da Justiça disciplinará a forma e condições do credenciamento de profissionais, pela Polícia Federal, para comprovação da aptidão psicológica e da capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo.

§ 1º Na comprovação da aptidão psicológica, o valor cobrado pelo psicólogo não poderá exceder ao valor médio dos honorários profissionais para avaliação psicológica estabelecido na tabela do Conselho Federal de Psicologia.

§ 2º Na comprovação da capacidade técnica, o valor cobrado pelo instrutor de armamento e tiro não poderá exceder R\$ 80,00 (oitenta reais), acrescido do custo da munição.

§ 3º A cobrança de valores superiores aos previstos nos §§ 1º e 2º implicará o descredenciamento do profissional pela Polícia Federal.” (NR)

Art. 3º O Anexo à Lei nº 10.826, de 2003, passa a vigorar na forma do Anexo a esta Medida Provisória.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 31 de janeiro 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

(D.O.U. de 1º.02.2008, col. II, pág. 1)

**ANEXO
TABELA DE TAXAS**

SITUAÇÃO	R\$
I – Registro de arma de fogo.....	60,00
II – Renovação do certificado de registro de arma de fogo:	
– até 30 de junho de 2008.....	30,00
– de 1º de julho de 2008 a 31 de outubro de 2008.....	45,00
– a partir de 1º de novembro de 2008...	60,00
III – Registro de arma de fogo para empresa de segurança privada e de transporte de valores.....	60,00
IV – Renovação do certificado de registro de arma de fogo para empresa de segurança privada e de transporte de valores:	
– até 30 de junho de 2008.....	30,00
– de 1º de julho de 2008 a 31 de outubro de 2008.....	45,00
– a partir de 1º de novembro de 2008	60,00
V – Expedição de porte de arma de fogo....	1.000,00
VI – Renovação de porte de arma de fogo..	1.000,00
VII – Expedição de segunda via de certificado de registro de arma de fogo.....	60,00
VIII – Expedição de segunda via de porte de arma de fogo.....	1.000,00

CONTRIBUIÇÃO AO INCRA À LUZ DE RECENTE MANIFESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Rafael da Rocha Guazelli de Jesus

Advogado/PR

Mestrando em Direito pela Faculdades Integradas do Brasil–UNIBRASIL

1. Introdução

A contribuição pode ser compreendida como tributo de natureza autônoma que possui destinação específica em lei com hipótese de incidência desvinculada da atuação estatal e não restituível.

O professor Tácio Gama Lacerda¹ leciona que:

“Como ponto de partida, adota-se a seguinte definição para o conceito de contribuição especiais: tributos, com destinação específica em lei, hipótese de incidência desvinculada de atuação estatal e não restituível. A primeira característica apontada permite separar as contribuições de todos os demais tipos de prestação. Já as demais características eleitas servem para, no conjunto dos tributos, separar as contribuições das demais espécies tributárias sujeitas a regime jurídicos diversos.”

Há três tipos de contribuições previstas na Constituição Federal, assim denominadas: (I) sociais; (II) interventivas; e (III) corporativas.

A contribuição ao INCRA (prevista originariamente pela Lei 2.613/55) pode ser enquadrada como de natureza interventiva no domínio econômico porque visa assegurar a função social da propriedade e coibir as desigualdades sociais e regionais. Tal entendimento foi exarado através do voto da ministra Eliana Calmon nos Embargos de Divergência em RESP nº 722.808/PR:

A contribuição ao INCRA (prevista originariamente pela Lei 2.613/55) pode ser enquadrada como de natureza interventiva no domínio econômico porque visa assegurar a função social da propriedade e coibir as desigualdades sociais e regionais

“Conquanto o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se pronunciado especificamente sobre a natureza jurídica da contribuição devida ao INCRA, resta claro que, através da contribuição em tela, a autarquia promove o equilíbrio na seara do domínio econômico e, conseqüentemente, a justiça social, ao garantir a função social da propriedade e promover a redução das desigualdades [...]”

Mas a questão que será discorrida abaixo é que a contribuição ao INCRA não foi recepcionada pela EC nº 33/01 que acresceu o parágrafo 2º ao art. 149 da Constituição Federal, bem como que só deve se sujeitar ao referido tributo quem mantenha algum nexo com a atividade interventiva.

2. Referibilidade e não-recepção pela EC nº 33/01

A referibilidade é uma das características essenciais que a contribuição de intervenção no domínio econômico deve conter para que atenda os preceitos impostos na Constituição Federal.

O tributarista Hugo de Brito Machado² explana que:

“Assim, a lei que institui uma contribuição de intervenção no domínio econômico há de definir sua hipótese de incidência no estreito campo da atividade econômica na qual vai atuar como instrumento de intervenção estatal. E há de indicar expressamente a destinação dos recursos a serem arrecadados, que evidentemente não pode ultrapassar o âmbito da atividade interventiva.”

Ou seja, só estão sujeitos a contribuição aqueles que estão sofrendo a intervenção estatal, eis que serão os beneficiários. Ora, não há sentido sujeitar pessoas que não serão beneficiadas com a intervenção.

A contribuição ao INCRA tem como objetivo claro a intervenção para que os imóveis rurais cumpram a sua função social, o que logicamente é uma questão atinente ao mundo rural.

O Tribunal Regional Federal da 4a. Região, em recente julgamento, através de voto exarado pelo juiz federal Leandro Paulsen, entendeu que “[...] só podem ser chamados a contribuir aqueles que se sujeitam à intervenção e, no caso, a intervenção para fiscalizar e fazer com que os imóveis rurais cumpram a sua função social só diz respeito ao mundo rural”. (Apelação Cível 2005.70.00.016118-4, Rel. Des. Otávio Roberto Pamplona, 2a. TU, DJ 19.07.2007).

Assim, demonstra-se essencial o juízo de referibilidade para se legitimar a instituição e cobrança das contribuições. Entendimento diverso levaria à conclusão de que as contribuições nada mais são do que impostos com finalidade, surgindo clara afronta ao art. 167, IV, da Constituição Federal.

Indo adiante, a previsão de incidência da contribuição ao INCRA é a folha de salários, conforme a Lei 2.613/55. A Emenda Constitucional 33/01 acresceu o parágrafo 2º ao art. 149, que ficou assim redigido:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III – poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)”.

A simples leitura dos dispositivos acima transcritos autoriza a dizer que há diversos critérios a serem seguidos para a instituição e cobrança da contribuição de intervenção no domínio econômico.

A presença do critério quantitativo é manifesta porque há o estabelecimento da base tributável, que no caso pode ser o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro.

Ora, não há previsão alguma de incidência para a CIDE sobre a folha de salários. Isso leva à conclusão inafastável de que a EC nº 33/01 não recepcionou a contribuição ao INCRA.

O juiz federal Leandro Paulsen, no recente julgamento referido acima, sustentou que: “No caso em tela no presente feito – contribuição do INCRA –, não há interpretação possível que preserve a contribuição. Incompatível que é, com o art. 149, parágrafo 2º, *a*, da CF, a incidência de contribuição de intervenção do domínio econômico sobre a folha de salários (que não é faturamento, não é receita bruta nem valor da operação), não foi recepcionada pela EC nº 33/01”.

Logo, pode-se concluir que a contribuição ao INCRA não foi recepcionada pela EC nº 33/01, eis que não há previsão para incidência de CIDE sobre folha de salários.

3. Conclusão

Portanto, conclui-se que a contribuição ao INCRA da forma como está posta não foi recepcionada pela EC nº 33/01, bem como não atende o requisito da referibilidade, que é essencial para a instituição e cobrança das contribuições.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal mantenha a mesma linha de raciocínio exarada pelo juiz federal Leandro Paulsen. ■

NOTAS

1 *Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 1145.

2 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, fls. 389/390.

A contribuição ao INCRA tem como objetivo claro a intervenção para que os imóveis rurais cumpram a sua função social, o que logicamente é uma questão atinente ao mundo rural

eventos notícias

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Local: Caesar Business Paulista – Av. Paulista, 2181 – São Paulo/SP

Data: 11 e 12/03/2008

Informações: www.ibcbrasil.com.br

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: 30 ANOS DA LEI 6.515/77

Local: IASP – R. Líbero Badaró, 377, 26º andar – São Paulo/SP

Data: 13/03/2008

Informações: (11) 3106-8015

cultural@iasp.org.br

NOÇÕES FUNDAMENTAIS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Local: Centro de Treinamento LEX – R. Visc. Rio Branco, 1322 – Curitiba/PR

Data: 14 e 15/03/2008

Informações: (41) 2169-1557

cursos.pr@lex.com.br

IV CONGRESSO PARAENSE DE DIREITO DE FAMÍLIA

Local: Hangar Centro de Convenções e Feiras da Amazônia – Belém/PA

Data: 18 e 19/03/2008

Informações: (91) 8182-4549

thiagonleite@yahoo.com.br

ODIRETOREXECUTIVONODIREITODOTRABALHO

Local: Central Prática Consultoria e Treinamento – São Paulo/SP

Data: 25/03/2008

Informações: (11) 3120-6806

contato@centralpratica.com.br

CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS NO ANO ELEITORAL

Local: NH Della Volpe – R. Frei Caneca, 1199 – São Paulo/SP

Data: 26/03/2008

Informações: www.sbamonline.com.br

ODIREITONO SÉCULO XXI – NOVOS DESAFIOS

Local: Hotel Glória – Rio de Janeiro/RJ

Data: 27 a 29/03/2008

Informações: (21) 2533-9710

www.cepad.com.br

A NOVA EXECUÇÃO CIVIL (LEIS 11.232/2005 E 11.382/2006)

Local: Centro de Treinamento LEX – R. Visc. Rio Branco, 1322 – Curitiba/PR

Data: 29/03/2008

Informações: (41) 2169-1557

cursos.pr@lex.com.br

LEGISLAÇÃO AMBIENTAL APLICADA AO SETOR DE ENERGIA

Local: Informa Training Center – R. Bela Cintra, 967 – São Paulo/SP

Data: 09 e 10/04/2008

Informações: www.ibcbrasil.com.br

PREGÃO PRESENCIAL, PREGÃO ELETRÔNICO E SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Local: NH Della Volpe – R. Frei Caneca, 1199 – São Paulo/SP

Data: 09 a 11/04/2008

Informações: (11) 4229-5504

vianna@viannaconsultores.com.br

Visite-nos em: 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 revisados, *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