

Revista Bonijuris

JANEIRO/09

ACÓRDÃOS - INTEIRO TEOR

Pág. XXX

Plano de Saúde - Reajuste por Mudança de Faixa Etária - Estatuto do Idoso (STJ)

Promessa de Compra e Venda - Resilição do Contrato pelo Comprador (STJ)

Oposição de Embargos do Devedor - Prazo - Termo Inicial (STJ)

Exercício Irregular de Farmacêutica - Concurso com Curandeirismo - Impossibilidade (STF)

Execução Trabalhista - Penhora *On Line* - Bacenjud - Deferimento (TRT/3a.Reg.)

Poder Público - Concessão de Uso de Bem Público - Cemitério (STJ)

ISS - Sociedade - Mesma Categoria Profissional - Engenharia (TJ/RS)

LEGISLAÇÃO

Pág. LVI

Decreto nº 6.690/08 - Programa de Prorrogação da Licença à Gestante — Lei 11.770/08

DOCTRINA

A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A SÚMULA VINCULANTE Nº 10 COMO INSTRUMENTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Nagib Slaibi Filho
Pág. V

RESSOCIALIZAR OU NÃO-DESSOCIALIZAR, EIS A QUESTÃO

Clovis Alberto Volpe Filho
Pág. XVI

DOS ATOS PRATICADOS PELA PESSOA JURÍDICA COM EXCESSO DE PODERES E SUA OPOINIBILIDADE A TERCEIROS — UM NECESSÁRIO COTEJO ENTRE A TEORIA *ULTRA VIRES* E A TEORIA DA APARÊNCIA

Denis Donoso
Pág. XVIII

POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE CONDÔMINO ANTISSOCIAL

André Luiz Junqueira
Pág. XIX

A CONSTITUIÇÃO “CIDADÃ” DE 1988 E A REDEMOCRATIZAÇÃO

Nourmirio Bittencourt Tesseroli Filho
Pág. XXI

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS Pág. LVII

Correção Monetária e Juros de Mora sobre Honorários Sucumbenciais: os Juros Também são Devidos!
Leandro Vieira

Repositório Autorizado

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 (Boletim decendial até junho/2001)

ISSN 1809-3256

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

FALE CONOSCO
0800-645-4020

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
 Yoshihiro Miyamura

REPOSITÓRIO AUTORIZADO

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

Revista Bonijuris
 ISSN 1809-3256
 Ano XXI - Nº 542
 Edição Mensal - Janeiro/2009
 Circulação Nacional
 Tiragem: 5.000 Exemplares

Editor
 Jornalista Arnoldo Anater
(in memoriam)

Sumário**DOCTRINA**

A Arguição de Inconstitucionalidade e a Súmula Vinculante nº 10 como Instrumentos da Hermenêutica Constitucional	05
<i>Nagib Slaibi Filho</i>	
Ressocializar ou Não-Dessocializar, eis a Questão	16
<i>Clovis Alberto Volpe Filho</i>	
Dos Atos Praticados pela Pessoa Jurídica com Excesso de Poderes e sua Oponibilidade a Terceiros - Um Necessário Cotejo Entre a Teoria <i>Ultra Vires</i> e a Teoria da Aparência	18
<i>Denis Donoso</i>	
Possibilidade de Exclusão de Condômino Antissocial	19
<i>André Luiz Junqueira</i>	
A Constituição “Cidadã” de 1988 e a Redemocratização	21
<i>Nourmirio Bittencourt Tesseroli Filho</i>	

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

Reconhecimento e Dissolução de Concubinato - Partilha de Bens (STJ)	24
---	-----------

INTEIRO TEOR

Plano de Saúde - Reajuste por Mudança de Faixa Etária - Estatuto do Idoso (STJ)	30
Promessa de Compra e Venda - Resilição do Contrato pelo Comprador (STJ)	33
Oposição de Embargos do Devedor - Prazo - Termo Inicial (STJ)	35
Exercício Irregular de Farmacêutica - Concurso com Curandeirismo - Impossibilidade (STF) ..	36
Execução Trabalhista - Penhora <i>On Line</i> - Bacenjud - Deferimento (TRT/3a.Reg.)	38
Poder Público - Concessão de Uso de Bem Público - Cemitério (STJ)	39
ISS - Sociedade - Mesma Categoria Profissional - Engenharia (TJ/RS)	41

EMENTÁRIO

Civil - Comercial	44
Imobiliário	46
Processo Civil	47
Penal - Processo Penal	49
Trabalhista - Previdenciário	50
Administrativo - Constitucional	52
Tributário	54

LEGISLAÇÃO

Decreto nº 6.690/08 - Programa de Prorrogação da Licença à Gestante – Lei 11.770/08 ...	56
---	-----------

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Correção Monetária e Juros de Mora sobre Honorários Sucumbenciais: os Juros Também são Devidos!	57
<i>Leandro Vieira</i>	

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

COEDIÇÃO:

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 / comercial@bonijuris.com.br

Jurídico - Pesquisa - Serviços de Apoio

Fone: (41) 3322-3835

E-mail: juridico@bonijuris.com.br

NESTA EDIÇÃO

Iniciamos a seção *Doutrina* desta edição com o magistrado e professor **Nagib Slaibi Filho**, que leciona sobre a arguição de inconstitucionalidade e a Súmula Vinculante nº 10 como instrumentos da hermenêutica constitucional. Demonstrando esses dois institutos no tocante ao controle de constitucionalidade, assevera que tal entendimento sumulado possui extraordinária importância, pois prestigia o sistema processual preconizado pelo artigo 97 da Constituição, e que o incidente processual da arguição de inconstitucionalidade constitui poderoso instrumento da hermenêutica na prática forense, garantindo a aplicabilidade das normas que gozam de supremacia sobre as demais normas do sistema jurídico.

O advogado criminalista **Clovis Alberto Volpe Filho** trata da questão da ressocialização, uma das finalidades da pena de prisão. Argumenta que a teoria da prevenção social ou primária atua nas causas originais que levam o delinquente a praticar sua conduta, criando novas oportunidades e desviando-o do caminho da criminalidade. De tal feita, apregoa que a educação e socialização, bem-estar social e qualidade de vida são âmbitos essenciais para uma prevenção primária, que opera sempre a longo e médio prazo e se dirige a todos os cidadãos.

Prosseguindo, o advogado **Denis Donoso** pronuncia-se sobre a validade dos atos praticados pela pessoa jurídica com excesso de poderes e sua validade em relação a terceiros, passando pelas duas teorias existentes sobre o tema – teoria *ultra vires* e teoria da aparência, e discorrendo sobre as posições existentes sobre o tema. Ao final, propõe uma solução que consagra todos os valores que envolvem as atividades empresariais, em atenção à sua função social.

André Luiz Junqueira, advogado fluminense, articula sobre a possibilidade de exclusão de condômino antissocial, ou seja, todo aquele que adota uma conduta transgressora das normas internas do condomínio, criadas pela Convenção, Regimento Interno ou Assembleia. Ressalta que o condômino/ocupante que cause transtornos insuportáveis pode ser proibido de ingressar no condomínio, uma vez que seu comportamento não atende à função social da propriedade e prejudica gravemente o direito dos demais.

O professor de direito constitucional **Nourmirio Bittencourt Tesseroli Filho** encerra a seção escrevendo acerca dos vinte anos da promulgação da Constituição e a consolidação da redemocratização. Principalmente sob amparo em fundamentos históricos que envolveram o processo constituinte, aduz que o Estado brasileiro é, nos dias de hoje, uma organização centrada no ser humano, inclusive pautando-se a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República.

Em *Acórdão em Destaque*, transcrevemos o importante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, lavrado no Recurso Especial nº 914.811. Reunidos em 2a. Seção, os ministros decidiram, por maioria de votos, a respeito do reconhecimento de concubinato anterior à vigência da Lei nº 9.278/96, para efeitos de partilha de bens havidos na constância da sociedade de fato.

O **Decreto nº 6.690**, de 11 de dezembro de 2008, é a *Legislação* deste mês. Por meio deste texto legal, fica instituído o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, de acordo com o previsto no art. 2º da Lei nº 11.770/08, estabelecendo-se os critérios para adesão ao programa e outras providências relevantes.

Ao final, em *Como Decidem os Tribunais*, o advogado e professor universitário **Leandro Vieira** enfoca o cabimento da correção monetária e juros de mora sobre honorários sucumbenciais. Com respaldo na jurisprudência, enfatiza que, se fixados em valor certo ou em percentual sobre o valor da causa, incidem os juros de mora desde o trânsito da decisão que os arbitrou.

Equipe Bonijuris

Nova Ortografia

A partir desta edição da *Revista Bonijuris* os artigos de doutrina estarão em acordo com as novas determinações advindas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, promulgado pelo Decreto nº 6.583/08. Quanto aos textos legais e às decisões dos tribunais, manteremos a originalidade de seus respectivos conteúdos.

A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A SÚMULA VINCULANTE Nº 10 COMO INSTRUMENTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Najib Slaibi Filho

Magistrado – RJ

Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ /UNIVERSO

1. Súmula Vinculante nº 10

Profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade são trazidas pela edição, em junho de 2008, da Súmula Vinculante nº 10 pelo Supremo Tribunal Federal, com força obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de todos os níveis federativos e esferas governamentais, como decorre do disposto no artigo 103-A da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

O enunciado sumular tem a seguinte redação:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Este trabalho¹ aprecia alguns dos efeitos que decorrem de tão importante provimento, notadamente em prol da validade e da eficácia da arguição de inconstitucionalidade como poderoso instrumento hermenêutico da Constituição, em país que adotou, até com surpreendente sucesso e árdua evolução, a síntese do melhor que apresentam os controles concentrado, de origem europeia, e incidental, de origem estadunidense.

Pode-se dizer, até mesmo, que a Súmula Vinculante nº 10 vem reforçar normativamente o procedimento de incidente de inconstitucionalidade dos tribunais, de forma a conduzir tal procedimento à função de verdadeira *ponte de ouro*² entre os controles concentrado e incidental de constitucionalidade e, assim, instrumento hermenêutico de superlativa importância neste início do século XXI.

2. Caráter hermenêutico da arguição de inconstitucionalidade

O incidente processual da arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de assegurar a uniformização dos entendimentos dos diversos órgãos e juízes de tribunal sobre a constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, constitui poderoso e até mesmo correntio instrumento da Hermenêutica na prática forense, garantindo a aplicabilidade das normas que gozam de supremacia sobre as demais normas do sistema jurídico.

A Hermenêutica assim pode ser considerada, na expressão sempre atual que

nos legou Carlos Maximiliano em seu clássico *Hermenêutica e aplicação do direito*:

“A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de Direito... Para [aplicar o Direito] se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que da mesma se contém: é o que se chama interpretar [...].”³

São indissociáveis as ideias de direito, hermenêutica e interpretação, como ensina Margarida Maria Lacombe Camargo:

“O tema da hermenêutica e da interpretação jurídicas remetem-nos ao processo de aplicação da lei realizado pelo Poder Judiciário. Sob essa ótica, só faz sentido interpretarmos a lei tendo em vista um problema que requeira solução legal. Mas a aplicação da lei deverá atender, antes de tudo, ao indivíduo e à sociedade a quem ela serve. Por isso, pensamos a lei em função de situações específicas, ou de casos concretos que envolvam pessoas. A norma jurídica encontra-se sempre referenciada a valores na medida em que defende comportamentos ou serve de meio para atingirmos fins mais elevados. Assim, o problema jurídico, que envolve situação de natureza valorativa, deve ser compreendido. Compreender é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Buscar os valores subjacentes à Lei, e que fogem da mera relação causa-efeito. Para aplicá-los, não basta detectarmos o fato e encaixá-lo a uma lei geral e abstrata dando-lhe concretude, como se a subsunção da premissa menor à premissa maior conferisse uma solução necessária, mediante operação puramente formal. Não. O direito é comprometido com valores, e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma situação histórica, da qual fazem parte o sujeito (intérprete) e o objeto a ser interpretado (fato e norma). Assim, podemos afirmar que o processo de interpretação e de aplicação das leis corresponde a uma situação hermenêutica, da qual nos fala Gadamer⁴.

[...]

A partir deste estudo, concluímos, então, que o direito, apesar de toda sua carga dogmática, faz parte de uma tradição filosófica cuja base reside na tópica e na retórica; o que nos leva a acreditar que o seu conhecimento, como criação humana, histórica e social, comporta uma dimensão hermenêutica. Voltamos, assim, à nossa posição inicial, afirmando que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa.⁵

Como concreção da ideia prática do Direito, a interpretação das normas está muito além do mero trabalho técnico do jurista, pois é um processo de inegável conteúdo histórico, axiológico e político, deferido aos juízes ordinariamente na interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais aos casos que lhes são submetidos, como, em superlativa dimensão do conteúdo político, na Hermenêutica Constitucional, cujo objeto são as normas dotadas de supremacia perante as demais.

Os processos de Hermenêutica Constitucional são exercidos pelos juízes brasileiros no controle incidental, que herdamos da prática estadunidense, e no controle concentrado, que nos foi legado pela Europa continental desde o embrião que colhemos com a Constituição de 1934, de forte inspiração nas Constituições alemã de 1919 e austríaca de 1922.

Destaque-se, na História do controle de constitucionalidade no Brasil, a contribuição de duas grandes correntes hermenêuticas, correspondendo justamente às influências preponderantes nos conteúdos ideológicos de nossas Cartas Magnas: o empirismo⁶ e o racionalismo⁷.

O empirismo, fundado na experiência de vida, é expressamente invocado no Código de Processo Civil, art. 335, em matéria de prova do fato, recomendando ao juiz recorrer às máximas da experiência comum e do que de ordinário acontece. O mesmo Código, no art. 131, traz norma que a doutrina considera como a aplicação do princípio da persuasão racional: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

O empirismo influenciou o controle da constitucionalidade em nosso país, quanto ao sistema difuso ou incidental, em que todo e qualquer juiz, nos casos que lhe são submetidos, pode deixar de aplicar a norma que considerar incompatível com a Constituição, desde que o faça fundamentadamente. Tais normas decorrem não de expressa determinação das Constituições americana de 1787 e brasileira, mas do famoso precedente, julgado em 1803 pela *U. S. Supreme Court*, caso *Marbury v. Madison*, através da genial construção feita pelo *Chief Justice* John Marshall⁸.

A corrente racionalista, de matriz continental-européia – que nós recebemos através do paradigma da Constituição de 1934 – se inspirou na Constituição austríaca de 1922 com suas alterações, que nos deu o controle concentrado⁹.

Até a redação que lhe emprestou a Lei nº 9.756/98, a arguição de inconstitucionalidade foi considerada como simples procedimento do controle incidental, com efeitos declaratórios de invalidade ou validade do ato normativo do Poder Público e que somente alcançavam as partes. Eventuais efeitos externos, que não se restringissem aos

limites subjetivos da lide, somente chegavam a alcançar outros membros da comunidade se e quando o Poder Legislativo, através da resolução hoje prevista no art. 52, X, da Constituição, e reproduzida nas Constituições estaduais, lhe concedesse efeitos normativos.

Antes, a arguição de inconstitucionalidade constituía simples procedimento processual para levar o tema da constitucionalidade do órgão fracionário para o Pleno do Tribunal, de forma a garantir a presunção de que somente se pode declarar a inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável.

A percepção atual do fenômeno jurídico é bem diversa, felizmente, muito mais pela consciência progressiva dos membros da comunidade sobre os amplos horizontes que se descortinam para o debate das questões públicas no denominado Estado Democrático de Direito, com a judicialização das questões políticas¹⁰, nos termos constantes dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, e pelo reforço normativo da mencionada Súmula Vinculante nº 10.

A arguição de inconstitucionalidade viceja hoje como uma das mais belas flores do controle concentrado de constitucionalidade, pois finalmente se libertou restrita dimensão de eficácia dentro dos limites subjetivos da lide para alcançar os efeitos normativos próprios de ato de conteúdo legislativo, genérico e abstrato, típicos do Poder Legislativo e daqueles órgãos aos quais a Constituição e a ordem jurídica deferiram efeitos normativos, como as resoluções das agências reguladoras e tantos outros entes.

3. Cláusula de reserva de plenário

A Súmula nº 10 reforça a normatividade do art. 97 da Carta da República, e disposições legais e regimentais que o implementam, e, principalmente, a autoridade do Supremo Tribunal Federal, do Plenário ou de órgãos especiais dos Tribunais¹¹ quanto à sua competência funcional para resolver as questões de inconstitucionalidade.

Desde a Constituição de 1934 vige entre nós o preceito, hoje repetido no art. 97 da Constituição de 1988, de que *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*.

O espírito que levou o legislador constituinte a editar tal comando, na oportuna lição de Pontes de Miranda sobre o art. 116 da revogada ordem magna, foi o *fim político-técnico de prestigiar o ato do Poder Público, inclusive a lei, só admitindo a desconstituição daquele, ou dessa, por maioria absoluta de votos dos tribunais*¹².

É que somente se proclama a inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável (*beyond all reasonable doubt*, na expressiva dicção estadunidense), mesmo porque, segundo Carlos Maximiliano:

“[...] todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.”¹³

Daí por que carecer o órgão fracionário de tribunal – justamente porque é fração e não o todo – de competência funcional para proclamar *ex novo* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, submetendo-se obrigatoriamente, para tal, aos procedimentos referidos nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil e às normas que reproduzem¹⁴ os dispositivos do referido Código nos Regimentos Internos dos Tribunais para ensinar a cognição e a decisão da questão incidental pelo Pleno.

Se o órgão judiciário não se qualifica como tribunal, nem dele é órgão fracionário, não há como nele fazer incidir o disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

O órgão judicial que não se caracteriza como tribunal continua com o poder de, fundamentadamente, de ofício ou a requerimento dos interessados, deixar de aplicar nos casos que lhe são submetidos a norma que entender incompatível com a Constituição.

Não são considerados tribunais os milhares de Juízos monocráticos que em nosso País tem o dever de conhecer em primeiro grau da esmagadora maioria dos pleitos submetidos ao Poder Judiciário, como também as Turmas Recursais dos Juizados Especiais¹⁵, com a competência que lhes foi deferida pelo art. 98, I, da Constituição e pela Lei nº 9.099/95, e os juízos colegiados, como os da Justiça Militar da primeira instância.

Há precedentes na Suprema Corte – antes mesmo da Lei nº 9.756/98 e que serviram de orientação na sua elaboração – considerando que, se o Plenário já se pronunciou anteriormente sobre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não há necessidade de remessa dos autos a ele pela Turma, para que novamente aprecie a questão¹⁶.

Neste aspecto, vale transcrever a lição de Moniz de Aragão:

“Como é sabido, casos há em que o julgamento plenário sobre a constitucionalidade acontece no próprio processo em que é suscitada a questão. *Outros há, no entanto, em que, diante da multiplicidade de causas sobre o mesmo tema, os diversos órgãos fracionários do tribunal ficam autorizados por disposição regimental a aplicar a decisão plenária independentemente de submeter a matéria ao plenário a cada vez que torne a surgir.* Na primeira hipótese, o julgamento sobre a constitucionalidade fica registrado em acórdão entranhado nos autos; *na segunda é ele adotado em outros processos, às vezes sem que conste dos respectivos autos o texto da manifestação do plenário.* “Verificando-se esta última situação, o Supremo Tribunal não tem conhecido de recursos extraordinários que abranjam a questão constitucional sem que figure nos autos do processo o acórdão do pleno (ou órgão especial) que a julgara” [grifos nossos].¹⁷

Esta é a moldura político-jurídica que ensejou a vedação, posta no parágrafo do art. 481, aos órgãos

fracionários de suscitar a arguição de inconstitucionalidade quando houver precedente pronunciamento sobre o tema do Pleno, ou Órgão Especial, do mesmo tribunal ou do Supremo Tribunal Federal; tal vedação veio reforçar o caráter vinculativo da decisão do Pleno.

Se o tema já foi debatido pelo órgão do tribunal com específica competência funcional – o Pleno ou Órgão Especial –, fere a lógica que, a cada vez que fosse necessária a cognição incidental para a resolução da causa, novamente fosse suscitada a arguição e repetido o procedimento dos arts. 480 a 482 da lei processual.

Há, assim, evidente vinculação do órgão fracionário e de seus juízes à decisão proferida nos termos do art. 481, parágrafo único, que tenha apreciado o tema da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma impugnada.

Somente não haverá a vinculação caso o incidente de inconstitucionalidade não tenha sido conhecido e, assim, a questão deixou de ser objeto de decisão pelo Pleno ou Órgão Especial; por exemplo, se no Pleno a arguição de inconstitucionalidade não foi admitida por faltar à norma impugnada o caráter genérico ou normativo¹⁸, referido pelo art. 97 da Constituição.

Basta ver que temas há que se repetem milhares de vezes no mesmo tribunal, em que o fundamento está restrito à constitucionalidade, como, por exemplo, nas questões tributárias e administrativas.

Enfatize-se, no entanto, que o parágrafo único do art. 481 limitou-se a referir não a Súmula, mas a *pronunciamento* do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, assim indicando a desnecessidade de enunciado sumular¹⁹.

Então, não se exige a edição de enunciado sumular, este a exigir para a sua formulação procedimento específico previsto no regimento interno dos tribunais no denominado incidente de uniformização de jurisprudência. Geralmente, deve constar no dispositivo do acórdão expressões como: *Acordam em reconhecer (ou declarar) a inconstitucionalidade do disposto no art. X da Lei X ou mesmo, como adiante se verá, quando se referir à modulação dos efeitos da norma, poderá constar no dispositivo do acórdão: [...] declarar inconstitucional a norma, extraída do disposto no art. X da Lei Y, que admite tal ou qual consequência, ou declarar inconstitucional, a partir da data tal, o disposto no art. X da lei Y [...].*

Basta que haja decisão plenária que tenha apreciado o tema (de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) para que se vinculem os órgãos fracionários.

O efeito prático de tal disposição é a intensa pesquisa de decisões da Suprema Corte e do Pleno dos tribunais sobre a questão de inconstitucionalidade – através dos repositórios de jurisprudência²⁰ e de informação da Secretaria do Pleno ou Órgão Especial do respectivo tribunal²¹.

Destaque-se, na História do controle de constitucionalidade no Brasil, a contribuição de duas grandes correntes hermenêuticas, correspondendo justamente às influências preponderantes nos conteúdos ideológicos de nossas Cartas Magnas: o empirismo e o racionalismo

Como a lei se refere a decisão plenária, inexistente vinculação de órgão fracionário à decisão de relator que tenha monocraticamente concedido liminar até mesmo em ação ou representação de inconstitucionalidade, salvo que o tenha feito *ad referendum* do Pleno ou Órgão Especial nos períodos de férias em tribunais com poucos membros. A competência funcional é do Pleno ou do Órgão Especial, mas não do relator, pois este, na feliz e já clássica expressão de José Carlos Barbosa Moreira, é o *porta-voz do Colegiado*, expressa não sua vontade individual, mas a vontade da Turma.

Evidentemente, não se exclui, para os efeitos do art. 481, parágrafo único, do CPC, que a decisão plenária tenha sido aquela que se pronunciou em ação direta de inconstitucionalidade ou em representação de inconstitucionalidade, porque nestas o efeito nem sempre é *ex nunc* (a partir da publicação da decisão ou do acórdão que concedeu a medida liminar ou definitiva) para suspender *erga omnes* a eficácia da norma inconstitucional; os efeitos, em tal caso, podem ser modulados, como permite o art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Se o reconhecimento da constitucionalidade se deu em ação declaratória de constitucionalidade, mais razão há para que não se suscite a arguição de inconstitucionalidade porque é especial efeito da decisão liminar ou definitiva neste tipo de ação constitucional tornar a lei ou do ato normativo imune ao controle incidental²².

Quando o tema for tratado em arguição de descumprimento de preceito fundamental, em se tratando de decisão que não fique restrita a determinada causa, também se terão os mesmos efeitos do controle concentrado.

O pronunciamento há de atender ao quórum qualificado do art. 97 da Constituição, e a regularidade do procedimento não precisa ser demonstrada a cada passo – com a exibição do inteiro teor do acórdão de origem –, porque todos os atos estatais, inclusive os praticados pelos órgãos judiciários, gozam da presunção relativa de legitimidade que os publicistas e o direito pretoriano extraem do disposto no art. 19, II, da Lei Maior²³.

Vê-se, assim, que, até mui discretamente, o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil cristalizou normativamente o que a doutrina e a jurisprudência admitiam: a vinculação dos tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, mesmo porque bastava, e ainda basta, para não se conhecer de recurso constitucional, o fundamento de que o tema já fora apreciado pelo Excelso Pretório.

A Súmula Vinculante nº 10 veio reforçar tal vinculação e, mais, muito mais, reforçou a autoridade do Supremo Tribunal Federal e, por extensão, do Pleno dos demais tribunais.

4. Procedimento da arguição de inconstitucionalidade

A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, dispo sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, deu nova redação aos arts. 480 a 482, justamente para assegurar o incidente de arguição de inconstitucionalidade como dupla fonte de efeitos, incidental e concentrado, no controle de constitucionalidade:

“Da Declaração de Inconstitucionalidade²⁴

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de

ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.”

Tais disposições constituem o procedimento previsto no art. 97 da Constituição da República, a exigir que somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, ou do respectivo órgão especial, poderão os tribunais reconhecer – em controle difuso ou concentrado – a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Os arts. 480 e 481 destinam-se aos órgãos fracionários, neles regulando o procedimento da arguição; já o disposto no art. 482 destina-se ao Pleno, destacando-se que a nova redação dos parágrafos reproduz em parte as disposições da Lei nº 9.868/99, que regula o procedimento, inclusive instrução, das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade²⁵.

O § 1º confere legitimidade ao Ministério Público e também às pessoas jurídicas de direito público, União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações de direito público, que tenham editado ou colaborado para a edição do ato normativo para intervirem no incidente.

Instituiu-se assim uma nova forma de intervenção de terceiro, pois, embora não sejam partes na causa originária, ganham a situação legitimante de participação da elaboração do ato que resolver sobre a constitucionalidade, muito além da assistência simples referida no art. 50 do Código de Processo Civil.

A símile do processo do controle concentrado, as pessoas jurídicas de direito público devem ser notificadas para se manifestar em prazo razoável, previsto no regimento interno ou fixado pelo relator, salvo, evidentemente, se já são partes na causa em que se suscitou o incidente.

Quanto ao Ministério Público, que tem direito a vista pessoal, ainda que não seja parte ou interveniente *custos legis* na causa originária, ganha legitimação para intervir em face dos efeitos evidentemente públicos decorrentes da resolução da questão de constitucionalidade.

Pelo disposto no § 2º, os legitimados ativos para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ganharam legitimação também para intervir no incidente. O dispositivo processual somente se refere ao art. 103 da Constituição da República, mas se omitiu quanto aos legitimados para a representação de inconstitucionalidade, prevista no art. 125, § 2º, também da Carta da República, que remete à Constituição do Estado o poder de prever os legitimados para deflagrar a ADI estadual. O regimento interno do Tribunal poderá admitir a intervenção dos legitimados ativos para a ADI estadual; se não o fizer, o relator poderá deferir tal

intervenção como parte de seus poderes instrutórios, *ad referendum* da turma julgadora.

De bom alvitre seria a alteração do Regimento Interno do Tribunal no sentido de que, admitido pelo relator o processamento da arguição de inconstitucionalidade, sejam notificados os órgãos que emitiram a norma impugnada para que prestem informações em prazo razoável. Também recomendável, a garantir a participação dos interessados e legitimados da decisão, é a publicação de edital no órgão oficial para que se manifestem em prazo razoável, constando no proclama os dados identificadores da causa originária e o dispositivo do ato normativo impugnado, assegurando-lhes a participação através de juntada de memoriais e de documentos.

Não se exclua a possibilidade de realização de audiência pública, sob a presidência do relator, para a oitiva de técnicos ou pessoas que possam esclarecer sobre o tema, assim como está previsto na Lei nº 9.868/99, para as ações de controle direto de constitucionalidade. Tal é o sentido indicado pelo § 3º do art. 482, expressamente permitindo ao relator, entre os seus poderes habituais de instrução, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ressalte-se, mais uma vez, que os parágrafos do art. 482 introduzem o procedimento do controle concentrado de constitucionalidade na arguição de inconstitucionalidade, justamente para lhe ensejar a transição de instrumento de controle incidental para o controle concentrado, assim conferindo à futura decisão sobre a questão de constitucionalidade os efeitos que exorbitam das esferas jurídicas das partes da causa originária.

5. Caráter bifrontal dos efeitos da decisão do Pleno: normativo e jurisdicional

Decidida pelo Pleno ou Órgão Especial a questão da inconstitucionalidade, que é posta na arguição como questão preliminar ou prejudicial na cognição da causa²⁶, ficam dispensados os juízes do órgão fracionário, no julgamento posterior do recurso ou da ação autônoma de impugnação de sua competência funcional, de reproduzir os termos do julgamento do Pleno na fundamentação e no dispositivo do acórdão que resolver a questão de mérito da causa, este sim, a julgar extinto o processo, com ou sem julgamento do mérito, assim deliberando sobre o caso concreto.

Daí se vê que a decisão do Pleno oferece duplo efeito em decorrência da cisão do julgamento da causa em dois momentos, um pelo órgão fracionário e outro pelo Pleno.

O órgão fracionário fica vinculado ao que resolveu o Pleno, se este conheceu da arguição e resolveu a questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como questão preliminar ou prejudicial para o julgamento da causa.

Ainda que o Pleno não tenha conhecido da arguição, o órgão fracionário também fica vinculado à decisão que rejeitou o incidente, pois o conhecer, ou não, do tema inclui-se na competência funcional do Pleno.

Resolvida a arguição de inconstitucionalidade, só resta ao órgão fracionário decidir a causa ou o recurso no sentido indicado, não podendo afrontá-lo ou se omitir no reconhecimento de tal indicação, sob pena de incidência dos efeitos da Súmula Vinculante nº 10.

A decisão do órgão fracionário produz efeitos vinculantes somente para as partes e para os interessados²⁷ que comparecem naquele processo. Em outros termos, pode-se dizer que os limites subjetivos e objetivos da lide são os que decorrem da decisão do órgão fracionário sobre a causa.

O Pleno, conhecendo da arguição e proclamando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma, fica também vinculado ao que decidirá para o julgamento dos casos posteriores em que haja

necessidade da cognição da mesma questão de inconstitucionalidade, assim como todos os demais órgãos e membros do Tribunal, inclusive quanto ao órgão fracionário. A vinculação decorre agora em face não só do disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mas também da razão de ser da Súmula Vinculante nº 10.

A decisão do Pleno, assim, ganha efeito além das partes que constam no processo em que se originou o incidente, ostentando eficácia subjetiva que transcende a causa originária; ou seja, a decisão do Pleno vincula o órgão fracionário e as partes da causa em que foi suscitado o incidente e, também, a

partir de sua publicação²⁸, todos os órgãos fracionários, bem como o próprio Pleno, em face do conteúdo do que se decidiu.

A decisão do Pleno do Tribunal ou do Órgão Especial, reconhecendo ou não a inconstitucionalidade, tem dupla eficácia:

a) quanto às partes do processo na resolução da questão incidental, pois o órgão fracionário se vincula à decisão e o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma constitui decisão exógena que passa a integrar a decisão do colegiado; e

b) a que transcende as partes e alcança todos os feitos em julgamento no Tribunal que tratam da mesma matéria, a partir da publicação da decisão e de sua eficácia, se diferida para momento posterior, em efeito de modulação da norma.

Em se tratando de decisão do Supremo Tribunal Federal, os efeitos são para todos os tribunais, os quais não poderão mais debater o tema já resolvido; em se tratando do Tribunal que pronunciou a decisão, para os seus juízes e órgãos fracionários.

A dupla eficácia antes referida oferece, simultaneamente, segurança e controvérsia.

A segurança da resolução da questão de constitucionalidade vale para os tribunais como norma a que se submetem pelo critério da legalidade estrita, típica dos países do *Civil Law*, e que, no Brasil, tem comando no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil²⁹.

A controvérsia decorre dos efeitos que transcendem a causa originária, pois a decisão vale e produz efeitos como ato normativo, de controle

Quanto ao Ministério Público, que tem direito a vista pessoal, ainda que não seja parte ou interveniente custos legis na causa originária, ganha legitimação para intervir em face dos efeitos evidentemente públicos decorrentes da resolução da questão de constitucionalidade

concentrado de constitucionalidade; ato normativo, com efeitos de lei formal, porque materialmente é lei que vincula o tribunal e seus órgãos fracionários.

Alcança, assim, outros processos em tramitação no Tribunal e, no caso do Supremo Tribunal Federal, processos de todos os demais Tribunais, constituindo fonte normativa que, como as demais, não dispensa o juiz, como julgador do caso concreto, de verificar se a causa que está julgando poderia ser resolvida com outras normas que não aquela reconhecida constitucional ou inconstitucional pelo Pleno ou respectivo Órgão Especial.

No efeito de controle concentrado, também se deve discutir se é cabível a revogação da decisão que reconhece a inconstitucionalidade em outro momento posterior, como, por exemplo, em outra causa em que o tema venha a ser submetido a debate.

A eficácia da decisão, que transcende as partes da causa em que foi suscitada a arguição de inconstitucionalidade da coisa julgada, não tem a imutabilidade da coisa julgada, por que esta só alcança as decisões de mérito (art. 467 do Código de Processo Civil), e não as incidentais.

O efeito transcendente evidencia o seu caráter normativo genérico, de conteúdo constitucional, pois, aí, a Constituição é o que os juízes dizem que ela é, muito além do texto do legislador constituinte.

Esse efeito normativo genérico conduz à necessidade de se admitir a revisão da decisão na arguição no que diz respeito aos efeitos transcendentais das partes originárias.

Em consequência, o órgão que emitir a decisão (Pleno ou Órgão Especial) tem não só o poder de rever o que antes decidira, como, também, de modular a norma, conferindo efeitos temporais diferenciados ou interpretação conforme a Constituição, da forma que a Lei nº 9.868/99, em seu art. 27, concedeu ao Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações de efeito concentrado.

Inadmitir tal flexibilidade seria emprestar efeitos mumificantes à norma decorrente, como se ela não fosse produto da vontade humana.

Há entendimentos em contrário, inclusive no sentido de que o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, quanto à interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, ou a concessão de efeitos retroativos ou prospectivos ao reconhecimento da inconstitucionalidade, somente pode ser procedido em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, que são os procedimentos objeto da Lei nº 9.868/99.

Contudo, é necessário lembrar que as disposições da Lei nº 9.868/99 não saíram *ex novo* das cabeças ilustres que elaboraram o seu anteprojeto de lei, mas da própria prática do Supremo Tribunal Federal, que se inspirou em outras Cortes Constitucionais, principalmente a alemã.

6. Revisão da decisão do Pleno que reconheceu a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade

A decisão do Pleno poderá ser revista tanto na oportunidade dos embargos de declaração, como prevê o art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, como através de uma nova arguição de inconstitucionalidade suscitada por qualquer órgão fracionário ou mesmo pelo próprio Pleno.

A lei processual não prevê a forma do procedimento de revisão, mas adota-se o princípio geral do paralelismo das formas, isto é, a revisão será feita pela mesma forma com que se faz o procedimento do incidente, mas com algumas alterações, o que decorre de seu caráter de revisão do que fora decidido.

A primeira é que a revisão deve ser fundamentada pelo órgão fracionário suscitante, e, ao ser admitida, também explicitamente fundamentada pelo Pleno, de forma a se justificar para que não represente meramente uma insubordinação à vinculação existente; a decisão anterior, como aquela que eventualmente acolher a revisão, ostenta efeitos *erga omnes* dentro do Tribunal, em face do seu caráter normativo e não jurisdicional, eficaz em cada caso concreto.

A segunda diferença refere-se aos efeitos da decisão revisanda, inclusive quanto ao tempo de sua aplicabilidade, pois muitos feitos poderão estar sendo julgados nos órgãos fracionários em tempos diversos do respectivo procedimento de revisão.

7. Poder do Pleno de modular os efeitos da norma inconstitucional

Passa-se a discutir a possibilidade jurídica do Pleno modular os efeitos de sua decisão que reconhece a inconstitucionalidade, como permite o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

As admitir que a arguição de inconstitucionalidade ofereça duplo efeito em sua decisão, deve-se admitir que o efeito que transcende as partes constitui função legislativa e não jurisdicional.

O exercício da função legislativa pelos tribunais decorre do gênio de Hans Kelsen ao engendrar a solução de se conferir a órgão parlamentar o poder de controle, prévio ou posterior, da constitucionalidade da lei, atribuindo a este órgão a denominação de Corte ou Tribunal, e a seus membros, o título de juízes ou conselheiros para realçar a sua neutralidade e a publicidade do processo decisório.

Adotando o nosso país o padrão kelseniano a partir da Constituição de 1934, com a instituição da representação para intervenção, assim mitigando o sistema incidental de controle que herdamos da prática estadunidense, mostra-se natural a concessão de efeitos legislativos ao controle concentrado.

A prática do Supremo Tribunal Federal na década de 90 do século passado conduziu à Lei nº 9.868/99, a reproduzir procedimento tipicamente legislativo, como a instrução através de audiências públicas e participação de pessoas que pudessem trazer esclarecimentos sobre o tema e até o poder de, além de declarar a inconstitucionalidade, protelar ou diferir os efeitos da sua decisão, como decorre do disposto no art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Afirme-se que é extremamente importante a aplicação dos efeitos de modulação da norma na arguição de inconstitucionalidade em face dos efeitos da decisão do Pleno sobre outras causas que não a originária em

que foi suscitado o incidente. A própria prática judicial demonstra a necessidade de tal modulação em casos tributários e fiscais, ou até mesmo na interpretação de normas do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.

8. Esvaziamento da norma decorrente do disposto no art. 52, X, da Constituição

Até mesmo as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, estavam obrigadas a submeter o tema ao Pleno, que deveria comunicar o resultado à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal para os fins delineados hoje no art. 52, X, da Constituição (Regimento Interno, art. 178; tal norma é geralmente reproduzida nos regimentos internos dos Tribunais de Justiça, inclusive para fins de comunicação à Assembléia Legislativa)³⁰.

Em consequência, também no Supremo Tribunal Federal – cuja função precípua é a guarda da Constituição – não têm as Turmas, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o poder de reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade, embora possam, como todos os demais órgãos fracionários de tribunais e até cada juiz, em decisão monocrática, reconhecer a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Assim é porque, como já referido, a situação ordinária é a constitucionalidade do ato normativo do Poder Público, a qual se presume; o excepcional, cuja existência não se presume, é a inconstitucionalidade, que só pode ser reconhecida pela maioria absoluta do Tribunal ou do respectivo Órgão Especial.

Diversamente, no controle concentrado de constitucionalidade, como na ação direta de inconstitucionalidade ou sua equivalente estadual, a representação de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e até mesmo em certas decisões da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a decisão por si só, independentemente de comunicação ao órgão legislativo, tem efeitos *erga omnes*, por sua natureza evidentemente legislativa.

Desde a representação de inconstitucionalidade julgada em março de 1977, ainda na ordem constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal não mais comunica ao Senado Federal as decisões, cautelares ou definitivas, proferidas no controle concentrado; desde 1996, não mais procede à comunicação ao Senado Federal em se tratando também de controle incidental.

Da mesma forma, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) tem o relator poder de monocraticamente indeferir a liminar que pretende a suspensão dos efeitos do ato normativo do Poder Público por inconstitucionalidade, pois aí está prestigiando a norma impugnada e a sua presunção de validade na ordem constitucional.

Como o Excelso Pretório é tribunal com poucos integrantes, dispõe o seu Regimento Interno, no art. 177, que “o Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa, e o verbete 72 de sua Súmula que no julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário”.

Nos tribunais com maior número de membros, norma regimental geralmente atribui ao Plenário ou ao respectivo Órgão Especial tão-somente o julgamento da questão de inconstitucionalidade, e, resolvida a arguição, lavrando-se o respectivo acórdão, devolve-se ao órgão fracionário o julgamento das demais questões da causa.

Nesse aspecto, diz a Súmula 513 da Suprema Corte que: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.

9. Controvérsia sobre a questão de constitucionalidade como pressuposto de admissibilidade do incidente

Desde logo, ressalte-se que o procedimento previsto nos arts. 480 a 482 da lei processual civil somente é cabível quando houver necessidade do reconhecimento

incidental da inconstitucionalidade para o julgamento da causa.

Se for possível julgar a causa sem examinar a questão de inconstitucionalidade, este deve ser o caminho adotado pelo órgão fracionário.

Em dois momentos há o exame do requisito de necessidade de se adentrar na questão de constitucionalidade para o julgamento da causa como pressuposto para a deflagração e para a resolução do incidente:

a) no órgão fracionário, quando se debate sobre a remessa dos autos ao Pleno, suspendendo-se o julgamento; e

b) no Pleno, como pressuposto de admissibilidade do incidente.

A arguição de inconstitucionalidade constitui procedimento excepcional e somente deve ser utilizada quando houver absoluta necessidade do exame da questão de constitucionalidade: tal decorre da prefalada presunção de validade dos atos públicos.

A verificação da exigência de apreciação da questão de inconstitucionalidade para o deslinde da causa constitui para o Pleno um imperativo para o conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, verdadeiro pressuposto de admissibilidade e que pelo Pleno não pode ser postergado.

O juízo prévio de delibação do incidente compreende, desta forma, uma apreciação, ainda que em cognição sumária e não-exauriente, da probabilidade de julgamento da causa sem colocar em confronto com a Constituição a norma impugnada. Tal competência funcional do Pleno não significa, em absoluto, que esteja

A lei processual não prevê a forma do procedimento de revisão, mas adota-se o princípio geral do paralelismo das formas, isto é, a revisão será feita pela mesma forma com que se faz o procedimento do incidente, mas com algumas alterações, o que decorre de seu caráter de revisão do que fora decidido

ele invadindo as atribuições do órgão fracionário, mas, simplesmente, resolvendo se está realmente deflagrada a sua competência funcional para o incidente [...].

10. Cláusula de reserva de plenário – inerente às ações de controle concentrado em face da competência funcional do Pleno

O procedimento de arguição de inconstitucionalidade somente se aplica para o controle incidental e, assim, não se aplica às ações de inconstitucionalidade ou às representações de inconstitucionalidade processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados (Constituição Federal, arts. 102, I, a; 125, § 2º), estas previstas na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e, nos termos de sua orientação, nos regimentos internos dos Tribunais.

E assim é porque tais ações originárias são processadas e julgadas pelo Pleno ou Órgão Especial em competência funcional decorrente da sua natureza de controle concentrado de constitucionalidade.

O mencionado procedimento é aplicado independentemente do objeto da comparação da lei ou do ato impugnado, com a Constituição federal ou estadual, pois o art. 480 refere-se genericamente a “argüida a inconstitucionalidade[...]”³¹.

De qualquer forma, o denominado *princípio*³² da *reserva de plenário*, que se extrai do disposto no art. 97 da Constituição, é aplicável em qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade pelos tribunais, servindo o roteiro dado pelos arts. 480 a 482 da lei processual como procedimento para o reconhecimento incidental – posto o tema de constitucionalidade como questão prévia ao julgamento da causa.

Já quanto ao denominado controle concentrado, em que a questão de constitucionalidade é a questão principal da lide, seu procedimento decorre das disposições da Lei nº 9.868/99 e dos regimentos internos da Suprema Corte e dos Tribunais de Justiça, estes quanto às representações de inconstitucionalidade ou ADIs estaduais, como são denominadas em alguns Estados-membros.

Nessa modalidade de controle, a atividade dos tribunais reveste-se de evidente caráter legislativo, operando por si só com efeitos *erga omnes*, quer quando suspendem a eficácia da norma impugnada (como na ação direta de inconstitucionalidade, na representação de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental), quer quando agregam à norma sob exame na ação declaratória de constitucionalidade a eficácia de se tornar imune ao controle incidental.

O art. 99 da Constituição garante a autonomia do Poder Judiciário – e não dos tribunais – e não pode agitar malferimento da autonomia funcional dos juízes aqueles que somente decidem em colegiado e estão submetidos ao princípio majoritário para a apuração dos votos na formação da vontade coletiva: votos individuais ou minoritários não impõem a vontade da maioria.

Aliás, se o Tribunal, por seu órgão fracionário ou mesmo pelo Pleno, ignorar a norma proibitiva contida no parágrafo único do art. 481, estará desafiando a reclamação em decorrência da Súmula Vinculante nº 10, e também os recursos especial e extraordinário.

Nesse último aspecto, sobre a natureza jurídica e o alcance da reclamação, basta consultar o extenso acórdão

que decidiu a Reclamação nº 383-3, de São Paulo, sob a relatoria do ministro Moreira Alves, em que até em sede de jurisdição constitucional concentrada foi admitido, por unanimidade, tal remédio assegurado menos da autoridade da mais Alta Corte de Justiça e mais do princípio da unidade do Poder Judiciário nacional.

A Súmula Vinculante nº 10 tem extraordinária importância no controle da constitucionalidade, pois prestigia e enfatiza o sistema processual preconizado pelo art. 97 da Constituição e junte os órgãos fracionários a tal modelo.

Evita que o órgão fracionário se omita em suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade, com a remessa ao Pleno ou Órgão Especial, e também impede que ele decida a causa sem validar e tornar eficaz o ato normativo do Poder Público, dizendo que a norma é constitucional, mas sem aplicar os seus efeitos no caso em julgamento.

Dispõe o art. 126 do Código de Processo Civil, com redação mais atualizada que o vetusto art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

O sistema ou família jurídica da Europa continental, o *Civil Law*, que herdamos da colonização espanhola e portuguesa, vincula o juiz primeiramente à norma decorrente da lei genérica e abstrata, e, inexistente esta, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Se o órgão fracionário nega efeitos ao ato normativo do Poder Público, afirmando-o compatível com as normas constitucionais, mas sem atender aos seus comandos, incidirá no suporte fático da Súmula Vinculante nº 10.

Poderão os interessados nem mesmo aguardar o trânsito em julgado ou o momento de interposição dos recursos para a Suprema Corte, bastando ingressar com a reclamação.

Enfim, continuem os juízes monocráticos, na motivada apreciação dos temas constitucionais que se vejam obrigados a enfrentar no julgamento das causas a que lhe são submetidas, deixando de aplicar, nos casos concretos, as leis e os atos normativos que, a seu ver, sejam incompatíveis com a Constituição.

Mas os tribunais, independentemente de alteração das disposições regimentais, agora estão jungidos aos seus precedentes, e principalmente, aos da Suprema Corte, nas questões constitucionais.

Tais precedentes, se atendido o quórum qualificado referido no art. 97 da Constituição, ganham verdadeiro conteúdo normativo, mais uma vez demonstrando que hoje se mostra vazia e ultrapassada a rígida separação de poderes e funções estatais que o antigo magistrado Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, enxergou como fundamento suficiente para acabar com o absolutismo real.

A Súmula Vinculante nº 10 veio em momento adequado, combatendo prática que se mostra comum nos órgãos fracionários dos tribunais, embora em confronto com a cláusula de reserva do plenário.

11. Efeitos do descumprimento da súmula vinculante

Dispõe o art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina a edição, a revisão e o

cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal:

“Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”

Vale observar que, conforme o § 2º, acolhida a representação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Note-se: a Corte Constitucional não substituirá a decisão impugnada, decidindo a causa na sua inteireza, limitando-se somente a anular ou invalidar a decisão, mandando que outra seja proferida. Tal posicionamento decorre da evidente impossibilidade material de se debruçar a Corte Maior sobre temas outros que não o que deflagra, de regra, a sua competência funcional, que é a questão de constitucionalidade.

A lei regente da súmula vinculante prevê a reclamação como instrumento repressor. Tal procedimento é previsto nos arts. 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, podendo a referida ação ser julgada pelo Colegiado (Turma ou Pleno) ou antecipada e monocraticamente pelo Relator quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Excelso Pretório (Regimento Interno, art. 161, parágrafo único).

Em se tratando a reclamação de ação autônoma de impugnação, dispensa que a decisão reclamada seja impugnada por recurso extraordinário ou ordinário (Constituição Federal, art. 102, II e III).

Assim, o interessado peticionará diretamente ao Supremo Tribunal Federal levando cópias da ação originária e pedindo a sua cassação por ofensa à Súmula Vinculante nº 10.

Se influentes os elementos fáticos demonstrados pelo reclamante e incidente o disposto no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno, poderá o Relator dispensar as informações do órgão fracionário que desatender ao preceito constitucional e, mesmo sem ouvir o Ministério Público, acolher fundamentadamente a reclamação, anulando a decisão impugnada e mandando que outra seja proferida.

12. Conclusão

O controle da constitucionalidade em nosso país oferece desenvolvimento ímpar no Direito Constitucional comparado, pois estamos conseguindo, embora em

erráticos passos, uma simbiose que se mostra notável e eficiente entre os sistemas que herdamos dos Estados Unidos e da Europa continental.

A arguição de inconstitucionalidade, procedimento denominado de “declaração de inconstitucionalidade” pelo Código de Processo Civil de 1973, previsto nos arts. 480 a 482, com a redação que lhes conferiu lei extravagante há mais de 10 anos, oferece características que representam uma elogiável *ponte de ouro* entre os sistemas que herdamos, resultado, assim, de um lado, do empirismo estadunidense, e, de outro, do racionalismo continental-europeu.

Aí a razão do sucesso, que desde logo se desconfia, quanto ao papel do procedimento da arguição de inconstitucionalidade no Estado Democrático de Direito, síntese da concreção do Direito, o qual se revela não nos textos constitucionais e legais, mas na vivência quotidiana dos seus operadores, no julgamento de cada caso concreto, na resolução dos conflitos. ■

NOTAS

1 O embrião deste artigo foi escrito há dez anos, quando do início da vigência da Lei nº 9.756/98, e agora o tema é revisitado em decorrência da recente edição da Súmula Vinculante nº 10, que reforça o caráter do procedimento da arguição de inconstitucionalidade como poderosa fonte de produção hermenêutica. O trabalho é apresentado, como requisito de aprovação, à professora Margarida Maria Lacombe Camargo, no Curso de Doutorado da Universidade Gama Filho, cadeira de Hermenêutica, 1º semestre de 2008.

2 O penalista Franz Von Liszt usou a expressão *ponte de ouro* ao se referir ao momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os atos preparatórios impunes e o começo da execução punível, pelo que incorre na pena cominada à tentativa. Semelhante fato não pode mais ser alterado, suprimido ou anulado retroativamente. Pode, porém, a lei, por considerações de política criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornara passível de pena. Neste sentido: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal (parte geral)*. 5a. ed. Niterói: Impetus, [20—], v. 1, p. 301.

3 Apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do Direito. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3. Mais adiante, na mesma obra, a mestra expressa a sua concordância com o pensamento de Hans-Georg Gadamer sobre a importância da aplicação prática: *a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafo, mas uma concreção prática da idéia do Direito. A arte dos juristas é também o cultivo do Direito* (p. 45). Colha-se a lição: a interpretação é a concreção prática da ideia do Direito.

4 Op. et loc. cit, p. 13/14.

5 Op. cit., p. 259.

6 Como padrão do empirismo, tome-se o filósofo escocês David Hume (Edimburgo, 1711-1776), autor do *Tratado da Natureza Humana*, publicado em 1739, que depois refundiu com o nome de *Investigação sobre o entendimento humano*. Sobre ele, disse Wayne Morrison, *Filosofia do Direito dos gregos ao pós-modernismo* (São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 122): [...] *Hume “empiriza” o homem a tal ponto que o alcance do conhecimento relevante às nossas preocupações (e, assim,*

A verificação da exigência de apreciação da questão de inconstitucionalidade para o deslinde da causa constitui para o Pleno um imperativo para o conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, verdadeiro pressuposto de admissibilidade e que pelo Pleno não pode ser postergado

capaz de servir de guia à ação) deve ficar restrito ao entendimento do lado sensível e emocional do homem, e devemos desconfiar das afirmações feitas em nome da razão. Kemp Smith sumaria afirmações-chave, como “a razão é e deve ser escrava das paixões”, para representar Hume como um pensador para o qual só somos verdadeiros quando sob “guiados pela natureza, agindo [...] não através da razão, mas do sentimento [...]”.

7 Como padrão do racionalismo, abstraindo-se da influência que nos deu a forte corrente iluminista francesa de Voltaire, Descartes e outros, tomemos Immanuel Kant (Königsberg, na Prússia Oriental, 1724-1804), autor de *Crítica da razão pura* (1781) e da *Crítica da razão prática* (1788). Comenta Wayne Morrison (op. cit., p. 156): *Na leitura de Hume, Kant encontrou a afirmação de que o único conhecimento possível era o de relações de idéias, ou de observações empíricas. A filosofia compunha-se das primeiras, que, segundo Hume, equivaliam a diferentes discussões sobre o risco de andarem em círculos tautológicos. Ao contrário, as florescentes ciências empíricas pareciam oferecer o verdadeiro conhecimento; contudo, elas próprias assentavam-se sobre bases não-rationais. Ao longo de sua formação, Kant fora levado a acreditar na razão e a esperar que, mediante o uso da razão, os homens conheceriam os deveres que deles se esperavam e saberiam o que era certo fazer na vida. Hume parecia desvalorizar essas crenças; adicionalmente, colocava-se então um novo conjunto de questões. Qual era a relação do homem com a “natureza” e a vida comum do mercado, e com as suas necessidades sensíveis e seus desejos psicológicos? O que aconteceria com nossas idéias sobre moralidade e Deus se o conhecimento sobre o mundo só nos chegasse através das ciências empíricas? Estaríamos condenados a relegar as idéias sobre Deus e a moralidade à esfera do não-razional? A moralidade era realmente formada por sensações, emoções e sentimentos naturais? O homem precisava seguir a natureza ou poderia encarregar-se, racionalmente, da construção de uma nova ordem social e mundial? Se assim fosse, com quais princípios de razão poderia ele contar?*

8 Rui Barbosa, autor do projeto da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob o paradigma da Constituição americana de 1787, tentou vencer a reação dos juízes vindos do regime imperial, acostumados a não decidir causas de interesse público que então eram julgadas pelo Conselho de Estado, constituindo a sua omissão, no regime republicano, a reação ao sistema da jurisdição universal ou do *judicial review*. Sem encontrar outros meios de persuasão, Rui fez escrever, na Lei de Organização Judiciária federal, de 1891, no art. 13, § 10, o comando de que os juízes deveriam obedecer à Constituição e às leis nessa ordem, assim positivando a norma que decorria da experiência prática americana... Aliás, em nossa História republicana, foi o primeiro momento em que a lei adotou critério decorrente de precedente judicial, no caso, de outro país.

9 Sobre a prática parlamentar de editar normas sobre o controle de constitucionalidade seguindo a orientação decorrente de precedentes do Supremo Tribunal Federal, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. [Capítulo II.] Em nosso país, o texto positivado, constitucional ou ordinário, vem geralmente a reboque da construção pelo Supremo Tribunal Federal de um sistema realmente ímpar de controle de constitucionalidade no Direito Comparado.

10 O fenômeno da judicialização não é exclusivo de nosso país e parece constituir, neste limiar de milênio, um dos mais eficientes instrumentos de afirmação da cidadania, pois em todos os recantos, prefere-se o processo judicial como arena em que as forças antagônicas da sociedade se apresentam em plano de igualdade formal na busca de uma decisão fundamentada pronunciada em procedimento e participativo dos interessados.

11 A referência ao plenário do Tribunal (Pleno) neste trabalho abrange também o respectivo órgão especial ou Corte Superior, quando existir nos termos do disposto na Constituição, art. 93, XI: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”. Sobre a instituição do órgão especial como órgão delegado do Pleno, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da justiça* (notas à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2005). Niterói: Impetus, 2005. [Capítulo 7.]

12 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 611.

13 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 307.

14 Como decorre do disposto no art. 96, I, a, da Constituição, o Regimento Interno deve observar as normas processuais e as garantias das partes. De tal comando constitucional se extrai a norma de que, ainda que a redação do dispositivo regimental não reproduza os textos constitucionais e processuais pertinentes, tais normas adentram automaticamente na normatividade regimental, como se ali estivessem expressamente previstas. Não há de se falar, em tais casos, de autonomia do regimento interno em face das normas constitucionais e processuais. O texto regimental deve ser lido pela ótica constitucional, pelo filtro normativo da supremacia da Constituição.

15 Desde a Lei que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, na década de 80, decorrente da ação do então Ministro da Desburocratização, Hélio Beltrão, e que depois evoluiu para a Lei nº 9.099/95, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, considera-se que a Turma Recursal, Cível ou Criminal, está compreendida dentro do mesmo órgão do Juizado; assim, a instância revisora se faz no mesmo órgão, através de outros juízes que não aquele que pronunciou a decisão impugnada. A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais Especiais não tem competência funcional para o procedimento dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento n. 169.964-8, do Paraná, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 26 de setembro de 1995, *Diário da União* de 3 nov. 1995, p. 37.253.

17 MONIZ DE ARAGÃO. Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal. *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Coord. por José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 141/150, item 7.2.

18 Não poucas decisões admitem erroneamente a arguição de inconstitucionalidade quando o ato em contraste com a Constituição não tem o caráter normativo exigido pelo disposto no art. 97. Mesmo assim pela hierarquia superior que o Pleno ou Órgão Especial ostenta sobre os demais órgãos fracionários, pois a soma prevalece sobre uma das partes, estes devem se curvar ao julgamento àquele, pois todo órgão judicial tem o dever-poder de, preliminarmente, resolver sobre a própria competência, afirmando-a como pressuposto de sua legitimidade. Se o Pleno admitiu a sua competência pela admissão da arguição, apreciando ato concreto e individual como se fosse o ato normativo do Poder Público exigido pelo art. 97 para deflagrar o incidente e sua competência, o que resta ao órgão fracionário é aceitar o que foi decidido; quanto aos interessados prejudicados, sempre poderão opor os recursos extraordinários, pela contrariedade à cláusula de reserva de plenário, e especial, por contrariedade às normas que decorrem dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

19 Aliás, entramos agora em forte fase normativa dos tribunais, atropelando a inércia do Poder Legislativo, pois nos sítios da Internet dos tribunais existem relações de leis inconstitucionais e até de decisões em ações coletivas, também de caráter normativo; e os relatores podem negar seguimento de plano ao recurso que afrontar precedentes e súmulas, como prevê o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil.

20 Quanto à Corte Constitucional através da Internet no sítio www.stf.gov.br que felizmente até mesmo dispõe do inteiro teor dos acórdãos.

21 Alguns tribunais já colocam em seus sítios da Internet o rol das decisões sobre a constitucionalidade e sobre as ações coletivas, assim respeitando os efeitos *ultra vires* que delas decorrem.

22 Neste sentido, ver o intenso debate na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, em que foi relator o Ministro Sidney Sanches. Também sobre o tema, consultar: SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2a. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

23 Na prática, a prova do direito é feita através de certidão da Secretaria do Pleno, ou cópia do acórdão ou, até mesmo, pela publicação em repositórios autorizados de jurisprudência. O disposto no art. 544, § 1º, parte final, do Código de Processo Civil, ao tratar dos recursos extraordinário e especial, conferiu ao advogado o poder de autenticação dos documentos: "As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal".

24 Mostra-se evidentemente inadequada a expressão *declaração de inconstitucionalidade*, pois na arguição de inconstitucionalidade não somente se declara a inconstitucionalidade, mas também se constitui uma nova situação para a norma, até mesmo lhe extraindo efeitos, situação que está além da declaração e que alcança o caráter de constitutividade, que é o de alteração dos efeitos jurídicos. Sobre os efeitos das decisões judiciais, ver, por todos: PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

25 Os procedimentos previstos na Lei nº 9.868/99 reproduzem, em grande parte, os procedimentos de instrução do processo legislativo previsto na Constituição e nos Regimentos Internos das Casas Legislativas, inclusive com a oportunidade de manifestação de interessados diretos ou mesmo especialistas no tema. Ver: BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro*: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista eletrônica de direito do estado*, a. 1, n. 1, [20—]. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>.

26 Sobre a questão de constitucionalidade, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 161 e segs.

27 Observe-se que o art. 213 do Código de Processo Civil diz que a citação é feita ao réu e aos interessados, o que os incluirá nos efeitos da decisão que julgar a lide, ainda que não sejam ali denominados de réu ou demandado.

28 À semelhança do que está no art. 28 da Lei nº 9.868/99, a publicação deve ser feita em parte específica do órgão oficial de publicação dos atos do Tribunal, assim permitindo o destaque necessário para que não se perca a notícia entre as milhares de outras dos julgamentos realizados.

29 Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (LICC)

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (CPC)

30 Antes mesmo da vigência da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que alterou os procedimentos recursais e, inclusive, o procedimento da arguição de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade, já deixava de proceder à comunicação referida no art. 52, X, da Constituição, e no art. 178 do seu Regimento Interno. A Lei nº 9.756/98 veio reforçar a

desnecessidade da comunicação, pois o órgão fracionário de Tribunal fica vinculado ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo respectivo Pleno, como decorre do disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Contudo, tal decisão não desfruta das características de súmula vinculante e, por isso, não vincula os demais órgãos do Poder Judiciário nem a Administração Pública, salvo quanto aos membros dos Tribunais que se vêem obstados de suscitar a arguição, como decorre do parágrafo único do art. 481 da lei processual. A comunicação do art. 52, X, da Constituição caiu em desuso justamente porque o órgão legislativo não tem como ser compelido a editar a resolução, a despeito da decisão judiciária, à qual não

se vincula por ser órgão político, pertencente a outro Poder. O saudoso mestre Celso Ribeiro Bastos muito se opôs a tal costume, que, no entanto, acabou por esvaziar o comando do art. 52, X, da Lei das Leis, dispositivo que hoje figura no texto constitucional como um corpo inanimado.

31 Controverte-se sobre o cabimento da arguição de inconstitucionalidade cujo objeto seja a comparação de lei ou ato normativo municipal em face da respectiva Lei Orgânica. Inclusive pela denominação deste Estatuto Municipal, que a Constituição da República não quis denominar de Constituição, considera-se que não usufrui *status* suficiente para merecer as honras do incidente, tratando-se de mero controle de legalidade, passível de ser realizado pelo órgão fracionário por não incidir nas normas do art. 97 da Constituição. Diverso é o entendimento quanto à Lei Orgânica do Distrito Federal que, a despeito da denominação, reproduz normas de conteúdo estadual, valendo lembrar, neste aspecto, o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto de que *o Distrito Federal é mais do que um Município e menos do que um Estado-membro*.

32 Na técnica constitucional, na verdade, a norma que se extrai do art. 97 não constitui um princípio, mas uma regra ou preceito. Na esteira do ensinamento de autores estrangeiros e nacionais, quanto ao conteúdo e extensão, a norma pode constituir princípio e regra ou preceito: o princípio tem normatividade mais abrangente, como se vê no *caput* do art. 37 da Constituição, e foi conceituado pelo desembargador Oswaldo Aranha Bandeira de Mello como a diretriz fundamental de um sistema, este a ordenação das partes no todo; a regra ou preceito é mais concreta e individualizada, como, por exemplo, o que está no art. 52, I, sobre a competência do Senado. No caso, a norma que se pode extrair do disposto no art. 97 da Carta da República, sobre a competência funcional do Pleno ou do Órgão Especial, constitui regra ou preceito e não princípio como já se acostumaram a denominar a jurisprudência e a doutrina.

A Súmula Vinculante nº 10 tem extraordinária importância no controle da constitucionalidade, pois prestigia e enfatiza o sistema processual preconizado pelo art. 97 da Constituição e junte os órgãos fracionários a tal modelo

RESSOCIALIZAR OU NÃO-DESSOCIALIZAR, EIS A QUESTÃO

Clovis Alberto Volpe Filho

Advogado criminalista

Mestre em Direito Constitucional

Professor de Direito da FAFRAM/Ituverava

A questão da finalidade da pena é um tema que percorre os séculos, envolvendo vários ramos do conhecimento humano, os quais nos oferecem uma gama imensa de teorias e teses.

Nossa pretensão é discutir alguns aspectos da ressocialização enquanto finalidade da pena.

De início, cabe discutir se a idéia de ressocialização é compatível com a imposição e execução da sanção penal. A teoria da socialização, em sua linha mais abrangente, vê o delito como déficit ou carência no processo de socialização, devendo a intervenção punitiva integrar o delinqüente no mundo dos seus cocidadãos, ou seja, a pena como instrumento de adaptação funcional à coletividade¹.

O termo ressocializar traz em seu bojo a ideia de fazer com que o ser humano se torne novamente social (ou sócio). Isto porque deve-se ressocializar aquele que foi dessocializado.

Disso resulta uma primeira crítica. Adverte Muñoz Conde, em excelente artigo escrito sobre a ressocialização, que:

“Si se acepta y se da por buena la frase de Durkheim de que ‘la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana’ y se considera, además, que es misma sociedad la que produce y define la criminalidad, es lógico que se pergunte hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia.”²

Portanto, não se pode conceber que a pena tenha como objetivo “melhorar” o indivíduo dessocializado pela própria sociedade, sem que isso não se converta em uma imposição arbitrária e contrária à livre autonomia individual.

Sob outro prisma, podemos asseverar que a pena jamais pode carregar a tarefa ressocializadora, já que ela própria dessocializa. Na lição de Alessandro Baratta, não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir³. Assim, como querer que o fator dessocializante seja, também, ressocializador? Não é o crime (em regra) que dessocializa. Pois, se assim fosse, a pena poderia (em tese) cumprir tal função ressocializadora.

Para comprovar essa afirmação (de que o crime não dessocializa) basta um olhar superficial na sociedade, eis que dessa leitura restará comprovado que o traficante do morro não está dessocializado, nem mesmo o infrator de colarinho branco que fraudou o sistema financeiro, e muito menos o sujeito que comete pequenos e ocasionais furtos. Não existe, pois, uma correlação absoluta entre delinqüência e ressocialização.

Enfim, o que dessocializa é o cumprimento da sanção penal, sendo a privativa de liberdade seu grande expoente de dessocialização.

Assiste razão a Wanda Capeller ao escrever que o discurso jurídico da ressocialização oculta a verdadeira razão da pena, qual seja, o castigo, que criminaliza e penaliza os que “sobram”, que leva sofrimento e a morte para aqueles que são “demais” e não são absorvidos economicamente, porquanto não são produtivos. Trocou-se o velho castigo inquisitório pelo castigo dito “humanitário”⁴.

Os defensores da função ressocializadora da pena, até mesmo por concordarem que é a própria pena que dessocializa, argumentam que “refletir sobre a finalidade que deve guiar a execução da pena não é o mesmo que analisar os efeitos que a pena produz tendo presente a realidade penitenciária”⁵.

No entanto, a distinção entre fins da pena e fins da execução, além de artificiosa, oculta contradições inconciliáveis, já que a pena somente pode operar de forma ressocializadora na sua execução. Assim, se a pena e sua execução dessocializa, estigmatizando o infrator, não cabe configurá-la como um remédio reabilitador⁶.

A dessocialização ocorre, como observa Baratta, pela ocorrência de dois fatores: a) “desculturação”, que é a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade, a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa; b) “prisionalização”, que é a absorção dos valores fixados pela subcultura carcerária, em que o preso é educado para ser criminoso e para ser bom preso⁷.

Soma-se a esses dois fatores o estigma que o fim do cumprimento fixa no indivíduo, o qual, em muitos casos, é perpetuado por assistências que só visam ampliar o universo carcerário, como advertia Foucault⁸.

Se há o interesse em ressocializar, basta não dessocializar. Mas como fazer com que isso ocorra? Em que pese a divergência de alguns aspectos trabalhados pela professora da Faculdade de Direito de Coimbra Anabela Miranda Rodrigues, principalmente no tocante à função da pena como socializadora, comungamos de forma plena com sua tese de que o objetivo (ou um dos) da pena deve ser evitar a dessocialização do infrator.

Evitar a dessocialização é diferente de ressocializar. Isto porque, não há como negar que a ressocialização é, no seu aspecto mais evidente, a preparação do infrator para voltar a ser sócio. Em outros termos, visa preparar o ser humano “banido”

para o regresso à sociedade. Este é o ponto de discordância, pois a pena não ressocializa, e os séculos são prova disso. Como a pena é dessocializante, impossível se torna a ressocialização.

Nesses termos, a realidade demonstra que o fim a ser perseguido não é a ressocialização mas a não-dessocialização. Toda e qualquer sanção penal deve buscar, ao menos, amenizar a dessocialização, e quando possível evitá-la.

Com esse norte, podemos asseverar que todas as sanções penais, até mesmo as alternativas, têm um fator, ainda que mínimo em alguns casos, dessocializador. Excluindo ou diminuindo esse fator dessocializador, obviamente estará retirada a carga de ressocializar da pena.

Daí mais uma razão, dentre as várias elencadas pela doutrina garantista, de diminuir a incidência do Direito Penal, descriminalizando algumas condutas e aplicando sanções alternativas, que no nosso entender não devem receber esse rótulo (alternativa), haja vista que deve ser a regra, e não opção. A pena de prisão é que deve ser a alternativa em casos extremos, imprescindíveis para salvaguardar a ordem jurídica.

Já argumentava Fragoso: “A consequência natural da falência da prisão é o entendimento de que ela deve ser usada o menos possível, como último recurso, no caso de delinqüentes perigosos, para os quais não haja outra solução. Formula-se assim o princípio da *ultima ratio*.”⁹

Resta diáfano que “o sistema não resolve os conflitos. As penas e a principal das penas, ou seja, aquela de cadeia, de prisão, está a reproduzir a freguesia da própria cadeia... o sistema mata, tortura, seqüestra, fere, reproduzindo a freguesia das gaiolas e o pessoal do sistema.”¹⁰

Logo, a primeira solução para que não ocorra a dessocialização é diminuir a incidência da pena de prisão, privilegiando outras espécies de sanção penal.

Sabemos, no entanto, que é impossível extinguir a pena de prisão. Com isso, aplicada a pena de prisão, imprescindível se torna promover instrumentos durante a execução para amenizar o fator dessocializador. Apoiados em Anabela Miranda Rodrigues, elencamos três bases para que isso seja posto em prática: respeito à liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação constitucional de intervenção social do Estado¹¹.

No entanto, para não cair em retóricas circulares, que preenchem linhas mas não resolvem a questão, entendemos que o Estado deve proporcionar instrumentos pós-pena para amenizar, diminuir ou excluir o efeito dessocializador da sanção. Dito de outra forma, se a pena dessocializa, cabe ao Estado efetivar medidas ressocializadoras pós-cumprimento da pena, sem que esteja carregada por um lastro de vigília perpétua.

Esses instrumentos serão difundidos positivamente para toda a sociedade, não só para ressocializar o infrator, mas também evitar a reincidência. A prevenção especial deve ocorrer fora e não dentro do âmbito da pena. É necessário abandonar, *a priori*, a definição legal de *prevenção penal* e partir para uma *prevenção social* ou *primária*. Esta se consubstancia pragmaticamente falando, nas causas originárias do delito, cuidando do indivíduo antes que este venha a suplantiar sua conduta ilícita¹².

A teoria da prevenção social ou primária atua nas causas originais que levam o delinqüente a praticar sua conduta, apontando meios e dando oportunidades para ele, que não só a criminalidade, maior empregador nos meios periféricos. Assim, a educação e socialização, bem-estar social e qualidade de vida são âmbitos essenciais para uma prevenção primária, que opera sempre a longo e médio prazo e se dirige a todos os cidadãos.

Entendemos que se o enfoque for não-dessocializar, amenizar a dessocialização causada com a pena, principalmente a de prisão, e ressocializar após a pena, promovendo a chamada prevenção social, a qual visa a todos, inclusive o infrator que cumpriu sua pena, o sistema penitenciário estará mais alinhado com os fundamentos e objetivos da nossa Carta Magna.■

Evitar a dessocialização é diferente de ressocializar. Isto porque, não há como negar que a ressocialização é, no seu aspecto mais evidente, a preparação do infrator para voltar a ser sócio

NOTAS

1 MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6a. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 424.

2 CONDE, Francisco Muñoz. *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, ano 2, n. 5 a 8, p. 627-628, 1979.

3 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 186.

4 CAPELLER, Wanda. *O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização*. Temas IMESC. São Paulo, ano 2, p. 127-134, jul./dez. 1985.

5 RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2a. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2002, p. 46.

6 MOLINA, op. cit. p. 424.

7 BARATTA, op. cit., p. 184-185.

8 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 288.

10 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Função da criminologia nas sociedades democráticas*. Trad. Augusto Monte Lopes. Porto Alegre: SAFE, v. 2, n. 11, nov./ 1989, p. 171. Fascículos de Ciências Penais.

11 RODRIGUES, op. cit., 53.

12 MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2a. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 335.

DOS ATOS PRATICADOS PELA PESSOA JURÍDICA COM EXCESSO DE PODERES E SUA Oponibilidade A TERCEIROS – UM NECESSÁRIO COTEJO ENTRE A TEORIA *ULTRA VIRES* E A TEORIA DA APARÊNCIA

Denis Donoso

Advogado em São Paulo

Professor de Direito Civil e Processo Civil

Especialista e mestrando em Processo Civil pela PUC/SP

Pretendo, com este breve ensaio, tratar do polêmico e relevante assunto da validade dos atos praticados pela pessoa jurídica com excesso de poderes e sua validade em relação a terceiros.

Para tanto, traçarei resumidamente as posições existentes, propondo uma solução. Antes, contudo, falo das duas teorias existentes sobre o tema (*ultra vires* e aparência), porque concluirei pela mitigação de ambas.

De acordo com a chamada teoria *ultra vires*, construção doutrinária bem antiga, qualquer ato praticado em nome da pessoa jurídica, por seus sócios ou administradores, que ultrapassasse seus poderes, é nulo. Ao terceiro, caberia apenas mover ação contra aquele que extrapolou os limites sociais.

Em contraposição à teoria *ultra vires*, surgiu a *teoria da aparência*, mais modernamente, com caráter mais protetivo ao terceiro de boa-fé que contrata com a sociedade. Se o terceiro de boa-fé – tido por aquele que justificadamente desconhecia as limitações do objeto da sociedade ou de quem a “represente” – contrata com a sociedade, tem o direito de exigir o cumprimento da avença, ensejando à sociedade ação regressiva contra quem praticou o ato. Isto porque, *aparentemente*, aos olhos do terceiro de boa-fé, não há vícios no ato.

Como se vê, para a teoria *ultra vires*, o ato praticado fora dos poderes delimitados é nulo. Para a teoria da aparência, ao contrário, é válido e obriga a pessoa jurídica.

Qual teoria foi acolhida pelo ordenamento civil vigente? Para alguns, adotou-se a teoria *ultra vires*; para outros, permanece a teoria da aparência; por fim, há quem veja um sistema misto.

Esta resposta decorre, a meu ver, da análise sistemática de dois dispositivos: os artigos 47 e 1.015 do Código Civil. Resume-se em saber se eventual cláusula de limitação imposta ao administrador nos atos constitutivos da sociedade tem eficácia *erga omnes* ou limitada à relação da sociedade com o administrador.

Para a primeira parcela de entendimento, a interpretação do art. 47, *a contrario sensu*, pode revelar que o atual diploma civil adotou a teoria *ultra vires*, ao contrário do que se entendia quando vigorava o antigo Código Civil¹. Daí dizer-se que “quando o administrador exceder de suas prerrogativas, a pessoa jurídica isentar-se-á das conseqüências do ato de seu administrador que, nesses termos, responderá pessoalmente pelos atos praticados”².

Destarte, para esta primeira vertente, a cláusula limitativa de poderes teria eficácia *erga omnes* (desde que cumpridas as devidas formalidades, é dizer, o devido registro do ato).

Em segundo lugar, há quem entenda a manutenção da teoria da aparência – conforme posição consagrada na vigência do antigo diploma civil – de modo que as limitações estatutárias dos poderes de gerência não produzem efeitos externos, protegendo terceiros que contratem com a sociedade. Seus efeitos se restringem tão-só entre a sociedade e seus representantes.

Esta segunda posição é adotada pelos direitos alemão e suíço. Entre nós, é defendida por Nelson ABRÃO³, que assim se manifesta: “Pelo exposto, verifica-se que prevalece hoje na doutrina o princípio da inoponibilidade a terceiros da cláusula restritiva dos poderes do gerente, sem prejuízo da responsabilidade deste pela infração dessas limitações, que possuem eficácia nas relações do gerente com os demais sócios. Ineliminável cláusula restritiva, cuja função se projeta no seio societário, mas que de forma alguma tem o condão de espalhar sua efetividade no tocante a terceiros. Não representa vulnerabilidade da empresa, ou desrespeito ao ato limitativo de seu exercício, mas simples modelo que os usos e costumes, na dinâmica dos negócios, consagram”.

Finalmente – e esta é a posição que assumo – há a noção de que, embora realmente tenha havido um *retrocesso* em relação à teoria da aparência, não se pode afirmar que foi integralmente acolhida a teoria *ultra vires*.

A conclusão pode ser reforçada pelo que dispõe o art. 1.015, com o tempero de que *no silêncio do contrato os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade*, certo que o excesso por parte dos administradores só pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

- I – a limitação estiver inscrita ou averbada no registro da sociedade;
- II – provar-se que a limitação era conhecida do terceiro;
- III – tratar-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Da interpretação sistemática de ambos dispositivos legais (arts. 47 e 1.015), pode-se concluir que há liberdade para a prática de todos os atos pertinentes à gestão da sociedade. O terceiro, todavia, deve ter o cuidado de buscar no órgão específico (Junta

Comercial) os atos constitutivos da empresa para se certificar da existência de alguma limitação (inciso I do art. 1.015).

Até aqui, parece mesmo que houve acolhida da teoria *ultra vires*. É de se ter em conta, contudo, que o inciso II do art. 1.015, ao que me parece, dá ensejo à aplicação da teoria da aparência (provar-se que a limitação era conhecida do terceiro), isto é, não havendo limitações expressas, vale a regra do *caput* (os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade), invertendo-se à empresa o ônus da prova da ciência da limitação pelo terceiro.

Por fim, o inciso III é regra extremamente conveniente, porque a prática de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade revela a má-fé dos contratantes, ao que se impõe ao terceiro o ônus da prova da regularidade do negócio.

Há que se ressaltar também, ainda no art. 1.015, a ressalva quanto à oneração ou venda de bens imóveis. Se tais atos (oneração e venda) não constituírem objeto social da empresa, sua prática depende do que a maioria dos sócios decidir.

Adicione-se, ainda, que o vício resultante da prática de ato que transcende poderes sociais pode se qualificar, atualmente, como anulável, é não nulo. Segue, pois, o regime jurídico daqueles vícios, inclusive quanto à possibilidade de ratificação do ato pela sociedade.

De ver-se, assim, que a teoria *ultra vires* veio consagrada pelo novo diploma civilista, mas não de forma absoluta.

A conclusão apresentada pode ser sintetizada pelo Enunciado 219, criado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal⁴: “NCC, art. 1.015: Está positivada a Teoria *Ultra Vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeitos apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da Teoria *Ultra Vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; [...]”.

A proposta apresentada consagra todos os valores que envolvem as atividades empresariais, tais como a dinâmica das relações, a segurança das relações jurídicas e a proteção equilibrada ao terceiro de boa-fé, tudo a conduzir a empresa ao desempenho de sua função social. ■

NOTAS

1 Neste sentido, embora com ressalvas: SILVA, Miguel Roberto da. *A teoria ‘ultra vires’ no novo Código Civil*. In Carta Forense, n.º 61, junho de 2008, p. 20.

2 TALAVERA, Glauber Moreno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 130.

3 ABRÃO, Nelson. *Sociedades Limitadas*. 9a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160 e ss. (obra atualizada por Carlos Henrique Abrão).

4 Extraído do texto de MIGUEL ROBERTO DA SILVA, *op cit*.

POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE CONDÔMINO ANTISSOCIAL

André Luiz Junqueira

Advogado (RJ)

Especializado em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida

1. Introdução

Em seus cinco anos de vigência, o Código Civil brasileiro não pode mais ser classificado como uma “novidade” no mundo jurídico. Contudo, o entendimento sobre algumas disposições do Código ainda não se encontra suficientemente amadurecido. E nesse cenário de incertezas, o presente trabalho visa tecer alguns comentários sobre a possibilidade de se excluir um condômino antissocial do convívio dos demais.

2. Conceito de antissocial

O artigo 1.337 do Código Civil brasileiro diz:

“Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar

incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.”

Então, tentemos elaborar um conceito para o termo “anti-social”, que é o principal elemento trazido pelo art. 1.337 do CCB. Antissocial é o que é contrário à sociedade. Quando associado a uma pessoa, antissocial seria aquela que transgride as normas de determinado lugar ou tempo, portanto, ao inserirmos esse significado em matéria de condomínio edilício, obtemos o seguinte conceito: *conduta antissocial é toda aquela que transgride as normas internas do condomínio criadas pela Convenção, Regimento Interno ou Assembleia*.

Antissocial também é habitualmente associado a uma pessoa introvertida. Todavia, não vemos espaço para esse significado, pois, a nosso ver, o Código Civil não criaria uma multa para punir uma característica que compõe um direito de personalidade do condômino. Interpretação diversa iria de encontro às disposições do

próprio Código Civil (art. 21) e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Verificamos que a expressão “anti-social” está intimamente ligada a todo e qualquer descumprimento das normas do condomínio, embora somente o art. 1.337 a mencione expressamente.

3. Exclusão do condômino ou ocupante antissocial

Constatamos que é entendimento pacífico que a norma citada prevê multa para o condômino nocivo. Contudo, o questionamento que desejamos propor é o seguinte: o condômino que infringe seu dever condominial (art. 1.336 do CCB) e, abusando do seu direito de propriedade, prejudica os demais, poderia ele ser excluído do condomínio judicialmente?

Segundo Américo Izidoro Angélico, desembargador do TJ/SP:

“[...] pode o Juiz, então, ante a evidência dos fatos, da prova inequívoca e do convencimento da verossimilhança, decidir pela exclusão do co-proprietário da unidade condominial, continuando este com seu patrimônio, podendo locá-lo, emprestá-lo ou vendê-lo, perdendo, porém, o direito de convivência naquele condomínio” (*Diário das Leis*, nº 24/2005).

Ou seja, o antissocial não perde a sua propriedade, somente o direito de convivência com os demais.

De acordo com o entendimento do desembargador, o art. 461 do Código de Processo Civil é a principal fundamentação legal para a exclusão judicial de um condômino ou ocupante. O § 5º do artigo expressa:

“§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, *remoção de pessoas e coisas*, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. (grifo nosso)

Renomados doutrinadores estão se mostrando favoráveis à tese da exclusão do condômino nocivo. Citamos Hamilton Quirino Câmara, advogado da área imobiliária, que em sua obra *Condomínio Edifício* (2a. ed., p. 159) expôs: “Poderá o condomínio requerer em juízo a exclusão do condômino (ou ocupante) nocivo, ou a proibição de seu ingresso no imóvel, com interdição temporária ou definitiva.”

Marco Aurélio Bezerra de Melo, professor e defensor público, também afirmou em seu livro *Direito das Coisas* (p. 262): “Entendemos que a assembléia, com o *quorum* especial, previsto no *caput* (três quartos), poderá deliberar a interdição temporária do uso da unidade habitacional ou até mesmo a privação da coisa por parte do condômino ou do possuidor.”

Para punir o condômino ou possuidor por seu comportamento, com a multa de dez quotas ou exclusão,

não basta que sua conduta seja proibida pela convenção do condomínio, seus atos devem causar incompatibilidade de convivência com os demais comunistas. Por isso, entendemos que o condômino/ocupante que cause transtornos insuportáveis pode ser proibido de ingressar no condomínio, uma vez que sua conduta não atende à função social da propriedade e prejudica gravemente o direito de propriedade dos demais.

4. Ponderação dos direitos envolvidos

Basicamente, a exclusão de condômino/ocupante antissocial aborda dois direitos inseridos na Constituição Federal: o direito de propriedade e o direito de moradia.

O direito de propriedade é previsto na norma principal do art. 5º da Carta Suprema e repetido no inciso XXII do mesmo artigo. Da mesma forma, o direito à moradia também se encontra constitucionalizado, no art. 6º, *caput*.

Ao excluir um condômino do convívio dos demais se exclui o seu direito de moradia, embora seu direito de propriedade permaneça, podendo vender ou alugar seu imóvel. Em outras palavras, admitir a exclusão do morador é ferir seu direito fundamental e social de moradia.

Mas, do outro lado da questão, os outros condôminos que são obrigados a aguentar a conduta insuportável do vizinho podem se ver forçados a se abster de morar em seus imóveis e, até mesmo, vender seus imóveis para se livrar do incômodo. Sem considerar que os condôminos certamente encontrarão dificuldades de encontrar um comprador ou locatário para o seu imóvel, se este descobrir a presença de um condômino antissocial. Ou seja, obrigar os condôminos a “suportar o insuportável” é permitir que seus direitos fundamentais de propriedade e moradia sejam lesados.

O direito de propriedade dos vizinhos de um morador antissocial é sensivelmente lesado na medida em que seus respectivos imóveis são desvalorizados. Afinal, quem alugará um apartamento cujo vizinho promove festas barulhentas ou que costuma invadir as vagas de garagens dos outros?

Então chegamos a seguinte equação: o direito à moradia de um supera o direito de propriedade e de moradia dos demais? Respondemos que não. Afinal, o condômino excluído não sofre uma desapropriação, tão-somente perde o direito ao uso do imóvel, permanecendo com os outros poderes inerentes à propriedade (fruição, disposição e reivindicação).

Temos certeza que o Constituinte nunca teve a intenção de que os direitos fundamentais à propriedade e moradia fossem utilizados como proteção ao comportamento antissocial e insuportável de seus detentores.

Hoje, não se pode negar que os condomínios são grandes fontes de conflitos sociais, fato este que, por si só, obriga o intérprete da lei a refletir sobre os melhores meios de apaziguamento desses conflitos.

Verificamos que a expressão “anti-social” está intimamente ligada a todo e qualquer descumprimento das normas do condomínio, embora somente o art. 1.337 a mencione expressamente

5. Conclusão

Diante de tais argumentos, entendemos que a exclusão temporária ou definitiva de condômino antissocial é possível desde que haja previsão convencional e após se esgotar todos os outros recursos previstos nas normas internas do condomínio. Após aprovação da exclusão por três quartos dos condôminos em assembleia especialmente convocada e dando direito de defesa ao condômino nocivo, ação judicial deverá ser proposta para se executar a decisão do condomínio.

O Código Civil não concede ao condomínio o direito de excluir um condômino extrajudicialmente, contudo, não proíbe que a exclusão se faça por meio judicial. A exclusão deve ser admitida como último recurso, caso todas as multas não produzam efeito.

Deve-se interpretar a lei em benefício dos princípios adotados pela Constituição e, nesse aspecto, afirmamos que a lei não adotou o popular provérbio: “os incomodados que se mudem”. ■

A CONSTITUIÇÃO “CIDADÃ” DE 1988 E A REDEMOCRATIZAÇÃO

Nourmirio Bittencourt Tesseroli Filho

Professor de Direito Constitucional Positivo e de Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Introdução

Certa feita, em sessão da Assembléia Nacional Constituinte, bradou o saudoso Ulysses Guimarães:

“Esta Constituição terá cheiro de amanhã, não de mofo.”

Fato triste, porém, é que alguns dias após o quarto aniversário da aludida Constituição, o helicóptero que transportava Ulysses Guimarães sofreu uma queda depois de sair de Angra dos Reis, litoral do Rio de Janeiro. Não obstante o corpo do deputado Ulysses não tenha sido encontrado, seu passaporte foi oficialmente reconhecido.

Ulysses desapareceu em 12 de outubro de 1992, mas a sua sonhada cria, batizada por ele de Constituição *cidadã*, ainda vive – assegurando a todos os brasileiros direitos e garantias fundamentais ignorados durante duas décadas de regime militar.

20 e poucos anos...

Há 20 anos o Brasil foi apresentado à Constituição Federal de 1988, apelidada pelo “Senhor Diretas” de Constituição *cidadã*, tendo em conta a ampla participação do povo durante a sua confecção.

Na sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988, discursou Ulysses Guimarães, à época deputado federal: “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”.

E ele tinha razão. Embora muitos brasileiros ainda estejam na completa miséria, “segregados nos guetos da perseguição social”, não se pode negar que a Carta de 88 foi a que apresentou maior legitimidade popular.

Dentre diversas características, a CF/88 contempla vários deveres para o Estado – obrigações passíveis, em princípio, de serem exigidas pela população. E esse é um dos motivos da Carta Magna ter recebido o apelido de “*Cidadã*” pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses

Guimarães, conhecido como “Senhor Diretas” ou “O Grande Timoneiro”, figura ilustre da política brasileira.

Com o término do período de ditadura militar, José Sarney, sucessor de Tancredo Neves, encaminhou ao Congresso Nacional uma proposta de emenda à Constituição de 1969, que resultou na EC n. 26, de 27 de novembro de 1985. Tal emenda convocou a supracitada Assembléia Nacional Constituinte, composta pelos próprios deputados federais e senadores da época, ao mesmo tempo, congressistas e constituintes – muitos deles vítimas dos abusos e arbitrariedades cometidos durante o regime militar ditatorial.

A mencionada Constituinte, instalada no dia 1º de fevereiro de 1987, veio a concluir seus trabalhos tão-somente em 5 de outubro de 1988, com a promulgação, sob a proteção divina, da atual Carta Republicana.

“Declaro promulgado o documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil”, bradou Ulysses Guimarães, símbolo das “Diretas”.

Mudanças...

Já se passaram mais de 20 anos da promulgação da liberal e democrática Carta *Cidadã*. De lá pra cá muitas alterações ocorreram, desfigurando boa parte do trabalho laborioso do constituinte originário de 1988.

O texto original foi modificado 56 vezes – trabalho realizado pelo poder constituinte derivado reformador, com capacidade de alterar o ordenamento constitucional vigente, por meio de um procedimento específico, fixado pelo poder constituinte originário.

De se notar que Ulysses Guimarães tinha como certa a ocorrência de futuras emendas. Ao apresentar a nova Carta ao povo brasileiro, afirmou:

“Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada até por maioria mais acessível, dentro de cinco anos. Não é a Constituição

perfeita, mas será útil e pioneira e desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.”

De fato, não se revela uma Constituição perfeita, entretanto, como bem disse Ulysses, tem “cheiro de amanhã”. Não há dúvida que trouxe esperança ao povo brasileiro, que ambicionava, diuturnamente, a erradicação da repressão militar e o fim da perseguição política e das prisões ilegais.

Registre-se, a sociedade reivindicava por mudanças estruturais no país e foi atendida. Após a eleição de Tancredo Neves para a Presidência da República pelo Colégio Eleitoral, a história brasileira tomou outro rumo.

Tancredo Neves, ex-governador de Minas Gerais e grande amigo de Ulysses, no entanto, faleceu antes mesmo de ser empossado. Sendo assim, coube a José Sarney, seu sucessor, convocar a Constituinte, composta por 559 congressistas, que iniciaria seus trabalhos em 1º de fevereiro de 1987, findando-os em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da hodierna Carta, fortemente influenciada pela Constituição portuguesa de 1976.

Do sonho à realidade...

Tancredo Neves e Ulysses Silveira Guimarães sonhavam com uma nova Constituição, objetivando romper os comandos estabelecidos pelo regime militar. Infelizmente, ambos morreram sem visualizar seus sonhos realizados.

Ulysses ainda pôde saborear a conquista, mas por um curtíssimo tempo – período não suficiente para ver a recuperação, como cidadãos, de milhares de brasileiros.

No dia 5 de outubro de 2008, a liberal Constituição *cidadã* completou 20 anos de existência, porém o povo, o maior beneficiado com a sua promulgação, pouco a exaltou, talvez porque inúmeros brasileiros ainda continuem vítimas da pior das discriminações: a miséria.

Os cidadãos, em massa, não obstante pouco eufóricos com relação ao vigésimo aniversário da Carta Política de 1988, foram às urnas, visando a eleger seus candidatos, concorrentes a cargos públicos nos Poderes Legislativo e Executivo, na seara municipal.

Coincidentemente, a Constituição atual comemorou seu vigésimo aniversário no primeiro domingo de outubro, data eleita pelo legislador constituinte originário para a realização de distintas eleições no âmbito do território brasileiro.

Felizmente para o povo, a vigente Carta consagra o sufrágio universal, assegurando a todos os nacionais, no gozo de seus direitos políticos, o direito de votar – independentemente da satisfação de condição econômica, profissional, intelectual etc.

Nesse contexto, é importante lembrar que a “democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”, conforme dizia Abraham Lincoln. E consoante estabelece o parágrafo único do art. 1º da atual Carta de 1988, “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Os direitos políticos...

Os direitos políticos “garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos” (José Afonso da Silva).

À vista disso, vale lembrar que no governo de José Sarney, que assumira a presidência do país em razão do falecimento de Tancredo Neves, consolidou-se a redemocratização – muito embora, importante frisar, a eleição do primeiro Presidente da República *civil* tenha se dado por sufrágio indireto.

Um pouco de história...

Nas eleições indiretas de 1985, que marcam o término do período de ditadura militar, Tancredo Neves consagrou-se vitorioso, no entanto, veio a falecer antes da posse, motivo pelo qual foi empossado o seu vice, José Ribamar Ferreira de Araújo Costa – José Sarney, político e escritor brasileiro.

Em 1989, depois de 25 anos de regime militar, o povo elegia, pelo voto direto, em dois turnos, Fernando Afonso Collor de Mello.

Após a renúncia de Collor, o mineiro Itamar Franco, em 29 de dezembro de 1992, assume definitivamente a Presidência da República.

Mais tarde, por meio de eleição direta, Fernando Henrique Cardoso é eleito presidente do país para o mandato de 4 anos (mandato reduzido de 5 anos – redação original da Carta de 1988 – para 4 anos, por força da Emenda Constitucional de Revisão n. 05/94), tornando-se, inclusive, o primeiro presidente da história da República reeleito para um período subsequente.

Registre-se, durante o mandato do sociólogo Fernando Henrique Cardoso, foi aprovada a EC n. 16/97, que, mantendo o mandato de 4 anos, permitiu uma única reeleição subsequente. Amparado na precitada emenda e apoiado pelo povo brasileiro, Fernando Henrique Cardoso foi reeleito, mantendo-se à frente da administração do país até o final de 2002.

Luiz Inácio Lula da Silva, democraticamente, após o término do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, foi eleito pelo povo o novo Presidente da República.

“Lula”, migrante nordestino de Garanhuns/PE e ex-metalúrgico foi reeleito em outubro de 2006, em disputa com Geraldo Alckmin, assumindo o novo mandato em 1º de janeiro de 2007.

Enfim, não se pode negar que com o governo do maranhense José Sarney consolidou-se a redemocratização no país – o que o saudoso deputado Ulysses Guimarães tanto ambicionava.

Em seu discurso pronunciado na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988, antes, portanto, de promulgar a Constituição atual, Ulysses ressaltou:

“A soberania popular, sem intermediação, poderá decidir seus destinos. Os cidadãos

apresentarão proposta de lei, portanto terão a iniciativa congressual, e também poderão rejeitar projetos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Portanto, os cidadãos propõem e vetam. São legisladores, exercitam a democracia direta”.

No tocante à citada *democracia direta*, é importante lembrar que tivemos o primeiro plebiscito no Brasil na data de 21 de abril de 1993. Os cidadãos foram convocados para decidirem a respeito das formas e dos sistemas de governo – preterindo a Monarquia (forma de governo) e o Parlamentarismo (sistema de governo).

Manteve-se, pois, a República, como forma de governo, e o Presidencialismo, como sistema de governo.

Com a Carta de 1988 o Município foi consagrado como entidade federativa e Brasília passou a ser a Capital Federal.

Hodiernamente, portanto, o Distrito Federal não é mais Capital Federal, porquanto, de acordo com o art. 18, § 1º, da CF/88, a Capital Federal é Brasília, que se situa dentro do território do Distrito Federal.

Foi criado o Estado de Tocantins, e os Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados-membros. O Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto, sendo a sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

O TFR (Tribunal Federal de Recursos), criado com a Carta Magna de 1946 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), foi extinto, dando lugar aos Tribunais Regionais Federais e ao Superior Tribunal de Justiça (Tribunal da Cidadania), este tendo como primordial missão a uniformização do entendimento das leis federais infraconstitucionais ou subconstitucionais.

Digno de nota, também, é o fortalecimento das instituições democráticas, entre elas o Ministério Público. A Constituição hodierna instituiu o Ministério Público como um órgão autônomo e independente – não subordinado aos poderes constituídos.

O chefe do Ministério Público da União, o Procurador-Geral da República, passou a exercer um mandato, não sendo mais demissível *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo Nacional. Assim como o Procurador-Geral da República, outros órgãos e pessoas passaram a ter legitimidade ativa para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, findando o monopólio ministerial.

Com a promulgação da Carta em 1988, surgiram o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo – todos remédios judiciais, de índole constitucional, servíveis para prevenir e combater diversas doenças ou síndromes, passíveis de cura.

Convém salientar, outrossim, que com a Carta Política atual o objeto da ação popular foi ampliado.

Atualmente, qualquer cidadão é parte legítima para propor a mencionada ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o “âmbito de proteção da ação popular, na vigente Constituição, é bastante amplo: abrange tanto o patrimônio material quanto o patrimônio moral, o estético, o histórico, o ambiental”.

Como já ressaltado, os direitos políticos asseguram a participação do povo no poder “*de dominação política*” por intermédio das diversas categorias de direito de sufrágio, dentre elas, o direito de intentar ação popular.

Sem pálio de dúvida, com a promulgação da atual Carta Política, houve ampliação, também, dos direitos sociais, que nos dizeres de José Afonso da Silva, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais”².

Em resumo, a Constituição Federal de 1988 reconhece e assegura uma série de escudos protetivos aos cidadãos. Muitos destes, antes da promulgação da Carta *Cidadã*, considerados vítimas de arbitrariedades praticadas durante a ditadura.

Desse modo, não há como negar que hoje o nosso Estado é uma organização centrada no ser humano. A dignidade da pessoa humana, aliás, é um fundamento da República Federativa do Brasil, e são diversos os valores constitucionais que advêm diretamente da ideia de “dignidade humana”, tais como: o direito à vida, à liberdade, à imagem, à honra etc.

Não temos mais a algazema da censura e a prática sistemática de tortura. Atualmente, a pessoa humana elege e governa, direta e indiretamente, exercendo a cidadania, participando da vida política do país.

Apesar dos pesares, o povo, hoje, tem identidade – o que em outras épocas não existia.

É o “cheiro de amanhã”...

É a “Nova República”, que, muito embora carecedora de ajuda, caminha melhor que outrora, em conformidade com os anseios de Tancredo, Ulysses, Joãoes, Marias e de muitos outros, assim como você. ■

NOTAS

1 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Felizmente para o povo, a vigente Carta consagra o sufrágio universal, assegurando a todos os nacionais, no gozo de seus direitos políticos, o direito de votar – independentemente da satisfação de condição econômica, profissional, intelectual etc.

**RECONHECIMENTO e DISSOLUÇÃO de
CONCUBINATO - SOCIEDADE DE FATO
anterior à LEI 9278/96 - PARTILHA DE BENS -
CONTRIBUIÇÃO indireta**

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 914811/SP
Órgão julgador: 2a. Seção
Fonte: DJe, 21.11.2008
Relator p/ Acórdão: Min. João Otávio de Noronha
Recorrente: A C da S
Recorrido: I A de L

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. ART. 6º, § 1º, DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. PARTILHA DE BENS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. LEIN. 9.278/96. NÃO-INCIDÊNCIA. PERCENTUAL COMPATÍVEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. É inviável o conhecimento de suposta ofensa a norma infraconstitucional se não houve prequestionamento nem a oposição de embargos declaratórios para provocar o seu exame pelo Tribunal de origem.

2. Afasta-se o óbice da Súmula n. 7 do STJ quando não se está a perquirir as circunstâncias fáticas do feito, mas tão-somente saber se a maternidade, criação e formação dos filhos pela concubina, bem como a dedicação por ela proporcionada ao réu para o exercício de suas atividades – como reconhecidamente albergado no arasto de origem –, mostram-se aptas, bastantes por si sós, para embasar a meação dos bens arrolados na peça preambular.

3. Demonstrado no acórdão recorrido, de forma incontestada, que a contribuição da concubina-autora para formação do patrimônio comum dos conviventes ocorreu de forma indireta, impõe-se o afastamento da meação, por sucumbir frente à prevalência da partilha dos bens que, a par das circunstâncias dos autos, não há que ser em partes iguais.

4. Inaplicabilidade, ainda que por analogia, das disposições prescritas na Lei n. 9.278/96.

5. Incidência de normas legais e orientações jurisprudenciais que versam sobre concubinato, especialmente a Lei n. 8.971/94 e a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, delimitando que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou a aquisição de bens mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.

6. Levando-se em conta a moderação e o bom senso recomendados para a hipótese em apreço, o arbitramento, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos bens adquiridos na constância do concubinato e apurados na instância ordinária, apresenta-se

compatível com o caso em apreço, por encontrar amparo nos sempre requeridos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha conhecendo do recurso especial e dando-lhe parcial provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior, dos votos do Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti acompanhando a Relatora, e do voto de desempate do Sr. Ministro Ari Pargendler, Presidente da sessão, acompanhando a divergência, a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, vencida a Sra. Ministra Relatora, os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1a. Região), art. 162, § 2º, RISTJ. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 27 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha – Relator p/ o acórdão

RELATÓRIO

Recurso especial interposto por A. C. da S., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ/SP.

Ação: de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c.c. partilha de bens, proposta por I. A. de L., ora recorrida, em face do recorrente.

Alega a recorrida que conviveu com o recorrente por um período de 13 anos, desde 1983 até janeiro de 1996, sendo que da aludida relação advieram três filhos: Pedro (nascido em outubro de 1983), Rafael (nascido em janeiro de 1985) e Antônio (nascido em abril de 1989).

Aduz que durante a constância da sociedade de fato, o recorrente trabalhava como sócio proprietário das empresas “Conserv Materiais de Acabamento em Geral – ME” e “Concivil Empreiteira S/C Ltda”, enquanto que a recorrida cuidava do lar e dos filhos, colaborando, dessa forma, para a formação do patrimônio adquirido pelo recorrente durante a união.

Em razão do rompimento da relação, invocando a Súmula 380 do STF, pleiteia a recorrida pela procedência do pedido inicial.

Sentença: o pedido foi julgado parcialmente procedente, para: (i) declarar a existência de

sociedade de fato entre as partes, pelo período mencionado; (ii) determinar a partilha igualitária dos bens descritos na inicial, excluindo tão-somente aqueles adquiridos após a dissolução da sociedade de fato.

Acórdão: o TJ/SP negou provimento aos recursos de apelação interpostos por ambas as partes, nos termos da seguinte ementa:

(fl. 264) – “Concubinato. Período contido na inicial ficou demonstrado. Aquisição dos bens imóveis ocorreu na vigência da união estável. Meação deve prevalecer. Honorários advocatícios fixados observaram equilíbrio e compatibilidade com o grau de complexidade da demanda, que tem cunho declaratório. Apelos desprovidos.”

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa aos arts. 6º, § 1º, da LICC; 1º e 10 da Lei nº 9.278/96; e dissídio jurisprudencial, argumentando, em síntese, o recorrente, que não cabe a aplicação analógica dos dispositivos que regulam o instituto da união estável à hipótese de sociedade de fato, como a dos autos.

Decisão: conferi provimento ao agravo de instrumento para melhor exame da matéria, com a conseqüente determinação de remessa dos autos principais, ora em exame, a este Tribunal.

Parecer do MPF (fls. 364/366): o i. Subprocurador-Geral da República, Washington Bolívar Junior, opinou pelo não conhecimento ou, se ultrapassada a preliminar, pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

A matéria controvertida consiste em verificar a respeito da possibilidade de se aplicar os efeitos patrimoniais advindos da união estável, nos termos em que estabelecidos na Lei nº 9.278/96, à sociedade de fato finda em data anterior ao advento da referida Lei.

– Da violação ao art. 6º, § 1º, da LICC.

A matéria jurídica versada no art. 6º, § 1º, da LICC, não foi debatida pelo Tribunal de origem no acórdão recorrido, tampouco houve interposição de embargos declaratórios para instar a apreciação do tema, o que impede a abertura do debate no particular.

– Da violação aos arts. 1º e 10 da Lei nº 9.278/96 e do dissídio.

Alega o recorrente que o Tribunal Estadual aplicou, por analogia, o art. 1º da Lei nº 9.278/96 (correspondência: art. 1.723, *caput*, do CC/02), estendendo, por conseguinte, ao instituto da sociedade de fato o *status* de união estável.

Visível a inaplicabilidade da Lei nº 9.278/96 à hipótese, porquanto finda a sociedade de fato havida entre as partes em janeiro de 1996, momento anterior, portanto, ao do início da vigência da referida Lei (13/5/1996).

Dentre vários nesse sentido, segue a ementa do seguinte precedente:

“DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.278/96. PARTILHA DE BENS. PRESUNÇÃO DO ART. 5º. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DESSA LEI. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO

DISPUTADO PARA ENSEJAR A SUA PARTILHA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Não se aplicam às uniões livres dissolvidas antes de 13.05.96 (data da publicação) as disposições contidas na Lei 9.278/96, principalmente no concernente à presunção de se formar o patrimônio com o esforço comum, pois aquelas situações jurídicas já se achavam consolidadas antes da vigência desse diploma normativo.

II – A jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte é firme no sentido de que somente com a prova do esforço comum na formação do patrimônio disputado, mesmo que em contribuição indireta, tem lugar a partilha dos bens.”

(REsp 147.098/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 7/8/2000).

Todavia, a matéria efetivamente em questão neste processo circunscreve-se à esfera patrimonial, isto é, à necessidade ou não da prova da colaboração comum na aquisição a título oneroso do patrimônio do casal, para viabilizar a partilha dos bens nos termos em que determinada pelo Juízo de primeiro grau e mantida em sede de apelação.

Entende o recorrente que ao aplicar, por analogia, o art. 1º da Lei nº 9.278/96, o Tribunal de origem teria feito recair na hipótese a presunção do esforço comum, dispensando, dessa forma, a necessidade de prova a tal respeito.

Contudo, a despeito da referência à aplicação analógica do instituto da união estável à espécie, colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido manifestação no sentido de restar comprovada a colaboração da recorrida para a aquisição do patrimônio do casal, nos seguintes termos:

(fls. 265/266) – “A autora contribuiu de modo efetivo para o patrimônio adquirido no período do concubinato, pois proporcionou ao réu a paternidade de três filhos, o que é mais do que suficiente, uma vez que a mãe participa de modo efetivo da criação e formação dos filhos, não podendo, então, sobressair subterfúgio gramatical de Súmula, pois, no caso concreto é flagrante a dedicação da genitora ao proporcionar condições para que o réu exercesse suas atividades com estímulo e tranqüilidade.”

Dessa forma, ao concluir o Tribunal Estadual, com base nos fatos e provas apresentados no processo, que a recorrida contribuiu, mesmo que de forma indireta, para a formação do patrimônio adquirido a título oneroso na constância da sociedade de fato, forçoso se mostra a partilha desse acervo patrimonial, nos exatos moldes em que estabelecido no acórdão impugnado.

Não é outra a visão do STJ a respeito do tema: “O concubinato, só por si, não gera direito a partilha. Necessário que exista patrimônio constituído pelo esforço comum. Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa contribuição para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante” (REsp 1.648/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16/4/1990).

Sob a mesma ótica, o seguinte precedente:

“CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DOS BENS HAVIDOS MEDIANTE ESFORÇO COMUM.

Para a ocorrência da sociedade de fato, não há mister que a contribuição da concubina se dê necessariamente com a entrega de dinheiro ao concubino; admite-se para tanto que a sua colaboração possa decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar (administração da casa, criação e educação dos filhos). Precedentes.

Recurso especial conhecido pela alínea c e provido parcialmente.”

(REsp 20.202/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DEJ de 10/10/1994).

Ressalte-se, por fim, que as circunstâncias fáticas e probatórias assim como descritas no acórdão recorrido, revestem-se, em sede de recurso especial, do manto da imutabilidade. Sob tal premissa, se o Tribunal de origem reconheceu a contribuição da recorrida, mesmo que indireta, para a formação do patrimônio comum, não há como se desenvolver ilação em sentido diverso do adotado em primeiro e segundo graus de jurisdição, em atenta análise rente aos fatos do processo.

Não é outro o entendimento deste Tribunal, conforme ilustra a ementa do seguinte julgado:

“CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DOS BENS HAVIDOS MEDIANTE ESFORÇO COMUM. PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA COMPANHEIRA.

Tendo o v. Acórdão reconhecido que o desempenho da companheira, desenvolvido no lar e fora dele, contribuiu para a constituição do patrimônio comum, implica em reexame do quadro probatório (súmula nº 07-STJ) a assertiva constante do apelo especial de que a atividade pela mesma exercida nada representou para a formação do acervo patrimonial.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp 43.340/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 23/10/1995).

As conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, no sentido de que em sociedades de fato, como a relatada neste processo, há necessidade da prova da efetiva demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado, evidenciam a perfeita sintonia com o raciocínio adotado pela jurisprudência desta Corte.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Com o propósito de ater-me um pouco mais ao exame das questões que delimitam a relação jurídico-litigiosa suscitada, pedi vista dos presentes autos.

Realce-se que o voto condutor do acórdão recorrido, considerando comprovada a colaboração indireta da concubina, ora recorrida, na formação do patrimônio em questão, assim se manifestou:

“A autora contribuiu de modo efetivo para o patrimônio adquirido no período do concubinato, pois proporcionou ao réu a paternidade de três filhos, o que é mais do que suficiente, uma vez que a mãe participa de modo efetivo da criação e formação dos filhos, não podendo, então, sobressair subterfúgio gramatical de Súmula, pois, no caso concreto é flagrante a dedicação

da genitora ao proporcionar condições para que o réu exercesse suas atividades com estímulo e tranquilidade.

Os imóveis foram adquiridos em 22 de março de 1988 e 09 de maio de 1989, fls. 23/25, portanto, no período em que o concubinato se desenvolvia regularmente, conseqüentemente, a mulher tem direito à meação dos bens, não podendo caracterizar interpretação em contrário, mesmo porque, o relacionamento era público e contínuo e, por analogia, aplica-se o artigo 1º, da Lei nº 9.278/96.

Desta forma, o reconhecimento da união estável está caracterizado, conseqüentemente, a partilha deve observar a meação do patrimônio comum para a autora” (fls. 265/266).

Formulado o apelo sob exame com âncora nas letras ‘a’ e ‘c’ do permissivo constitucional, o recorrente, além de considerar que o aresto *a quo* violou o art. 6º, § 1º, da LICC, refuta a aplicabilidade na espécie do art. 1º da Lei n. 9.278/1996, por destoante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, argumentando, para tanto, o seguinte:

“Ocorre, entretanto, que referido dispositivo legal teve sua vigência iniciada tão-somente em 13 de maio de 1996, ou seja, 5 (cinco) meses após o término do relacionamento *more uxorio*, período este devidamente reconhecido pela decisão prolatada pelo juízo singular, o qual mencionou a existência de sociedade de fato entre as partes de 1983 até janeiro de 1996 (confirmando, inclusive, pelo venerando acórdão do Tribunal de Justiça Estadual).

Assim, não há que se falar em aplicação da referida Lei, mesmo que de forma analógica, sob pena de se estar cometendo erro grosseiro e, ainda, violar preceito contido no art. 10 da própria lei, cuja vigência iniciou-se tão-somente na data de sua publicação (13/5/1996).

Assentadas essas premissas, cabe acentuar, desde logo, que reparo não há que se fazer quanto à constatação, no bem lançado voto da Exma. Ministra NANCY ANDRIGHI, da ausência de prequestionamento da matéria ínsita no art. 6º, § 1º, da LICC e da inaplicabilidade na espécie da Lei n. 9.278/96, com amparo, inclusive, em precedente deste Tribunal.

Por outro lado, atendo-se ao ponto central da controvérsia, assevera a insigne Ministra o seguinte:

“Dessa forma, ao concluir o Tribunal Estadual, com base nos fatos e provadas apresentados no processo, que a recorrida contribuiu, mesmo que de forma indireta, para a formação do patrimônio adquirido a título oneroso na constância da sociedade de fato, forçoso se mostra a partilha desse acervo patrimonial, nos exatos moldes em que estabelecido no acórdão impugnado”.

Noutro passo, consigna Sua Exa.:

“Ressalte-se, por fim, que as circunstâncias fáticas e probatórias assim como descritas no acórdão recorrido, revestem-se, em sede de recurso especial, do manto da imutabilidade. Sob tal premissa, se o Tribunal de origem reconheceu a contribuição da recorrida, mesmo que indireta, para a formação do patrimônio comum, não há como se desenvolver ilação em sentido diverso do adotado em primeiro e segundo graus de jurisdição, uma atenta análise rente aos fatos do processo”.

Presentes a argumentação recursal e as judiciosas posições expendidas pela insigne Ministra relatora, torna-se primordial averiguar se, reconhecido e dissolvido o vínculo de concubinato, deve emergir, conseqüentemente, a meação dos bens adquiridos no período da convivência, como retratada nos presentes autos.

Nesse contexto, tenho como possível de se depreender que o especial, no tocante ao seu conhecimento, não está a sofrer nenhuma resistência por parte da Súmula n. 7 desta Corte.

Vê-se do acórdão de origem que é incontroverso que o acolhimento da meação deveu-se ao fato de a autora, ora recorrida, ter contribuído indiretamente para a formação do patrimônio comum ou, precisamente, haver proporcionado ao réu a “paternidade de três filhos”, participando “de modo efetivo da criação e formação dos filhos”; e que, sendo “flagrante a dedicação da genitora ao proporcionar condições para que o réu exercesse suas atividades”, “tem direito à meação dos bens”.

Resulta, assim, que a motivação decisória das instâncias ordinárias, inclusive merecedora de adesão do preclaro voto que me antecede, ancorou-se no contexto fático delineado nas instâncias ordinárias, sobre o qual não pairam dúvidas a serem dirimidas, tanto que nem sequer foi objeto de impugnação por qualquer das partes.

Não se está, pois, a perquirir as circunstâncias fáticas do feito, mas tão-somente saber se a maternidade, criação e formação dos filhos pela concubina, bem como a dedicação por ela proporcionada ao réu para o exercício de suas atividades – como reconhecidamente albergado no aresto de origem –, mostram-se aptas, bastantes por si sós, para embasar a meação dos bens arrolados na peça preambular.

Antes de dispor a atenção ao ponto meritório e crucial em que se traduz a controvérsia dos autos, importa notar que, restando atendidos os pressupostos ensejadores do aventado dissídio, o recurso se apresenta apto ao conhecimento pela alínea ‘c’ do permissivo constitucional.

Veja-se que, ao delimitar a postulação ora firmada, o recorrente colacionam acórdãos desta Corte proferidos nos julgamentos do REsp n. 147.098-DF, Quarta Turma, relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 7.8.2000, e do REsp n. 174.051-RJ, Terceira Turma, relator Ministro CASTRO FILHO, DJ de 1.7.2002, sendo que o último está com a seguinte ementa:

“DIREITO CIVIL PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. PATRIMÔNIO EM NOME DO COMPANHEIRO. PROVA DO ESFORÇO COMUM. LEI 9.278/96. UNIÃO DISSOLVIDA ANTES DE SUA VIGÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PARTILHA PROPORCIONAL À CONTRIBUIÇÃO INDIVIDUAL. MODIFICAÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO. ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ.

I – A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte é firme no sentido de que, existente a prova do esforço comum na aquisição ou incremento do patrimônio de qualquer dos companheiros, ainda que indireta a contribuição, abre-se ensejo à partilha dos bens (Súmula 380/STF).

II – Não se aplicam às uniões livres dissolvidas antes de 13.05.96 (data da publicação) as disposições contidas na Lei 9.278/96, principalmente no concernente à presunção de se formar o patrimônio com o esforço comum igualitário, pois aquelas situações jurídicas já se achavam consolidadas antes da vigência do diploma normativo. A partilha do patrimônio deve, pois, observar a contribuição de cada um dos concubinos para a aquisição dos bens, não significando, necessariamente, meação.

III – [...]

Recurso a que se nega provimento”.

Extraem-se do transcrito julgado razões de decidir que, por serem primordiais ao deslinde do conflito interesses *sub judice*, devem merecer o devido realce. Uma delas que, ao alinhar-se à Súmula n. 380 do STF, explicita “existente a prova do esforço comum na aquisição ou incremento do patrimônio de qualquer dos companheiros, ainda que indireta a contribuição, abre-se ensejo à partilha dos bens”; ou outro, sob alusão à Lei n. 9.278/96, que arremata “a partilha do patrimônio deve, pois, observar a contribuição de cada um dos concubinos para a aquisição dos bens, não significando, necessariamente, meação”.

Reitera-se, assim, que esses fundamentos se revelam aptos a serem recepcionados, pois, demonstrado no acórdão recorrido, de forma incontestada, que a contribuição da concubina-autora para formação do patrimônio comum dos conviventes ocorreu de forma indireta, ou seja, “proporcionou ao réu a paternidade de três filhos, o que é mais do que suficiente, uma vez que a mãe participa de modo efetivo da criação e formação dos filhos” (fl. 265), é imperativo o afastamento da meação, por sucumbir frente à prevalência da partilha dos bens que, a par das circunstâncias dos autos, não há que ser em partes iguais.

Cumpra ressaltar que não se quer aqui conceber ao posicionamento que ora adoto cunho genérico, nem elidir a natural geração de direitos e obrigações entre os concubinos quando devidamente reconhecida a sociedade de fato, em especial o direito da concubina à meação dos bens adquiridos durante a convivência. Pretende-se, isso sim, reforçar esses direitos e obrigações, torná-los mais transparentes, conformá-los à realidade de cada caso concreto.

Também não se pretende desprezar a importância do restrito trabalho doméstico (administração do lar), criação e formação dos filhos em comum, mas apenas ter-se em conta, como pressuposto ao direito de meação advinda da ruptura do convívio concubinatório, a direta e efetiva contribuição para formação dos bens patrimoniais, o que, a toda evidência, não restou demonstrado nestes autos.

Mesmo porque, indo um pouco mais além acerca da aplicação do direito aos casos concretos pretéritos à Lei n. 9.278/96, isto é, às hipóteses de uniões constituídas e dissolvidas anteriormente à edição da referida norma legal, indaga-se como decidiríamos sobre os direitos patrimoniais da concubina nas hipóteses em que, no convívio *more uxorio*, além da atividade desenvolvida no lar, criação e formação dos filhos comuns e cuidados com o próprio convivente, tivesse dinâmica atuação

profissional autônoma ou atividade laboral remunerada fora do âmbito doméstico, angariando recursos para suas próprias despesas, para melhoria do bem estar dos filhos e concubino e, naturalmente, para a real formação do patrimônio comum?

Ausente a demonstração da ocorrência de igualitárias participações ou esforços comuns direcionados à aquisição de bens constitutivos do acervo patrimonial em nome do recorrente, a concubina-autora, ora recorrida, está a carecer da pretensão formulada no juízo *a quo*, diante da ausência de fato gerador permissivo do estabelecimento de seu direito à metade dos bens.

E assim quero entender, porque, somente a partir do regime da Lei n. 9.278/96 – cuja aplicação fora afastada na espécie, ainda que por analogia –, é que se estabeleceu que os bens adquiridos na constância da união estável por um ou pelos conviventes passariam a pertencer a ambos, em condomínio ou partes iguais.

Não no caso destes autos, pois as normas legais e orientações jurisprudenciais versando especificamente sobre concubinato, entre as quais a Lei n. 8.971/94 e a Súmula n. 380 do Pretório Excelso, bem delimitam que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou aquisição de bens, mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.

A propósito do tema, leio SÍLVIO RODRIGUES, *in* “Direito Civil Aplicado”, volume 8, São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 85:

“Portanto, até o advento da Lei de 1996 e do preceito acima transcrito, a mera existência da união estável não gerava a presunção de serem comuns os bens adquiridos em nome de um dos conviventes durante aquela convivência. Continuava a vigor, em sua plenitude, a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, que para possibilitar a divisão daquele patrimônio exigia a demonstração do concurso de esforço comum. Tal situação não foi alterada pela superveniência da Constituição de 1988, porque o § 3º do art. 226 daquela carta não era auto-aplicável e dependia de regulamentação. Tanto que dependia de regulamentação que o legislador ordinária, por duas vezes, a regulamentou. Fê-lo, a primeira vez, na Lei n. 8.971/94 e fê-lo, pela segunda vez, na Lei n. 9.278/96. E só a partir da publicação desta última é que se dispensou o companheiro, ou a companheira, de provar sua participação no ganho do patrimônio comum, para poder pleitear sua divisão (Súmula n. 380 do STF)”.

Em todo o contexto, rogando as devidas vênias a eminente Ministra Relatora, ouse-me divergir do seu entendimento para, concluindo pela reforma do acórdão recorrido, reconhecer a incidência, na espécie, do regramento legal anterior à edição da Lei n. 9.278/96 e, por conseguinte, afastar a divisão igualitária do patrimônio objeto da presente demanda, consoante pretensão aventada nesta via recursal.

Considerando os contornos da lide, notadamente as circunstâncias que a demarcam, e a partir dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais ora

adotados, tenho que o quinhão a ser atribuído à autora-recorrida, não há de ser a meação, mas aquele que permita corresponder à contribuição indireta na convivência *more uxorio* de 1983 a 1996 (treze anos), no desempenho de suas atividades domésticas, traduzidas no cuidado com o lar e na criação e educação dos filhos e no companheirismo dedicado ao concubino.

Destarte, levando-se em conta a moderação e o bom senso recomendados para a hipótese em apreço, o arbitramento, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos bens adquiridos na constância do concubinato e apurados na instância ordinária, apresenta-se compatível com o caso em apreço, por encontrar amparo nos sempre requeridos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como traduzir situação análoga que, à luz do voto de erudita lavra do insigne Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, redundou no acórdão desta e. Turma assim ementado:

“DIREITO CIVIL. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO INDIRETA DA EX-COMPANHEIRA NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO DURANTE A VIDA EM COMUM. PARTILHA PROPORCIONAL. CABIMENTO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. RESSALVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência ‘*more uxorio*’, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e conseqüente direito à partilha proporcional.

II – Verificando-se que haja diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteado o ‘esforço comum’ a que alude o enunciado nº 380 da Súmula/STF.

III – Salvo casos especiais, a exemplo de inexistência de patrimônio a partilhar, a concessão de uma indenização por serviços domésticos prestados, prática de longa data consagrada pela jurisprudência, não se afeiçoa à nova realidade constitucional, que reconhece ‘a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar’ (art. 226, § 3º, da Constituição).

IV – O arbitramento da parcela devida à companheira pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com objetivo de evitar inconvenientes e atraso na solução jurisdicional.

V – Na fixação do percentual, que necessariamente não implica meação no seu sentido estrito (50%), recomendável que o seu arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade, a idade das partes e a contribuição indireta prestada pela concubina, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 183.718-SP, DJ de 18.12.1998).

Ante o exposto, conheço do recurso especial fundado na alínea 'c' da norma autorizadora e dou-lhe parcial provimento para, afastando a partilha igualitária determinada nas instâncias de origem, atribuir à autora, ora recorrida, o percentual de 40% (quarenta por cento), a título de participação sobre o valor correspondente aos bens adquiridos, sob o regime do concubinato no período de 1983 a janeiro de 1996, conforme arrolados na peça preambular, cuja apuração deverá ocorrer em sede de liquidação de sentença.

Por conseguinte, respeitada a sucumbência parcial da parte ora recorrida, o recorrente arcará integralmente com as custas processuais e honorários advocatícios, mantido quanto a estes o valor fixado na sentença. Ônus suspensos na hipótese de assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Sr. Presidente, ouvi detidamente os debates, vi o voto-vista que o Sr. Ministro João Otávio de Noronha nos encaminhou e, na oitiva desse debate, participando, também, dos posicionamentos, que são divergentes, *data maxima venia*, acompanho o posicionamento da eminente Ministra Relatora.

A questão é a seguinte: o Tribunal de origem analisou essa questão de fato que é a contribuição, quer dizer, deu ao marido, ao companheiro, três filhos e, no voto condutor, disse que isso daí é mais do que suficiente para caracterizar essa participação. Ao terminarmos, dessa forma, o reconhecimento da união estável, há uma impropriedade, porque, exatamente, o que se está dizendo é se à união estável seria aplicável ou não, e se ela é posterior aos fatos. Mas aí também por impropriedade gramatical ou por impropriedade de estilo, também, no voto, diz:

“Não podendo, então, sobressair subterfúgio gramatical da súmula.”

É o contrário, a súmula prestigia a autora, a mãe das crianças, porque a súmula diz:

“Existente a prova de esforço comum na aquisição ou implemento do patrimônio qualquer dos companheiros, ainda que indireta a contribuição, abre-se ensejo à partilha dos bens.

“Então, quem analisará esse fato? Quem analisará o fato é a Instância inferior e o Tribunal *a quo*. A questão é que esta redação de dizer “desta forma o reconhecimento de união estável” é porque houve uma confusão conceitual. Na verdade, o que se está dizendo aqui é que essa sociedade de fato que caracterizava, então, as situações de concubinato, analisada a prova, essa prova é concludente no sentido de que houve essa participação. Então, ela não está ferindo o espírito da súmula, e nem tampouco, com todo respeito, o posicionamento que temos adotado aqui. Não podemos analisar a prova, e temos que confiar naquilo que foi apreciado pelas instâncias ordinárias.

Mas a súmula diz assim: “ainda que indireta”. Ora, três filhos, o acórdão diz assim: “proporcionou ao réu a paternidade de três filhos, o que é mais do que suficiente.” Mais do que suficiente para quê? Para provar a participação.

Então, com todo respeito, divirjo do posicionamento do Sr. Ministro João Otávio de Noronha e acompanho a eminente Ministra Relatora e também não conheço do recurso especial, mantendo o que foi decidido pelo Tribunal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Com a divergência.

VOTO-DESEMPATE

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (PRESIDENTE): Conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento, acompanhando o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Ministro João Otávio de Noronha, concordo com os quarenta por cento.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Sr. Ministro João Otávio de Noronha, concordo com os quarenta por cento.

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo do Recurso Especial e dando-lhe parcial provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, e dos votos do Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti, acompanhando a Relatora, o Sr. Ministro Ari Pargendler, Presidente da sessão, proferiu voto de desempate acompanhando a divergência, e a Seção, por maioria, conheceu do Recurso Especial e deu-lhe parcial provimento, vencida a Sra. Ministra Relatora, os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1a. Região), art. 162, § 2º, RISTJ.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 27 de agosto de 2008

CIVIL - COMERCIAL

PLANO DE SAÚDE - REAJUSTE por MUDANÇA de FAIXA ETÁRIA - Impossibilidade- ESTATUTO DO IDOSO

Superior Tribunal de Justiça
 Rec. Especial n. 989380/RN
 Órgão julgador: 3a. Turma
 Fonte: DJe, 20.11.2008
 Relator: Ministra Nancy Andriahi
 Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte
 Recorrido: Unimed Natal Cooperativa de Trabalho Médico

Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação.

– O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

– Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.

– Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.

– O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.

– Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso.

– Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do

Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andriahi – Relatora

RELATÓRIO

Recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: civil pública com pedido liminar proposta pelo recorrente em face de UNIMED NATAL SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO e UNIMED/RN FEDERAÇÃO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRABALHO MÉDICOLTD.

Em sua inicial, afirma o recorrente que a UNIMED NATAL enviou, em 15/12/2003, carta-circular aos usuários que com ela mantém planos de saúde, informando que seria aplicado, em janeiro de 2004, reajuste contratual para as faixas etárias acima de 60 e 70 anos de idade, em virtude da suspensão por parte do Supremo Tribunal Federal, da aplicação do art. 35-E da Lei nº 9.656 de 4/6/1998 – Lei dos Planos de Saúde. Para os usuários com mais de 60 anos, o percentual contratualmente reajustado seria de 100% e, para aqueles com idade superior a 70 anos, o reajuste seria de 200%.

Alega o recorrente que, de acordo com o CDC e o CC/02, as cláusulas contratuais que prevêem tais reajustes, são abusivas, porquanto ferem o princípio da boa-fé.

Pugna pela vedação da aplicação de quaisquer reajustes nas mensalidades dos planos de saúde, a partir do mês de janeiro de 2004, em razão de mudança de faixa etária àqueles que completaram ou completarem 60 anos, independentemente da época em que celebrado o contrato, com fundamento nos arts. 2.035, parágrafo único, do CC/02, e 15, § 3º, do Estatuto do Idoso.

Decisão: a liminar foi deferida, para determinar a suspensão dos aumentos referentes à mudança de faixa etária para usuários ou dependentes de idade igual ou superior a 60 anos, que entrariam em vigor a partir de 2004, até ulterior julgamento do mérito da demanda (fls. 149/153).

Contestações: às fls. 265/282 e 322/338, alegam as requeridas que os reajustes foram endereçados aos usuários que celebraram contratos em data anterior à vigência do CDC, ou ainda à vigência da Lei dos Planos de Saúde.

Sentença: às fls. 502/525, o pedido foi julgado parcialmente procedente para:

i) com relação aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98 – a partir

de 1º de janeiro de 1999, que não tenham sido adaptados a esta por opção do consumidor, considerar abusiva a cláusula contratual que preveja reajuste de mais de 100% (cem por cento) aos usuários e/ou seus dependentes com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, fixando, por conseguinte, o percentual do reajuste de referida cláusula em 20% (vinte por cento), com fundamento nos arts. 115 do CC/16 e 6º, inc. V, c.c. 51, inc. IV, do CDC;

ii) com relação aos contratos firmados ou adaptados entre a data de vigência da Lei nº 9.656/98 (a partir de 1º de janeiro de 1999) e da Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso (a partir de 1º de janeiro de 2004), determinar que o reajuste das mensalidades deve obedecer aos percentuais estabelecidos no contrato, desde que tenham sido observados os requisitos previstos no art. 15 da LPS e na Resolução CONSU nº 6/98, estabelecendo expressamente no contrato as sete faixas etárias com a discriminação do percentual de aumento para cada uma delas, sendo que o valor da última faixa etária (70 anos ou mais) não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa (0 a 17 anos de idade), cujos índices de aumento deverão obedecer aos autorizados pela ANS;

iii) com relação aos contratos firmados ou adaptados após a vigência do Estatuto do Idoso, estabelecer que o reajuste da mensalidade deve obedecer aos percentuais fixados no contrato, desde que tenham sido observados os requisitos previstos no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, assim como na Resolução Normativa nº 63/03, expedida pela ANS, segundo os quais os referidos contratos deverão conter expressamente as dez faixas etárias e os percentuais de reajustes, sendo a última faixa aos 59 (cinquenta e nove) anos, ressalvando que o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira e que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima, cujos índices de aumento deverão obedecer aos autorizados pela ANS.

Apelações: interpostas pelas rés, apenas com relação ao primeiro item da sentença, isto é, no que se refere ao percentual fixado pelo i. Juiz referente aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei dos Planos de Saúde, ao argumento de que não teria sido demonstrado qual o critério utilizado para limitar o percentual de reajuste dos contratos mencionados a 20%, em razão de mudança de faixa etária de 60 e 70 anos de idade.

Acórdão: em contraposição ao parecer do Ministério Público, o TJ/RN conferiu parcial provimento aos recursos de apelação, para estabelecer que o reajuste de 100% seja feito parcelado em quatro vezes, de três em três meses, por entender que:

i) “[...] os planos contratados antes de 2 de janeiro de 1999 (chamados de planos antigos) não estão ao alcance das novas regras e podem ser reajustados pelas operadoras em índices acertados expressamente nos contratos”, isso porque “[...] a Lei nº 9.656/98, não se aplica aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência” (fl. 603), tomando como base, julgado do STF;

ii) “[...] há o desequilíbrio contratual quando da não aplicação da cláusula de reajuste por faixa etária, pois como se sabe após determinando (sic) tempo de vida o ser humano necessita de maiores cuidados, quando se torna mais vulnerável a doenças o que exige tratamentos com maior complexidade e elevado custo financeiro. De tal forma, não pode o consumidor se prevalecer da sua condição para se beneficiar pelos diversos anos de serviços prestados sem reajuste necessário para a manutenção do serviço para os demais consumidores que utilizam o plano” (fls. 604/605);

iii) “[...] o percentual ajustado nos contratos de prestação de serviço de saúde firmados anteriores a Lei de Planos de Saúde, devem ser observados, porém, de forma parcelada, a fim de não causar o desequilíbrio financeiro em relação ao consumidor, não rompendo assim, o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo (Art. 4º, III, CDC)” (fl. 605).

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados (fls. 652/659).

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa aos arts. 472 e 535 do CPC; 5º, caput, incs. LIV, LV, XXXVI, 93, inc. IX, 129, inc. III, da CF; 25, inc. IV, da Lei nº 8.625/93; 1º, inc. II, 5º, da Lei nº 7.347/85; 4º, inc. III, 6º, inc. V, 30, 39, incs. IV e V, 51, inc. IV, 81 e 82, do CDC; 115, 116, 160, inc. I, do CC/16; 15, § 3º, do Estatuto do Idoso; 6º da LICC; 428 e 429 do CC/02; além de dissídio jurisprudencial (fls. 661/718).

Houve interposição também de recurso extraordinário (fls. 795/834).

Contra-razões: alega a recorrida em sede de preliminar, que, tendo as partes transigido, por meio de “termo de audiência e ajuste de conduta” (não homologado em juízo), logo após a prolação do acórdão impugnado, o processo deve ser extinto, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inc. III, do CPC.

Admissibilidade recursal: às fls. 926/932.

Parecer do MPF: o i. Subprocurador-Geral da República, Maurício de Paula Cardoso, opinou pelo “provimento do recurso para, reconhecendo-se a negativa de prestação jurisdicional reclamada em sede de embargos de declaração, devolver à Corte *a quo*, o julgamento do feito, para apreciar e julgar os embargos aclaratórios” (fl. 946).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O paradoxo que se estabelece é, essencialmente, a respeito da aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, no que concerne à cláusula de reajuste em razão do alçar de duas faixas etárias, ambas a envolver consumidores com mais de 60 anos.

– Da preliminar argüida em contra-razões.

Inicialmente, afasto a preliminar de extinção do processo, argüida em contra-razões pela recorrida, ao mencionar a ocorrência de “transação” entre as partes, mediante “termo de ajustamento de conduta”, que foi por elas celebrado logo após a prolação do acórdão impugnado. Tal fato não tem o condão de pôr fim a lide, porquanto não extingue-se o processo, com julgamento do mérito se as partes transigirem sem que tal acordo seja homologado em juízo.

– Da violação aos arts. 5º, *caput*, incs. LIV, LV, XXXVI, 93, inc. IX, 129, inc. III, da CF.

Afasto, outrossim, a análise das alegadas violações a dispositivos constitucionais, exame que fica postergado para a via extraordinária, na hipótese de referidas alegações restarem contidas também no recurso extraordinário endereçado ao STF.

– Da violação aos arts. 472, 535 do CPC; 6º da LICC; 25, inc. IV, da Lei nº 8.625/93; 1º, inc. II, 5º, da Lei nº 7.347/85; 115, 116, 160, inc. I, do CC/16; 428 e 429 do CC/02.

Sustenta o recorrente que houve negativa de prestação jurisdicional ao deixar de apreciar o Tribunal de origem teses jurídicas fundamentais ao deslinde da controvérsia, concernentes aos dispositivos tidos como violados.

Contudo, não padece de violação o art. 535 do CPC, porquanto o Tribunal de origem decidiu fundamentadamente todas as questões pertinentes à resolução da controvérsia, sem omitir-se no julgado, embora não tenha se manifestado expressamente a respeito dos arts. 472 do CPC; 6º da LICC; 25, inc. IV, da Lei nº 8.625/93; 1º, inc. II, 5º, da Lei nº 7.347/85; 115, 116, 160, inc. I, do CC/16; 428 e 429 do CC/02, notadamente porque o julgador não está obrigado a decidir com base em teses jurídicas predeterminadas pela parte, bastando que fundamente suas conclusões como entender de Direito.

– Da violação ao art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 e do dissídio.

Este julgamento ostenta singularidade em sua questão central, porque a recorrida, que presta serviços aos usuários de planos de saúde, passa a cobrar os valores com os reajustes contratualmente previstos de 100% e 200%, respectivamente para as pessoas com mais de 60 e 70 anos, coincidentemente, quando entrou em vigor o Estatuto do Idoso, isto é, em janeiro de 2004.

A Lei nº 9.656/98, define plano privado de assistência à saúde no inciso I do art. 1º como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

O plano de assistência à saúde, apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.

Dessa forma, mês a mês, o consumidor efetua o pagamento das mensalidades para ter acesso à cobertura contratualmente prevista, o que, ao mesmo tempo lhe assegura o direito de, mês a mês, ter prestada a assistência à saúde tal como estabelecida na lei e no contrato. Assim, ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura nos termos em que contratada. A operadora, por sua vez, a qualquer momento, pode ser acionada, desde que receba mensalmente o valor estipulado na avença.

Regido pelo CDC, para além da continuidade na prestação, assume destaque o dado da “catividade” do contrato de plano de assistência à saúde, reproduzida na relação de consumo havida entre as partes. O convívio ao longo de anos a fio gera expectativas para o consumidor no sentido da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade dos serviços. Esse vínculo de convivência e dependência, movido com a clara finalidade de alcançar segurança e estabilidade, reduz o consumidor a uma posição de “cativo” do fornecedor.

Após anos pagando regularmente sua mensalidade, e cumprindo outros requisitos contratuais, não mais interessa ao consumidor desvencilhar-se do contrato, mas sim de que suas expectativas quanto à qualidade do serviço oferecido, bem como da relação dos custos, sejam mantidas, notadamente quando atinge uma idade em que as preocupações já não mais deveriam açoitá-lo mentalmente. Nessa condição, a única opção conveniente para o consumidor idoso passa a ser a manutenção da relação contratual, para que tenha assegurado seu bem-estar nesse momento da vida. Ele deposita confiança nessa continuidade.

Nessa perspectiva, percebe-se que os serviços assumem indiscutível importância na sociedade de consumo em que vive a humanidade no seu atual estágio, pois passam a ser imprescindíveis para a vida e conforto do homem, havendo grande estímulo ao aparecimento do tipo contratual ora em exame, socialmente relevante e merecedor respostas de equitativas do Judiciário quando chamado a decidir frente à nova realidade.

Na hipótese em julgamento, a inserção e continuidade dos usuários do plano de saúde na condição de juridicamente idosos é utilizada pela recorrida como único fato motivador de majoração do valor da mensalidade, por mudança de faixa etária, baseada em contrato avençado antes do Estatuto do Idoso e da Lei dos Planos de Saúde.

O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso.

Quando do julgamento do REsp 809.329/RJ, DJ de 11/4/2008, que envolveu semelhante questão, explicitarei, em meu voto, que o art. 15 da Lei nº 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária, por força das salvaguardas conferidas por dispositivos legais infraconstitucionais que já concediam tutela de semelhante natureza, agora confirmadas pelo Estatuto Protetivo.

Presente, pois, a violação ao art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, ao possibilitar reajuste abusivo a consumidor idoso usuário de plano de saúde em razão da idade, deve ser reformado o acórdão impugnado.

– Da violação aos arts. 4º, inc. III, 6º, inc. V, 30, 39, incs. IV e V, 51, inc. IV, 81 e 82, do CDC.

No processo em julgamento, deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa de etária – de 60 e 70 anos respectivamente, de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. Impõe-se, dessa forma, o afastamento da cobrança

diferenciada em razão da idade, porque vulnerado um dentre os sagrados direitos dos idosos, expresso no art. 15, § 3º, do Estatuto Protetivo.

Ressalte-se que, na hipótese, trata-se de vedar a discriminação do idoso em razão da idade, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária a envolver idosos. Não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, tais como o reajuste anual e o reajuste por sinistralidade, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.

Conforme já mencionado em julgado anterior, reafirmo que não se está aqui situando o idoso à condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública.

Forte nestas razões, e obediente à regra protetiva contra discriminação ditada pelo § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso, CONHEÇO do recurso especial e LHE DOU PROVIMENTO para vedar os reajustes nas mensalidades dos planos de saúde, a partir de janeiro de 2004, em razão de mudança de faixa etária daqueles que completaram ou completarem 60 anos ou mais, independente da época em que foi celebrado o contrato, permanecendo os planos de saúde estabelecidos com os consumidores idosos submetidos aos demais reajustes definidos em lei e no contrato.

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de novembro de 2008

IMOBILIÁRIO

Nota Explicativa: repetimos o acórdão divulgado na edição anterior, pois não foi publicado o voto do relator, Min. Aldir Passarinho Junior.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - RESILIÇÃO do CONTRATO pelo COMPRADOR - Impossibilidade - UTILIZAÇÃO do IMÓVEL - NEGÓCIO JURÍDICO constituído

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 476.780/MG
Órgão julgador: 2a. Seção
Fonte: DJe, 12.08.2008
Relator: Min. Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Elo Engenharia e Empreendimentos Ltda.
Recorrido: Alcides Alves Neto

CIVILEPROCESSUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. INICIATIVA DO ADQUIRENTE INADIMPLENTE. IMPROCEDÊNCIA. SITUAÇÃO PECULIAR. OCUPAÇÃO DA UNIDADE POR LARGO PERÍODO. USO. DESGASTE. ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

I. A resilição do contrato de compromisso de compra e venda é direito do comprador, a gerar a restituição parcial das parcelas pagas (2a. Seção, EREsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 09.12.2002; 4a. Turma, REsp n. 196.311/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, DJU de 19.08.2002; 4a. Turma, REsp n. 723.034/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 12.06.2006, dentre outros).

II. Caso, todavia, excepcional, em que ocorreu a desistência, porém já após a entrega da unidade ao comprador e o uso do imóvel, o que torna inviável o exercício do direito de restituição do bem e devolução de valores, em tal situação, porque definitivamente constituído o negócio, impossibilitado o seu desfazimento unilateral, em razão da norma do art. 1.092 do Código Civil anterior.

III. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andriighi.

Brasília (DF), 11 de junho de 2008 (Data do Julgamento)
Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: ELO Engenharia e Empreendimentos Ltda. interpõe, pelas letras “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 221):

“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS – DEVOLUÇÃO DE PARCELAS – INICIATIVA DO COMPRADOR – CLÁUSULA LEONINA – LESÃO EVIDENTE À LEI 8.078/90. Os princípios da autonomia de vontade e da obrigatoriedade do contratado são por excelência a base da doutrina dos contratos. A força vinculativa do contrato, desejada por ambos os contratantes e assegurada pela ordem jurídica, é o seu elemento primordial. Se o promissário comprador desinteressa-se em continuar com o vínculo jurídico com a promitente vendedora de unidade imobiliária, admissível se torna a devolução das parcelas por ele pagas, corrigidas monetariamente, mormente em havendo expressa previsão contratual, sendo de autorizar apenas a retenção pela vendedora da multa compensatória pelo rompimento do contrato, não no patamar estipulado, por evidente abusividade, mas naquele determinado pelo Juízo. Havendo vinculação da posse do imóvel e responsabilidade pelas taxas condominiais com a entrega provisória das chaves, é de responsabilizar o adquirente do imóvel pelas taxas de IPTU e condomínio.”

Alega a recorrente que a decisão violou os arts. 458, II e 535 do CPC, porque não enfrentou suficientemente as questões suscitadas, incidindo em nulidade.

Aduz que, no caso, também restou ofendido o art. 1.092 do Código Civil revogado, eis que manifesta nos autos a inadimplência dos autores.

Salienta, mais, que foi desconsiderado o art. 49 da Lei n. 8.078/1990, pois a multa não era excessiva, na medida em que o autor ocupava há mais de dois anos o apartamento.

Invoca precedentes paradigmáticos.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 324/327, subindo ao STJ por força de provimento do Ag n. 402.123/MG (fl. 329).

À fl. 333, despacho não conhecendo, por preclusão, a alegada intempestividade do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (RELATOR): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras “a” e “c” do permissivo constitucional, em que é apontada ofensa aos arts. 458, II, 535, do CPC, 1.092 do Código Civil anterior e 49 do CDC, além de dissídio jurisprudencial.

O autor, alegando impossibilidade de prosseguir honrando as prestações relativas à compra que fez de imóvel construído pela ora recorrente, propôs ação buscando a restituição das parcelas pagas, destacando que o negócio já fora rescindido antes mesmo da sua conclusão, em 06.10.1996, por ter deixando de pagar as parcelas desde então.

A sentença julgou a ação parcialmente procedente, determinando a restituição, apenas com a retenção de 10% correspondente às arras (fl. 117).

Apelaram ambas as partes, e o TAMG manteve a decisão da qual ora se recorre.

Tenho que a decisão merece reforma.

De efeito, não obstante o entendimento desta Corte, no sentido de que é possível ao adquirente desistir, por impossibilidade de pagamento, da compra que efetuou, também constitui firme orientação a retenção, salvo alguma excepcionalidade, de 25% (vinte e cinco por cento) da importância já paga, a título de compensação pelas despesas operacionais da vendedora, com administração, corretagem, propaganda, etc.

Nesse sentido foi a decisão da 2ª Seção no REsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002:

“PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPOORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.

– O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte.”

Podem-se citar ainda, dentre muitos outros, o REsp n. 196.311/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 19.08.2002 e o REsp n. 59.626/SP, 4ª Turma, de minha relatoria, DJU de 02.12.2002.

No caso dos autos, todavia, há, ainda, outras particularidades a serem consideradas, o que o leva a merecer tratamento diferenciado ao que vem sendo dado presentemente.

De efeito, conquanto tenha a jurisprudência da 2ª Seção admitido a resilição do contrato de compra e venda por impossibilidade de o adquirente suportar os encargos financeiros a que se obrigou, deve haver, evidentemente, um limite fático/temporal para o exercício deste direito reconhecido na situação em que, diversamente do comum dos casos, ele é investido na posse do imóvel e passa a ocupá-lo ou alugá-lo

a terceiros, transformando o apartamento, que era novo, em usado, iniciando o desgaste que ocorre com a ocupação, alterando o valor comercial do bem, que naturalmente, quando vendido na denominada “1ª. locação”, tem maior valia.

Não se me afigura, realmente, razoável, que a empresa construtora fique por muitos anos ainda vinculada à unilateral vontade do comprador desistente, que até por motivo de mera conveniência, após residir no imóvel, vem a “desistir” da aquisição, descartando o apartamento após, convenientemente, dele se servir, por vezes por alguns ou muitos anos.

Imagine-se o que representa uma pendência negocial dessa ordem. A construção civil – aliás responsável pela relevante absorção de mão-de-obra não especializada, inserindo pessoas de origem simples e pouca instrução na economia formal do país – caracteriza-se pela atuação dinâmica. Os empreendimentos são sequenciais para evitar-se a desmobilização de maquinário e pessoal, de sorte que o aporte de recursos é essencial para a atividade. Ora, se a desistência unilateral pelo comprador puder ser postergada para além da ocupação do imóvel, isso ameaça a integridade de obras futuras, posto que um capital disponibilizado para um empreendimento seguinte, já em andamento, sofrerá corte pela restituição que se imporá ante a desconstituição de uma venda implementada em todos os sentidos, notadamente pela entrega e ocupação do imóvel, que passa de novo a usado.

Daí porque, em meu entender, a orientação que se vem sufragando, de mera retenção de parte dos valores pagos ou, mesmo, a indenização pelo tempo de ocupação, não me parece, ante tais circunstâncias particulares, a melhor, isso é claro, ressalte-se, quando a defesa da empresa ré for no sentido específico da improcedência da ação, e não a mera retenção ou indenização. A alienação, com a posterior ocupação do imóvel pelo comprador, torna-se, penso, irreversível, não mais possibilitando a desistência unilateral nessas circunstâncias, dada a desconfiguração da própria essência do negócio, que objetivava a venda de imóvel novo, que representa, inclusive, o objeto social das empresas construtoras.

No caso dos autos, verifica-se que se cuida de uma promessa de compra e venda celebrada em 04.05.1995 (fl. 2), de loja comercial, entregue ao autor em 14.08.1996 (fl. 286). A ação foi proposta em maio de 1998, de sorte que o adquirente já a ocupava, então, há um ano e nove meses, o que, tenho eu, torna inviável o exercício do direito de restituição do bem, em tal situação, porque definitivamente constituído o negócio, impossibilitando o seu desfazimento unilateral, pelo que ofendido o art. 1.092 do Código Civil anterior.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

CERTIDÃO

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

A Seção, por unanimidade, conheceu do Recurso Especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andriahi.

Brasília, 11 de junho de 2008

PROCESSO CIVIL

OPOSIÇÃO de EMBARGOS DO DEVEDOR - PRAZO - TERMO INICIAL - DEPÓSITO JUDICIAL da QUANTIA executada

Superior Tribunal de Justiça
 Embargos de Divergência em Rec. Especial n. 846737/RJ
 Órgão julgador: 2a. Seção
 Fonte: DJe, 21.11.2008
 Relator: Min. Humberto Gomes de Barros
 Embargante: Paula de Lucena Dutra Petinati e outros
 Embargado: Light Serviços de Eletricidade S/A

AGRAVO REGIMENTAL. DEPÓSITO JUDICIAL. DINHEIRO. EMBARGOS DO DEVEDOR. TERMO INICIAL.
 – Efetuado o depósito judicial da quantia executada, conta-se a partir daí o prazo para oposição dos embargos do devedor. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por maioria, conhecer dos Embargos de Divergência e lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2008 (Data do Julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros – Relator

RELATÓRIO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS:
 Embargos de divergência dirigido a acórdão da eg. Quarta Turma resumido na seguinte ementa:

“CIVILEPROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA EM RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EXECUÇÃO. DEPÓSITO INTEGRAL. INTIMAÇÃO DA CONVERSÃO EMPENHORA. NECESSIDADE. PRAZO DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR. CÔMPUTO.

I. O Superior Tribunal de Justiça não é competente para julgar matéria de cunho constitucional.

II. Esta Corte tem entendimento que somente após a intimação do devedor de que o depósito integral e espontâneo foi convertido em penhora principia o prazo para oposição de embargos à execução.

III. Agravo regimental improvido.” (fl. 296).

Os embargantes, em suma, afirmam que a Terceira Turma tem posicionamento contrário, no sentido de que o depósito espontâneo e integral em dinheiro inicia o prazo para oposição de embargos à execução sem necessidade de intimação do executado. Indicamos REsp 590.560/NANCY como paradigma.

Houve apresentação de impugnação.

VOTO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Efetivamente, o tema é objeto de divergência entre as Turmas da Segunda Seção.

Filio-me à posição defendida pelo embargante, porque homenageia a celeridade processual – hoje, garantia individual (CF, Art. 5º, LXXVIII). Com efeito, ela dispensa intimação ao executado de ato que já efetuou. Nesses casos, não se pode dizer que aquele que oferece dinheiro à penhora desconhece que haverá constrição sobre o numerário indicado, pois o dinheiro é o primeiro bem na ordem de preferência de indicação à penhora. Por isso, reitero a posição que manifestei, recentemente, perante a Terceira Turma no julgamento do AgRg no REsp 894.232/RJ:

“AGRAVO REGIMENTAL. DEPÓSITO JUDICIAL. DINHEIRO. EMBARGOS DO DEVEDOR. TERMO INICIAL.

– Efetuado o depósito judicial da quantia executada, conta-se a partir daí o prazo para oposição dos embargos do devedor. Precedentes.”

No mesmo sentido, ainda destaco o seguinte precedente:

“Execução por quantia certa. Depósito em dinheiro. Termo inicial para apresentação de embargos de devedor. Precedentes da Corte.

1. Havendo depósito judicial do valor da execução, há precedente indicando que, nesse caso, ‘a constituição da penhora é automática, independe da lavratura do respectivo termo’, e o prazo ‘para oferecer embargos do devedor deve ser a data da efetivação do depósito judicial da quantia objeto da ação de execução’ (REsp nº 590.560/SP, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 1º/2/05; no mesmo sentido: REsp nº 163.990/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 9/11/98; REsp nº 599.279/RJ, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 14/6/04).

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp 699.349/DIREITO).

Conheço dos embargos e dou-lhes provimento para restabelecer o acórdão da origem que não conheceu dos embargos à execução por intempestividade.

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

O thema decidendum diz respeito ao termo inicial para o oferecimento de embargos do devedor: se após o depósito da quantia executada ou depois de convertido em penhora.

Salvo melhor juízo, a questão deve ser dirimida conforme o entendimento adotado no julgamento do REsp nº 590.560, SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, de que “o termo inicial do prazo para oferecer embargos do devedor deve ser a data da efetivação do depósito judicial da quantia objeto da ação de execução”.

Na execução, os atos devem se processar de modo célere, e, à míngua de regra específica no Código de Processo Civil, aplica-se analogicamente o que consta dos artigos 9º, § 3º, e 16 da Lei de Execução Fiscal:

Art. 9º, § 3º:

“A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora”.

Art. 16, I:

“O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I – do depósito”.

Voto, por isso, no sentido de conhecer dos embargos de divergência e de acolhê-los para restabelecer o acórdão proferido pelo tribunal *a quo*.

CERTIDÃO

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

A Seção, por maioria, conheceu dos Embargos de Divergência e lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de fevereiro de 2008

PENAL - PROCESSO PENAL

EXERCÍCIO IRREGULAR DE FARMACÊUTICA - CONCURSO com CURANDEIRISMO - Impossibilidade - Ausência de PERÍCIA na SUBSTÂNCIA apreendida - ABSOLVIÇÃO

Supremo Tribunal Federal
Habeas Corpus n. 85718/DF
Órgão julgador: 2a. Turma
Fonte: DJe, 05.12.2008
Relator: Min. Cezar Peluso
Impetrante: Marcelo Leal de Lima Oliveira
Coator: Superior Tribunal de Justiça

AÇÃO PENAL. Condenação. Concurso material. Crimes de exercício ilegal da arte farmacêutica e de curandeirismo. Inadmissibilidade. Incompatibilidade entre os tipos penais previstos nos arts. 282 e 284 do Código Penal. Pacientes não ignorantes nem incultos. Comportamento correspondente, em tese, ao art. 282 do CP. Falta, porém, de laudo pericial sobre as substâncias apreendidas. Inadmissibilidade de exame indireto. Absolvição dos pacientes decretada. HC concedido para esse fim. Interpretação do art. 167 do CPP. Precedentes. Excluindo-se, entre si, os tipos previstos nos arts. 282 e 284 do Código Penal, dos quais só primeiro se ajustaria aos fatos descritos na denúncia, desse delito absolve-se o réu, quando não tenha havido perícia nas substâncias apreendidas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Senhor Ministro CELSO DE MELLO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de habeas corpus nos termos do voto do Relator. Falou pelos pacientes, o Dr. Marcelo Leal de Lima Oliveira. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Ellen Gracie e Eros Grau.

Brasília, 28 de novembro de 2008.

Cezar Peluso – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator):

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de NVP e AFOR, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o HC nº 36244, lhes denegou a ordem em decisão assim ementada:

“HABEAS CORPUS. EXERCÍCIO ILEGAL DE ARTE FARMACÊUTICA E CURANDEIRISMO. LAUDO PERICIAL. EXIGÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (ART. 158 C/C 167, CPP). DIVERSIDADE, INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE CONDUTAS DENUNCIADAS. BIS IN IDEM, CONCURSO DE CRIMES E CONSUNÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

‘A falta de exame de corpo de delito direto não implica em nulidade de processo penal, visto que, nos termos do art. 158, c/c o art. 167, do Código de Processo Penal, pode ele ser suprido pelo indireto, sendo certo, ainda, que em atenção ao princípio do livre convencimento e do mandamento constitucional que abomina apenas as provas obtidas por meios ilícitos, não se pode priorizar a perícia como único meio de comprovar a materialidade de crimes relacionados ao exercício ilegal de profissão da área da saúde.

Embora o curandeirismo seja prática delituosa típica de pessoa rude, sem qualquer conhecimento técnico-profissional da medicina e que se dedica a prescrever substâncias ou procedimentos com o fim de curar doenças, não se pode descartar a possibilidade de existência do concurso entre tal crime e o de exercício ilegal de arte farmacêutica, se o agente também não tem habilitação profissional específica para exercer tal atividade.

Reconhecida a prática de duas condutas distintas e independentes, não há como se proclamar ilegal a condenação por cada uma delas, não se mostrando, in casu, ter havido bis in idem ou indevida atribuição de concurso de crimes, não cabendo, ainda, aplicação da consunção entre os delitos, tanto mais na estreita via do habeas corpus, por demandar incursão profunda e valorativa em seara fático-probatória.’

Habeas corpus denegado.” (fl.215)

Alegam os impetrantes que a condenação dos pacientes é ilegal, por apresentar os seguintes vícios: a) ausência de materialidade dos delitos, o que conduziria à incompetência da Justiça Comum para processar e julgar o feito; b) impossibilidade de concurso material entre os delitos de exercício ilegal da arte farmacêutica e curandeirismo; c) ilegalidades na fixação da pena.

Requerem anulação do processo da Ação Penal nº 2000.01.1.078317-8, em trâmite na 1a. Vara Criminal da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília/DF, nos termos do disposto no art. 564, III, ‘b’, do CPP; ou, por impossibilidade de concurso material de delitos, a nulidade da sentença, com remessa dos autos ao Juizado Criminal Especial competente (art. 2º da Lei nº 10.259/2001); ou, finalmente, a redução da pena ao mínimo legal.

Pedi informações ao Superior Tribunal de Justiça, que as prestou (fls. 214 e ss.)

Deferi liminar, para suspender os efeitos da condenação imposta aos pacientes, até o julgamento final deste pedido de writ (fls. 238-241).

Pedi informações ao juízo de primeiro grau, o qual remeteu a íntegra do Processo-Crime nº 2000.01.1.085123-2, que tramitou perante a 1a. Vara Criminal de Brasília (volumes em apenso).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento da ordem (fls. 256-260).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator):

1. Assiste razão aos impetrantes.

Verifico, desde logo, haver contradição lógico-jurídica intrínseca às condenações impostas aos pacientes. É que foram condenados ambos pela prática de exercício ilegal da arte farmacêutica (art. 282 do Código Penal) e de curandeirismo (art. 284). Mas vejamos o teor dos tipos penais:

“Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites: Pena – detenção, de seis meses a dois anos.”

“Art. 284 – Exercer o curandeirismo:

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III – fazendo diagnósticos;

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único – Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.”

Ora, os tipos são excludentes entre si, pois, no caso do art. 282, exige-se que o agente apresente aptidões ou conhecimentos médicos, ainda que sem a devida autorização legal para exercer o respectivo ofício, enquanto, para configurar-se o do art. 284, é preciso que o agente seja pessoa inculta ou ignorante. Veja-se, a respeito, a lição de HUNGRIA:

“Segundo o conceito tradicional ou vulgar, curandeiro é o indivíduo inculto, ou sem qualquer habilitação técnico-profissional, que se mete a curar, com o mais grosseiro empirismo. Enquanto o exercente ilegal da medicina tem conhecimentos médicos, embora não esteja devidamente habilitado para praticar a arte de curar, e o charlatão pode ser o próprio médico que abastarda a sua profissão com falsas promessas de cura, o curandeiro (carimba, mezinheiro, raizeiro) é o ignorante chapado, sem elementares conhecimentos de medicina, que se arvora em debelador dos males corpóreos.” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. RJ: Forense, 1958. Vol IX, p. 154, nº 83).

No mesmo sentido, DELMANTO entende que só pode ser sujeito ativo do crime de curandeirismo a pessoa “desprovida de conhecimentos científicos” (in Código Penal Comentado, 7a. ed., p. 708). O autor ressalta, ainda, que, “para que haja crime deve haver comprovação de que o perigo de dano à saúde pública efetivamente ocorreu” (idem, p. 709).

Assim, resta saber qual deles está, em tese, configurado pelos fatos narrados na denúncia.

Ora, segundo a descrição desta, não se trata de ato cometido por pessoas rudes, desprovidas de recursos técnicos, mas, sim, por agentes que, mediante diagnóstico e manipulação de substâncias, prescreviam “supostos medicamentos” que eles mesmos produziam e comercializavam (fls. 35-36). Confirma-o a sentença condenatória, ao afirmar que as vítimas “tiveram um tratamento típico daqueles que se faz com um médico” (fl. 133).

Diante disso, tenho por errônea a qualificação dos fatos como curandeirismo, cujo tipo penal não convém ao caso. Fazendo-se passar por médicos, os pacientes estariam sujeitos às penas do art. 282 do Código Penal.

2. Mas tal acusação não merece melhor sorte.

A denúncia assim descreve a primeira série de condutas que encontrariam adequação típica no crime de exercício ilegal de medicina, arte dentária ou farmacêutica:

“Os denunciados, com unidade de desígnios, sem qualquer formação científico-profissional, praticaram, com a

evidente habitualidade, sem autorização legal e mediante remuneração em dinheiro, atos privativos da profissão de farmacêutico [...], que consistiram no *desempenho da função de dispensário* (responsável por laboratório farmacêutico) e de *manipulação de fórmulas farmacopécias* [...], prestando serviços diretamente ao consumidor final, tendo atendido centenas de pacientes” (fl. 35. Grifos nossos).

Suposto não haja controvérsia sobre o fato de os pacientes não serem farmacêuticos, o tipo penal somente se configuraria, se as substâncias encontradas em seu poder fossem autênticos compostos alopatícos.

Por isso, os impetrantes sustentam, com razão, que o bom sucesso da acusação dependeria, inexoravelmente, de perícia das substâncias, não bastando o Laudo de Exame de Local, efetuado pelos peritos do Instituto de Criminalística (fls. 86 e 55.).

Mas o juízo de primeiro grau, afastando do âmbito da adequação típica os produtos classificados nas terapias ditas holísticas sob o título “florais de Bach” (fl. 115) e afirmando que “havia no local grande quantidade de produtos e fórmulas farmacopécias, do tipo tinturas, extratos, florais, homeopáticos e fitoterápicos” (fl. 117), entendeu que os depoimentos dos agentes da vigilância sanitária e a apreensão de provetas, frascos vazios, rótulos separados, tinturas e instrumentos para fracionamento e medição, seriam “evidências claras” de que os pacientes “faziam surgir” remédios a partir de “seus produtos”. E remeteu-se à conclusão do Laudo de Exame de Local: “Assim, em face do exposto, concluem os peritos que no local examinado estavam sendo manipuladas substâncias com o objetivo de produzir compostos de natureza medicamentosa” (fl. 123).

A leitura da íntegra do Processo-Crime nº 2000.01.1.085123-2 não permite saber os motivos pelos quais não se realizou perícia nas substâncias apreendidas – cumprido o mandado de busca e apreensão, apenas a CPU foi submetida à análise do Instituto de Criminalística (fl. 27, Apenso nº 05). O fato é que perícia não houve, e, assim, não vejo como concluir que os pacientes “manipulavam extratos, florais, tinturas, essências, produtos fitoterápicos e homeopáticos, misturando-os e obtendo remédios” (fl. 135. Grifos nossos). Aliás, ao que se colhe dos autos, não é absurdo supor que as substâncias recolhidas fossem água, chás, sucos etc., sem nenhum potencial medicamentoso.

E, diversamente do que afirma o acórdão atacado, neste caso a ausência do exame de corpo de delito *não pode* suprida mediante exame indireto, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal. É que, como se sabe, tal regra é aplicável aos casos em que os vestígios hajam desaparecido. Mas, de acordo com a sentença, *os produtos foram apreendidos, mas não submetidos a exame pericial para verificar-lhes a natureza das substâncias*. O objeto da prova estava à disposição do juízo, que a não produziu!

Como bem lembrou o representante do Ministério Público Federal, há precedentes desta Corte no sentido de que a ausência de perícia, nos casos em que esteja disponível o objeto material do crime, leva à nulidade absoluta do processo (cf. RHC nº 62.743, Rel. Min. RAFAEL MAYER, DJ de 2.8.85). A propósito, nem se entende o porquê o representante do Ministério Público tenha, ao cabo das alegações finais, requerido a decretação da perda de todos os documentos e coisas apreendidos para efeito de destruição (fl. 110).

Está claro, pois, que a condenação pelo crime previsto no art. 282 do Código Penal, fundada apenas nas conclusões do Laudo de Exame Local, padece de nulidade, nos termos do art. 564, III, ‘b’, do Código de Processo Penal.

Anulada a condenação por prática de exercício ilegal da arte farmacêutica, à míngua de exame de corpo de delito nas substâncias apreendidas, e inaplicável ao caso o tipo penal de curandeirismo, faz-se mister a absolvição dos pacientes.

3. Ante ao exposto, concedo a ordem, para absolver, como absolvo, os pacientes, prejudicados os demais pedidos.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Falou, pelos pacientes, o Dr. Marcelo Leal de Lima Oliveira. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Ellen Gracie e Eros Grau. 2a. Turma, 18.11.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os senhores ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Ellen Gracie e Eros Grau..

Sub-procurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

EXECUÇÃO TRABALHISTA - PENHORA ONLINE - BACENJUD - Deferimento - MULTA prevista no ART. 475-J/CPC - Aplicabilidade no PROCESSO DO TRABALHO - CRÉDITO de NATUREZA ALIMENTAR

Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região

Agravo de Petição n. 00185-2004-008-03-00-9

Órgão julgador: 4a. Turma

Fonte: DJMG, 06.12.2008

Relator: Des. Antônio Álvares da Silva

Agravante: Eloísio Pereira

Agravados : Minaspress LTDA. e outros

CRÉDITOS TRABALHISTAS – EXECUÇÃO. A Justiça do Trabalho deve atender os pedidos de utilização do BACEN-JUD, de expedição de ofícios ao DETRAN e a cartórios de registros de imóveis, conforme formulados pelos exequentes, eis que credores dos direitos trabalhistas, de natureza alimentar, inadimplidos e integrantes do título judicial exequendo.

MULTA – ARTIGO 475-J DO CPC – A multa prevista no art. 475-J do CPC, com redação dada pela Lei 11.232/05, aplica-se ao Processo do Trabalho, pois a execução trabalhista é omissa quanto a multas e a compatibilidade de sua inserção é plena, atuando como mecanismo compensador de atualização do débito alimentar, notoriamente corrigido por mecanismos insuficientes e com taxa de juros bem menor do que a praticada no mercado.

A oneração da parte em execução de sentença, sábia e oportunamente introduzida pelo legislador através da Lei 11.232/05, visa evitar arguições inúteis e protelações desnecessárias, valendo como meio de concretização da promessa constitucional do art. 5º, LXXVIII pelo qual “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados o tempo razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Se o legislador houve por bem cominar multa aos créditos cíveis, com muito mais razão se deve aplicá-la aos créditos alimentares, dos quais o cidadão-trabalhador depende para ter existência digna e compatível com as exigências da vida.

A Constituição brasileira considerou o trabalho fundamento da República – art. 1º, IV e da ordem econômica – art. 170. Elevou-o ainda a primado da ordem social – art. 193. Tais valores devem ser trazidos para a vida concreta, através de medidas objetivas que tornem realidade a mensagem ética de dignificação do trabalho, quando presente nas relações jurídicas.

1. RELATÓRIO

A Secretaria da Receita Federal enviou cópias de declarações (IR) dos executados ao juízo; o exequente, verificando que em tais declarações constavam alguns imóveis no Estado de São Paulo, requereu ao Exmo. Juiz condutor da execução que determinasse a expedição de ofícios aos correspondentes cartórios de registros (indicados com os respectivos endereços a fls. 434), para averiguação acerca de tais propriedades para fim de futura penhora, o que foi indeferido (fls. 455).

Inconformado, ele agravou de petição nos termos da minuta de fls. 457/459 e conforme análise que se fará nos fundamentos.

Procuração juntada (fls. 07).

Contra-minuta não oferecida.

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

2.1 – ADMISSIBILIDADE

Conheço do agravo porque atendidos os pressupostos legais.

2.2 – MÉRITO

Conforme relatado, o exequente não se conforma com o indeferimento do pedido de realização de pesquisa junto a cartórios de registros de imóveis no Estado de São Paulo, para averiguação dos imóveis que os executados declararam junto à Receita Federal, conforme documentos que esta enviou ao juízo.

Assiste-lhe razão, *data venia*.

A averiguação cartorial no Estado de São Paulo sairia bastante onerosa para o reclamante, hipossuficiente, que reside em Betim/MG; a execução se processa em benefício do credor; a Justiça do Trabalho deve sempre atender os pedidos que neste sentido façam os exequentes, eis que se destinam à satisfação do título judicial; ao Estado, nas execuções, cabe todo o empenho para que as sentenças sejam cumpridas e da forma mais célere possível, promessa da Constituição da República ao cidadão (artigo 5º, LXXVIII/CR); o processo perdura por quase cinco anos; já foram expedidas diversas cartas precatórias executórias que não lograram êxito, bem como ofícios ao Detran.

Assim, e considerando que as pesquisas para confirmação do status imobiliário dos executados poderão eventualmente possibilitar as correspondentes penhoras, e são de realização em outras localidades, entendo plenamente justificável o pleito focalizado.

Provejo o recurso, devendo o juízo de origem expedir os ofícios requeridos a fls. 430/434; entretanto, antes de tomar

tal providência, e em observância ao disposto no artigo 5º, LXXVIII/CR, deverá tentar realizar a penhora on line, sobre depósitos porventura existentes em nome dos executados nas instituições bancárias do país (“BACENJUD”); logrando êxito, naturalmente não serão necessários tais ofícios.

Provejo, nestes termos.

2.3–ARTIGO 475-J/CPC–MULTA

Por se tratar de quantia certa, que será atualizada por mero cálculo a Vara intimará os devedores para que paguem o crédito exequendo em 48 horas, sob pena de multa de 10%, conforme dispõe o art.475-J do CPC, com redação dada pela Lei 11.232/05, plenamente compatível com o processo do trabalho, na forma do art. 769 da CLT, fazendo esta determinação parte integrante da presente decisão.

A CLT é omissa em relação a multas na execução e a compatibilidade com o processo do trabalho é plena, pois se trata de crédito de natureza alimentar, atualizado de modo notoriamente inferior às taxas de juros praticados no mercado.

O processo já perdura por quase cinco anos, e está sendo corrigido de forma insuficiente para atualizar a defasagem da moeda. Há aqui grave violação do artigo 5º, LXXVIII da CF.

A multa de 10% sobre o valor da condenação atuará como mecanismo compensatório desta correção e como meio de evitar protelações inúteis e garantir a promessa constitucional do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

3. CONCLUSÃO

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, por sua Quarta Turma, à unanimidade, conheceu do agravo de petição; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento para que o juízo de origem atenda ao pedido de expedição dos ofícios requeridos pelo exequente-agravante a fls. 430/434; entretanto, antes de tomar tal providência, e em observância ao disposto no artigo 5º, LXXVIII/CR, deverá tentar realizar a penhora *on line*, sobre os depósitos porventura existentes em nome dos executados nas instituições financeiras do país (“BACENJUD”); logrando êxito, naturalmente não serão necessários tais ofícios. Por se tratar de quantia certa, que será atualizada por mero cálculo, o juízo originário intimará os devedores para que paguem o crédito exequendo em 48 horas, sob pena de multa de 10%, conforme dispõe o art. 475-J do CPC, com redação dada pela Lei 11.232/05.

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2008

Antônio Álvares da Silva – Relator

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

PODER PÚBLICO - CONCESSÃO de USO de BEM PÚBLICO - CEMITÉRIO - Não-incidência do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NORMA de DIREITO PÚBLICO

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 747871/RS
Órgão julgador: 2a. Turma
Fonte: DJe, 18.11.2008
Rel.: Min. Eliana Calmon
Recorrente: Município de Porto Alegre
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – CEMITÉRIO PÚBLICO – BEM PÚBLICO DE USO ESPECIAL – CONCESSÃO DE USO – NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC).

1. O ato do Poder Público que permite o uso de cemitério municipal é uma concessão de uso de bem público.
2. Ato administrativo regido por normas de direito público.
3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília-DF, 21 de junho de 2007 (Data do Julgamento)
Ministra Eliana Calmon – Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de recurso especial interposto, com base no permissivo constitucional da alínea “a”, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 2.386):

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. AUMENTO ABUSIVO DE PREÇOS DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. CEMITÉRIO MUNICIPAL SÃO JOÃO. REAJUSTAMENTO ABUSIVO E DESPROPORCIONAL DE PREÇOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. ALTERAÇÃO UNILATERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA. EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO AFETADO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONSUMO. SIMBIOSE CONSTITUCIONAL. INTERFERÊNCIAS IMPREVISÍVEIS – “SUJÉTIONS IMPRÉVUES”.

É a natureza jurídica da relação estabelecida que indica qual ramo do direito é que a rege e regula. Direito, em seu conceito moderno, é fato, valor e norma além de ser a arte do justo e do razoável como o define o STJ. Assim, a conjugação de princípios deve observar a evolução constitucional para se alcançar a conclusão que hodiernamente, a proteção ao consumidor é um axioma constitucional que a lei inferior regula e estabelece com a inclusão das pessoas jurídicas de direito público em seu seio. Relação híbrida de direito administrativo e de consumo a um só tempo. Inteligência do disposto nos arts. 5º, XXII e 170, V, da Constituição Federal e 2º e 3º, da CDC.

A modificação unilateral da base contratual de preço pela Administração Pública se possível pela ótica do direito público por ser ínsito ao poder de alteração do contrato administrativo, não pode quebrar o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato administrativo que tem seu nascedouro na relação estabelecida durante anos.

Alterabilidade de cláusulas regulamentares ou de serviço é prerrogativa implícita e impostergável da Administração nos contratos administrativos. Todavia, ao lado

dessas cláusulas, estabelecidas em favor da coletividade a que está vinculada a Administração, existem as cláusulas econômicas, em favor do particular contratante, às quais, *ipso facto*, são, em princípio, imutáveis, delas dependendo o equilíbrio financeiro do ajuste e a comutatividade dos encargos contratuais.

Interferências imprevistas ou *sujétions imprévues* dos franceses que são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato que não se fazem presentes a justificar aumento exorbitante de aproximadamente 600% do preço da cessão de uso.

Teoria do “fato do príncipe” – determinação que onera substancialmente a execução do contrato administrativo – é o mesmo que justifica a indenização do expropriado por utilidade pública ou interesse social, isto é, a Administração não pode causar danos ou prejuízos aos administrados e muito menos a seus contratados, ainda que em benefício da coletividade. Insuportabilidade dos embargos à espécie.

Embargos desacolhidos.

Entendeu o Tribunal *a quo* que a hipótese tratada nos autos, concessão de uso de bem público, seria regida pelas normas de direito público, mas com os limites impostos pelas normas de proteção dos consumidores. Assim, considerou abusivo o aumento de 581,04% relativo à taxa anual de manutenção de túmulo no Cemitério São João, variação observada entre os anos de 1998 e 1999, o que representou, segundo o autor, em valores absolutos, um aumento de R\$ 18,93 (dezoito reais e noventa e três centavos) para R\$ 128,92 (cento e vinte e oito reais e noventa e dois centavos).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial. Aponta violação dos arts. 535, I e II, do CPC e 2º, 3º, 6º, V, e 39 do CDC, pugnano pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Alega que o caso dos autos está “fora das hipóteses em que o Poder Público presta serviço ou fornece bens aos particulares”. Subsidiariamente, caso confirmada a incidência do CDC, defende que o aumento verificado não é abusivo.

Após as contra-razões, subiram os autos.
É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): Primeiramente, da análise dos autos verifica-se que o Tribunal *a quo* bem fundamentou seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, a tese defendida pelo ora recorrente, não havendo de se falar em deficiência na jurisdição prestada. Não está configurada qualquer violação do art. 535 do CPC.

No mérito, o que se observa é a existência de consentimento, dado pela Municipalidade, para que particulares utilizem bem público. Com efeito, o cemitério municipal é bem público de uso especial. Nele, é o Poder Público quem detém a propriedade dos túmulos. Apenas seu uso é concedido ao administrado.

A questão, assim delineada, não pode escapar da incidência do Direito Administrativo. De fato, a figura acima tratada melhor se enquadra na da concessão de uso de bem público.

Hely Lopes Meirelles, com a habitual excelência, leciona:

Os terrenos dos cemitérios municipais são bens públicos de uso especial, razão pela qual não podem ser alienados, mas simplesmente concedidos aos particulares para as sepulturas, na forma do respectivo regulamento local. Daí a exata afirmativa de Trobatas de que “a concessão de uso

de terrenos de cemitérios é um modo de utilização privativa do domínio público, segundo a sua destinação específica”. Essa concessão de uso é revogável desde que ocorram motivos de interesse público ou seu titular descumpra as normas de utilização, consoante têm entendimento uniforme os Tribunais.

(Meirelles, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, 15a. Edição, Editora Malheiros, p. 456)

Justino Adriano Farias da Silva segue a mesma linha: [...] o ato jurídico do Poder Público, que permite seja usado o bem público (sepultura) pelo particular com exclusividade, é um contrato, e mais especificamente, uma concessão administrativa. Não se trata de ato jurídico privado, mas verdadeiro ato administrativo

(Farias da Silva, Justino Adriano, Tratado de Direito Funerário, 1a. Edição, 2000, Editora Método, p. 101).

Reconheço que ainda há divergência sobre a natureza jurídica do *jus sepulchri* nos cemitérios públicos. Entretanto, a voz corrente na doutrina é de que sobre ele incidem as regras de direito administrativo.

Dessa forma, deve-se admitir a existência de preponderância do interesse da Administração Pública sobre o do particular. Ele se manifesta na possibilidade de alterar as cláusulas regulamentares da concessão, incluindo a possibilidade da majoração dos valores cobrados pela utilização do bem público, e no poder de polícia exercido sobre esse bem. Esse poder conferido à Administração encontra limites no próprio direito administrativo.

Nesse sentido, entendo que não é pertinente a aplicação, ao caso, de normas típicas do Direito Privado. Admiti-las seria obstaculizar a atuação da Administração na busca pelo bem comum. De fato, impedir a elevação da taxa anual de manutenção poderia tornar inviável o funcionamento do cemitério.

A esse respeito já me pronunciei anteriormente, deixando assentado que a incidência das normas de direito administrativo excluem as normas de direito privado. A mesma solução deve ser dada à hipótese dos autos.

A propósito, veja o seguinte julgado, do qual fui relatora:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – QUITAÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELO FCVS – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC se o julgado, ainda que implicitamente, analisa as teses ditas omissas.

2. Nos contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, incidem as normas do Direito Administrativo pertinentes, com exclusão das normas de Direito Privado.

3. Sendo inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, fica prejudicada a análise da tese em torno da exclusão da taxa administrativa e de concessão de crédito.

4. A constatação de que as prestações não obedeceram às regras do Plano de Equivalência Salarial – PES esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

5. Quanto ao saldo devedor, um dos fundamentos do acórdão recorrido (suficiente por si só para manter o julgado), restou inatacado.

Incidência da Súmula 283/STF, ficando prejudicada a análise das teses trazidas no especial e o dissídio jurisprudencial correspondente.

6. Inexistência de abstração de tese jurídica em torno da prova pericial. A verificação quanto à necessidade de sua realização depende do exame do contexto fático-probatório.

7. Incide também, quanto à análise de que a aplicação da Tabela Price acarreta capitalização de juros, a Súmula 7/STJ.

8. Inatado o fundamento adotado pelo Tribunal quanto ao recálculo do valor do seguro.

9. Recurso especial improvido.

(REsp 793.037/RS, Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 20.04.2007 p. 333)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para julgar improcedente o pedido inicial, feito em ação coletiva movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

É o voto.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Sr. Presidente, concordo com a conclusão do voto da Sra. Ministra

Relatora de que taxa não pode ser controlada pelo Código de Defesa do Consumidor, é preço público. Porém, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se integralmente, nos termos do art. 22, aos cemitérios, sejam eles públicos ou privados.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 21 de junho de 2007

TRIBUTÁRIO

ISS - SOCIEDADE - Mesma CATEGORIA PROFISSIONAL - ENGENHARIA - TRIBUTAÇÃO privilegiada - Possibilidade

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Reexame Necessário n. 70025906603

Órgão julgador: 1a. Câmara Cível

Fonte: DJRS, 18.11.2008

Relator: Des. Jorge Maraschin dos Santos

Apresentante: Juíza de Direito 8a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre

Autor: Seta Tecnologia Consultoria Estudo e Planejamento SSLTDA.

Réu: Secretário da Fazenda de Porto Alegre

Reexame necessário. Direito tributário. Mandado de segurança. ISS. Sociedade uniprofissional. Prestação de serviços. Pessoaalidade. Tributação privilegiada. Sendo a sociedade impetrante formada por exclusivamente dois sócios, ambos engenheiros eletricitas, resta evidenciado o caráter pessoal dos serviços prestados pela sociedade, já que todos sócios integram a mesma categoria profissional, encontrando-se habilitados ao exercício da atividade objeto da sociedade. Assim, possível a utilização da tributação privilegiada, devendo o ISS ser exigido de forma fixa e anual, calculado por profissional habilitado ao exercício das atividades fins da sociedade, sendo inadequada sua incidência sobre o movimento bruto da sociedade, observado o disposto no artigo 9º, § 1º e § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, que não foi revogado, conforme a Súmula nº 663 do STF. Por maioria, vencido o Des. Mariani, sentença confirmada em reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, vencido o Des. Mariani, em confirmar a sentença em reexame necessário.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des. Irineu Mariani (Presidente) e Des. Luiz Felipe Silveira Difini.

Porto Alegre, 22 de outubro de 2008.

Des. Jorge Maraschin dos Santos, Relator.

RELATÓRIO

DES. JORGE MARASCHIN DOS SANTOS
(RELATOR)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SETA TECNOLOGIA CONSULTORIA ESTUDO E PLANEJAMENTO SS LTDA. contra o SECRETÁRIO DA FAZENDA DE PORTO ALEGRE.

Sobreveio sentença, julgando procedente a demanda para declarar que o recolhimento do ISS deve realizar-se em cotas fixas por profissionais habilitados nos termos do artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, determinada a restituição dos valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos, mediante compensação. Foi condenado o demandado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00.

Ausente interposição de recursos, subiram os autos em reexame necessário.

Vieram, então, conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

DES. JORGE MARASCHIN DOS SANTOS
(RELATOR)

Dispõe o artigo 9º, § 1º e § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68:

Art 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. § 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho. [...] § 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

O Decreto-Lei nº 406/68, no dispositivo acima mencionado, concede a possibilidade de recolhimento do ISS

por meio de alíquotas fixas à sociedade que presta seus serviços sob a forma de trabalho pessoal de seus próprios sócios, devendo calcular-se o imposto em relação a cada profissional habilitado.

A utilização da tributação privilegiada exige que a sociedade caracterize-se por ser uniprofissional, onde todos sócios deverão desempenhar atribuições da mesma categoria profissional, estando habilitados ao exercício da atividade objeto daquela. Neste contexto, restará evidenciado que a sociedade, formada de profissionais liberais da mesma categoria profissional, presta seus serviços de forma pessoal pelos seus sócios, e não em nome da sociedade, atendendo, assim, o requisito da pessoalidade dos serviços, este indispensável para concessão da forma diferenciada de tributação.

Preenchida a exigência legal, o imposto deverá ser exigido de forma fixa e anual, calculado por profissional habilitado ao exercício das atividades fins da sociedade, sendo inadequada sua incidência sobre o movimento bruto da sociedade, a qual somente seria possível na hipótese contrária.

Assim, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: **PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 166 DO CTN. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL QUE TEM DIREITO AO TRATAMENTO PRIVILEGIADO PREVISTO NO ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA NÃO-TRANSFERÊNCIA A TERCEIRO DO ENCARGO RELATIVO AO TRIBUTO.** 1. Tratando-se de sociedade uniprofissional, que se enquadra na regra do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68, o recolhimento do ISS não tem como base o faturamento bruto, pois “o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho”, levando-se em conta “cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade” (art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68). Assim, não havendo vinculação direta entre o tributo devido e os serviços prestados, afasta-se a necessidade relativa à comprovação de transferência do respectivo encargo financeiro, de modo que é inaplicável o disposto no art. 166 do CTN. 2. Recurso especial provido. (REsp 877747/PR; Relator: Ministra DENISE ARRUDA; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 12/08/2008)

Importante ressaltar que o artigo 9º do DL nº 406/68, o qual prevê a tributação privilegiada, não restou revogado pelo advento da Lei Complementar nº 116/03 (art. 10), já que, inexistente vedação expressa, eventual revogação somente ocorreria na hipótese de incompatibilidade entre as normas, o que não ocorre, uma vez que a Lei Complementar sequer trata acerca da tributação do ISS para sociedades uniprofissionais. Inclusive, assevera-se que os § 1º e § 3º do artigo 9º do DL nº 406 de 1968 foram recebidos pelo novo ordenamento constitucional, como dispõe a Súmula 663 do STF:

“OS §§ 1º E 3º DO ART. 9º DO DECRETO-LEI 406/1968 FORAM RECEBIDOS PELA CONSTITUIÇÃO”.

Assim, sumulada a matéria, vai afastada a tese de revogação do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68.

No caso, sendo a sociedade impetrante formada por exclusivamente dois sócios, ambos engenheiros eletricitas, resta evidenciado o caráter pessoal dos serviços prestados pela sociedade, já que todos sócios integram a mesma categoria profissional, encontrando-se habilitados ao exercício da atividade objeto da sociedade. Assim, possível a utilização da

tributação privilegiada, devendo o ISS ser exigido de forma fixa e anual, calculado por profissional habilitado ao exercício das atividades fins da sociedade, sendo inadequada sua incidência sobre o movimento bruto da sociedade, observado o disposto no artigo 9º, § 1º e § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68.

Nesse sentido, já decidiu o 1º Grupo Cível desta Corte: **DIREITO TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE DE CONTADORES QUE PRESTAM SEUS SERVIÇOS DE FORMA PESSOAL: SUJEIÇÃO AO ISS NA FORMA PRIVILEGIADA, POR PROFISSIONAL HABILITADO, ENÃO PELO MOVIMENTO BRUTO, MESMO COMO ADVENTO DA LC FEDERAL Nº 116/03.** 1. Por força do disposto na alínea “a” do inc. III do art. 146 da Constituição Federal a unidade de medida dos impostos (“alíquota”) pode, nos termos dos critérios adotados por Lei Complementar federal, ser “fixa” (“específica”), quando o valor seja estabelecido em montante certo, ou “variável” (“ad valorem”), quando o valor deva decorrer da aplicação de um determinado percentual a ser aplicado sobre o valor tributável. 2. Por não terem sido revogados pela Lei Complementar federal nº 116/03 os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/68, subsiste integralmente a tributação privilegiada, pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), das sociedades de profissionais liberais de nível superior, no caso, contadores, que continuam sujeitas ao imposto por profissional habilitado (via alíquotas “fixas” ou “específicas”), e não pelo seu movimento ou receita bruta (via alíquotas “variáveis” ou “ad valorem”), porquanto seus serviços são obrigatoriamente prestados de forma pessoal e não empresarial, ou seja, pelo próprios sócios, e não pela sociedade em si. 3. Nessas circunstâncias, o que efetivamente importa e interessa à LC federal nº 116/03, para a tributação privilegiada, pelo ISS, é a prestação e responsabilidade pessoal do trabalho pelos sócios que integram a sociedade, justificando-se a formação desta tão-somente pela necessidade de conjugarem eles seus esforços para melhor atingirem os fins que, isoladamente, não lhes seria possível alcançar, forma de tributação essa que se confirma mesmo que se socorra a sociedade de auxiliares para a execução de tarefas não técnicas. 4. Atendidos, pois, como no caso, pelas sociedades formadas por profissionais liberais de nível superior, os requisitos da prestação pessoal dos serviços pelos seus sócios e não pela sociedade, é o quanto basta para que a tributação seja na forma privilegiada (fixa e anual, por profissional habilitado), e não sobre o movimento bruto da sociedade, razão essa que, diga-se por oportuno, levou a LC federal nº 116/03 a manter a vigência do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68. **DECISÃO:** Preliminar rejeitada, por unanimidade. Embargos acolhidos, por maioria. (Embargos Infringentes Nº 70025360231, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Julgado em 05/09/2008)

Por derradeiro, impõe-se destacar que o fato de a sociedade ser uma limitada não afasta a tributação privilegiada, uma vez que não desnatura o caráter pessoal dos serviços prestados. Assevera-se, oportunamente, que o objeto da norma é conceder o benefício aos contribuintes que se unem em sociedade tão somente pela necessidade de conjugação de esforços para atingir de forma mais satisfatória seus fins, os quais, isoladamente, não seriam possíveis. Ademais, uma sociedade limitada não figura obrigatoriamente como empresarial, já que as sociedades simples também podem ser constituídas desta forma (art. 983 CC).

Ante o exposto, pois, confirma-se a sentença em reexame necessário.

DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE)

Com a devida vênia, modifico a sentença em reexame necessário.

A situação tributária mudou substancialmente a partir da LC 116, de 31-7-03. Se antes, conforme demonstrado, bastava prestar serviço constante da lista para fazer jus à tributação privilegiada, a partir da entrada em vigor da LC 116, acabou-se o privilégio.

Sustenta-se que, pelo fato de o art. 10 da LC 116 não ter revogado expressamente o § 3º do art. 9º do DL 406/68, ele continua em vigor, e por decorrência a tributação privilegiada.

É verdade, o art. 10 da LC 116/03 (Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências), ao se dirigir ao DL 406/68 revogou os arts. 8º, 10, 11 e 12, é dizer, omitiu o art. 9º, e isso, ocorreu por emenda supressiva no Congresso Nacional, durante a tramitação do Projeto de Lei nº 161, do Senado, que resultou no novo Diploma.

Assim, pela intenção do legislador, foi mantido o art. 9º do DL 406, e com ele o § 3º relativo à tributação privilegiada. Por certo, a mencionada emenda supressiva resultou de lobby, as coisas que acontecem nas ante-salas do Poder Legislativo, mas foi um lavor absolutamente inóxico ao fim almejado. Óbvio que eventual divergência entre aquilo que o legislador quis escrever e aquilo que escreveu, entre a *mens legislatoris* e a *mens legis*, prevalece a inteligência desta. A intenção do legislador serve apenas de fonte de consulta nos casos de dúvida. Não é o caso.

É que a revogação – mais precisamente, no caso, derrogação – não precisa ser expressa. Pode também ser implícita. Isso ocorre “quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior” (LICC, art. 2º, § 2º).

Bem sei, há entendimento no sentido de que o § 3º do art. 9º do DL 406 foi preservado pela LC 116, no entanto peço vênia para concluir de modo diverso, pois o art. 7º do novo Diploma não só disciplina inteiramente a matéria relativa à base de cálculo como há incompatibilidade com a disciplina anterior.

Veja-se.

Diz o art. 7º da LC 116: “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.” Dizia o art. 9º do DL 406: “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.” Redações idênticas. Então, como regra, a base de cálculo do ISS era e continua sendo por preço do serviço.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do DL 406 é que estabeleciam as exceções, as quais, resumidamente, definiam a base de cálculo por profissional.

As exceções, como é sabido, assim diz a hermenêutica, seja quando subtraem direitos previstos na regra, seja quando adicionam direitos nela não previstos, como era o caso, são sempre interpretadas restritivamente. Aliás, não sem motivo consagrou-se a expressão tributação privilegiada.

Assim, tivesse o art. 7º da LC 116 omitido qualquer exceção, já seria muito difícil, para não dizer impossível, admitir a continuação das exceções privilegiadoras contempladas nos parágrafos do art. 9º do DL 406. Mas não. O mencionado art. 7º também estabeleceu exceções nos §§ 1º e 2º.

Diz o § 1º: “Quando os serviços descritos pelo subitem 3.04 da lista anexa forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.” Consta no subitem 3.04: “Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem

ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza.”

Por sua vez, o § 2º: “Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza: I – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.04 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar; II – (vetado). § 3º (vetado).” Consta no subitem 7.02: “Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). E o subitem 7.04: Demolição.”

Ora, se o art. 7º da LC 116, que disciplina a base de cálculo do ISS, estabelece as exceções, entende-se que elas são as únicas. Não há como – inclusive pelo já invocado motivo da interpretação restritiva – manter as exceções previstas nos §§ do art. 9º do DL 406 se o próprio caput foi revogado. Isso, *cum grano salis*, equivale a dar vida a um corpo sem cabeça, máxima vênia, figura assombrosa, monstruosa.

Ademais, o fato de a LC 95, de 26-2-98 (Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da CF, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona), dizer no art. 9º que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”, não que dizer não mais exista a derrogação implícita nas situações do § 2º do art. 3º da LICC.

Por fim, considerando que a LC 116 entrou em vigor na data da sua publicação (art. 9º), o que ocorreu em 1º-8-03, vem a questão da anualidade, mais precisamente anterioridade (CF, art. 150, III, b).

Entendo não haver ferimento a tal princípio na medida em que na prática a nova lei não instituiu e tampouco aumentou o imposto, mas apenas deixou de prever um regime de tributação privilegiada. Tratando-se de privilégio, mantido por juízo de conveniência e oportunidade do legislador, pode ele a qualquer tempo extinguir; logo, no caso, o retorno à tributação normal não caracterizou aumento de imposto.

Assim como o legislador complementar, quando declara a existência de novas hipóteses de apropriação de crédito de ICMS, relativamente à integração simbólica, não diminui imposto, também não o aumenta quando extingue hipóteses existentes, ou modifica a forma de apropriação, como foi – lembro – o caso do parcelamento. No mesmo sentido, cito mais o exemplo do prazo para o contribuinte recolher o ICMS em época de inflação galopante. Os governos estaduais começaram a reduzir os prazos, o fazendo por meio de Decretos. Muitas empresas contestaram na Justiça alegando que, por causa da expressiva inflação, o encurtamento do prazo tinha o efeito prático de aumento de imposto, e por isso não podia vigorar no mesmo exercício nem ser feito por Decreto. A tese foi desacolhida por todos os tribunais.

Quer isso dizer que o princípio da anterioridade não é de tal modo amplo, rígido e radical que abrange inclusive reverberações distantes, indiretas ou remotas.

Nesses termos, modifico a sentença em reexame necessário, indo, pois, denegada a segurança, invertendo a sucumbência.

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI – De acordo com o Relator.

CIVIL - COMERCIAL

ACÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE-ADOÇÃO À BRASILEIRA - RECONHECIMENTO de VÍNCULO AFETIVO

Decisão monocrática. Apelação cível. Negatória de paternidade. Nulidade de sentença rejeição. Registro de nascimento efetivado por ato voluntário do autor consciente de que não era o pai. Relação sócio-afetiva equiparada a adoção irrevogável pela vontade do adotante que só se desconstituiria se provados vícios de consentimento. Acolhimento do parecer da douta procuradora de justiça. Negativa de seguimento ao recurso, diante da manifesta improcedência. Caput do art. 557 do CPC. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2008.001.38708 - Nova Iguaçu - 12a. Câm. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Mario Guimarães Neto - Fonte: DOERJ, 24.10.2008)

NOTA BONIJURIS: No mesmo sentido o TJ/PR: "O reconhecimento espontâneo da paternidade por quem sabe não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção (adoção à brasileira), a qual é irrevogável, descabendo postular-se anulação do registro de nascimento, salvo se demonstrada de forma convincente a existência de vício de consentimento, o que incorreu no caso em tela." (Ap. Cív. 454064-3, 11a. Câm. Cív., Rel. Luiz Antônio Barry, DJPR 03.10.08).

CONTA CORRENTE - ABERTURA por TERCEIRO - INDENIZAÇÃO - Cabimento - REDUÇÃO do VALOR

Civil e processual civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais. Abertura de conta corrente por terceiro com uso de documentos do autor. Inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes. Deficiência na fundamentação. Reexame fático-probatório. Impossibilidade. Redução do valor da reparação. Necessidade de observância dos parâmetros estipulados pela jurisprudência do STJ. - É inadmissível o recurso especial quando a deficiência em sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. - Não é possível o reexame de matéria fática em sede de recurso especial. - Constatado o exagero do valor relativo à reparação de danos morais fixado nas instâncias ordinárias, é de rigor a sua redução, a fim de ele se ajuste às peculiaridades fáticas do processo. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 857.016/RJ - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 24.11.2008)

NOTA BONIJURIS: Citamos a seguinte ementa, extraída do voto vencido proferido pelo ministro Humberto Gomes de Barros: "Danos ao consumidor. Culpa exclusiva de terceiro. Fornecedor exonerado de responsabilidade. - Os danos sofridos por aquele que teve conta-corrente aberta em seu nome não devem ser indenizados pelo banco, a quem foram apresentados documentos de identificação originais pelo terceiro

fraudador. - Se os danos sofridos pelo consumidor foram causados por culpa exclusiva de terceiro, o fornecedor de produtos ou serviço não pode ser responsabilizado (Art. 14, § 3º, II, do CDC)."

CONTRATO - MÚTUO BANCÁRIO - INADIMPLÊNCIA-MORA do MUTUÁRIO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - CUMULAÇÃO com outros ENCARGOS - Impossibilidade

Consumidor. Contrato de mútuo bancário. Comissão de permanência. Cumulação com outros encargos. Nos contratos de mútuo bancário, os encargos moratórios imputados ao mutuário inadimplente estão concentrados na chamada comissão de permanência, assim entendida a soma dos juros remuneratórios à taxa média de mercado, nunca superiores àquela contratada, dos juros moratórios e da multa contratual, quando contratados; nenhuma outra verba pode ser cobrada em razão da mora. Recurso especial não conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 863887/RS - 2a. S. - Ac. unân. - Rel.: Min. Ari Pargendler - Fonte: DJe, 21.11.2008.).

JUROS MORATÓRIOS - AUSÊNCIA de TAXA estipulada - APLICAÇÃO da TAXA SELIC

Civil. Juros moratórios. Taxa legal. Código Civil, art. 406. Aplicação da taxa SELIC. 1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional". 2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02). 3. Embargos de divergência a que se dá provimento. (STJ - Embs. de Divergência no Rec. Especial n. 727842/SP - C. Esp. - Ac. unân. - Rel.: Min. Teori Albino Zavascki - Fonte: DJe, 20.11.2008).

MORTE de FILHO que não exerce ATIVIDADE LABORAL - INDENIZAÇÃO por DANO MATERIAL - Cabimento - PRESTAÇÃO de auxílio no FUTURO

Indenização. Culpa. Comprovada. Dever de indenizar. Seguradora. Denúnciação a lide. Responsabilidade subsidiária. É cediço que para se impor a alguém o dever de indenizar é necessário a efetiva comprovação do dano, de forma a se configurar a ocorrência dos elementos caracterizadores da responsabilidade indenizatória. A morte de filho menor em acidente, mesmo que à

data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada, autoriza os pais, quando de baixa renda, a pedir ao responsável pelo sinistro a indenização por danos materiais, resultantes do auxílio que futuramente o filho poderia prestar-lhes. Deve a seguradora arcar subsidiariamente com o segurado, pelos danos causados a terceiro, nos exatos limites estabelecidos na referida apólice. Primeiro apelo parcialmente provido e segundo apelo provido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0707.03.067237-2/001 - Varginha - 10a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade - Fonte: DJMG, 21.11.2008).

PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO INFIEL - Não-cabimento - PACTO DE SÃO JOSÉ

Direito processual. *Habeas corpus*. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. *Habeas corpus* concedido. (STF - *Habeas Corpus* n. 95967/MS - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Ellen Gracie - Fonte: DJe, 28.11.2008).

RESPONSABILIDADE OBJETIVA do HOSPITAL - ERRO do MÉDICO - Inocorrência - CULPA do PROFISSIONAL

Recursos especiais. Ação de indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Responsabilidade civil. Hospital. Complicações decorrentes de anestesia geral. Paciente em estado vegetativo. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta

única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual - vínculo estabelecido entre médico e paciente - refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional - teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado - daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação. 4. Recursos especiais não-conhecidos. (STJ - Rec. Especial n. 351178/SP - 4a. T. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJe, 24.11.2008).

TÍTULO DE CRÉDITO - PROTESTO de DUPLICATA pela INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEGITIMIDADE PASSIVA do BANCO

Direito privado não-especificado. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Duplicata mercantil não-aceita. Ausência de *causa debendi*. A instituição financeira que encaminha a protesto título de crédito possui legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda mediante a qual se postula o cancelamento do protesto. Outrossim, inexistente prova do negócio subjacente, não há falar em duplicata. Desproveram o apelo. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70026859694 - Novo Hamburgo - 16a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Paulo Sérgio Scarparo - Fonte: DJRS, 04.12.2008).

UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS - REGIME aplicável - COMUNHÃO PARCIAL

União estável. Partilha de bens. Participação de cada companheiro na aquisição dos bens. Salvo estipulação em contrário, o regime de bens que vige durante a união estável é o da comunhão parcial (Artigo. 1725 DO Código Civil). Reconhecida a união estável sob o regime da comunhão parcial de bens, partilham-se igualmente os bens adquiridos na constância da união, independentemente da maior ou menor participação de um ou de outro companheiro na aquisição do patrimônio. Negaram provimento. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70027233998 - Lajeado - 8a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Rui Portanova - Fonte: DJRS, 03.12.2008).

IMOBILIÁRIO

AÇÃO ANULATÓRIA - FIDEICOMISSO - INSTITUIÇÃO em favor de MENOR - VENDA do IMÓVEL e posterior COMPRA de outro de MENOR VALOR

Direito civil. Fideicomisso instituído em favor de menor. Venda do imóvel fideicomitido. Alvará judicial. Aquisição de imóvel de menor valor. Fiduciário que adota a fideicomissária menor. Ação anulatória procedente. Exame de eventual boa-fé e eventual direito de retenção por parte do adquirente relegada para a execução, na peculiaridade do caso. Eventual ação de regresso contra o fiduciário ressalvada. Patenteando-se que a venda de imóvel objeto de fideicomisso realizou-se em prejuízo de menor fideicomissária, ainda que mediante alvará judicial em que representada pelo fiduciário, ante a aquisição de imóvel de valor sensivelmente menor, anula-se a venda do imóvel fideicomitido, reservada, nas peculiaridades do caso, da discussão a respeito de eventuais boa-fé e direito de retenção por parte do adquirente do imóvel, bem como ressalvado eventual direito de regresso contra o fiduciário e, finalmente, ressalvada a possibilidade de acionamento da fideicomissária quanto ao destino do imóvel adquirido em subrogação, matéria situada fora do objeto do presente processo. Recurso Especial conhecido apenas em parte, por maioria de votos, sem interferência na sucumbência determinada pelo Acórdão recorrido. (STJ - Rec. Especial n. 945027/BA - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 24.11.2008).

CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - REGISTRO de CARTA DE ARREMATACÃO em nome do CONDOMÍNIO - Possibilidade

Apelação cível. Dúvida. Registro de Imóveis. Registro de carta de arrematação em nome de condomínio. Possibilidade. Ausência de personalidade jurídica que não obsta a efetivação do registro. Provida à apelação. Unânime. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70026538934 - Porto Alegre - 18a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Nara Leonor Castro Garcia - Fonte: DJRS, 19.11.2008).

NOTA BONIJURIS: Em seu voto, a desembargadora assim proclamou: “Com efeito, não se nega que a personalidade jurídica do condomínio não encontra respaldo no art. 44 do Código Civil. Por outro lado, dar ao condomínio tratamento similar a uma associação, em termos práticos, não contraria o bom senso e também os interesses dos condôminos, que, por meio da Assembléia Geral, podem definir os limites de atuação daquele, deliberando sobre a possibilidade ou não de arrematação de bens nos processos por ele ajuizados para a cobrança de cotas condominiais, como na espécie. Assim, há que se considerar a peculiaridade do caso concreto, no sentido de ser possibilitado o registro de carta de arrematação, porquanto passada em favor do condomínio em execução decorrente de ação de cobrança de cotas condominiais por ele ajuizada.”

CONDOMÍNIO - COBRANÇA de TAXA CONDOMINIAL - Discordância do CONDÔMINO com a ADMINISTRAÇÃO não exime o DEVER de PAGAMENTO

Ação de cobrança. Taxas condominiais extraordinárias. Inadimplemento. A discordância da condômina em relação à administração do condomínio não

é suficiente para eximi-la do dever de pagar as taxas condominiais extraordinárias. Recurso de apelação conhecido e não provido. Unânime. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20070111451077 - 2a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Waldir Leôncio Júnior - Fonte: DJ, 24.11.2008).

CONDOMÍNIO - INSTALAÇÃO de PLACA na FACHADA do PRÉDIO sem consentimento da TOTALIDADE dos CONDÔMINOS

Condomínio. Instalação de placas comerciais e holofotes na fachada do prédio em condomínio. Convenção de condomínio que requer para tanto a anuência de todos os condôminos. Ausência do consentimento dos autores. Comportamento ilícito das rés. Sentença válida. Cerceamento do direito à prova não caracterizado. Dano moral não caracterizado. Apelações não providas. (TJ/PR - Ap. Cível n. 484858-4 - Curitiba - 10a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Albino Jacomel Guerios - conv. - Fonte: DJPR, 09.12.2008).

CONDOMÍNIO - PRESTAÇÃO DE CONTAS proposta por LOCATÁRIO - ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

Ação de prestação de contas. Inicial que é proposta por locatário, em substituição a condômino. Inexistência de relação jurídica com a apelante, administradora contratada pelo condomínio. Ilegitimidade *ad causam* ativa do autor. Extinção do processo sem apreciação do mérito. Provedimento do recurso. (TJ/RJ - Ap. Cível n. 2008.001.49572 - Rio de Janeiro - 15a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Galdino Siqueira Netto - Fonte: DOERJ, 02.12.2008).

CONTRATO DE LOCAÇÃO - CELEBRAÇÃO por intermédio de ADMINISTRADORA - LEGITIMIDADE PASSIVA desta para responder à AÇÃO DE COBRANÇA

Agravo de instrumento - Ação de cobrança - Contrato de locação celebrado por intermédio da administradora - Ilegitimidade passiva afastada - Antecipação dos efeitos da tutela - Art. 273, do CPC - Presença dos requisitos legais - Deferimento - Recurso desprovido. - O simples fato de a administradora agravante ter intermediado o contrato de locação celebrado entre os co-proprietários do imóvel e terceiro, no qual consta ‘que o pagamento dos aluguéis será feito à Administradora’, já a torna, em tese, legitimada a responder à ação de cobrança. A legitimidade ativa ou passiva diz respeito à pertinência subjetiva para a ação e não ao direito material, que se relaciona com a procedência ou improcedência do pedido. Assim, a análise da alegada ilegitimidade de direito material, em relação à agravante será feita na apreciação do mérito referente ao pleito de cobrança, após acurada análise probatória. - Nos termos do art. 273, do CPC, o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela, desde que, diante da prova inequívoca dos fatos alegados pelo autor, se convença da verossimilhança de suas alegações, estando presente o fundado receio de dano grave ou de difícil reparação. É de se reconhecer a verossimilhança das alegações do agravado, consubstanciada na prova inequívoca de que o agravado

manifestou sua vontade de receber, pessoalmente, ou por intermédio de sua esposa, a sua quota-parte dos aluguéis provenientes do contrato de locação do imóvel do qual é co-proprietário. (TJ/MG - Ag. de Instrumento n. 1.0145.08.478256-7/001 - Juiz de Fora - 17a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Eduardo Mariné da Cunha - Fonte: DJMG, 02.12.2008).

CONTRATO DE LOCAÇÃO - MULTA ESTIPULADA - INCIDÊNCIA sobre o PRINCIPAL e o ACESSÓRIO, incluindo-se a TAXA CONDOMINIAL

Locação. Ação de despejo e cobrança de encargos locatícios. 1. No contrato de locação, a multa ali estipulada incide integralmente sobre o principal e os acessórios, que podem englobar a taxa de condomínio, sendo de todo descabida a pretensão de aplicação ao caso do art. 1.336, § 1º, do Código Civil. 2. Autorizado o abatimento do valor pago pelo locatário a título de caução. Apelo provido em parte. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70027013515 - Porto Alegre - 16a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Paulo Sérgio Scarparo - Fonte: DJRS, 04.12.2008).

DIVULGAÇÃO de EXISTÊNCIA de PROCESSO JUDICIAL contra o SÍNDICO - Informações verídicas - DANO MORAL - Inocorrência

Dano moral. Divulgação em assembléia condominial da existência de processos judiciais em desfavor da síndica. Informações públicas. Ausência de ato ilícito. Excesso não comprovado. Apelo provido. Não há que se falar em reparação de danos por ato lícito, consistente na informação, em assembléia condominial, da existência de processos judiciais que não tramitam em segredo de justiça, já disponibilizados ao público. Tendo em vista a pertinência das informações e a ausência de comprovação do abuso de direito, impõe-se dar provimento ao recurso para afastar a condenação ao

pagamento de danos morais. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20050710198979 - 2a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Carmelita Brasil - Fonte: DJ, 12.11.2008).

IMIÇÃO NA POSSE - TITULARIDADE do DOMÍNIO - TRANSFERÊNCIA da PROPRIEDADE ocorre após registro no CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Ação de imissão na posse. Carta de adjudicação não registrada. Não transferência da propriedade do imóvel. Necessidade do registro do título. Contrato de compra e venda de imóvel. Requisitos legais satisfeitos. Possuidor de boa-fé. A ação de imissão de posse é aquela proposta pelo proprietário que não tem a posse, contra o não proprietário que a detém. Havendo prova inconteste da titularidade do domínio dos autores, bem como da posse injusta exercida pelos réus, é de ser julgado procedente o pedido de imissão na posse. Só há transferência da propriedade imóvel após o registro do título no cartório de registro de imóvel. Enquanto não se registrar a transferência, o alienante continua a ser tido como dono do imóvel. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0049.06.011147-0/002 - Beapendi - 17a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Irmair Ferreira Campos - Fonte: DJMG, 02.12.2008).

IMÓVEL - COMPRADOR induzido a ERRO - EXISTÊNCIA de DÉBITO junto ao CONDOMÍNIO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA do VENDEDOR da IMOBILIÁRIA

Ação de cobrança - Taxas condominiais - Alienação de unidade imobiliária gravada com pendência financeira junto ao condomínio - Alegação de omissão da proprietária e da imobiliária quanto a existência de débitos condominiais - Conduta omissiva configurada - Comprador induzido a erro - Responsabilidade solidária. Recurso provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 525351-8 - Curitiba - 9a. Câ. Cív. - Rel.: Des. Eugênio Achille Grandinetti - Fonte: DJPR, 01.12.2008).

PROCESSO CIVIL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TRÂNSITO EM JULGADO da AÇÃO DE CONHECIMENTO - TERMO INICIAL da CONTAGEM do PRAZO PRESCRICIONAL para EXECUÇÃO

Ação civil pública. Execução. Prescrição. Marco inicial. A ação de conhecimento transitada em julgado é o fato originador do título executivo, sendo que o trânsito da mesma não constitui interrupção da prescrição, mas sim termo inicial desta contagem. Afastada a prescrição, retornam os autos à Turma competente para a apreciação das apelações. (TRF/4a. Reg. - Embs. Infringentes n. 2004.71.00.028402-4/RS - 2a. S. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior - Fonte: DE, 04.12.2008).

AÇÃO de NULIDADE de HIPOTECA - APELAÇÃO - EFEITO DEVOLUTIVO - ART. 520/CPC - Possibilidade de RECEBIMENTO também com EFEITO SUSPENSIVO - ART. 558/CPC

Agravo de instrumento. Ação de nulidade de hipoteca. Alegada ilegitimidade passiva. Questão de ordem pública. Recurso de apelação. Recebimento. Efeito meramente devolutivo. Recurso provido. Maioria. O

parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil admite, excepcionalmente, a atribuição de efeito suspensivo às hipóteses do art. 520, desde que relevantes os fundamentos e presente o perigo de lesão grave e de difícil reparação. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20080020127706 - 1a. T. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Lécio Resende - desig. - Fonte: DJ, 09.12.2008).

NOTA BONIJURIS: "Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; III - (Revogado); IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela." "Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520"

ACÓRDÃO - MANUTENÇÃO da SENTENÇA - DECISÃO por MAIORIA - EMBARGOS INFRINGENTES - Não-cabimento

Embargos infringentes. Sentença. Manutenção. Maioria de votos. Recurso. Não-cabimento. Não conhecimento. A manutenção da sentença por maioria de votos não autoriza o manejo de embargos infringentes. Inteligência do artigo 530 do Código de Processo Civil. (TJ/MG - Embs. Infringentes n. 1.0249.06.500011-2/003 - Eugenópolis - 16a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Sebastião Pereira de Souza - Fonte: DJMG, 28.11.2008).

NOTA BONIJURIS: Transcrevemos a lição de Antônio Cláudio da Costa Machado: “*não cabem infringentes se o acórdão confirmou a sentença de mérito porque, neste caso, o resultado final da causa, pela soma de julgamentos individualmente considerados, está 3x1 (dois votos dos juízes do tribunal mais a decisão do órgão monocrático, de um lado, e uma decisão isolada, do outro lado); cabem os infringentes, de outra parte, se o acórdão reformou a sentença definitiva do juiz, porque, nesta hipótese, pela soma dos pronunciamentos decisórios, o julgamento está empatado em 2x2 (o juiz de direito e um juiz do tribunal, de um lado, e dois juízes do tribunal, de outro).*” (Código de Processo Civil Interpretado, 7a. ed., Manole, 2007, pág. 653.)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - CONCESSÃO em fase de EXECUÇÃO - Possibilidade - LIMITAÇÃO imposta pela COISA JULGADA

Agravo de instrumento. Pedido de assistência judiciária gratuita em fase de execução. Possibilidade. Limitação imposta pela coisa julgada, pois não atinge as custas e honorários fixados na sentença do processo de conhecimento. Recurso provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 518211-8 - Londrina - 8a. Câm. Cív. - Rel.: Des. João Domingos Kuster Puppi - Fonte: DJPR, 28.11.2008).

CÓPIA de PROCURAÇÃO e de SUBSTABELECIMENTO - AUTENTICAÇÃO - Desnecessidade

Processual civil. Embargos de declaração. Procuração. Substabelecimento. Autenticação. Desnecessidade. É desnecessária a autenticação de cópia de procuração e de substabelecimento, porquanto se presumem verdadeiros os documentos juntados aos autos pelo autor, cabendo à parte contrária argüir-lhe a falsidade. Embargos de declaração rejeitados. (STJ - Embs. Decl. nos Embs. Decl. no Ag. de Instrumento n. 1039617/RS - 4a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJe, 24.11.2008).

CUMPRIMENTO da SENTENÇA - PRAZO - TERMO INICIAL - ART. 475-J/CPC

Sentença - Cumprimento - Prazo de 15 dias para pagamento previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil - Termo inicial - Intimação - Necessidade - Entendimento contrário do Superior Tribunal de Justiça. Sentença - Cumprimento - Multa cominatória pelo descumprimento da liminar - incidência dos juros de mora somente a partir do decurso do prazo de 15 dias após intimação, que se reputa necessária - Recurso provido em parte, por maioria. Sentença - Cumprimento - Impugnação - Interdito proibitório - Liminar deferida sob pena de multa cominatória - Comprovação de reiterados descumprimentos da liminar por meio de boletim de ocorrência - Admissibilidade - Afastamento de arguns

deles, por se referir a fatos diversos - Exclusão de parte dos valores - Recurso provido em parte, por maioria. (TJ/SP - Ag. de Instrumento n. 7.252.942-7 - São José dos Campos - 16a. Câm. Dir. Priv. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Candido Alem - j. em 04.11.2008).

EMBARGOS À EXECUÇÃO - FIXAÇÃO de HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - EQUIDADE - ART. 20/CPC, § 4º - DISCUSSÃO em sede do RECURSO ESPECIAL - Possibilidade

Processo civil. Honorários advocatícios. Embargos à execução. Artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Critério da equidade. Modificação. Impossibilidade. 1. Os honorários em sede de embargos à execução devem ser fixados com base nos critérios determinados pelo § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça assentou a compreensão de que o tema relacionado com o *quantum* dos honorários advocatícios pode vir a ser analisado no recurso especial, desde que a respectiva verba tenha sido arbitrada em valores exagerados ou irrisórios. 2. Inexistindo nos autos elementos que possam demonstrar que a aludida verba tenha sido arbitrada de modo aviltante ou irrisório não é possível a sua modificação nesta sede. 3. Recurso especial improvido. (STJ - Rec. Especial n. 968646/GO - 6a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Paulo Gallotti - Fonte: DJe, 24.11.2008).

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA sobre o FATURAMENTO da EMPRESA - Possibilidade

Execução fiscal. Penhora. Faturamento da empresa. Possibilidade. I. O princípio da menor onerosidade deve ser conjugado com o princípio da eficiência da atividade executiva, sendo a penhora de 5% sobre o faturamento da empresa, na hipótese, a forma mais adequada aos fins da execução. II. Recurso especial improvido. (STJ - Rec. Especial n. 994089/RJ - 1a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. José Delgado - Fonte: DJe, 17.11.2008).

MEDIDA CAUTELAR em AÇÃO RESCISÓRIA - Cabimento - SUSPENSÃO do ACÓRDÃO RESCINDENDO até o TRÂNSITO EM JULGADO do PROCESSO PRINCIPAL

Processual civil. Medida cautelar em ação rescisória. Suspensão da execução do acórdão originário até o trânsito em julgado no processo principal. - A concessão de medida assecuratória para suspender os efeitos de acórdão rescindendo demonstra-se perfeitamente possível nas excepcionais hipóteses em que necessária a preservação do resultado útil do processo para ambas as partes, presentes os pressupostos autorizadores (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). - Subsistência da eficácia do provimento cautelar enquanto não encerrada a ação principal, não havendo que se falar em perda de objeto ou prejudicialidade até o momento em que a decisão dada à rescisória esteja apta a produzir todos os efeitos que lhe sejam próprios. - Ação cautelar que se julga procedente, para o fim de suspender os efeitos do acórdão proferido pela 2a. Turma na Apelação Cível nº 1999.03.99.020776-0 até o trânsito em julgado na Ação Rescisória nº 2001.03.00.004935-0, levada a julgamento nesta mesma data. (TRF/3a. Reg. - Cautelar Inominada n. 2001.03.00.004934-9/SP - 3a. S. - Ac. por maioria - Rel.: Desa. Federal Therezinha Cazerta - Fonte: DJF3, 03.12.2008).

SENTENÇA proferida por JUIZ que não presidiu a INSTRUÇÃO PROCESSUAL - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - AUSÊNCIA de PREJUÍZO à PARTE

Agravo interno. Agravo de instrumento. Identidade física do juiz. Art. 132 do CPC. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto. Assim, desde que não se

vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução, ainda que tenha decidido como substituto eventual, em regime de mutirão. Agravo a que se nega provimento. (STJ - Ag. de Regimental no Rec. Especial n. 624779/RS - C. Esp. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Castro Filho - Fonte: DJe, 17.11.2008).

PENAL - PROCESSO PENAL

APELAÇÃO-RECEBIMENTO-Desnecessidade de RECOLHIMENTO do RÉU à PRISÃO - REVOGAÇÃO do ART. 594/ CPP pela LEI 11719/08

Recurso em sentido estrito. Decisão que não recebeu a apelação do réu por este não ter se recolhido à prisão. A necessidade de prisão para o recebimento de recurso é flagrante cerceamento à ampla defesa técnica. Acrescenta-se a isso, o fato de que o art. 594 do Código de Processo Penal foi revogado pela Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008. (TJ/RS - Rec. em Sentido Estrito n. 70025885120 - Ibirubá - 5a. Câ. Crim. - Ac. unân. - Rel.: Desa. Genacéia da Silva Alberton - Fonte: DJRS, 25.11.2008).

APREENSÃO de BEM-EMBARCAÇÃO-Ausência de INDÍCIO de AQUISIÇÃO com PROVENTO de CRIME-RESTITUIÇÃO

Penal. Processual penal. Apreensão de embarcação. Pedido de restituição. Propriedade comprovada. Terceiro de boa-fé. I. A finalidade da apreensão deve ser bem definida, ou seja, o objeto deve ser relevante ou imprescindível para a elucidação do crime, prova ou mesmo defesa do réu. Na hipótese, o barco apreendido não tem relevância para o processo, e seu proprietário figura como terceiro de boa-fé, não havendo indícios de que estaria envolvido na trama criminosa. II. Correta a restituição da embarcação em comento, pois comprovada a propriedade, não há indícios de que tenha sido adquirida como provento de qualquer infração, não constituindo, em princípio, objeto, instrumento ou produto de crime, tampouco é imprescindível para a elucidação ou prova de prática de qualquer conduta delituosa. III. Apelação provida. (TRF/1a. Reg. - Apelação n. 2007.32.00.007821-2/AM - 3a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo - conv. - Fonte: e-DJF1, 28.11.2008).

CRIME AMBIENTAL - LEI 9605/98 - COMPETÊNCIA da JUSTIÇA FEDERAL - INTERESSE do IBAMA

Penal e processual penal. Recurso em sentido estrito. Crime ambiental (Lei 9.605/98, art. 29, § 4º, inciso I). Transportar, sem autorização do Ibama, espécimes da fauna brasileira ameaçadas de extinção (um macaco-prego-do-peito-amarelo e duas araras-azuis-de-lear). Competência da Justiça Federal. Compete à Justiça Federal, dado o manifesto interesse do Ibama, o processamento e julgamento de ação penal cujo objeto é suposta prática de crime ambiental que envolve animais em perigo de extinção (STJ, CC 37137/MG, Min. Felix Fischer, julgamento unânime da Terceira Seção, em 12 de março de 2003). Recurso em sentido estrito provido, declarando a competência da Seção Judiciária de Pernambuco para processar e julgar o vertente feito criminal. (TRF/5a. Reg. - Rec. em Sentido Estrito n. 2000.83.00.020042-6/PE

- 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Vladimir Souza Carvalho - Fonte: DJ, 18.11.2008).

DEPOIMENTO da VÍTIMA - AUSÊNCIA de DEFENSOR - NULIDADE - VIOLAÇÃO ao CONTRADITÓRIO e à AMPLA DEFESA

Habeas corpus. Processual penal. Crime de roubo. Nulidade. Oitiva da vítima. Depoimento colhido na ausência de defensor constituído ou nomeado. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 1. A nomeação de defensor dativo para a realização dos procedimentos judiciais, quando ausente em juízo o advogado constituído, é ato obrigatório a teor do disposto no art. 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal (antes da alteração realizada pela Lei nº 11.719/2008). Precedentes desta Corte. 2. Ordem concedida para determinar a anulação do processo-crime desde a realização da audiência de oitiva da vítima e, de ofício, a expedição de alvará de soltura em favor do ora Paciente, caso se encontre preso em decorrência do presente feito, em razão do inegável excesso de prazo resultante do fato de ser necessária a renovação da instrução criminal. (STJ - Habeas Corpus n. 112658/SP - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Laurita Vaz - Fonte: DJe, 24.11.2008)

EMBRIAGUEZ ao VOLANTE - ART. 306/CTB - CRIME apenado com DETENÇÃO - Descabimento de PRISÃO PROVISÓRIA

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Art. 306, do Código de Transito Brasileiro. Crime punido com detenção. Requisitos. A decretação/manutenção de custódia provisória em situações de crimes apenados com detenção, por serem mais leves, somente se admite nas taxativas situações do inciso II, do artigo 313, do Código de Processo Penal e desde que presentes os requisitos do artigo 312, desta legislação. É inidônea fundamentação da qual não ressaí ser o acusado vadio ou que deixe de apontar ser duvidosa sua identidade. Ordem concedida. (TJ/GO - Habeas Corpus n. 33269-4/217 - Goiânia - 1a. Câ. Crim. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Itany Francisco Campos - Fonte: DJGO, 05.12.2008).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL - Inaplicabilidade do PROCEDIMENTO COMUM do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - LEI 11719/08

Agravo de instrumento. Ato infracional. Audiência de apresentação. Lei n. 11.719 que alterou o procedimento do Código de Processo Penal. Não aplicabilidade ao estatuto da criança e adolescente que possui procedimento próprio. Negado seguimento ao recurso. (TJ/RS - Ag. Instrumento n. 70026837260 - Igrejinha - 8a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Claudir Fidelis Faccenda - Fonte: DJRS, 09.12.2008).

NOTA BONIJURIS: Na fundamentação de sua decisão, o desembargador Claudir Fidelis Faccenda assim argumentou: “*A Lei 11.719/08, ao alterar o procedimento dos ilícitos penais, prevê no Código de Processo Penal, art. 395, § 4º, que as disposições dos artigos seguintes aplicam-se a todos os procedimentos penais, ainda que não previstos no Código de Processo Penal. Conforme ressaltado, o modus operandi que regula a prática de atos infracionais para menores de idade não se trata de um procedimento penal, restando inaplicável, portanto, à norma especial que é o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim sendo, entendendo não ter havido alteração no rito do processo para apuração dos atos infracionais, devendo ser indeferido o pedido do agravante.*”

FURTO de COMBUSTÍVEL - FALTA de PAGAMENTO por ABASTECIMENTO - PRINCÍPIO da INSIGNIFICÂNCIA - Aplicabilidade

Furto. Posto de combustível (abastecimento de motocicleta). Evasão (falta de pagamento). Ação (não-prosseguimento). Punibilidade (extinção). Insignificância (caso). 1. A melhor das compreensões penais recomenda não seja mesmo o ordenamento jurídico penal destinado a questões pequenas - coisas quase sem préstimo ou valor. 2. Aos olhos do Relator, lícito é se invoque o princípio da insignificância, de modo que se exclua da tipicidade penal fatos penalmente insignificantes. 3. É insignificante, dúvida não há, a lesão ao patrimônio de posto de combustível relativa ao não-pagamento pelo abastecimento de motocicleta. A ação penal não há de ir para frente em caso que tal, obviamente. 4. A insignificância, é claro, mexe com a tipicidade, donde a conclusão de que fatos dessa natureza evidentemente não constituem crime. 5. *Habeas corpus* deferido - extinção da ação penal. (STJ - *Habeas Corpus* n. 82125/SP - 6a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Nilson Naves - Fonte: DJe, 17.11.2008).

JULGAMENTO em SEGUNDA INSTÂNCIA - CÂMARA - COMPOSIÇÃO por maioria de JUIZ SUBSTITUTO - Inocorrência de NULIDADE

Processual penal. Embargos de declaração. 1. Nulidade decorrente da composição da câmara por maioria de juízes substitutos em segundo grau. Inocorrência. Magistrados com competência exclusiva em segundo grau e não por convocação. 2. Índícios de autoria. Omissão e

contradição nos fundamentos apresentados. Inocorrência. Embargos rejeitados. 1. “Inexistência de irregularidade na composição da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por estar integrada por dois Juízes de Direito Substitutos em Segundo Grau” (STF. 2a. Turma, HC 81.347/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 01.04.2003). 2. Devem ser rejeitados os embargos declaratórios quando não verificada as suscitadas omissão e contradição do julgado. (TJ/PR - *Embs. de Declaração* n. 465883-5 - Rio Negro - 1a. Câm. Crim. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Mário Helton Jorge - conv. - Fonte: DJPR, 05.12.2008).

LEGÍTIMA DEFESA - Existência de dúvida - ABSOLVIÇÃO do RÉU - ART. 386/CPP, inc. VI - LEI 11690/08

I- Havendo fundada dúvida sobre a existência da legítima defesa em acordo com a nova redação dada pela Lei n. 11.690/08 ao inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal, deve ser o réu absolvido. “*In dubio pro reo*”. Sentença mantida. II- Recurso improvido. (TJ/GO - *Ap. Criminal* n. 33317-3/213 - Catalão - 2a. Câm. Crim. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Fábio Cristóvão de Campos Faria - conv. - Fonte: DJGO, 05.09.2008).

MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL-QUANTIDADE elevada - PERÍCIA em todas as máquinas determinada pelo TRIBUNAL - Impossibilidade de rever a DECISÃO

Ação penal. Prova. Perícia. Componentes de máquinas caça-níqueis. Quantidade elevada. Necessidade reconhecida em acórdão transitado em julgado. Desmonte de algumas delas e consunção de peças. Verificação ulterior. Impossibilidade de exame técnico de todas. Revisão do julgamento em questão de ordem. Inadmissibilidade. Ofensa à coisa julgada formal. Extensão da prova pericial. Matéria sujeita à ponderação do juízo de primeiro grau. HC concedido em parte. Não pode o tribunal, depois de deferir perícia em todas as coisas apreendidas, determinar, em questão de ordem subsequente ao trânsito em julgado do acórdão, que a prova se realize por amostragem. (STF - *Habeas Corpus* n. 95295/RJ - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Cezar Peluso - Fonte: DJe, 05.12.2008).

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

ACIDENTE DO TRABALHO - DOENÇA OCUPACIONAL-NEXO CAUSAL - Aplicabilidade da TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

Acidente de trabalho. Doença ocupacional. LER/DORT. Nexo concausal. Teoria da equivalência das condições. Trabalhador da agroindústria. A doença que se origina de múltiplos fatores não deixa de ser enquadrada como patologia ocupacional se o exercício da atividade laborativa houver contribuído direta, mas não decisivamente, para a sua eclosão ou agravamento, nos termos do art. 21, I, da Lei n.º 8.213/91. Aplica-se para a verificação da concausa a teoria da equivalência das condições, segundo a qual se considera causa, com valoração equivalente, tudo o que concorre para o adoecimento. (TRT/12a. Reg. - *Rec. Ordinário* n. 01105-2006-012-12-00-4 - Joaçaba - 1a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Juíza Viviane Colucci - Fonte: TRT/SC DOE, 04.12.2008).

COBRANÇA de HONORÁRIOS DE ADVOGADO estipulados em CONTRATO - Inocorrência de RELAÇÃO DE TRABALHO, mas sim de DELEGAÇÃO de PODER - INCOMPETÊNCIA da JUSTIÇA DO TRABALHO

Recurso de revista. Incompetência da Justiça do Trabalho ação de cobrança de honorários advocatícios. Precedentes do STJ baixados na conformidade do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição, dos quais resultou a edição da Súmula nº 363 daquela Corte. I- A competência da Justiça do Trabalho, embora tenha sido ampliada com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Magna, não abrange as ações em que a lide consiste na cobrança de honorários advocatícios contratuais, mesmo que esses tenham sido acertados no âmbito do Processo do Trabalho. II - É que a relação jurídica entre o mandatário e o mandante não traz subjacente a pretendida relação de trabalho, e sim a de delegação de poderes para a prática de atos

ou administração de interesses. Ou, como dispõe o artigo 653 do Código Civil de 2002, Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. III - O artigo 667 daquele código, a seu turno, dispõe que O mandatário é obrigado a aplicar toda sua inteligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. IV - Tendo por norte a norma do artigo 692 do Código Civil de 2002, de que se aplicam ao mandato judicial, supletivamente, as normas contempladas naquele código, extrai-se a conclusão de que, quer se trate de procuração *ad negotia*, quer de procuração *ad judicia*, sabendo-se que a procuração, a teor do artigo 653 do mesmo código, é o instrumento do mandato, não se divisa o pressuposto da relação de trabalho de que trata o inciso I do artigo 114 da Constituição, identificando-se a relação jurídica como sendo estritamente de natureza civil. V - Nesse sentido tem-se orientado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de conflitos de competência envolvendo o objeto deste recurso, dela resultando a edição da Súmula nº 363 daquela Corte. VI Recurso de Revista conhecido e desprovido. (TST - Rec. Revista n. 1001/2006-751-04-00 - 4a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Barros Levenhagen - Fonte: DJ, 21.11.2008).

DISPENSA por JUSTA CAUSA - PODER DISCIPLINAR - FURTO de biscoito - EXCESSO configurado pelo EMPREGADOR

Agravo de instrumento em recurso de revista. Improbidade. Justa causa. Poder disciplinar do empregador. Proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição. O poder disciplinar do empregador deve estar calcado em alguns requisitos, dentre eles a proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição. Em se tratando de empregado que pegou indevidamente um pacote de biscoito, mas considerado um bom funcionário, com contrato de trabalho de quase oito anos, sem que tivesse ocorrido anteriormente outra prática que desabonasse a sua conduta nesse período, adequado é o entendimento do Tribunal Regional de que houve excesso na aplicação da pena de despedida por justa causa. Não se visualiza violação do art. 482, alínea a, da CLT. (TST - Ag. de Instrumento em Rec. Revista n. 554/2003-402-14-40 - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Vantuil Abdala - Fonte: DJ, 21.11.2008).

GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - DIREITO devido a partir da CONFIRMAÇÃO da GRAVIDEZ e não do CONHECIMENTO do EMPREGADOR

Estabilidade provisória da gestante. A estabilidade provisória foi instituída de forma objetiva como um direito devido a partir da confirmação da gravidez, objetivando assegurar a proteção ao nascituro. Trata-se de garantia que não ficou condicionada ao implemento da comunicação ou confirmação da gravidez no curso do contrato de trabalho. De modo claro, o artigo 10, II, b, do ADCT é expresso no estabelecimento da fluência do direito desde a confirmação da gravidez e não da data da ciência do evento pelo empregador, a qual é irrelevante, nos termos da norma instituidora da garantia (Súmula nº 244 desta Corte). Recurso de revista não conhecido. (TST - Rec. Revista n. 1854/2003-012-08-00 - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Emmanoel Pereira - Fonte: DJ, 28.11.2008).

HORA EXTRA - Não-computação de MINUTO RESIDUAL - LIMITAÇÃO na CONTAGEM - SÚMULA 366/TST

Recurso de revista. Horas extras. Minutos residuais. Esta Corte pacificou entendimento nos termos da Súmula nº 366 do TST: “Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal”. Descontos de imposto de renda. O Tribunal Regional, ao determinar que os cálculos dos descontos fiscais sejam realizados mês a mês, contraria o art. 46 da Lei nº 8.541/92. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (TST - Rec. Revista n. 780932/2001.9 - 6a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Horácio Senna Pires - Fonte: DJ, 05.12.2008).

HORA EXTRA - SÚMULA 55/TST - EMPRESA cuja MERCADORIA comercializada não seja DINHEIRO - Inaplicabilidade

Horas Extraordinárias. Caso que não se amolda à previsão contida na Súmula nº 55, do Tribunal Superior do Trabalho, que trata de empresas de crédito, financiamento ou investimento, denominadas financeiras. Ainda que a recorrida, como a maioria do comércio, efetue vendas a crédito, sua mercadoria não é o dinheiro, a ponto de seus funcionários poderem ser equiparados a empregados em estabelecimentos bancários, para os efeitos do artigo 224, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há falar, pois, em horas extras a partir da 6a. diária. Nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamante. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00946-2007-002-04-00-1 - Porto Alegre - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Federal Leonardo Meurer Brasil - j. em 04.12.2008).

INTERVALO INTRAJORNADA - SUPRESSÃO-ADICIONAL de HORAS EXTRAS - PAGAMENTO indevido

Intervalo intrajornada. Redução. Indevido o pagamento de adicional de horas extras. Embora reconhecida a natureza salarial do intervalo intrajornada suprimido, nos termos da OJ 354/SDI-I/TST, isso não importa dizer que esse tempo se refere a horas extras, porque não há um acréscimo na jornada de trabalho. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 03256-2007-039-12-00-7 - Blumenau - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Juíza Mari Eleida Migliorini - Fonte: TRTSC/DOE, 17.11.2008).

JORNADA EXTRALINHA - PREVISÃO em CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - ATIVIDADE realizada após este horário - PAGAMENTO como HORA EXTRA

Convenção coletiva de trabalho. Acréscimo à jornada de 30 minutos para labor ‘extralinha’. Extrapolação. Horas extras. Não obstante haja previsão em Convenção Coletiva de Trabalho de acréscimo à jornada de 30 minutos a fim de remunerar as atividades realizadas antes e depois do horário laborado na linha, esse acréscimo não exime o empregador do pagamento de horas extras, quando estas extrapolarem o acréscimo previsto em CCT. Desse modo, restando comprovada, no caso em apreço, a extrapolação do tempo previsto em CCT, há que se determinar o pagamento das horas extras pertinentes ao trabalho ‘extralinha’. (TRT/23a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01603.2007.002.23.00-0 - Cuiabá - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Roberto Benatar - Fonte: DJMT, 02.12.2008).

JORNADA MISTA - PRORROGAÇÃO ao HORÁRIONOTURNO-DIREITOdoEMPREGADO aoADICIONALNOTURNO-SÚMULA 60/TST

Hora noturna - Prorrogação - Adicional. Entende a d. maioria da E. 1a. Turma que o empregado tem direito às horas em prorrogação de que trata a Súmula nº 60 do C. TST mesmo nos casos de jornada mista, das 23h às 07h20min. Recurso das Reclamadas a que se nega provimento, no particular. (TRT/9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00208-2008-017-09-00-7 - Jataizinho - 1a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Juíza Federal Janete do Amarante - conv. - Fonte: DJPR, 02.12.2008).

NOTA BONIJURIS: Súmula 60/TST: “Adicional noturno. Integração no salário e prorrogação em horário diurno. I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.”

PENHORA de SALÁRIO auferido por SÓCIO da EMPRESA - Impossibilidade - ART. 649/CPC, inc. IV

Mandado de segurança. Penhora de salário. Impossibilidade. A Seção Especializada desta Corte, em sua maioria, entende que a vedação contida no art. 649, inciso IV, do CPC, não pode ter interpretação flexibilizada, pois o legislador deixou de fora do alcance do poder expropriatório do Poder Judiciário os salários auferidos pela sócia da empresa Executada, o que impede a sua penhora, inclusive parcial. (TRT/9a. Reg. - Mand. de Segurança n. 00812-2008-909-09-00-2 - Curitiba - S. Esp. - Ac. unân. - Rel.: Des. Luiz Celso Napp - Fonte: DJPR, 02.12.2008).

PENSÃO POR MORTE - DEPENDENTE não habilitado - PAGAMENTO de PARCELA anterior à HABILITAÇÃO - Impossibilidade

Pensão por morte. Habilitação tardia. A habilitação tardia de pensionista não implica o pagamento de parcelas anteriores à própria habilitação, quando a pensão por morte foi paga integralmente aos dependentes que se habilitaram oportunamente, tanto mais que não há previsão legal de que a Previdência Social pague duas vezes o mesmo benefício. (TRF/4a. Reg. - Apelação/Reex. Necessário n. 2006.71.00.010118-2/RS - 5a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Rômulo Pizzolatti - DE, 18.11.2008).

REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - CONTAGEM de TEMPO DE SERVIÇO para fins de APOSENTADORIA - Impossibilidade

Tempo de serviço. Adolescente. Alfaiataria paterna. Regime de economia familiar. Dependente previdenciário. É indevido o reconhecimento para fins previdenciários do tempo

de serviço prestado por adolescente, de 1972 a 1980, na alfaiataria paterna, cujo trabalho era desenvolvido em regime de economia familiar, por não ser ele, à luz da legislação da época, segurado obrigatório nem facultativo da Previdência Social, mas simples dependente do pai. (TRF/4a. Reg. - Apelação/Reex. Necessário n. 2003.04.01.021927-5/PR - 5a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Celso Kipper - DE, 02.12.2008).

NOTA BONIJURIS: Transcrevemos a seguinte passagem, extraída do voto vencido proferido pelo desembargador federal Celso Kipper: “Ocorre que o autor ocupava na época a posição de simples empregado, não se podendo atribuir a ele a função de responsável pelo efetivo aporte contributivo ou fiscalização do respectivo recolhimento para a Previdência Social, incumbência que cabia especificamente ao administrador da pessoa jurídica. Inexistem evidências que façam presumir que o demandante estivesse efetivamente a par da situação irregular da empresa frente ao Instituto Previdenciário. Frise-se, ainda, a pouca idade do autor à época controversa (15 a 20 anos), não lhe sendo exigível que tivesse perspicácia e maturidade suficientes para fiscalizar e tomar providências no sentido de regularizar a situação da empregadora perante o Instituto Previdenciário.”

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA da UNIÃO - CRÉDITO TRABALHISTA - INADIMPLEMENTO pelo PRESTADOR DE SERVIÇOS

Recurso de revista. Responsabilidade subsidiária. Ente público. Súmula 331, IV, do TST. O Tribunal *a quo* decidiu contrariamente à Súmula 331, IV, do TST, motivo pelo qual dá-se provimento ao recurso de revista da autora para restabelecer a sentença que condenara subsidiariamente a União pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela prestadora de serviços. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - Rec. Revista n. 1244/2004-031-12-00 - 3a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa - Fonte: DJ, 05.12.2008).

SERVIDOR PÚBLICO - SERVIÇO TEMPORÁRIO - ART. 37/CF, inc. X - INCOMPETÊNCIA da JUSTIÇA DO TRABALHO

Contratação temporária. Incompetência da Justiça do Trabalho. Em vista da atual orientação do plenário do excelso STF, quanto à incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ação relativa a servidor temporário contratado com fulcro no art. 37, X da Carta Magna, por disciplina judiciária, evoluiu do posicionamento anteriormente defendido para adaptar-me à jurisprudência da Corte Suprema. Recurso provido para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual. (TRT/23a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00378.2008.004.23.00-9 - Cuiabá - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Roberto Benatar - Fonte: DJMT, 02.12.2008).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

BURACO em CALÇADA - Ausência de SINALIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL do PRESTADOR de SERVIÇO PÚBLICO - INDENIZAÇÃO devida

Direito administrativo. Apelação. Buraco na calçada. Queda e danos. Responsabilidade civil da prestadora de serviço público. Elementos. Negligência. Comprovação. Dever de indenizar. Comprovado o nexos causal entre a conduta negligente da sociedade de economia mista e os danos sofridos

pelo particular, em decorrência de queda em buraco não sinalizado, cuja responsabilidade pelo reparo era daquela, impõe-se o dever de indenizar. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0223.05.170190-0/001 - Divinópolis - 4a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Moreira Diniz - Fonte: DJMG, 02.12.2008).

COBRANÇA de PEDÁGIO - EIXO de veículo erguido - Roda que não toca a PISTA - REDUÇÃO da TARIFA Administrativo. Veículo com eixo erguido. Cobrança

de pedágio. Tutela jurisdicional antecipada. Faz diferença, em termos de desgaste da rodovia, o fato de um veículo comercial trafegar com um eixo elevado em relação aos demais, porque as rodas correspondentes àquele, não tocando no pavimento, não o estariam desgastando. Diferença que justifica a redução tarifária. Não detectada no contrato de concessão, em termos de preço do serviço ou sistema tarifário, a especial consideração da peculiaridade de tráfego com eixos erguidos. (TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 2008.04.00.033338-3/RS - 4a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Valdemar Capeletti - Fonte: DE, 02.12.2008).

NOTA BONIJURIS: Ao fundamentar seu voto, o desembargador federal relator assim discorreu: “Portanto, faz diferença, em termos de desgaste, o fato de um veículo comercial trafegar com um eixo elevado em relação aos demais, porque as rodas correspondentes àquele, não tocando no pavimento, não o estariam desgastando. Essa diferença, por sua vez, justifica a pretendida redução tarifária. Aliás, não se detecta na pactuação, em termos de preço do serviço ou sistema tarifário, a especial consideração da peculiaridade de tráfego com eixos erguidos, versada no presente recurso.”

CONCURSO PÚBLICO-EDITAL-PREVISÃO de uma VAGA - CANDIDATO classificado em primeiro lugar - Ocorrência de DIREITO SUBJETIVO e não mera EXPECTATIVA DE DIREITO

Apelação em mandado de segurança. Concurso público para o cargo de fisioterapeuta. Candidata classificada dentre as vagas previstas no edital. Candidata aprovada em 1º lugar em concurso público para o cargo de Fisioterapeuta, tendo sido oferecida uma vaga no edital de concurso. Detém direito subjetivo, e não mera expectativa, à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. A nomeação, neste caso, independe de um juízo de discricionariedade e conveniência por parte da Administração, constituindo ato de natureza vinculada. Precedentes do STJ e do STF. Apelação desprovida. Confirmada a sentença em reexame necessário. (TJ/RS - Apelação/Reex. Necessário n. 70026798322 - Eldorado do Sul - 3a. Câ. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino - Fonte: DJRS, 09.12.2008).

ESTRANGEIRO-EXPULSÃO do PAÍS - Não importa a EXISTÊNCIA de FILHO brasileiro que nunca viveu sob sua GUARDA

Expulsão. Estrangeiro. Existência de filha brasileira. Descendente que nunca viveu sob a guarda e dependência econômica do pai. Não ocorrência de causa impeditiva do ato. Risco de constrangimento ilegal inexistente. HC denegado. Precedentes. Inteligência do art. 75, caput, inc. II, b, da Lei nº 6.815/80. Não lhe obsta à expulsão o fato de o estrangeiro ter filho brasileiro que nunca viveu sob sua guarda nem dependência econômica. (STF - Habeas Corpus n. 94896/RJ - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Cezar Peluso - Fonte: DJe, 04.12.2008).

FORNECIMENTO de MEDICAMENTO - TRATAMENTO de HEPATITE - Remédios não-incluso na LISTA do SUS - LEGITIMIDADE PASSIVA da UNIÃO

Administrativo. Saúde. Ação individual para fornecimento de medicamento para tratamento de hepatite b. Medicamento fora da lista de medicamentos do SUS. Legitimidade da União. 1. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, tendo em vista o que dispõe o art.

196 da Constituição Federal. 2. O direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição deve-se pautar pelos princípios da igualdade e universalidade. 3. O não-preenchimento de mera formalidade - no caso, inclusão de medicamento em lista prévia - não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. (TRF/4a. Reg. - Embs. Infringentes n. 2004.70.00.000278-8/PR - 2a. S. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon - Fonte: DE, 01.12.2008).

MANDADO DE SEGURANÇA - ACESSO à INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Inocorrência de ATO ABUSIVO - Ausência de DIREITO LÍQUIDO E CERTO do IMPETRANTE

Mandado de segurança. Informações classificadas como confidenciais. Segurança denegada. 1. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, XXXIII, garante a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 2. O impetrante não logrou demonstrar que requereu à autoridade coatora a supressão da classificação de confidencial às informações requeridas. Assim agindo, o impetrante não observou os requisitos para a propositura do writ. Não há ato abusivo ou ilegal da autoridade impetrada. Não há direito líquido e certo do impetrante. 3. Aplicação por analogia da Súmula 2 do STJ. 4. Mandado de segurança denegado. (STJ - Mand. de Segurança n. 13138/DF - 1a. S. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJe, 17.11.2008).

MORTE de PRESO no interior do ESTABELECIMENTO PRISIONAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - INDENIZAÇÃO devida

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Pensão fixada. Hipótese excepcional em que se permite a vinculação ao salário mínimo. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 577908/GO - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Gilmar Mendes - Fonte: DJe, 21.11.2008).

REMOÇÃO de SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL - LEI 8112/90 - REMOÇÃO de CÔNJUGE na mesma condição de SERVIDOR - PROTEÇÃO do ESTADO à FAMÍLIA

Mandado de segurança. Remoção de ofício para acompanhar o cônjuge, independentemente da existência de vagas. Art. 36 da Lei 8.112/90. Desnecessidade de o cônjuge do servidor ser também regido pela Lei 8112/90. Especial proteção do Estado à família (art. 226 da Constituição Federal). 1. Em mandado de segurança, a União, mais do que litisconsorte, é de ser considerada parte, podendo, por isso, não apenas nela intervir para esclarecer questões de fato e de direito, como também juntar documentos, apresentar memoriais e, ainda, recorrer (parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/97). Rejeição da preliminar de inclusão da União como litisconsorte passivo. 2. Havendo a transferência, de ofício, do cônjuge da impetrante, empregado da Caixa Econômica Federal, para a

cidade de Fortaleza/CE, tem ela, servidora ocupante de cargo no Tribunal de Contas da União, direito líquido e certo de também ser removida, independentemente da existência de vagas. Precedente: MS 21.893/DF. 3. A alínea “a” do inciso III do parágrafo único do art. 36 da Lei 8.112/90 não exige que o cônjuge do servidor seja também regido pelo Estatuto dos servidores públicos federais. A expressão legal “servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” não é outra senão a que se lê na cabeça do art. 37 da Constituição Federal para alcançar, justamente, todo e qualquer servidor da Administração Pública, tanto a Administração Direta quanto a Indireta. 4. O entendimento ora perfilhado descansa no reraço do art. 226 da Constituição Federal, que, sobre fazer da família a base de toda a sociedade, a ela garante “especial proteção do Estado”. Outra especial proteção à família não se poderia esperar senão aquela que garantisse à impetrante o direito de acompanhar seu cônjuge, e, assim, manter a integridade dos laços familiares que os prendem. 5. Segurança concedida. (STF - Mand. de Segurança n. 23058/DF - T. P. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Carlos Britto - Fonte: DJe, 14.11.2008).

SERVIÇO DE TELEFONIA - DISCRIMINAÇÃO DOS PULSOS - Obrigatoriedade a partir de agosto/07

Administrativo - Serviço de telefonia - Discriminação dos pulsos - Decreto n. 4.733/2003 - Obrigatoriedade a partir de 1º.8.2007. 1. A obrigação da concessionária de serviço de

telecomunicação em discriminar a fatura telefônica somente se inicia a partir do dia 1º de janeiro de 2006, data em que entrou em vigor o Decreto n. 4.733, de 10 de junho de 2003. (Precedente: REsp 976.255/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 25.9.2007, DJ 8.10.2007.) 2. A Resolução n. 432, de 23.2.2006, expedida pela Anatel, prorrogou a implementação das referidas metas, razão pela qual a obrigação de a concessionária de serviço de telecomunicação discriminar a fatura telefônica somente inicia a partir do dia 1º de agosto de 2007. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1012977/MG - 2a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 17.11.2008).

SERVIDOR PÚBLICO - Novo CARGO assumido - VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA - VPNI - DIREITO ADQUIRIDO

Administrativo. Servidor público. Vantagem pessoal nominalmente identificada. VPNI. Manutenção dos valores incorporados aos vencimentos. Direito adquirido. 1. A Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI - deve ser incorporada, sem qualquer redução, aos vencimentos do novo cargo assumido pelo servidor no âmbito da Administração Pública da mesma esfera de governo, por se tratar de direito adquirido. 2. Embargos infringentes providos. (TRF/4a. Reg. - Embs. Infringentes n. 2005.71.01.003976-6/RS - 2a. S. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Valdemar Capeletti - Fonte: DE, 01.12.2008).

TRIBUTÁRIO

ÁREA URBANA e ÁREA RURAL - DISTINÇÃO - INCIDÊNCIA de IPTU ou de ITR

Apelação cível. Tributário. ITR. IPTU. Critério distintivo entre área urbana e área rural. Relevância da destinação econômica da área tributável. Prova. Inexistência. Relevante para definir a incidência do tributo, o ITR ou IPTU, não apenas a localização do imóvel, mas a destinação econômica da área tributável, a qual deve ser comprovada. O art. 32 do Código Tributário Nacional deve ser interpretado com as alterações introduzidas pelos arts. 15 e 16, do Decreto-Lei nº 57/66, não revogado pela Lei nº 5.868/72, porque declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e suspensa sua vigência pela Resolução nº 313/83, do Senado Federal. Apelação desprovida, por maioria. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70023747793 - Três de Maio - 2a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Arno Werlang - Fonte: DJRS, 24.11.2008).

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO de OFÍCIO - Necessidade de INTIMAÇÃO da FAZENDA PÚBLICA

Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Reconhecimento de ofício. Lei n. 11.280/2006. Necessidade de prévia intimação da Fazenda Pública. A prescrição prevista no art. 40 da LEF, por força do parágrafo 4º, impõe a condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Precedente do egrégio STJ. Apelação provida. Por maioria. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70026848317 - Cachoeirinha - 21a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Marco Aurélio Heinz - Fonte: DJRS, 03.12.2008).

NOTA BONIJURIS: Em sentido oposto, trazemos o seguinte julgado do STJ: “4. Embora tenha sido extinto o processo em primeira instância sem a prévia oitiva da Fazenda Pública, quando da interposição do recurso de apelação, esta não suscitou a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional. Assim, não há que ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida, que decretou a extinção do feito. 5. A exigência da prévia oitiva do Fisco tem em mira dar-lhe oportunidade de argüir eventuais óbices à decretação da prescrição. Havendo possibilidade de suscitar tais alegações nas razões da apelação, não deve ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida sem que seja demonstrada a existência de óbice ao fluxo prescricional.” (REsp 1016560, 2a. T., Rel. Min. Castro Meira, DJ 17.03.08)

IPTU - DÉBITO TRIBUTÁRIO - PENHORA ON LINE - Desnecessidade de ESGOTAMENTO de meios de BUSCA de outro BEM

Tributário. Execução fiscal. IPTU. Penhora on line. Possibilidade. Valor reduzido do crédito tributário. Não há necessidade do esgotamento de todos os meios na busca de outros bens passíveis de constrição. Exegese do artigo 655, inciso I, do Código de Processo Civil. Aplicação dos princípios da instrumentalidade do processo e da tutela jurisdicional tempestiva. Não violação ao princípio da menor onerosidade ao devedor previsto no artigo 620 do Código de Processo Civil. Agravo de instrumento. Recurso provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 517698-1 - Londrina - 2a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Lauro Laertes de Oliveira - desig. Fonte: DJPR, 28.11.2008).

NOTA BONIJURIS: Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart lecionam que “a penhora ‘on line’ é hoje preferencial em relação a qualquer outro meio de penhora.

Isto porque o dinheiro, como se vê do disposto no art. 655, I, do CPC, é o bem prioritário para a penhora e a via eletrônica é o caminho eleito pelo art. 655-A, do CPC, para a realização da penhora desse tipo de bem. Assim, sequer é correto entender que, para viabilizar a penhora 'on line' a parte deve, antes, buscar exaurir outras vias de penhora de outros bens. Tal interpretação viola, ao mesmo tempo, as duas regras acima apontadas, não se sustentando. Por isso, não resta dúvida de que a penhora 'on line' de dinheiro é a via preferencial, devendo ser priorizada pelo Judiciário." (Curso de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 2008, vol. 2, 6a. ed., pág. 278)

ICMS - BEM SALVADO - Incidência - SÚMULA 152/STJ

Tributário. ICMS. Bens salvados. Incidência. Súmula 152/STJ. Precedente da Seção reconsiderando o entendimento sumulado, em face de decisões do STF no sentido da inconstitucionalidade da exigência (RESP 72.204-RJ, 1a. Seção, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 18.04.2005). Superveniente revogação da norma estadual com base na qual o tributo vinha sendo exigido e que deu origem à demanda. Embargos de divergência providos. (STJ - Embs. de Divergência no Rec. Especial n. 43952/SP - 1a. S. - Rel. p/ acórdão: Min. Teori Albino Zavascki - Fonte: DJe, 17.11.2008).

ICMS - COMPENSAÇÃO com PRECATÓRIO - Inadmissibilidade - Inexistência de AUTORIZAÇÃO por LEI - ART. 170/CTN

Tributário - ICMS - Precatório - Compensação - Inexistência de lei autorizativa - Impossibilidade - Art. 170 do CTN. 1. Conforme exigência expressa contida no art. 170 do CTN, somente se admite a compensação de tributos quando existir na esfera do ente federativo lei autorizadora. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 946840/RS - 2a. T. - Ac. unân. - Rel.: Min. Eliana Calmon - Fonte: DJe, 18.11.2008).

IMPORTAÇÃO - MERCOSUL - SISTEMA de NOMENCLATURA - Impossibilidade de CLASSIFICAÇÃO de forma genérica

Tributário. Importação. Classificação no sistema harmonizado de nomenclatura comum do Mercosul. De acordo com as Notas Explicativas que disciplinam a classificação do Sistema Harmonizado, havendo posição mais específica, esta deve prevalecer em detrimento da mais genérica. Assim, as mercadorias importadas pela autora não devem ser classificadas de forma genérica, como pretende o Fisco, pois há posição específica. Pelo conjunto probatório carreado aos autos, a posição 8471.60.22 - De transferência térmica de cera sólida (*solid ink e dye sublimation*, por exemplo) é o item que descreve com mais aproximação os equipamentos em análise. (TRF/4a. Reg. - Reex. Necessário Cível n. 2004.71.00.026914-0/RS - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Federal Vilson Darós - Fonte: DE, 25.11.2008).

IMPOSTO DE RENDA - PORTADOR de DOENÇA GRAVE - ISENÇÃO - RESTITUIÇÃO de VALOR recolhido indevidamente

Tributário. Imposto de renda. Portador de doença grave. Isenção. Direito à restituição. Honorários. 1. A teor do inc. XXI do art. 6º da L 7.713/1988, os proventos de pensão de pessoa portadora de neoplasia maligna ficam isentos do imposto de renda, sendo indispensável a produção de prova robusta para verificar a real gravidade da doença que acometeu o contribuinte. A certidão de óbito que atesta o falecimento

pela doença alegada é a maior comprovação da gravidade desta, a justificar a pretendida isenção. 3. A parte autora tem direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos. 4. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da L 9.250/1995. (TRF/4a. Reg. - Apelação/Reex. Necessário n. 2007.71.00.020123-5/RS - 1a. T. - Ac. unân. - Rel.: Juiz Federal Marcelo de Nardi - Fonte: DE, 02.12.2008).

INSCRIÇÃO em CADASTRO de CONTRIBUINTE do ICMS - Negativa pela ADMINISTRAÇÃO - Existência de DÉBITO TRIBUTÁRIO - Impossibilidade

Mandado de segurança - Negativa de inscrição em cadastro de contribuintes do ICMS - Meio impróprio para cobrar dívida tributária - Sentença concessiva da segurança mantida. Mostra-se ilegal a conduta do Fisco Estadual que nega inscrição estadual em cadastro de contribuintes do ICMS, com intuito de compelir devedor a quitar débito tributário, pois tal conduta afronta o art. 5º, XIII, da Constituição Federal (liberdade de trabalho). A Fazenda Pública possui meios próprios para receber o que lhe é devido, e deve valer-se de medidas adequadas para esse fim. (TJ/MS - Reexame n. 2008.029083-0/0000-00 - Campo Grande - 4a. T. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins - Fonte: DJMS, 27.11.2008).

ISS - Não-incidência em OPERAÇÃO de ARRENDAMENTO MERCANTIL - LEASING

Tributário - Embargos Infringentes - ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - Arrendamento mercantil (*leasing*) - Não incidência - Embargos rejeitados - Voto vencido em separado. A regra-matriz do ISS - Imposto sobre Serviços se encontra relacionada de forma clara e inequívoca a obrigação de fazer, de prestar um serviço, exige-se o esforço humano, embora possa ser auxiliado por emprego de instrumentos ou aplicação de materiais. Conforme pontifica o Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do RE 116.121, "a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços." No contrato de arrendamento mercantil inexistente a rigor qualquer prestação de serviço como atividade-fim, salvo como atividade-meio. (TJ/PR - Embs. Infringentes n. 350719-5 - Palotina - 2a. Câm. Cív. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Lauro Laertes de Oliveira - Fonte: DJPR, 09.12.2008).

REFIS - EXCLUSÃO do PAGAMENTO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - INTIMAÇÃO pela INTERNET - VALIDADE

Tributário. Refis. Exclusão. Intimação pela internet. Súmula 355 do STJ. Validade. 1. A intimação pessoal dos interessados, no procedimento administrativo, em obediência aos postulados do contraditório e da ampla defesa, é expressamente assegurada na Carta Magna (art. 5º, LV). 2. O STJ editou a Súmula n. 355 que determina a validade da intimação do contribuinte pela internet para efeito de exclusão do parcelamento. 3. Apelação a que se nega provimento. (TRF/1a. Reg. - Ap. em Mand. de Segurança n. 2007.34.00.030229-2/DF - 8a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Juiz Federal Cleber José Rocha - conv. - Fonte: e-DJF1, 05.12.2008).

**PROGRAMA de
PRORROGAÇÃO da
LICENÇA À GESTANTE – LEI
11770/08**

**DECRETO Nº 6.690, DE 11 DE
DEZEMBRO DE 2008**

Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 2º da Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008,

DECRETA:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante.

Art. 2º Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

§ 2º A prorrogação a que se refere o § 1º iniciará-se no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no art. 207 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou do benefício de que trata o

art. 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no *caput* será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

I - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991:

a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;

b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e

c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990:

a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e

b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, inciso II, alínea "b", considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

§ 5º A prorrogação da licença será custeada com recurso do Tesouro Nacional.

Art. 3º No período de licença-maternidade e licença à adotante de que trata este Decreto, as servidoras públicas referidas no art. 2º não poderão exercer qualquer

atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de ocorrência de quaisquer das situações previstas no *caput*, a beneficiária perderá o direito à prorrogação, sem prejuízo do devido ressarcimento ao erário.

Art. 4º A servidora em gozo de licença-maternidade na data de publicação deste Decreto poderá solicitar a prorrogação da licença, desde que requerida até trinta dias após aquela data.

Art. 5º Este Decreto aplica-se à servidora pública que tenha o seu período de licença-maternidade concluído entre 10 de setembro de 2008 e a data de publicação deste Decreto.

Parágrafo único. A servidora pública mencionada no *caput* terá direito ao gozo da licença pelos dias correspondentes à prorrogação, conforme o caso.

Art. 6º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá expedir normas complementares para execução deste Decreto.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de dezembro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

André Peixoto
Figueiredo Lima

José Gomes Temporão
Paulo Bernardo Silva

(D.O.U. de 12.12.2008, col. II, pág. 7)

Como Decidem os Tribunais

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA SOBRE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS: OS JUROS TAMBÉM SÃO DEVIDOS!

Leandro Vieira

Advogado

Especialista em Direito Processual Civil

Professor substituto da Universidade Regional de Blumenau – FURB

Honorários sucumbenciais com juros e correção monetária!

Você já pensou sobre isso?

Receber exatamente aquilo que se tem direito, abrir mão de nada!

Pois bem, a incidência de correção monetária sobre os honorários sucumbenciais (fixados por decisão judicial) é inquestionável.

Afinal, teoricamente, a correção monetária apenas compensa a ‘corrosão’ do valor monetário do dinheiro frente à inflação.

Assim, se os honorários sucumbenciais forem arbitrados em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do ajuizamento da ação (Súmulas 14 do STJ e 11 do TJSC).

Se arbitrados em valor líquido e certo, incide a partir da decisão que os concedeu (STJ - REsp 34-SP, 2a. T., Rel. Min. Carlos Veloso, 11.06.1989).

Nesse ponto não há divergência jurisprudencial nem doutrinária.

Já, com relação aos juros de mora, é um pouco diferente.

Alguns entendem que não são cabíveis juros de mora sobre honorários.

Esses, salvo melhor juízo, estão equivocados, pois sempre que há o inadimplemento de uma obrigação (seja contratual ou judicial) deve incidir juros de mora, que consistem em indenização específica pelo retardamento culposo no adimplemento da obrigação (Voto-vista Min. Nancy Andrighi, REsp 327.708).

Logo, são sim devidos juros de mora sobre honorários sucumbenciais impagos a seu tempo e modo.

A dúvida é o termo *a quo*, ou seja, o prazo inicial de incidência.

A corrente que entende cabíveis os juros de mora sobre os honorários sucumbenciais sempre defendeu sua incidência somente após a citação executiva, que seria o momento da constituição em mora do devedor.

Essa tese vinha prevalecendo até então.

Mas, como não existe mais citação para a “fase” de execução/cumprimento de sentença após o advento da Lei 11.232/05, perdeu lugar essa hipótese.

Aparentemente, surgiu um novo problema: a determinação do termo inicial da incidência dos juros de mora sobre os honorários não pagos.

Vislumbrando o que parece até mais lógico do que essa corrente defendia, a 2a. e a 8a. Câmara Cíveis do Tribunal de Justiça do Paraná corajosamente têm se posicionado no sentido de que a constituição em mora do devedor não ocorria com a citação executiva. Nem mesmo antes da reforma processual! Segundo o entendimento do TJPR, a constituição em mora do vencido, que é, frise-se, o termo inicial da incidência dos juros de mora, ocorre com o trânsito em julgado da decisão que fixou os honorários.

Com efeito, nas obrigações com vencimento incerto, exige-se notificação para constituição em mora.

Mas uma sentença tem vencimento certo: seu trânsito em julgado!

Ora, se esse é o momento em que se torna “exigível” em caráter definitivo a obrigação, deve ser esse o termo inicial da incidência dos juros de mora, sem sombra de dúvidas.

Nesse sentido:

“Os juros moratórios, incidentes sobre o crédito de honorários advocatícios devidos pela sucumbência processual, têm a contagem iniciada a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, época em que passa a ser exigido o adimplemento voluntário da obrigação” (TJPR - AC 144.304-3, 8a. Câmara Civil, Rel. Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira, j. 5-11-2003).

Ainda nesse sentido AC 481.761-4, 2a. Câmara Civil, Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, publ. DJPR 02.05.2008; ambos acórdãos *apud* Revista Bonijuris, nº 535 – Mês: 06/2008, seção Inteiro Teor.

O mesmo raciocínio encontramos conjugando as Súmulas 253 e 254 do STF, que falam em incidência de juros de mora ainda que sem pedido inaugural ou condenação, e estabelece seu termo inicial após o trânsito em julgado da decisão de liquidação de sentença contra a Fazenda Pública.

Raciocínio não diverso deve ser aplicado em outros casos, envolvendo particulares.

Assim, se não houver necessidade de liquidação de sentença para determinação do valor dos honorários sucumbenciais, isto é, se fixados em valor certo ou em percentual sobre o valor da causa, incidem os juros de mora desde o trânsito da decisão que os arbitrou.

Se sua apuração depender da fase de liquidação, incidirão a partir do trânsito do provimento jurisdicional que julgar a liquidação. ■

eventos notícias

V FÓRUM MUNDIAL DE JUÍZES

Local: Hangar Centro de Convenções e Feiras da Amazônia - Belém/PA
Data: 23 a 25/01/2009
Informações: (91) 3081-9631
<http://www.forumjuizes.org/>

A NOVA LEI DOS ESTÁGIOS

Local: Centro de Treinamento LEX - São Paulo/SP
Data: 13/01/2009
Informações: 4003-5151
<http://cursos.lex.com.br/>

COMERCIALIZAÇÃO DE CRÉDITOS DE CARBONO

Local: Mercure São Paulo Paulista - São Paulo/SP
Data: 27 e 28/01/2009
Informações: (11) 3017-6801
<http://www.ibcbrasil.com.br/>

NOVAS SÚMULAS DO STJ

Súmula 365 - A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual.

Súmula 366 - Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho.

Súmula 367 - A competência estabelecida pela EC n. 45/2004 não alcança os processos já sentenciados.

Súmula 368 - Compete à Justiça comum estadual processar e julgar os pedidos de retificação de dados cadastrais da Justiça Eleitoral.

Nota

A partir desta edição da *Revista Bonijuris* os artigos de doutrina estarão em acordo com as novas determinações ortográficas, advindas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, promulgado pelo Decreto nº 6.583/08. Quanto aos textos legais e às decisões dos tribunais, manteremos a originalidade de seus respectivos conteúdos.

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

REVISTA BONIJURIS

(em CD-Rom)

JURISPRUDÊNCIA



TRABALHISTA



PRÁTICA BONIJURIS

Argumentos & Petições



Cláusulas & Contratos



COLETÂNEA BONIJURIS

Conteúdo geral: Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Prática.

Processo Civil



Direito Penal



Direito Imobiliário



Direito Administrativo



FALE CONOSCO

0800-645 4020

comercial@bonijuris.com.br

Visite nosso novo sítio: www.novobonijuris.com.br

Apoio Institucional:



Recuperação e Melhoria
da Vida Urbana

Associação dos Condomínios
Garantidos do Brasil

www.acgb.com.br

(041)3223-7708

www.bonijuris.com.br