

Revista Bonijuris

FEVEREIRO/10

ACÓRDÃOS - INTEIRO TEOR

Pág. XXX

- Alimentos - Pensão Alimentícia - Complementação
- Responsabilidade dos Avós (TJ/MG)
- Aluguel de Imóvel - Ação de Cobrança
- Existência de Pagamento a Maior (TJ/PR)
- Ação Cautelar de Sustação de Protesto - Liquidação
de Indenização nos Próprios Autos (STJ)
- Sustentação Oral - Pedido de Intimação da
Data de Julgamento - Inocorrência (STJ)
- Indenização por Dano Moral - Relação de Emprego
- Aplicação da Prescrição Trabalhista (TST)
- Taxa Anual por Hectare - Não Pagamento
- Aplicação de Multa (TRF/4a. Reg.)
- ICMS - Deslocamento de Mercadoria
- Estabelecimentos do Mesmo Titular (STF)

LEGISLAÇÃO

Pág. LI

- Lei Complementar nº 133/09 - Produção Cinematográfica,
Audiovisual, Artística e Cultural - Regime Especial
Unificado de Arrecadação de Tributos
- Lei nº 12.133/09 - Habilitação para Casamento
- Realização Pessoalmente Perante o Oficial
do Registro Civil
- Lei nº 12.190/10 - Deficiência Física Decorrente do
Uso da Talidomida - Concessão de Indenização
por Dano Moral
- Lei nº 12.191/10 - Concessão de Anistia a Policiais
Militares e Bombeiros - Participação em Movimentos
Reivindicatórios
- Lei nº 12.195/10 - Companheiro Sobrevivente - Mesmo
Tratamento Legal que o Conferido ao Cônjuge Supérstite

DOCTRINA

A NOVA SISTEMÁTICA LEGAL DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.016, DE 7.8.2009) E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO – PARTE II

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante
Francisco Ferreira Jorge Neto
Carlos Augusto de Assis
Pág. V

DA COMPENSAÇÃO DOS PRECATÓRIOS PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS (ICMS E IPVA)

Lauro Laertes de Oliveira
Pág. XII

CULPABILIDADE, MODO DE SER E MEDIDA DE PENA

Antonio Carlos Santoro Filho
Pág. XV

A PROVA DE CONHECIMENTO PARA O CONCURSO DE REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Bruno Becker
Pág. XIX

DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AOS TRIBUNAIS

Nagib Slaibi Filho
Pág. XXII

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS Pág. LIII

Aspectos Relevantes sobre o Contrato de Corretagem no Código Civil de 2002
Denis Donoso

Repositório Autorizado

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

CONVÊNIOS E PARCERIAS



REVISTA BONIJURIS

Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas
Bonijuris, 1989 - Diretor: Luiz Fernando de
Queiroz
Mensal (Boletim decencial 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
 Rolf Koerner Júnior
 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 Roessler
 Yoshihiro Miyamura

Sumário**DOCTRINA**

A Nova Sistemática Legal do Mandado de Segurança (Lei 12.016, de 7.8.2009) e sua Aplicação ao Processo do Trabalho - Parte II	05
<i>Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante</i>	
<i>Francisco Ferreira Jorge Neto</i>	
<i>Carlos Augusto de Assis</i>	
Da Compensação dos Precatórios para Pagamento de Tributos (ICMS e IPVA) ..	12
<i>Lauro Laertes de Oliveira</i>	
Culpabilidade, Modo de Ser e Medida de Pena	15
<i>Antonio Carlos Santoro Filho</i>	
A Prova de Conhecimento para o Concurso de Remoção na Atividade Notarial e Registral	19
<i>Bruno Becker</i>	
Declarações Internacionais e o Direito Fundamental de Acesso aos Tribunais ...	22
<i>Nagib Slaibi Filho</i>	

ACÓRDÃO EM DESTAQUE

Posse Irregular de Arma de Fogo - Ausência de Munição - Atipicidade da Conduta (STJ) . **28**

INTEIRO TEOR

Alimentos - Pensão Alimentícia - Complementação - Responsabilidade dos Avós (TJ/MG)	30
Aluguel de Imóvel - Ação de Cobrança - Existência de Pagamento a Maior (TJ/PR)	31
Ação Cautelar de Sustação de Protesto - Liquidação de Indenização nos Próprios Autos (STJ)	34
Sustentação Oral - Pedido de Intimação da Data de Julgamento - Inocorrência (STJ) ...	35
Indenização por Dano Moral - Relação de Emprego - Aplicação da Prescrição Trabalhista (TST)	36
Taxa Anual por Hectare - Não Pagamento - Aplicação de Multa (TRF/4a. Reg.)	37
ICMS - Deslocamento de Mercadoria - Estabelecimentos do Mesmo Titular (STF)	39

EMENTÁRIO

Civil - Comercial	41
Imobiliário	42
Processo Civil	43
Penal - Processo Penal	45
Trabalhista - Previdenciário	46
Administrativo - Constitucional	48
Tributário	49

LEGISLAÇÃO

Lei Complementar nº 133/09 - Produção Cinematográfica, Audiovisual, Artística e Cultural - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos	51
Lei nº 12.133/09 - Habilitação para Casamento - Realização Pessoalmente Perante o Oficial do Registro Civil	51
Lei nº 12.190/10 - Deficiência Física Decorrente do Uso da Talidomida - Concessão de Indenização por Dano Moral	51
Lei nº 12.191/10 - Concessão de Anistia a Policiais Militares e Bombeiros - Participação em Movimentos Reivindicatórios	52
Lei nº 12.195/10 - Companheiro Sobrevivente - Mesmo Tratamento Legal que o Conferido ao Cônjuge Supérstite	52

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Aspectos Relevantes sobre o Contrato de Corretagem no Código Civil de 2002 .. **53**
Denis Donoso

EVENTOS/NOTÍCIAS

REPOSITÓRIO AUTORIZADO

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

COEDIÇÃO:

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

Revista Bonijuris
 ISSN 1809-3256
Qualis C – Capes
 Ano XXII - Nº 555
 Edição Mensal - Fevereiro/10

Editor
 Jornalista Arnaldo Anater
(in memoriam)

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS

R. Marechal Deodoro, 344 - 3º and. - CEP 80010-010 - Curitiba - PR
www.bonijuris.com.br

Administrativo/Comercial

Fone-fax: (41) 3323-4020

bonijuris@bonijuris.com.br / comercial@bonijuris.com.br

Suporte Técnico

Fone: (41) 3233-7548 - www.novacorp.com.br

Jurídico - Pesquisa - Serviços de Apoio

Fone: (41) 3322-3835 - juridico@bonijuris.com.br

NESTA EDIÇÃO

A seção *Doutrina* deste mês é aberta com a última parte do artigo sobre a nova sistemática legal do mandado de segurança, instituída pela Lei n. 12.016/09, e sua aplicação no processo do trabalho, de autoria do advogado e mestre em direito político e econômico **Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante**, do juiz e mestre em direito das relações sociais **Francisco Ferreira Jorge Neto** e do advogado, mestre e doutor em direito processual **Carlos Augusto de Assis**. Nesta ocasião, tratam da legitimidade passiva, do litisconsórcio, da competência, do pedido liminar, da decisão, dos recursos cabíveis e do processamento judicial do mandado de segurança.

Lauro Laertes de Oliveira, desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, escreve sobre a polêmica da compensação dos precatórios para pagamento de tributos – ICMS e IPVA. Discute assuntos como o litisconsórcio passivo necessário dos municípios, os precatórios de natureza alimentar, os precatórios de responsabilidade de autarquias estaduais, a homologação judicial das cessões de crédito, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a concessão de segurança e outros pontos pertinentes ao tema.

Prosseguindo, o juiz de direito **Antonio Carlos Santoro Filho** aborda a questão do juízo de culpabilidade no direito penal. Argumenta que a norma penal tem por único referencial a conduta humana e somente esta pode ser o fundamento desse juízo, relegando a um segundo plano o caráter do homem ou a sua periculosidade latente. Ainda, arrazoa que a culpabilidade não se esgota em uma ponderação sobre o ato, mas envolve, também, a valoração da posição assumida pela pessoa em relação aos outros, de sua autocolocação na vivência social.

O oficial registrador e especialista em direito imobiliário e urbanístico **Bruno Becker** apregoa sobre a prova de conhecimento para o concurso de remoção na atividade notarial e registral. Enfoca que tal concurso destina-se a promover profissionais que já se encontram em exercício dentro da carreira notarial e de registro e, desta feita, não se analisa conhecimentos gerais sobre assuntos variados, mas a experiência e a especialidade do profissional nas matérias relacionadas ao exercício da função.

O último trabalho apresentado é do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor de direito constitucional **Nagib Slaibi Filho**, que versa sobre as declarações internacionais e o direito fundamental de acesso aos tribunais. Aduz que, cada vez mais, se reconhece ao indivíduo a legitimidade de atuar no Direito Internacional, exercendo direitos e se impondo deveres como o titular da identidade e dignidade inerentes à pessoa humana, até mesmo confrontando o próprio Estado nacional nos tribunais próprios e estrangeiros.

Em *Acórdão em Destaque*, transcrevemos a íntegra da decisão proferida pela 6a. Turma do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n. 86.624. À unanimidade de votos, o colegiado ministerial estabeleceu que a posse irregular de arma de fogo desmuniada não possui eficácia e, não podendo ser considerada como arma, a conduta é atípica e não há que se falar em cometimento de crime.

Na seção *Legislação* apresentamos os textos das seguintes leis: **Lei Complementar n. 133**, de 28 de dezembro de 2009, que modifica o enquadramento das atividades de produções cinematográficas, audiovisuais, artísticas e culturais no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; **Lei n. 12.133**, de 17 de dezembro de 2009, que altera o Código Civil para determinar que a habilitação para o casamento seja feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil; **Lei n. 12.190**, de 13 de janeiro de 2010, que concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da Talidomida; **Lei n.º 12.191**, de 13 de janeiro de 2010, que confere anistia a policiais e bombeiros militares punidos por participar de movimentos reivindicatórios; e **Lei n. 12.195**, de 14 de janeiro de 2010, que altera o Código de Processo Civil para assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal conferido ao cônjuge supérstite, quanto à nomeação do inventariante.

Finalizando, o advogado, mestre em direito e professor de processo civil **Denis Donoso** discorre sobre aspectos relevantes acerca do contrato de corretagem no Código Civil. Sempre amparado na jurisprudência pátria, atenta para diversos pontos importantes quanto a essa espécie contratual, como as obrigações e a remuneração do corretor, a obtenção de resultado útil, a dispensa do profissional, a intermediação múltipla e a corretagem com exclusividade.

Equipe Bonijuris

A NOVA SISTEMÁTICA LEGAL DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.016, DE 7.8.2009) E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO

Parte II

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante

Advogado/SP

Professor da Faculdade de Direito Mackenzie

Mestre em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Francisco Ferreira Jorge Neto

Juiz Titular da 1a. Vara do Trabalho de São Caetano do Sul/SP

Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho (PUC/SP)

tamulis@uol.com.br

Carlos Augusto de Assis

Advogado/SP

Professor da Faculdade de Direito Mackenzie

Mestre e doutor em Direito Processual (USP)

Nesta segunda e última parte continua-se a análise da aplicação da nova lei do mandado de segurança no processo do trabalho, com abordagem dos seguintes tópicos: legitimidade passiva, litisconsórcio, competência, liminar em mandado de segurança, pedido de suspensão dos efeitos da liminar, decisão, recursos e processamento.

1. Legitimidade passiva

O mandado de segurança é cabível contra ato de autoridade pública, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (art. 1º, Lei 12.016), equiparando-se a ela particulares que desempenhem funções delegadas do Estado.

Autoridade é a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência atribuída pela lei (autoridade coatora); não envolve todos os agentes públicos, mas apenas aqueles com poder de decisão.

Também são equiparados a autoridade coatora, para efeito do *writ*, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público (art. 1º, § 1º, Lei 12.016).

Por previsão expressa da Lei, os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviços públicos não podem ser questionados em sede de *writ* (art. 1º, § 2º). A exclusão da Lei é específica para os atos de gestão comercial e não abrange todos os atos praticados.

É de se ressaltar que, quando da impetração do mandado de segurança, deve haver expressa indicação do agente público que praticou o ato (autoridade coatora) e não simplesmente do ente ou órgão público para o qual trabalha. Nos órgãos colegiados, considera-se coator o presidente.

A Lei 12.016 considera federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

Trata-se de autoridade coatora, como leciona Hely Lopes Meirelles¹: “a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há de confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela.”

Essa posição também é defendida por Vicente Greco Filho, Ulderico Pires dos Santos, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, Sergio Sahione Fadel e Hamilton de Moraes e Barros, entre outros.

Tratando de autoridade coatora, em sede de mandado de segurança, não se pode deixar de observar que a nova lei perdeu a oportunidade de encerrar de maneira clara uma polêmica que perdura décadas. O que é a autoridade coatora? Ela é a parte passiva? Ela é representante? Qual a sua posição jurídico-processual? Moacyr Amaral Santos e outros apontam que a autoridade coatora é mero substituto processual da pessoa de direito público à qual se acha subordinada. Para estes, portanto, ela seria a ré do mandado de segurança.

Há, ainda, os que consideram que o sujeito passivo do mandado de segurança é a pessoa jurídica de Direito Público. Posição defendida por Sálvio de Figueiredo Teixeira, José de Castro Nunes, José Carlos Barbosa Moreira, Themístocles Brandão Cavalcanti, Miguel Seabra Fagundes, Celso Agrícola Barbi, Carlos Augusto de Assis, Cássio Scarpinella Bueno etc.

Por fim, destacamos aqueles, como Sebastião de Souza, Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, Aguiar Dias etc., que defendem o litisconsórcio necessário passivo entre a autoridade administrativa e a pessoa de direito público.

A nova lei também merecerá reflexão mais aprofundada a respeito do tema, mas, pelo menos num juízo preliminar, parece-nos que a teoria que mais se adequa é a de que a ré do mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público, sendo a autoridade coatora mera informante. Isso porque a própria Lei, de um lado, manda comunicar tanto à Pessoa Jurídica de Direito Público como à autoridade coatora (art. 7º, I e II), mas, de outro, no art. 14, § 2º, estabelece que se *estende à autoridade coatora o direito de recorrer*. Ora, se ela fosse parte, não haveria necessidade desse dispositivo, pois o direito ao recurso derivaria da própria condição de parte. Assim, sem entrar em mais detalhes, tendo em vista que a proposta desse artigo é de apresentar uma visão panorâmica do mandado de segurança no âmbito trabalhista, temos que o mais correto, segundo a nova legislação, é considerar a pessoa de direito público a ré no mandado de segurança, e não a autoridade coatora².

A existência de diversos tipos de atos administrativos passíveis de mandado de segurança tem dividido a doutrina e a jurisprudência quanto à identificação da autoridade coatora. A doutrina³ procura solucionar a questão e identificar a autoridade coatora em cada uma das hipóteses: a) ato violador baseado em lei, a autoridade coatora será aquela que praticou o ato; b) ato violador baseado em decisão normativa, o sujeito passivo será o que aplicou a instrução normativa e não o que elaborou; c) ato decisório e executório, a autoridade coatora é aquela que determinou a prática do ato; d) ato complexo, coatoras são todas que concorreram à elaboração do ato; e) atos compostos, há divergência sobre a identificação da autoridade coatora, se aquela que praticou o ato principal ou na análise de caso a caso, a depender do grau de participação na realização do ato; f) órgãos colegiados, aponta a divergência: o presidente ou o próprio órgão colegiado; g) atos legislativos, descarta a possibilidade de *writ* contra lei formal. Admite quando o ato legislativo com forma de lei, mas materialmente ato administrativo, remetendo as controvérsias de autoridade coatora do órgão colegiado. Em caso de lei autoexecutável, a autoridade coatora será a que executar os atos; h) procedimentos administrativos, autoridade passível de mandado de segurança será a autoridade que preside sua realização; i) ato praticado por delegação, coator será o agente delegado (Súm. 510, STF); j) autoridade coatora no mandado de segurança coletivo, reportando-se, como regra geral, aos critérios anteriores.

O critério apontado pela doutrina e jurisprudência⁴: é “autoridade coatora aquela que dispõe de competência para corrigir a ilegalidade apontada”⁵.

Em certa medida, essa regra foi absorvida pela nova Lei, a qual considera “autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática” (art. 6º, § 3º).

Importante destacar que a Administração Pública, quando contrata pelo regime celetista, equipara-se ao empregador comum, despedindo-se de suas prerrogativas de Estado, e não praticando ato de cunho administrativo que possa ser atacável por mandado de segurança. Esse é o posicionamento pacífico dos tribunais do trabalho⁶.

O antigo Tribunal Federal de Recursos entendia que o mandado de segurança não é o meio processual idôneo para dirimir litígios trabalhistas (Súm. 195).

“Administração Pública. Contratação de empregados. Quando a Administração Pública Direta ou Indireta contrata seus servidores (em sentido amplo) pelas normas consolidadas, despe-se de seu manto de império e equipara-se ao empregador privado, se obrigando às normas que regem os contratos de trabalho” (TRT – 2a. R – 4a. T – RO 02980315332 – Rel. Afonso Arthur Neves Baptista – DOE 18/6/99).

Isso não significa que a Administração não esteja presa a regras de Direito Constitucional e de Direito Administrativo quando contrata pelo regime celetista, como exigência de aprovação em concurso público, vedação de acumulação de cargos e empregos públicos, limites de gastos com servidores etc.

A sistemática normativa da CLT é direcionada para a iniciativa privada e quando o Estado a escolhe para reger a relação jurídica de seus servidores acaba por gerar inúmeras controvérsias, uma verdadeira zona cinzenta entre o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo, tanto nas relações individuais como coletivas de trabalho⁷.

Excluídos os atos da Administração Pública, somente figurarão como autoridade coatora no processo do trabalho: o juiz de direito investido da jurisdição trabalhista, o juiz do trabalho, seja de primeira ou de instância superior, o diretor de secretaria ou, ainda, outro funcionário da Justiça do Trabalho.

A partir da EC 45, podemos incluir nesse rol os atos praticados pela fiscalização das relações de trabalho, sejam eles de multa ou não (art. 114, VII, CF).

2. Litisconsórcio

Na vigência da Lei 1.533, admitia-se o litisconsórcio e a assistência nos moldes da legislação processual civil (art. 19). Com a Lei 12.016, o ingresso do litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial (art. 9º, § 1º). Aplicam-se ao *writ* os arts. 46 a 49 do CPC (art. 24, Lei 12.016).

Para Sebastião de Souza, Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, Aguiar Dias e outros há um litisconsórcio necessário passivo entre a autoridade administrativa e a pessoa de Direito Público.

Caso o impetrante não promova a citação do litisconsorte passivo necessário no prazo determinado, extingue-se o processo de mandado de segurança (Súm. 631, STF).

No âmbito do processo penal, o STF considera indispensável a citação do réu como litisconsorte passivo, quando o Ministério Público impetra mandado de segurança contra decisão (Súm. 701).

3. Competência

Com a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, por força da EC 45, segundo Amador Paes de Almeida⁸, “a competência originária em mandando de segurança, por certo, não se restringirá ao tribunal regional do trabalho, ou ao Tribunal Superior do Trabalho, estendendo-se, obviamente, às varas do trabalho”.

Na CLT, o mandado de segurança é de competência originária do pleno do TRT (art. 678, I, b, 3), caso inexistam turmas ou seção especializada com essa competência.

Após a EC 45, o entendimento dos TRTs é no sentido de que a competência dos tribunais será para os

mandados de segurança impetrados contra atos de magistrados trabalhistas, sendo nos demais caso de competência originária das varas⁹.

Mandado de segurança contra ato do presidente do TRT em execução trabalhista é de competência do próprio tribunal (Súm. 433, STF). Até porque o STF não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos tribunais de justiça dos Estados (Súm. 330) ou tem competência para conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais (Súm. 624).

O STJ também não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos (Súm. 41).

A competência para julgar mandados de segurança conta atos praticados pelo presidente do tribunal ou por qualquer ministro integrante da Seção Especializada em processo de dissídio coletivo é da SDC (art. 2º, I, d, Lei 7.701/88).

Conforme previsão do RITST, em matéria judiciária, compete ao Órgão Especial julgar: a) mandado de segurança impetrado contra atos do Presidente ou de qualquer Ministro, ressalvada a competência das Seções Especializadas; b) os recursos interpostos contra decisões dos TRTs em mandado de segurança de interesse de juízes e servidores da Justiça do Trabalho; c) os recursos ordinários interpostos contra agravo regimental e mandado de segurança em que tenha sido apreciado despacho de Presidente de TRT em precatório (art. 69, b, c e f).

A SDC tem incumbência de julgar, em última instância, os recursos ordinários interpostos contra decisões proferidas pelos TRTs em ações rescisórias e mandados de segurança pertinentes a dissídios coletivos e a direito sindical e em ações anulatórias de acordos e convenções coletivas (art. 70, II, b).

Cabe à SDI-II julgar os mandados de segurança contra os atos praticados pelo Presidente, ou por qualquer dos ministros integrantes da SDI, nos processos de sua competência (art. 71, III, a, 2).

Ao TST não compete apreciar, originariamente, mandado de segurança impetrado em face de decisão de TRT (OJ 4, TP).

É de se destacar que é competente, originariamente, o STF, para mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União (Súm. 248).

4. Liminar em mandado de segurança

O mandado de segurança comporta pedido de medida liminar quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (art. 7º, III, Lei 12.016).

Em outras palavras, mesmo com a nova Legislação, os requisitos para concessão da medida liminar continuam sendo os mesmos (o relevante fundamento e o perigo da demora ou perigo iminente). Exatamente por terem sido mantidas as mesmas expressões, tende a permanecer a

divergência doutrinária sobre quais seriam os pressupostos para a concessão da liminar. Não quanto ao perigo na demora, mas com relação ao grau de convicção exigido para o magistrado conceder a liminar. Alguns falam que bastaria o *fumus boni juris* (à semelhança da cautelar), enquanto outros indicam que basta que o juiz vislumbre um direito possível¹⁰, havendo quem defenda um rigor maior (probabilidade, à semelhança da tutela antecipada do art. 273, CPC)¹¹.

A medida liminar é um direito da parte quando preenchidos seus requisitos, não podendo ser negada pelo juiz. Tanto é assim, que a controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança (Súm. 625, STF).

Contudo, é vedada a concessão de medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º, Lei 12.016)¹².

Também é vedada a concessão de liminares de natureza antecipatória (art. 273, 461 e 461-A, CPC) quando envolver tais questões (art. 7º, § 5º, Lei 12.016).

No mandado de segurança coletivo, a liminar será concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas (art. 22, § 2º).

Os efeitos da medida liminar concedida persistirão até a prolação da sentença (art. 7º, § 3º, Lei 12.016), podendo a parte interessada promover a execução provisória da sentença, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar (art. 14, § 4º, Lei 12.016). A nova lei agiu bem ao eliminar o prazo de eficácia de 90 dias previsto na Lei 4.348/64 (art. 1º), de discutível – para dizer o mínimo – constitucionalidade.

Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculos ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de três dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem (art. 8º).

O TST, com base no art. 899 da CLT, entendia que havia impedimento para a execução definitiva do título executório, tanto para as obrigações de pagar quanto para as por obrigação de fazer. Assim, como a obrigação de reintegrar tem caráter definitivo, entendia que a reintegração em caráter definitivo somente poderia ser decretada de forma liminar nas hipóteses legalmente previstas (OJ 87, SDI-II, cancelada aos 22/8/2005).

Denegada a segurança pelo acórdão do TRT, a liminar concedida fica sem efeito (Súm. 405, STF).

Cassada a liminar concedida ou cessada sua eficácia, a situação volta ao *status quo ante*.

A competência para conceder a medida liminar é do relator do processo. No TST, compete ao presidente do Tribunal decidir, durante as férias e feriados, os pedidos de liminar em mandado de segurança, em ação cautelar e outras medidas que reclamem urgência (art. 35, XXX, RITST).

Por previsão expressa da Lei, os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviços públicos não podem ser questionados em sede de writ (art. 1º, § 2º). A exclusão da Lei é específica para os atos de gestão comercial e não abrange todos os atos praticados

5. Pedido de suspensão dos efeitos da liminar

Concedida a medida liminar, o presidente do tribunal competente para conhecer o recurso, a requerimento da pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público, poderá, em decisão fundamentada, ordenar a suspensão da execução da liminar e da sentença, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 15, *caput*, Lei 12.016)¹³.

Cabe ao presidente do tribunal conferir efeito suspensivo ao pedido de suspensão de liminar, quando constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida (art. 15, § 4º).

As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (art. 15, § 5º).

O pedido de suspensão poderá ser feito mesmo quando negado provimento ao agravo interposto contra decisão liminar (art. 15, § 2º).

Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo interposto, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário (art. 15, § 1º).

Contra a decisão do presidente do tribunal em pedido de suspensão da execução da liminar e da sentença, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição (art. 15, *caput*).

O pedido de suspensão dos efeitos da liminar encontra previsão no art. 251 do RITST.

OSTJ já considerou que não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar ou da sentença em mandado de segurança (Súm. 217). Contudo, atualmente, é entendimento dominante no STJ que “o recurso cabível contra decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança é o agravo de instrumento, em razão das alterações ocorridas nos arts. 527, II, e 588 do CPC, introduzidas pela Lei nº 9.139/95” (STJ – 1a. T – RESP 705892-PE – Rel. Min. Teori Albino Zavaschi – j. 26/4/05 – DJ 9/5/05 – p. 313).

O STF chegou a sumular o entendimento de que somente admitia o agravo do despacho do Presidente do STF que defere a suspensão da liminar e não do que a denega (Súm. 506, STF). O Tribunal Pleno ao decidir pelo cabimento do AgRg contra decisão do Presidente do STF que indeferiu pedido de suspensão de segurança (STF – TP – AgR-AgR-AgRSS 1945-AL – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 19/2/02 – DJU 1º/8/03 – p. 102), acabou por provocar o cancelamento da Súmula 506.

Atualmente, por força da Lei 12.016, contra a decisão liminar, concessiva ou denegatória, cabe o recurso de agravo de instrumento (art. 7º, 1º), sendo que a interposição do agravo de instrumento não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão de liminar dirigida ao presidente do tribunal (art. 15, § 3º).

Nos casos de competência originária dos tribunais, da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal (art. 16, parágrafo único).

Na vigência da Lei 1.533, o STF havia pacificado o entendimento de que a decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança não pode ser objeto de agravo regimental (Súm. 622, STF).

No âmbito do TST, o art. 235 do RITST prevê expressamente o cabimento do agravo regimental contra despacho do presidente do tribunal que suspender execução de liminares ou de decisão concessiva de mandado de segurança; conceder ou negar suspensão da execução de liminar, antecipação de tutela ou da sentença em cautelar e, ainda, concessivo de liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar.

Não se admite mandado de segurança para impugnar despacho que acolheu ou indeferiu liminar em outro mandado de segurança (art. 8º, Lei 1.533) (OJ 140, SDI-II).

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo STF, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração (Súm. 626, STF).

6. Decisão

Como esclarece Sérgio Ferraz¹⁴, a decisão do mandado de segurança “poderá ser condenatória (como se depreende, por exemplo, do art. 5º, da Lei nº 4.348, de 26.6.64), constitutiva (na maior parte das vezes) e mesmo executória (v.g., § 3º, do art. 1º, da Lei nº 5.021, de 9.6.66). Em todos esses casos, ela ainda será, em maior ou menor grau (mas nunca com exclusividade, à vista da própria dicção da previsão constitucional), declaratória. Cumpre ponderar que não se trata, salvo as exceções já antes focalizadas, de uma carga declaratória aberta, de cunho normativo, invocável como regra regedora para situações administrativas análogas: a força declaratória dirige-se unicamente ao ato coator já praticado, atingindo, no máximo, outros idênticos, já em vias de consumação. Nesses limites, a segurança poderá ter, a um só tempo, feição corretiva e preventiva.

Acima de tudo, porém, a sentença no *writ* é mandamental”.

Incorrendo em qualquer uma das hipóteses do art. 267, CPC, a segurança será denegada (art. 6º, § 5º, Lei 12.016), sendo que o pedido de mandado de segurança sempre poderá ser renovado, dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (art. 6º, § 6º).

A petição inicial deverá ser indeferida de plano, em decisão fundamentada, quando não for o caso de mandado de segurança ou quando lhe faltar algum dos requisitos legais ou, ainda, quando decorrido o prazo para sua impetração (art. 10).

A decisão denegatória de mandado de segurança que não fizer coisa julgada material contra o impetrante não impede o uso da ação própria (art. 19, Lei 12.016, Súm. 304, STF).

Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 dias, contados da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão (art. 17, Lei 12.016).

No *mandamus* coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (art. 22).

O mandado de segurança coletivo não induz a litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva (art. 22, § 1º).

É pacífico o entendimento de que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados de forma administrativa ou pela via judicial própria (Súm. 271, STF). Assim, o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da Administração Pública somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (art. 14, § 4º, Lei 12.016), observando o sistema de pagamento por precatórios.

Constitui crime de desobediência o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas (art. 26, Lei 12.016) e trabalhistas que possam ser aplicadas.

Mesmo antes da Lei 12.016, já era pacífico o entendimento, no STF e no STJ, de que não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança (Súm. 512, STF, Súm. 105, STJ). Atualmente, a não condenação em honorários advocatícios está expressa no art. 25 da Lei 12.016, sem prejuízo da aplicação de litigância de má-fé¹⁵. Da mesma forma, não pode haver no Direito Processual do Trabalho.

7. Recursos

A decisão que indeferir a petição inicial pelo juiz de primeiro grau será atacada pelo recurso de apelação. Contudo, quando a competência para o julgamento do *writ* for de competência originária do tribunal, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente no tribunal (art. 10, § 1º, Lei 12.016).

Contra a decisão do ministro relator que indeferir inicial de ação de competência originária do TST, como no caso do mandado de segurança, cabe agravo regimental no prazo de oito dias (art. 235, VIII, RITST).

Da sentença denegatória ou concessiva da segurança, caberá apelação, sendo que a decisão concessiva de segurança ainda está sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 10, Lei 12.016).

O TST considera que somente cabe remessa *ex officio* se, na relação processual, figurar pessoa jurídica de direito público como parte prejudicada pela concessão da ordem. Tal situação não ocorre se figurar no feito como impetrante e terceiro interessado pessoa de direito privado, ressalvada a hipótese de matéria administrativa (Súm. 303, III).

Além do Ente de Direito Público ao qual pertence à autoridade coatora, também poderá recorrer a própria autoridade coatora (art. 14, § 2º).

Cabe ao STF julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegada a decisão (art. 102, II, a, CF), sendo que o prazo do recurso ordinário para o STF, em *habeas corpus* ou mandado de segurança, é de 5 dias (Súm. 319).

Da decisão do TRT em mandado de segurança cabe recurso ordinário para o TST no prazo de oito dias (Súm. 201, TST) (art. 224 e segs., RITST).

Não cabe recurso ordinário para o TST de decisão proferida pelo tribunal regional em agravo regimental interposto contra despacho que concede ou não liminar em

ação cautelar ou em mandado de segurança, uma vez que o processo ainda pende de decisão definitiva do tribunal a *quo* (OJ 100, SDI-II).

A interposição de recurso de revista de decisão definitiva de TRT em ação rescisória ou em mandado de segurança, com fundamento em violação legal e divergência jurisprudencial e remissão expressa ao art. 896 da CLT, configura erro grosseiro, insuscetível de autorizar o seu recebimento como recurso ordinário (art. 895, b, CLT) (OJ 152, SDI-II).

Não se aplicam as limitações do valor de alçada em mandado de segurança (Súm. 365, TST).

Na vigência da Lei 1.533, o STF não admitia embargos infringentes de acórdão que em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação (Súm. 597). Para o STJ, também eram inadmissíveis embargos infringentes no mandado de segurança (Súm. 169). No Processo do Trabalho, inexistia previsão do recurso de embargos infringentes com essa finalidade. Por força dessa construção jurisprudencial, o art. 25 da Lei 12.106 vetou expressamente o cabimento do recurso de embargos infringentes em sede de *writ of mandamus*.

O recurso ordinário será recebido com efeito devolutivo, sendo incabível medida cautelar para imprimir efeito suspensivo a recurso interposto, pois ambos visam, em última análise, à sustação do ato atacado. Nesse caso, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito,

por ausência de interesse de agir, para evitar que decisões judiciais conflitantes e inconciliáveis passem a reger idêntica situação jurídica (OJ 113, SDI-II).

No caso de decisão concessiva da segurança, o presidente do tribunal competente para conhecer o recurso, a requerimento da Pessoa Jurídica de Direito Público ou do Ministério Público, poderá, em decisão fundamentada, ordenar a suspensão da execução da sentença, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 15, *caput*, Lei 12.016).

Cabe ao presidente do tribunal conferir efeito suspensivo ao pedido de suspensão de liminar, quando constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida (art. 15, § 4º).

As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (art. 15, § 5º).

Além da disposição legal, o pedido de suspensão dos efeitos da segurança concedida tem previsão regimental (art. 250, RITST).

Recurso ordinário interposto contra despacho monocrático indeferitório da petição inicial de ação rescisória ou de mandado de segurança pode, pelo princípio de fungibilidade recursal, ser recebido como agravo regimental. Hipótese de não conhecimento do recurso pelo TST e devolução dos autos ao TRT, para que aprecie o apelo como agravo regimental (OJ 69, SDI-II).

Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso

No mandado de segurança coletivo, a liminar será concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas (art. 22, § 2º)

especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada (art. 18, Lei 12.016).

Contudo, o pagamento de custas processuais não está dispensado (OJ 148, SDI-II).

Não existem motivos para a exigência do depósito recursal em sede de mandado de segurança.

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Preliminar de não-conhecimento do apelo por deserção. O depósito recursal visa garantir o juízo, de sorte que somente é exigível quando houver condenação em pecúnia, o que não ocorre quando se tratar de sentença de natureza mandamental, a qual apenas impõe obrigação de fazer ou não fazer, auto-executável. Prefacial que se rejeita. Mandado de segurança. Descabimento. Execução definitiva. Penhora de créditos junto a terceiro. Existência de via processual própria. Embargos à execução. 1. Mandado de Segurança contra ato que, em processo de execução, determinou a penhora de créditos da Impetrante junto à Volkswagen Brasil Ltda., Mercedes Bens do Brasil S.A., Ford Brasil Ltda., e Fiat Automóveis S.A. 2. Se a parte dispõe de meio processual específico, qual seja, os Embargos à Execução, para impugnar o ato que reputa ilegal, incabível a utilização da via estreita do *mandamus*, mormente em se verificando que aqueles possuem efeito suspensivo (art. 739, § 1º, do CPC). Inteligência da Súmula nº 267 do eg. STF e do art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51. 3. Sendo inadequada a via eleita pelo Impetrante, não há falar-se em regular constituição da relação jurídica processual. 4. Processo extinto, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC” (TST – SDI-2 – ROMS 766.735/01 – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – j. 18/12/01 – DJ 22/3/02).

8. Processamento

Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico¹⁶ de autenticidade comprovada (art. 4º, Lei 12.016).

Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade. Neste caso, o texto original da petição deverá ser apresentado nos cinco dias úteis seguintes.

A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em duas vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por

certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que:

I – se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 dias, preste as informações;

II – se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III – se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Em caso de deferimento da medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento (art. 7º, § 4º), sendo ainda que, nos termos do art. 20, os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, *salvo habeas corpus*¹⁷.

As autoridades administrativas, no prazo de 48 horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Feitas as notificações, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4º da Lei 12.016, a comprovação da remessa.

Após, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 dias. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 dias.

Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Em caso de urgência, poderá o juiz observar a utilização de telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

Pode recorrer também à autoridade coatora. No processo trabalhista, o recurso oponível é o recurso ordinário (Súm. 201, TST). Convém lembrar que a procuração outorgada com poderes específicos para ajuizamento de reclamação trabalhista não autoriza a propositura de ação rescisória e mandado de segurança, bem como não se

O mandado de segurança coletivo não induz a litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva (art. 22, § 1º)

admite sua regularização quando verificado o defeito de representação processual na fase recursal, nos termos da Súm. 383, II, TST (OJ 151, SDI-II).

A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada. ■

NOTAS

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 54.

2 A nova lei fornece mais argumentos para a tese defendida por Sérgio Ferraz (*Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85-95). Para esse autor, a pessoa jurídica de direito público era a parte passiva no mandado de segurança, e não a autoridade coatora. Entretanto, ao contrário do defendido por Celso Barbi e outros, a autoridade coatora, para Sérgio Ferraz, não é representante da pessoa de direito público, mas mera informante. Assim, defende que a pessoa de Direito Público deve ser citada para, querendo, apresentar defesa. Essa exigência de comunicação à pessoa de direito público hoje consta expressamente da lei.

3 ASSIS, Carlos Augusto de. *Sujeito Passivo no Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 16-20.

4 "Administrativo. Contratação de deficiente físico. Lei 8.213/91. Exigência. 1 – Interesse de agir configurado diante da possibilidade de lavratura de auto de infração pelo não cumprimento do disposto no art. 93 da Lei 8.213/91. 2 – Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/01. 3 – É pacífico que a autoridade coatora, em tema de mandado de segurança, é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado. 4 – Consoante doutrina gabaritada, a possibilidade jurídica do pedido deve ser aferida diante da permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor, sendo certo que inexistente norma expressa vedando a súplica aqui deduzida. 5 – Preliminares rejeitadas. 6 – A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (art. 93 da Lei 8.213/91). 7 – Apelação parcialmente provida. Pedido julgado improcedente" (TRF – 5a. R – 2a. T – AMS 2002.81.00.023051-4 – Rel. Luiz Alberto Gurgel – DJe 18/3/2009 – p. 518).

5 ASSIS, Carlos Augusto de. Ob. cit., p. 20.

6 "Tem-se que as relações jurídicas que aproximam o Estado e seus servidores são, em regra, de Direito público. Assim a natureza do relacionamento Estado-funcionário é estatutária e não contratual. Não se cuidaria de empregador na acepção que lhe dá a lei celetista. Está também o empregado atrelado a princípios de direito administrativo, quer quando à sua conduta, à sua ascensão na carreira, bem assim quanto aos seus proventos. E a investidura em cargo ou emprego público dependerá da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. A remuneração tem fixado pela lei o seu limite mínimo e máximo em âmbito dos respectivos 'Poderes', sendo que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo (art. 37 da CF de 1988). Todavia, outra será a situação quando o Estado deixa o privilégio do âmbito administrativo para contratar em âmbito celetista. Em tais casos, essa aproximação de Estado e empregado é regida pelo Direito privado, não mais pelos princípios de Direito público. Pode-se mesmo dizer que em casos tais o Estado se despe do seu poder de império, perdendo até mesmo a sua dignidade de autoridade para figurar em sede de mandado de

segurança" (Oliveira, Francisco Antônio de. *Direito do Trabalho em Sintonia com a Nova Constituição*, p. 197).

7 CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Jorge Neto, Francisco Ferreira. *O Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2 ed., 2009.

8 ALMEIDA, Amador Paes. *Curso Prático de Processo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 17 ed., 2006, p. 450.

9 "Mandado de segurança. Ato ilegal. Prefeito municipal. O juiz competente para o julgamento do mandado de segurança em geral, é o juiz singular, com recurso para o TRT, salvo disposição em contrário, ou quando a autoridade coatora for juiz do trabalho, pois o objeto do mandado de segurança é todo ato de autoridade lesivo de direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data* e, ato de autoridade é toda manifestação do Poder Público – Administração direta, indireta e pessoa natural ou jurídica com função delegada ou reconhecida pelo Poder Público, em conformidade com o art. 5º, inciso LXIX c/c o art. 114, inciso I, ambos da Constituição Federal. Concurso Público. Ordem de classificação. Alteração. Necessidade de motivação. O art. 37 da Constituição vincula todo ato de administrador público da administração pública direta e indireta aos princípios gerais da Administração pública, dentre os quais os da legalidade e da impessoalidade e dentro destes o da motivação. Assim, a alteração do resultado do concurso público requer a devida motivação, sem o qual é inválido o ato praticado, eis que gera insegurança jurídica para o administrado" (TRT – 22a. R – RO 00005-2006-105-22-00-6 – Rel. Francisco Meton Marques de Lima – DJU 17/1/07 – p. 1).

10 MACIEL, Adhemar Ferreira. "Observações sobre a Liminar no Mandado de Segurança". In *Mandados de Segurança e de Injunção*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 235.

11 É o que se pode inferir da lição de Teori Albino Zavascki (*Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 191-192) que, comparando a liminar no mandado de segurança com a antecipação de tutela do art. 273, CPC, equipara a verossimilhança amparada em prova inequívoca (art. 273) com a exigência de prova preconstituída que acompanha a inicial do *writ*. Como afirma o processualista, "... no momento de decidir sobre a liminar ('ao despachar a inicial'), supõe-se presente, também no mandado de segurança, 'prova inequívoca' dos fatos alegados." Também no sentido da exigência de probabilidade são as lições de Maria Fátima Vaquero Ramalho de Leyser (*Mandado de Segurança*. São Paulo: WVC editora, 2002, p. 93). Cássio Scarpinella Bueno entende que a concessão da liminar pressupõe "alta probabilidade" (*Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2007, p. 85).

12 É de se destacar que na vigência da Lei 1.533, o STJ não admitia o condicionamento de realização de depósito ou prestação de caução pelo impetrante para o deferimento de liminar em mandado de segurança, devendo ser apreciados, apenas, os pressupostos previstos na Lei 1.533/51 (STJ – 2a. T – RESP 279352/SP – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 13/11/01 – DJ 18/2/02 – p. 326).

13 A suspensão da execução da liminar já estava prevista no art. 4º, Lei 4.348/64, e era objeto de muita discussão a respeito da sua constitucionalidade, embora, do ponto de vista prático, fosse aplicada normalmente pelos tribunais (BUENO, Cássio Scarpinella. Ob. cit., pp. 232-236).

14 FERRAZ, Sérgio. Ob. cit., p. 175.

15 A jurisprudência majoritária, à época da legislação anterior, admitia a aplicação das penas por litigância de má-fé no mandado de segurança, conforme indicava Luís Otávio Sequeira de Cerqueira ("Litigância de Má-fé em Mandado de Segurança". In *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002)

16 Em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP) Brasil.

17 Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator. O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de cinco dias.

DA COMPENSAÇÃO DOS PRECATÓRIOS PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS (ICMS E IPVA)

Lauro Laertes de Oliveira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

llo@tjpr.jus.br

1. Intróito

Continua nos tribunais a polêmica em torno da compensação dos precatórios com tributos (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e Imposto de Propriedade de Veículos Automotores – IPVA). O tema envolve questões históricas da origem dos débitos, com negligência do próprio Estado na defesa de seus interesses, sem olvidar culpa do próprio Poder Judiciário e o surgimento de precatórios em valores exorbitantes, bem como a questão do comércio paralelo dos precatórios.

Sob outro prisma, surge a questão do exemplo: se o Estado não paga seus credores, como exige tanto dos contribuintes? Conforme disse o ministro Marco Aurélio de Melo, do Supremo Tribunal Federal (STF), em entrevista à imprensa, a questão dos precatórios tem se convertido em horrendo calote institucionalizado. O ministro Carlos Velloso, nos Embargos Declaratórios da ADI 2.851-1/RO, também disse:

“É que vários Estados e Municípios simplesmente não honram os precatórios, com violação de princípios constitucionais, inclusive o da moralidade administrativa, pois o ‘caloteiro’ é um imoral.”

E agora, para piorar as coisas, vem mais uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) do calote, que posterga os pagamentos dos precatórios por mais quinze anos! Entretanto, o objetivo deste trabalho é dar enfoque aos temas mais polêmicos na questão da compensação dos precatórios, o que faremos por tópicos, a seguir.

2. Do litisconsórcio dos Municípios

O Estado tem requerido a citação do Município para integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário, sob pena de extinção do feito (art. 47, parágrafo único, do CPC). Fundamenta que parte do ICMS (até 1/4) compõe e integra o Fundo Estadual de Participação dos Municípios (FEPM), gerido pelo Estado do Paraná e, de titularidade dos Municípios, e como o art. 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao conferir poder liberatório de tributos da entidade devedora, nada dispôs sobre o destino dessa parcela, a eventual compensação poderá acarretar certos prejuízos aos Municípios onde se localizam os estabelecimentos dos contribuintes. Evidente a desnecessidade de citação dos Municípios. O Órgão Especial do TJPR decidiu: “Desnecessária a citação do Município onde se encontra a sede da empresa impetrante para integrar a lide como litisconsorte passivo necessário porque a compensação pretendida não é capaz de afetar o repasse do imposto devido aos Municípios, o qual independe da forma de quitação do débito, conforme disposto no art. 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 63/90, que regulamenta o art. 158, IV da Constituição Federal (...)” (Mandado de Segurança nº 582.956-9 – Rel. Des. Jesus Sarrão – Órgão Especial – DJe 28/8/2009).

3. Da inconstitucionalidade do Decreto Estadual

418/07

No Incidente de Inconstitucionalidade nº 424.838-4/02, o Órgão Especial do TJPR, em sessão de julgamento realizada em 2 de outubro de 2009, manifestou-se, por maioria absoluta de votos, pela inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto Estadual nº 418/07, que veda a compensação dos precatórios com tributos, cujo voto, de lavra do desembargador Leonardo Pacheco Lustosa, encontra-se assim ementado: “Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade. Decisão não unânime de incidente anterior. Ausência de vinculação ao resultado. Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 481, CPC, ante a modificação da composição do órgão julgador. Conhecimento. Decreto Estadual nº 418/2007, em face do Art. 78, § 2º, do ADCT. Compensação de precatórios requisitórios com débitos do ICMS. Possibilidade. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade precedente.”

Um decreto possui atribuições apenas para regulamentar um procedimento administrativo e em nenhum momento poderia impedir a compensação que se encontra prevista em texto constitucional. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II). Logo, o regulamento serve apenas para a fiel execução da lei; não pode gerar direito ou obrigação novos. Dessa maneira, não pode o regulamento impedir a compensação prevista na Carta Magna.

Por outro lado, o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente decisão em caso oriundo do Paraná, no corpo do acórdão, enfatiza:

“Assim, a pretensão da recorrente deve ser, em parte, acolhida. Isso, porque as disposições do Decreto Estadual nº 418/2007 são de cunho genérico, não se fazendo menção à natureza do precatório, se alimentar ou comum, nem à origem de sua formação. Essa generalidade impressiona, por não se poder admitir que um Estado Membro, de maneira indireta, faça tábula rasa das disposições constitucionais constante do art. 78, § 2º, do ADCT.

O Estado, ao disciplinar sobre a extinção do crédito tributário, não pode impedir o efetivo cumprimento do comando constitucional inserto no art. 78, § 2º, do ADCT, expresso ao dizer que ‘as prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora’. É bom notar que esse entendimento já foi aplicado pela Primeira Turma desta Corte, no julgamento do RMS 26.500/GO, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki. (...)” (RMS 29.433/PR – Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1a. Turma, julgado em 3/9/2009).

4. Da ordem cronológica

Determinar a observância da ordem cronológica, no caso da compensação dos precatórios, significa, em outras palavras, negar o direito à compensação. De fato,

se aquela ordem for observada, inexistiu motivo para a compensação, uma vez que o credor do precatório preferirá receber o valor em moeda corrente a compensá-lo com tributos. Fere a lógica do razoável tal interpretação, na expressão de *Luís Recasens Siches*. O Pleno do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.851/RO, julgada em 28 de outubro de 2004, decidiu pela desnecessidade de observância da ordem cronológica. O TJRS tem decidido: “Não-ferimento à ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Se, por um lado, o art. 100, *caput*, da CF, estabelece ao pagamento dos precatórios a ordem cronológica de apresentação, por outro, no § 1º, determina que o pagamento ocorra até o final do exercício seguinte. Uma vez não pago no exercício seguinte, há mora *ex re*. E se o devedor do precatório está em mora, e se ao mesmo tempo tem a receber daquele a quem deveria ter pago, nada mais lógico e de acordo com o direito natural a quitação até onde os créditos e os débitos se compensam. Não há falar, aí, em violação à ordem cronológica no pagamento dos precatórios, haja vista que o § 2º do art. 78 do ADCT/CF-88, acrescido pela EC 30-00, não faz qualquer referência, por desnecessária, de que, com a possibilidade de compensação nele estabelecida, estava excepcionando a citada ordem” (Apelação Cível nº 70029422680, 1a. Câmara Cível, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 30/09/2009).

É preferível admitir que o alimentando receba ao menos parte de seu crédito, enquanto vivo, cedendo o precatório, do que impedi-lo e ele morrer sem receber seu direito sagrado a verbas de remuneração reconhecidas pelo Poder Judiciário, com trânsito em julgado

5. Dos óbices existentes em legislação estadual

O art. 2º do Decreto Estadual nº 418/07 não foi declarado inconstitucional. O artigo citado dispõe: “Art. 2º. Ficam revogados os Decretos nº 5.003, de 12 de novembro de 2001 e nº 5.154, de 17 de dezembro de 2001.” Assim, diante da revogação da legislação antecedente, inexistem mais os óbices previstos naquela (inscrição em dívida ativa, depósito de 50% em dinheiro e homologação da cessão).

6. Dos precatórios de natureza alimentar

O art. 78 do ADCT não exclui a possibilidade de compensação dos precatórios de natureza alimentar, mas apenas de seu parcelamento em 10 anos. Aliás, não tem sentido a exclusão. Se os precatórios de natureza alimentar deveriam ser pagos de forma preferencial e com urgência, devido a sua natureza, não tem fundamento impossibilitar a cessão e impedir que o credor receba ao menos parte de seu crédito. O atraso no pagamento dos precatórios de natureza alimentar no Paraná é grande, o que levou o desembargador Sílvio Dias a calcular que o credor que ingressar hoje na fila receberá seu crédito daqui a 25 anos, se vivo estiver (Declaração de voto no Agravo Regimental nº 424.838-4/01).

Por outro lado, a regra do art. 373, II, do Código Civil visa proteger o alimentando e não prejudicá-lo. É preferível admitir que o alimentando receba ao menos parte de seu crédito, enquanto vivo, cedendo o precatório, do que impedi-lo e ele morrer sem receber seu direito sagrado a verbas de remuneração reconhecidas pelo Poder Judiciário, com trânsito em julgado. “Destoa do bom-senso a interpretação

literal, que leva a atribuir ao precatório privilegiado menos direito do que ao precatório não privilegiado, submetido ao regime conhecido como ‘calote do precatório’” (*Kiyoshi Harada*, *Precatório alimentar: possibilidade de compensação tributária à luz da evolução jurisprudencial*, site *Jus Navigandi*).

7. Dos precatórios de autarquias

Os precatórios de responsabilidade de autarquia estadual, como o Departamento de Estradas de Rodagem (DER), não impedem a compensação autorizada pelo art. 78, § 2º, do ADCT. A ausência de identidade entre credor e devedor do precatório não impede a compensação. O STF decidiu: “Discute-se no presente recurso extraordinário o reconhecimento do direito à utilização de precatório, cedido por terceiro e oriundo de autarquia previdenciária do Estado-membro, para pagamento de tributos estaduais à Fazenda Pública. 2. O acórdão recorrido entendeu não ser possível a compensação por não se confundirem o credor do débito fiscal --- Estado do Rio Grande do Sul --- e o devedor do crédito oponível --- a autarquia previdenciária. 3. O fato de o devedor ser diverso do credor não é relevante, vez que ambos integram a Fazenda Pública do mesmo ente federado [Lei n. 6.830/80]. Além disso, a Constituição do Brasil não impôs limitações aos institutos da cessão e da compensação e o poder liberatório de precatórios para pagamento de tributo resulta da própria lei [artigo 78, *caput* e § 2º, do ADCT à CB/88]. 4. Esta Corte fixou jurisprudência na ADI n. 2851, Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 3.12.04, (...) . Dou provimento ao recurso extraordinário, com fundamento no disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC. Custas *ex lege*. Sem honorários. Publique-se. Brasília, 28 de agosto de 2007. Ministro Eros Grau – Relator” (RE nº 550400 – Rel. Min. Eros Grau – DJU 18/9/2007 – PP-00080 – Republicação: DJe-108 – DJ 24/9/2007 PP-00119). No mesmo sentido decisão monocrática do Ministro Eros Grau no RE 602.452-4/PR, em 27.8.2009.

8. Da homologação das cessões de crédito

Desnecessária a homologação judicial da cessão do precatório. A exigência de que ocorra homologação judicial da cessão de crédito do precatório se revela inaceitável. O art. 78, § 2º, da Constituição Federal, que disciplina a compensação dos precatórios com débitos tributários, e os arts. 286 a 298 do Código Civil, que regulam a cessão de crédito, em nenhum momento exigem a homologação judicial de cessão de crédito para ter valor. No Código de Processo Civil, de igual forma, inexistiu tal exigência. É pura invenção de um simples decreto estadual, hoje explicitamente revogado. Não pode o Governador legislar sobre matéria processual ou civil por meio de decreto. É da competência exclusiva da União legislar sobre tais matérias (art. 22, I, da Constituição Federal). Na cessão de crédito exige-se apenas a notificação do devedor (CC, art. 290). Não existe nenhuma razão lógica e plausível para exigir homologação judicial. A cessão de crédito é “o negócio pelo qual o credor transfere a terceiro sua posição

na relação obrigacional” (Orlando Gomes. *Obrigações*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 249). Não pode ficar sujeita a receber homologação judicial para ter eficácia. Na verdade, o que cabe ao cessionário fazer é habilitar seu crédito perante o juízo de origem do crédito, mediante simples petição, cientificando-se a credora (Fazenda Pública). Nada mais. Aliás, cuida-se de mera faculdade atribuída ao cessionário.

9. Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário

Viável a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando existe pedido administrativo de compensação de crédito com débito pendente de exame na esfera administrativa. O STJ pacificou a matéria: “Tributário – Compensação – Pedido administrativo pendente de homologação pelo fisco – Suspensão da exigibilidade do tributo – Fornecimento de Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa (CPD-EN). (...) 2. A alegação de compensação é verdadeira causa extintiva do direito do fisco, podendo ser alegada tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, como medida impugnativa a cargo do contribuinte. Alegada na esfera administrativa, tem o efeito de suspender a exigibilidade do tributo, na forma do art. 151, III, do CTN. 3. Enquanto pendente de análise pedido administrativo de compensação, suspende-se a exigibilidade do tributo, hipótese em que não pode negar o fisco o fornecimento de certidão positiva de débitos, com efeito de negativa, de que trata o art. 206 do CTN. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido” (REsp nº 774.179/SC – Rel. Min. Eliana Calmon – 1a. Seção – DJU 10/12/2007 – p. 283).

Viável a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando existe pedido administrativo de compensação de crédito com débito pendente de exame na esfera administrativa

10. Da concessão da segurança para determinar a reapreciação do pedido de compensação na esfera administrativa

Outra discussão que surgiu no Tribunal de Justiça do Paraná diz respeito à possibilidade ou não, em sede de mandado de segurança, de determinar a reapreciação do pedido no âmbito administrativo, afastando os óbices opostos, como o Decreto 418/07, crédito de natureza alimentar, homologação da cessão etc. Em matéria tributária é admissível que o juiz ou tribunal afaste os óbices opostos pela Administração, para a compensação, e determinar a reapreciação do pedido. Não se pode cogitar aqui de sentença condicional.

O STJ tem decidido reiteradamente que não cabe ao Judiciário fazer o acerto das contas, em matéria de compensação tributária. Vejamos: “Ao Poder Judiciário compete declarar o direito à compensação quando sobre ele paira dúvida jurídica, mas o procedimento administrativo que conduz à extinção do crédito tributário é de competência da Administração tributária” (REsp 1010142/SP – 2a. Turma do STJ – Rel. Min. Eliana Calmon – DJe 29/10/2008); “Incumbe à administração averiguar o acerto de contas procedido pelo contribuinte, atividade que escapa à competência do judiciário” (REsp 120394/SC; REsp 120413/RS); Em recente mandado de segurança oriundo do Paraná, disse: “dou parcial provimento ao

recurso ordinário para que a autoridade administrativa competente dê regular processamento ao pedido de administrativo da impetrante, no que toca ao Precatório protocolado no TJ/PR sob o n. 122.457/2000” (RMS 29.433).

Noutro mandado de segurança, no mesmo sentido: “Além disso, como bem destacou a Corte de origem, o provimento jurisdicional restringe-se aos critérios de compensação, impedindo que a autoridade fiscal objete a compensação dos créditos do IPI com débitos fiscais vencidos do período pós quebra, ressaltando-se que a apuração dos montantes deve ser efetuada na via administrativa própria” (REsp 786.660/PR). Não é na via judicial que se extingue o crédito tributário por compensação, mas no âmbito administrativo. Dessa maneira, indubitável que não cabe ao Poder Judiciário determinar em definitivo a compensação, que se fará sempre pela Administração.

11. Do pedido inicial

Incumbe ao advogado realizar o pedido inicial no mandado de segurança de modo completo, a fim de evitar dúvidas e obter uma tutela jurisdicional eficaz. Impõe-se pedir que sejam afastados todos os óbices normalmente opostos pela Administração (natureza alimentar, ordem cronológica, precatórios de autarquias, necessidade de homologação da cessão, inscrição em dívida ativa, depósito de 50% em dinheiro, e art. 1º do Decreto 418/07,

bem como pedir a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até que o pedido seja reapreciado na esfera administrativa, desde que não ajuizada ainda a execução fiscal).

12. Da competência e da autoridade coatora

Antes de 9 de fevereiro de 2007, a competência para apreciar os procedimentos administrativos de compensação de precatórios era do Diretor Geral da Secretaria de Estado. Em consequência, a competência para julgar o mandado de segurança era das Varas da Fazenda Pública. A partir de 9 de fevereiro de 2007, conforme Resolução/SEFA 017/07, a competência para apreciar tais pedidos passou para o Secretário de Estado da Fazenda e, por consequente, a competência para apreciar os mandados de segurança, originariamente, ao Tribunal de Justiça (1a. a 3a. Câmaras Cíveis). Finalmente, a contar de 4 de junho de 2008, a competência passou para o Governador do Estado, conforme Decreto nº 2.749, e a competência para apreciar o mandado de segurança, ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

13. Conclusão

Enfim, cumpre ao Poder Judiciário, em sua nobre função de julgar, interpretar as regras constitucionais e infraconstitucionais, sem esquecer os postulados da ética, razão e bom senso. Se, por um lado, muitos contribuintes aproveitam-se da regra do art. 78 do ADCT para pagar menos tributos, por outro lado o Estado não paga os precatórios – existe Estado da Federação que, segundo informações, não paga nenhum precatório há mais de 20

anos –, verbas remuneratórias reconhecidas pelo Poder Judiciário simplesmente deixam de ser pagas e o credor morre na fila de espera (precatórios de natureza alimentar).

Se os Estados e Municípios honrassem os precatórios, não existiria mercado paralelo. Aliás, a União paga em dia seus precatórios. Urge uma solução justa e adequada para esses conflitos de interesses. É importante encontrar o ponto de equilíbrio. Como ensina *Cândido Rangel Dinamarco*: “É indispensável que também na interpretação dos fatos, das provas e dos textos saiba o

Juiz optar pela solução mais justa e consentânea com os valores substanciais da nação.”

Assim, hoje entendo que a solução mais justa é afastar os óbices opostos pela Administração e determinar a reapreciação do pedido de compensação na esfera administrativa em sede de mandado de segurança. Por outro lado, o Judiciário deve prestar uma tutela jurisdicional completa com o afastamento de todos os óbices opostos de regra pela Administração. Noutro giro, existe o caminho da ação declaratória e, ainda, a nomeação dos precatórios à penhora. ■

CULPABILIDADE, MODO DE SER E MEDIDA DE PENA

Antonio Carlos Santoro Filho

Juiz de Direito em São Paulo

Pós-graduado em Direito Penal pela Escola Paulista de Magistratura (EPM)

antoniocarloasantorofilho@uol.com.br

Hoje está praticamente pacificado na doutrina, nas legislações democráticas e na jurisprudência que o único campo de atuação do Direito penal é o do “comportamento humano”. Os sentimentos, assim, *apenas quando ligados* aos comportamentos podem ter relevância.

O Direito, desse modo, não pretende “moldar moralmente o homem”, transformá-lo verdadeiramente. Basta-lhe, para ser considerado eficiente, que logre alterar – ou evitar – as condutas humanas socialmente desajustadas e modificar – ou controlar – os indivíduos no que se refere às suas condutas para com os demais.

Para o Direito, portanto, não importa se o homem em seu plano interno, no seu “querer”, na sua imaginação e pensamentos seja, por exemplo, um “homicida”. O que lhe interessa – e essa é a sua função precípua – é que tais pensamentos ou “vontades” não se concretizem de fato; e, se se concretizarem, a sanção terá por finalidade ressaltar que o “bem jurídico” atingido continua a manter a sua posição de valor socialmente relevante.

Logo, o que se passa *somente* no mundo interior de cada ser humano, o que está reservado ao âmbito da alma ou do espírito e não se reflete nas relações sociais não é atingido pelo Direito – que não é apto e nem pretende intervenção desta natureza.

Como já sustentava Samuel Pufendorf, lembrado por Artur Kaufmann, os deveres para com Deus e para com a bondade só interessam, respectivamente, à religião e à moral. Os deveres jurídicos, por sua vez, que resultam da razão, o são para com a sociedade e independem da religião e da moral¹.

Conclui-se, pois, que se o Direito e a norma penal têm por único referencial a *conduta humana*, somente esta pode ser o fundamento do juízo de culpabilidade, e não o *caráter* do homem ou a sua *periculosidade latente*.

O juízo de culpabilidade tem como objeto fundamental, pois, determinado *ato humano*, e não o caráter ou *conduta de vida* da pessoa.

A adoção da culpabilidade pelo ato, todavia, não implica, como parecem querer muitos em nosso tempo, a completa dessubjetivação da responsabilidade penal

e a despersonalização do delito; ou que a *atitude interna* do agente em relação ao bem jurídico, assim como os demais caracteres subjetivos – em suma, a sua *personalidade*² e opções efetivadas, isto é, o uso que fez de sua *liberdade*³ –, na *concreção do fato*, não tenham qualquer relevância; ao contrário, trata-se, no juízo de culpabilidade, do dado que permite diferenciar e fixar o seu grau e, em consequência, aplicar a pena com observância ao princípio da proporcionalidade.

A pessoa humana – como sustenta Edith Stein – é um ser corporal-anímico que “habita” um *eu* consciente de si mesmo que é *livre* e que pode configurar tanto o seu corpo como seu espírito. Sua estrutura essencial submete a uma formalização espiritual, tanto a sua autoconfiguração voluntária, como os atos pontuais de sua vida e o seu próprio *ser* permanente⁴.

A culpabilidade, pois, não se esgota em um juízo sobre o ato – embora seja este, repita-se, sempre a sua referência *principal* e *pressuposto* inafastável –, mas envolve, também, a valoração da *posição assumida* pela pessoa em relação aos outros, de sua autocolocação na vivência social, ou seja, do *sentido* que confere – ou conferiu – o indivíduo à própria existência⁵.

O injusto penal, nestas condições, constitui uma *revelação* da construção que a pessoa fez de si própria, das escolhas livres, conscientes e intencionais que efetivou para si e em relação aos demais e pelas quais é responsável; em síntese, da elaboração que realizou do próprio destino e de seu “ser no mundo”, devendo ser valorado sob essa complexidade. O *ser* da pessoa é composto pelo que ela é e como é. A coincidência entre o ser de um ente, e seu aparecer, consubstancia-se em como aparece para nós, de forma que este aparecer compreende-se como um vir a ser na cotidianidade da existência. O ser somente pode ser compreendido, portanto, na existência humana, na coexistência em seus modos de ser no mundo⁶.

Com efeito, o (f)ato-crime doloso é um *fenômeno social*⁷ que se imputa – e por isso pertence – a determinado sujeito como *obra sua*, pois produzido como decorrência de sua *vontade consciente*, em frustração à

expectativa de observância da norma. Estes, em síntese, os pressupostos subjetivos que *fundamentam* a imposição de uma sanção penal.

No “fenômeno-crime” o que se dá a observar não é apenas o “fato”, mas também a personalidade⁸ – ou ao menos um de seus lados, uma de suas facetas – de seu agente. Realmente, se o conhecimento, como assevera Edith Stein, é uma captação espiritual de um ente, é lícito dizer que conhecemos o modo de ser próprio de um homem e que este modo de ser se mostra a nós mediante as múltiplas formas expressivas pelas quais o *interior* – personalidade – se *exterioriza*: comportamentos⁹. A análise da existência, que se constitui de escolhas concretas, deixa transparecer o sentido do *ser*¹⁰. Um determinado “modo de ser”, pois, permite uma investigação e conclusões ontológicas, na medida em que mostra ao mundo o próprio *ser* que o produz¹¹.

A culpabilidade, por isso, tendo por objeto o *fenômeno*, constitui um juízo de valor não somente sobre o próprio ato, em si mesmo considerado e “isolado”, mas ainda em relação ao que se revelou da personalidade, da opção existencial do espírito humano que o produziu.

Em resumo: o direito penal que pretenda realizar justiça não pode ser um puro direito penal do fato, pois os fatos, isolados de seu contexto e descolados de suas circunstâncias circundantes, não possibilitam implicações valorativas subjetivas; também não pode ser um mero direito penal de autor – cujos efeitos danosos à liberdade foram inequivocamente comprovados pela história –, pois a moral, enquanto circunscrita ao plano pessoal e sem capacidade de causar prejuízos a outrem, pertence apenas a cada um. Propugnamos, portanto, um direito penal do *ato*, que é constituído pelo *fato*, mas também por seu *autor*, uma vez que o ato pertence a quem o *produz* e é expressão de sua personalidade. O ato *supera o fato*, pois é o fato somado ao seu autor e impregnado pelas características pessoais deste. Logo, na apreciação do ato, valora-se o fato, o acontecimento – aspecto objetivo –, mas também o seu contexto ético e seu agente – aspecto subjetivo.

A gradação da pena, portanto, além das circunstâncias objetivas do fato – por exemplo: modo de execução, grau de lesão ao bem jurídico etc. –, tem como objeto de valoração o *comportamento total* do sujeito, isto é, não somente os elementos exteriores da conduta, mas também o seu aspecto *subjetivo*. Antigos conceitos, então, como de *personalidade voltada para o crime* e de *intensidade do dolo*, que por muitas vezes foram utilizados como um mero recurso *retórico* e, por isso, rechaçados pelas “modernas tendências” do direito penal, ganham com a interpretação aqui formulada *fundamentação* e *conteúdo* e permitem, pois, a elaboração de um direito penal de feição mais personalista.

Quem conhece a realidade dos processos criminais sabe que a Defesa – técnica –, ordinariamente, não se limita a negar os fatos ou a impugnar a “imputação”, mas procura demonstrar que a *personalidade* do acusado, seu comportamento familiar, profissional e social anterior, em suma, que seu ser no mundo e suas relações intersubjetivas são incompatíveis com a acusação, ou, ao menos, que o evento tratou-se de um “fato isolado” em sua vida. E é por isso que, em regra, são arroladas as denominadas “testemunhas de antecedentes”, as quais, embora nada saibam sobre o “objeto” do processo –

principal, pois, como sustentamos, também a personalidade do acusado está, de certa forma, sob “juízo” –, procuram fornecer elementos para a conclusão de que se trata o réu de uma “boa pessoa”, “dedicada ao trabalho e à família”, inexistindo algo que “desabone” a sua conduta anterior. Esta quase “tradição” processual-penal, bastante presente nos processos sujeitos a julgamento pelo juiz singular – de Direito – que não pode – e não deve – ser considerada desnecessária ou inútil – desde que *verdadeiros* os testemunhos”, na medida em que permite ao julgador conhecer de forma mais profunda o réu que lhe é apresentado, é ainda mais incisiva nas acusações julgadas pelo Tribunal do Júri, em que os juízes – jurados, membros do Conselho de Sentença – são leigos escolhidos – sorteados – dentre os membros da comunidade.

Assim, centrada no sujeito, a culpabilidade representa, primeiro, um juízo sobre os *motivos* e *móveis do crime*, sobre a formação da vontade dirigida contrariamente ao bem jurídico tutelado, pois a *motivação*, enquanto “provisões ou expectativas aprendidas de uma *finalidade*”¹², enseja uma maior ou menor reprovabilidade social.

Em segundo lugar, diante do conceito de *dolo* – *valorativo* – por nós formulado¹³, tem a culpabilidade como referência o *grau de menosprezo consciente*, na conduta, ao bem jurídico tutelado pelo tipo.

Embora pertença o dolo ao *tipo*, a valoração que sobre ele recai *íntegra a culpabilidade*, pois importa, também, uma maior ou menor reprovabilidade do comportamento. Neste sentido, pode-se falar em “*intensidade do dolo*”¹⁴ correlacionada ao grau de reprovabilidade e, portanto, vinculada à culpabilidade. Nestas condições, o dolo pode ser compreendido como portador de duas posições: no tipo, funciona como *elemento subjetivo* e, para a culpabilidade, como *objeto de valoração*.

Em terceiro lugar, pode haver uma relação direta entre conhecimento da ilicitude e reprovabilidade. Se a ausência de consciência potencial a exclui e a consciência, ao menos potencial, já a afirma, a consciência plena, perfeita, importa uma culpabilidade *superior*, pois em relação ao sujeito, nas circunstâncias concretas, se consubstancia uma frustração maior da expectativa social de cumprimento da norma.

O grau de expectativa de observância da norma, por derradeiro, justifica a maior reprovabilidade – culpabilidade – que recai sobre os portadores de *maus antecedentes* e *reincidentes*, pois daquele que já tomou contato com a Justiça Criminal e obteve, do Estado, a reafirmação da escala valorativa vigente – condenação –, há de se esperar que observe o complexo normativo e se motive pelas prescrições dele decorrentes, pois antes atingido, de forma direta, pelas consequências de tal inobservância – tendo sido delas, portanto, inequivocamente alertado.

Isto nada tem a ver, como pretendem alguns, com influência do “direito penal do inimigo” em nosso ordenamento jurídico¹⁵, na medida em que a reprovabilidade penal superior fundada na *consciência*, *autonomia* e *liberdade* do sujeito que perpetrou o ato ilícito constitui verdadeira antítese em relação à desconsideração da qualidade de *pessoa* do agente, preconizada por Jakobs. Acrescente-se que a consideração da reincidência e maus antecedentes,

quando da fixação da pena, tem por única finalidade *individualizá-la*¹⁶ – em observância, também, como já referimos, ao princípio da igualdade, que impõe o tratamento *desigual* de condutas *desiguais* – e não caracteriza, de forma alguma, “procedimento de guerra” contra o agente do crime, outro ponto *configurador* do “direito penal do inimigo”. Por fim, anote-se que a valoração da *vontade*, *motivação* e *finalidades* do agente reveladas no *ato ilícito*, bem como das circunstâncias que envolvem a sua prática, não caracteriza qualquer “violação à intimidade” da pessoa¹⁷, pois a *intimidade* é protegida pela Constituição enquanto tal – ou seja, reservada à *individualidade* do sujeito e à sua vida *privada* –, e não nas hipóteses de sua *exteriorização* dirigida à *lesão* de bens jurídicos de outrem. ■

NOTAS

1 “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, p. 89. Esta ideia encontrou desenvolvimento em Christian Thomasius, discípulo de Pufendorf, para quem o *dever externo* pertence ao Direito, enquanto que o *dever interno* encontra o seu campo na moral. Somente o dever moral é um dever de consciência; o dever externo do Direito, ao contrário, é um dever coativo baseado no temor fundado na coação exercida por outros homens – a sociedade. O Direito – segundo Thomasius – “se ocupa somente das ações exteriores do homem, porém não penetra no que está escondido no peito deste e não se exterioriza mediante algum efeito, ou de uma maneira perceptível”. O Direito, portanto, ocupa-se, em sua maior parte, dos *comportamentos humanos exteriores* (WELZEL, Hans. *Estúdios de Filosofia del Derecho y Derecho Penal*, pp. 220-221 e 247).

2 Em sentido próximo o posicionamento nitidamente *existencialista* de Jorge de Figueiredo Dias ao sustentar que o substrato da medida de pena reside “na totalidade da *personalidade* do agente, ético-juridicamente relevante, que fundamenta o facto, e portanto *também* na liberdade pessoal e no uso que dela se fez, exteriorizadas naquilo que chamamos <<atitude>> da pessoa perante as exigências do dever-ser (o <<Gesinnung>> na sua estrutura ético-existencial). Daí que o juiz, ao emitir o juízo de culpa ou a medir a pena, não possa furtar-se a uma *compreensão* da personalidade do delinquente, a fim de determinar o seu desvalor ético-jurídico e a sua desconformação em face da personalidade suposta pela ordem jurídico-penal. A medida desta desconformação constituirá a medida da *censura pessoal* que ao delinquente deve ser feita e, assim, o critério essencial de medida de pena (*Liberdade-Culpa-Direito Penal*, pp. 184-185).

3 Assim é porque, sob uma perspectiva *existencialista*, adotada neste trabalho – embora sem caráter absoluto, pois reconhecidas as influências genéticas, da primeira infância e do ambiente em que vive o sujeito para a *formação da sua personalidade*, as quais, entretanto, não *excluem* a sua *liberdade* ou *possibilidade de liberdade*: “Nada ocorre verdadeiramente na existência do homem sem que ele escolha. A estrutura do homem é essencialmente liberdade, liberdade que não é indiferença, mas normatividade, dever-ser: dever-ser da personalidade finita do homem e, por isso mesmo, do ser universal que a funda e da comunidade que nele encontra seu lugar de encontro e de entendimento recíproco” (ABBAGNANO, Nicola. *Introdução ao Existencialismo*, p. 33).

4 *La Estructura de la Persona Humana*, pp. 110-11.

5 Sérgio Leonardo Gobbi observa que “Para a abordagem centrada na pessoa a Liberdade está relacionada a um processo interno de exploração das experiências, a partir de uma perspectiva de estruturação da personalidade e, por consequência, de comportamento perante a própria vida. Esta consiste no aspecto crucial do organismo para representar adequadamente suas experiências (...). A partir das próprias escolhas, ou seja, da liberdade de escolher aquilo que mais lhe convém, a escolha torna-se mais satisfatória, em suas necessidades e, fundamentalmente, mais congruente em sua estrutura orgânica (...). Demonstra um estado de “tornar-se” muito mais do que um estado estático de ser. O tornar-se passa a ser parte da existência do homem enquanto processo, assim como ocorre na realidade física” (*Teoria do caos e a abordagem centrada na pessoa*, pp. 58-59).

6 CRITELLI, Dulce Mára. *Análítica do Sentido*, 2 ed., pp. 29 e 31-33. O *fenômeno crime*, sob a consideração fenomenológica aqui empreendida, é uma *expressão* do próprio *ser* nas suas relações intersubjetivas, pois, neste sentido, como adverte Martin Heidegger, o “fenômeno é somente o que constitui o ser, e ser é sempre ser de um ente. Por isso, ao se visar a uma liberação do ser, deve-se, preliminarmente, aduzir de modo devido o próprio ente. Este ente também deve mostrar-se no modo de acesso que genuinamente lhe pertence” (*Ser e Tempo*, p. 77).

7 Pode-se afirmar, por isso, que “A valoração do objeto é uma atividade fenomênica do Juiz sobre o fenômeno crime, o qual como objeto consiste na conduta do agente mencionada no tipo penal (...). O Juiz como ser humano que é tem a sua presença judicial demarcada pela Fenomenologia Existencial. Basta ver na multiplicidade de intuições e percepções remetidas pelo Juiz (não um mero expectador), interferindo intersubjetivamente na conduta do agente, através da norma penal, co-vivenciando todo plano do comportamento delituoso. Ao mesmo tempo, tem uma visão panorâmica da norma, lançando-lhe também, um sentido de valor que faz recair no bem jurídico nela assegurado, onde procede o balanceamento de valores atendendo a um equilibrado método” (COSTA, Carlos Aldamyr Condeixa da. *Pressupostos Existenciais do Crime*, p. 32).

8 A personalidade a que nos referimos – ou um conceito relevante para efeitos jurídico-penais – constitui a *conjugação*, em uma organização *dinâmica*, no indivíduo, de aspectos genéticos, físicos e culturais, que formam uma totalidade *única*, dirigida à *autorrealização* e a um determinado *sentido*, movida por móveis e motivos, aberta a modificações – inclusive no que se refere a seu sentido – e que supera a mera soma das partes que a integram – *Gestalt*. Por acreditarmos que a personalidade está aberta a alterações é que admitimos, como uma das finalidades da pena, a *prevenção especial*, que, respeitada a liberdade de pensamento e de *opção* da pessoa humana, consiste na colocação, à disposição do criminoso, de meios capazes de provocar a sua (re)integração à vida social ordenada, ou, na feliz expressão de Paul Ricoeur, de reabilitá-lo, de lhe devolver, ao fim da pena, a capacidade de ser um cidadão integral (*O Justo 1*, p. 193). Trata-se a *prevenção especial*, pois, de uma oportunidade de *modificação existencial* conferida ao condenado, que dela poderá aproveitar-se ou não, de acordo com a sua *liberdade de escolha*, para, no fluxo de sua existência e confrontado com a pena em sua complexidade, *tornar-se* um *ser diferente* do que era, moldar-se para um *vir a ser* distinto. O agente, quando da

Com efeito, o (f)ato-crime doloso é um fenômeno social que se imputa – e por isso pertence – a determinado sujeito como obra sua, pois produzido como decorrência de sua vontade consciente, em frustração à expectativa de observância da norma. Estes, em síntese, os pressupostos subjetivos que fundamentam a imposição de uma sanção penal

prática do crime é criminoso, mas não está “condenado” a permanecer nesta condição existencial; pode optar pela modificação de seus comportamentos e pela alteração do sentido de seu próprio ser.

9 *La Estructura de la Persona Humana*, p. 25.

10 BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao Pensar*, 33ª ed., p. 58. Podemos subscrever, assim, o ensinamento de Dulce Mára Critelli: “*Quem* alguém é, é sempre quem alguém foi (Arendt, 1981). Uma vida tecida na trama dos outros com quem interagiu e das coisas que com eles (ou contra eles) fez, sobre as quais falou, e dos negócios humanos que com eles manteve em comum (ainda que em discórdia). Assim, quem alguém é/foi, no registro do texto ou da memória dos outros, é sempre uma biografia que só se constitui pela coexistência no mundo (...). O que se pretende objetivar através da *singularização* de um quem, é um *modo de alguém ser*. Um modo de como alguém é humano (...). Ser, portanto, é sempre a realização de um modo de ser” (*Análítica do Sentido*, 2ª ed., pp. 127-28).

11 Este entendimento aproxima-se da posição de Jean-Paul Sartre, para quem “A aparência não esconde a essência, mas a revela: ela é a essência. A essência de um existente já não é mais uma virtude embutida no seio deste existente; é a lei manifesta que preside a sucessão de suas aparições, é a razão da série (...). Assim, o ser fenomênico se manifesta, manifesta tanto sua essência quanto sua aparência e não passa de série bem interligada dessas manifestações” (*O Ser e o Nada*, pp. 16-17). Na mesma linha o pensamento de Arcângelo R. Buzzi, para quem o ser é o que aparece e se mostra a quem procura, de forma que o ser verdadeiro está no que aparece. Assim, para alcançar o ser verdadeiro, deve-se mergulhar na aparência, mergulho este que não anula o mundo da aparência, mas que apenas mostra o estranho de seu ser insondável (*Introdução ao Pensar*, 33 ed., pp. 21 e 35-36).

12 PENNA, Antonio Gomes, *Introdução à Motivação e Emoção*, p. 22. Jean-Paul Sartre ensina que o *motivo* constitui a razão de um ato, uma apreciação objetiva da situação, ou seja, o conjunto das considerações racionais que o “justificam”. Conceitua o motivo, assim, como a “captação objetiva de uma situação determinada, na medida em que esta situação se revela, à luz de um certo fim, como apta a servir de meio para alcançar este fim. O móbil [ou móvel], ao contrário, é considerado comumente como um fato subjetivo. É o conjunto dos desejos, emoções e paixões que me impele a executar certo ato (...) o móbil nada mais é do que a captação do motivo, na medida em que tal captação é consciente (de) si. Mas daí resulta, evidentemente, que motivo, móbil e fim são os três termos indissolúveis do brotar de uma consciência viva e livre que se projeta rumo às suas possibilidades e define-se por essas possibilidades” (*O Ser e o Nada*, 16 ed., p. 551-52 e 555). A motivação, portanto, constitui a análise das condições que tornam possível a realização de determinada conduta. O motivo *impulsiona* para o ato, cabendo ao sujeito, porém, a *escolha* de sua realização, de acordo com o seu “projeto existencial”.

13 A respeito, conferir o nosso *Fundamentos de Direito Penal*, pp.157-159.

14 A mesma solução, evidentemente, não é possível com a adoção do “dolo natural”, pois este se satisfaz, para restar plenamente configurado, com o “querer o resultado”, independentemente da posição valorativa tomada pelo agente, o que, a nosso ver, implica violação ao princípio da *justiça*, pois condutas díspares são tratadas com absoluta – e incabível – igualdade.

15 Neste sentido posicionam-se André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade, “Traços do Direito Penal do Inimigo na fixação da pena-base”, in *Boletim IBCCRIM*, n. 178, setembro de 2007.

16 A Constituição Federal de 1988 elevou o princípio da *individualização da pena* à categoria de garantia constitucional, ao dispor, em seu art. 5º, inciso XLVI, que “a lei regulará a individualização da pena”, e em seu inciso XLVIII, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. O princípio da individualização da pena é decorrente da admissão, entre nós, da *dignidade humana* como fundamento do sistema penal. Isto porque se a pessoa humana, por força da dignidade que a caracteriza, trata-se de ser *único* e *insubstituível*, assim deve ser tratada, inclusive quando sujeita a uma sanção penal. Logo, podemos conceituar a individualização da pena como o *processo pelo qual*, mediante a mensuração da *quantidade* e *qualidade* da pena – fixação e execução –, objetiva-se atingir os seus fins – reprovação proporcional e prevenção –, considerando-se as *características essenciais* de seu sujeito passivo e da *conduta ilícita perpetrada* – de nítida influência *existencialista* e *personalista*, portanto.

A individualização compreende três fases. A primeira etapa deste processo consiste na *cominação* da sanção ao delito, a individualização *legal*, com o estabelecimento da *espécie* de pena e de seus *limites* mínimo e máximo. O legislador, ao fixar estes limites, objetiva oferecer parâmetros ao Estado-juiz, a fim de que este possa aplicar corretamente a pena, atendendo aos fins da proporcionalidade e da prevenção geral.

Uma real individualização exige que a pena seja determinada, explícita e precisa, mas nunca fixo o seu *quantum*, pois do contrário retirar-se-ia do julgador a possibilidade de efetivamente individualizar a pena no caso concreto (SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JR., Alceu. *Pena e Constituição*, p. 31).

Consequências extremamente relevantes originam-se nesta fase, tais como os regimes de cumprimento da pena privativa aplicáveis – fechado, semiaberto ou aberto – e o cabimento da transação penal ou da suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89, ambos da Lei 9.099/95).

Diante da conduta concretamente considerada, surge a segunda fase do processo de individualização – que ora tratamos –, isto é, a *aplicação* da pena.

Para tanto, deve o juiz, como afirmamos, apreciar a culpabilidade, a personalidade, antecedentes e conduta social do agente, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima – ou seja, o *fenômeno* “crime” em toda a sua complexidade, centrado na pessoa de seu agente. Fixa, então, a espécie e quantidade de pena e, em se tratando de pena privativa de liberdade, o regime inicial de seu cumprimento.

Com a fixação da sanção advém a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritivas de direito ou pela pena de multa, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, e a viabilidade da suspensão condicional da pena (*sursis*).

Por fim, concretiza-se também a individualização na execução da pena com a classificação dos condenados e colocação em estabelecimento penal adequado, determinação e atribuição de trabalhos e deveres, concessão ou indeferimento dos institutos de evolução para a readaptação social no cumprimento da sanção – progressão de regime, livramento condicional, conversões, saída temporária, entre outros – e estabelecimento das condições do livramento condicional.

17 CALLEGARI e LOFRANO, ob.cit.

A culpabilidade, por isso, tendo por objeto o fenômeno, constitui um juízo de valor não somente sobre o próprio ato, em si mesmo considerado e “isolado”, mas ainda em relação ao que se revelou da personalidade, da opção existencial do espírito humano que o produziu

A PROVA DE CONHECIMENTO PARA O CONCURSO DE REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Bruno Becker

Oficial Registrador
Especialista em Direito Imobiliário
e em Direito Urbanístico
becker_bruno@hotmail.com

I. Introdução

Em 9 de junho de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 81, *dispondo sobre os concursos públicos para ingresso e remoção nas serventias notariais e de registro*, estabelecendo normas gerais para a execução dos concursos públicos em cada Estado da federação.

Dentre os vários temas tratados, destaca-se a obrigatoriedade da realização da prova de conhecimento para o concurso de remoção. Considerando a inovação trazida pelo CNJ, que não era realizada na maior parte dos Estados da federação, com exceção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a matéria vem causando acirrados debates no mundo acadêmico, não se mostrando uniformes as opiniões sobre a legitimidade dessa parte da regulamentação.

Em razão disso, faremos uma análise sobre a legalidade da Resolução, na medida em que, ao que parece, existe lei federal impondo apenas a prova de títulos para o concurso de remoção.

De forma derradeira, far-se-á uma interpretação finalística do texto da Lei 8.935/94, para verificar o seu objetivo ao exigir apenas a prova de títulos para o concurso de remoção, visando demonstrar a sua adequação ao texto constitucional.

Todas essas questões são relevantes para atribuir-se plena eficácia ao regulamento baixado pelo CNJ, de forma que as regras editadas para a execução dos concursos públicos para a área notarial e registral respeitem os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais outorgados pelo Poder Público, em atenção ao princípio da legalidade administrativa.

II. Da realização de prova de conhecimento para o concurso de remoção

No artigo 1º da Resolução nº 81, de 9 de junho de 2009, do Conselho Nacional de Justiça, consta a previsão da necessidade de realizar-se prova de conhecimento para o concurso de remoção, o que se constitui em uma novidade para os concursos de remoção na atividade notarial e de registro, na medida em que, ao que parece, apenas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realizava prova de conhecimento no concurso de remoção na atividade notarial e registral. Nos demais Estados da federação, prevalecia unicamente a realização da prova de títulos, em que era avaliada a experiência e a especialidade de cada profissional nas matérias relacionadas à prestação da função notarial e registral.

Essa inovação, criada com relação à modalidade de prova (prova de conhecimento) a ser aplicada no concurso de remoção, tem gerado bastante discussão perante a

comunidade jurídica, por sua possível violação ao princípio da legalidade.

Dessa forma, mostra-se necessária a análise da legalidade da imposição: por se tratar de uma regulamentação administrativa a publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, deve observância obrigatória à legislação constitucional e infraconstitucional que rege a matéria.

A corrente que defende a realização da prova de conhecimento para o concurso de remoção sustenta que essa medida garante uma maior qualificação e o constante aprimoramento dos profissionais que desempenham a atividade notarial e de registro, os quais, objetivando a remoção dentro da carreira, deverão submeter-se de forma incessante aos estudos dos diversos assuntos jurídicos, constantes dos programas dos concursos públicos.

A exigência da prova de conhecimento para o concurso de remoção encontra precedente no julgamento do Procedimento de Controle Administrativo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em que foi afirmada a legitimidade do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de realizar prova de conhecimento no concurso de remoção.

Não obstante os pontos favoráveis ora suscitados, é importante ponderar o disposto no § 3º do artigo 236 da Constituição Federal de 1988, ao referir que “*o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.*” (grifo nosso)

Ao que parece, a Constituição Federal não estaria condicionando a realização de prova de conhecimento para o concurso de remoção, exigência prescrita apenas para o concurso de ingresso. Diante dessas condições, abrir-se-ia a possibilidade de justificar unicamente a avaliação da prova de títulos no concurso de remoção, até porque, pelo princípio da legalidade administrativa, o administrador encontra-se vinculado aos ditames estritos estabelecidos em lei, não podendo impor uma restrição ao particular, através de regulamento, excedendo os limites fixados pela lei em sentido formal.

Nesse ponto, a Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro, é expressa em exigir apenas a prova de títulos para o concurso de remoção, nos seguintes termos:

“Lei n. 8.935/94:

Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e *uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos*, não se permitindo que qualquer

serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses. (grifo nosso)”

Em conclamação ao princípio da legalidade administrativa, a que o Conselho Nacional de Justiça está inegavelmente adstrito, na regulamentação da atividade notarial e de registro, há que se respeitar o postulado no artigo 16 da Lei Federal n. 8.935/94, ao prescrever a aplicação apenas da prova de títulos para o concurso de remoção.

Conforme leciona Ceneviva (2002, p. 134):

“As *provas* de capacidade cultural e intelectual, em semelhante grau para todos os disputantes, foram excluídas pela Lei n. 10.506/2002. Os *títulos* atribuem pontos, conforme conste no edital, proibida atribuição que rompa o critério equitativo.”

Por sua vez, o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, esclarece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, de forma que, havendo lei federal estabelecendo apenas o requisito da aprovação na *prova de títulos* para a remoção na atividade notarial e registral, qualquer disposição regulamentar que exceda os limites impostos pela lei em sentido formal padece do vício da inconstitucionalidade.

Na mesma linha de raciocínio, prescreve o inciso I do art. 37 da CF/88 que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, deixando evidente a necessidade de lei em sentido formal para o estabelecimento dos requisitos que se mostrem necessários para a assunção de uma função pública, de forma que qualquer regulamentação que ultrapasse os limites impostos na lei não poderá ser aplicada, por violação ao princípio da legalidade.

Como bem assevera Diogenes Gasparini (2002, p. 115):

“A atribuição regulamentar sofre três ordens de limites que, se inobservados, invalidam-na. São os limites: *formais, legais e constitucionais*. São *formais*, por exemplo, os que dizem respeito ao veículo de exteriorização (regulamento exteriorizado por portaria, quando o exigido por lei é o decreto). São *legais* os que se relacionam com o *extravasamento da atribuição* (por regulamento aumentou-se certo prazo fixado em lei). *Dispôs-se, por regulamento, mais do que a lei permite*. São *constitucionais* os que se relacionam com as reservas legais (criação de cargos por regulamento, quando a Constituição da República exige lei). *A inobservância desses limites vicia o regulamento, tornando-o ilegal*. (grifo nosso)”

Não há como se negar, portanto, que a Resolução n. 81/09 do CNJ padece do vício da ilegalidade neste ponto, ao exigir a realização de prova de conhecimento para o concurso de remoção, não podendo ser aplicada, já que extrapolou os limites impostos na lei em sentido formal.

Com relação ao mérito da questão, mostra-se oportuna a indagação do motivo de o legislador constitucional e do legislador infraconstitucional terem condicionado apenas a aprovação na prova de títulos para o concurso de remoção, tal como previsto no § 3º do artigo 236 da CF/88, acompanhado de forma mais eloquente no art. 16 da Lei 8.935/94.

A corrente doutrinária contrária à realização da prova de conhecimento para o concurso de remoção, fazendo uma interpretação literal do § 3º do art. 236 da Constituição

Federal (§ 3º – *O ingresso* na atividade notarial e de registro depende de concurso de *provas e títulos*, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses), sustenta que o concurso de remoção pressupõe unicamente a habilitação na prova de títulos, na medida em que a Constituição Federal foi taxativa ao prever a necessidade de *provas e títulos* apenas para o *ingresso* na atividade, ao passo que, no mesmo dispositivo, faz pronunciamento diferenciando o concurso de provimento e o concurso de remoção. Na regulamentação do referido dispositivo constitucional, foi editada a Lei Federal n. 8.935/94, tornando expressa a necessidade apenas da prova de títulos para o concurso de remoção.

Fosse a vontade do legislador constitucional a realização da prova de conhecimento para o concurso de remoção, teria se referido ao ingresso e à remoção na atividade notarial e de registro, ao apontar a necessidade de *provas e títulos*.

Pela literalidade do § 3º do artigo 236 da Constituição Federal, realmente se verifica que a prova de conhecimento somente é exigida para o ingresso na atividade notarial e de registro, mostrando-se dispensável para o concurso de remoção.

Em se reconhecendo a legitimidade dessa interpretação, mesmo que houvesse omissão por parte da lei federal na regulamentação da matéria, a Resolução n. 81/09 do CNJ, acima de tudo, deve observância obrigatória à Constituição Federal, não podendo estabelecer um pressuposto limitador para a remoção na atividade notarial e de registro, nos casos em que a Constituição Federal não o faz. Como soa o texto constitucional, o ingresso na atividade notarial e de registro será feito por meio de provas e títulos, restando para o concurso de remoção unicamente a prova de títulos.

Com base nessa exegese, o legislador infraconstitucional estabeleceu no art. 16 da Lei Federal 8.935/94 o requisito único da prova de títulos para o concurso de remoção, o que deve ser respeitado pelo Conselho Nacional de Justiça, sob pena de extrapolação dos limites fixados para o poder regulamentar.

Nesse quadro, há que se reconhecer a existência de um estatuto diferenciado com o qual a Constituição Federal e a Lei n. 8.935/94 trata o concurso de ingresso, em comparação ao concurso de remoção.

Uma das diferenças, é que para o concurso de ingresso são destinadas 2/3 das serventias vagas existentes em cada Estado, sendo que para o concurso de remoção são destinadas apenas 1/3 das serventias vagas, conforme prevê o mesmo artigo 16 da Lei 8.935/94.

Se a modalidade de provas fosse a mesma para o concurso de ingresso e para o concurso de remoção, não haveria necessidade de criar-se duas modalidades de concursos, de ingresso e de remoção, ainda mais que os candidatos do concurso de remoção podem, paralelamente, participar do concurso de ingresso, em paridade de condições com as pessoas que ainda não ingressaram na carreira.

Tal como ocorre nos concursos para ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público, o concurso de ingresso na atividade notarial e de registro, de regra, mas não exclusivamente, é realizado por candidatos ainda não titulares de uma serventia, para os quais se exige a demonstração de conhecimentos gerais versando sobre os diversos assuntos relacionados à área jurídica, v.g. direito civil, direito constitucional, direito penal, direito

processual penal, direito processual civil, direito previdenciário, direito administrativo, direito tributário, normas de organização, regimento interno, direito notarial, direito registral etc.

Em razão da quantidade de assuntos tratados em cada edital, cabe ao concursando realizar um estudo superficial e genérico sobre os temas cobrados, mostrando-se contraproducente o aprofundamento nas matérias jurídicas.

O concurso de remoção, por sua vez, destina-se a promover profissionais que já se encontram em exercício dentro da carreira notarial e de registro. Nesse caso, não se analisa *conhecimentos gerais sobre assuntos variados*, mas a *experiência* e a *especialidade* do profissional nas matérias relacionadas ao exercício da função notarial e registral.

Aqui cabe lembrar que a *promoção* na carreira da Magistratura prescinde da realização de uma nova prova de conhecimento, operando-se pelos critérios da *antiguidade* e do *merecimento*.

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II – *promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:*

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a *promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância* e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) *afereção do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;* (grifo nosso)

d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III – *o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;*

IV – *previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados,*

constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (grifo nosso)”

Diante da similitude das normas que regem a promoção na carreira da Magistratura e a remoção na carreira notarial e registral, depreende-se que a finalidade da norma constitucional ao dispensar a realização da prova de conhecimento para o concurso de remoção na atividade notarial e de registro, que fica condicionado apenas à prova de títulos, foi a de valorizar a *experiência* dos profissionais que se encontram há mais tempo na carreira (antiguidade), bem como a sua *especialidade* e o seu aprofundamento nos estudos dirigidos ao direito

notarial e registral (merecimento), realizando, por exemplo, cursos de aperfeiçoamento, especialização, mestrado e doutorado, frequentando palestras, seminários, realizando pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais que resultam na publicação de artigos e livros, disseminando o conhecimento para o restante da classe, como palestrante, além de ministrar aulas no magistério superior, dentre outros exemplos, tudo isso a comprovar o seu *merecimento* para a promoção.

Observe-se que todas as atividades referidas frequentemente são pontuadas nas provas de títulos dos concursos para remoção na atividade notarial e de registro.

Dessa forma, há que se concluir que exigir-se prova de conhecimento no concurso de remoção na atividade notarial e de registro caracteriza retrocesso, indo de encontro ao verdadeiro escopo constitucional reservado ao concurso de remoção, fazendo presumir a incapacidade dos profissionais que já desenvolvem a atividade notarial e de registro. Em se exigindo prova de conhecimento para o concurso de remoção, estar-se-á desprezando toda a experiência adquirida pelo tabelião durante décadas e mais décadas de serviços públicos prestados, tirando desses profissionais o estímulo à dedicação e ao aperfeiçoamento na carreira, tendo em vista que, na prova de conhecimento, exige-se tão somente o estudo superficial e genérico das matérias jurídicas.

Quando se fala no *desestímulo à especialização* na carreira, é importante compreender que os respectivos notários e registradores terão de optar pelo estudo superficial e genérico dos assuntos relacionados ao direito em geral, deixando em segundo plano a opção pelo aprofundamento de seus estudos nos assuntos diretamente relacionados à atividade notarial e de registro, realizando, por exemplo, um curso de mestrado e de doutorado, cujo período de duração de ambos pode chegar a durar mais de sete anos. O mesmo há que se falar no exercício do magistério, na pesquisa científica, na publicação de artigos e livros, atividades que serão descartadas, diante da necessidade de se realizar o estudo geral e superficial do direito, requisito ora posto para conseguir-se a remoção na atividade notarial e de registro.

Repita-se: os profissionais já pertencentes à carreira certamente optarão por realizar os estudos superficiais e gerais do direito, objetivando a remoção na atividade notarial e de registro, o que afastará o seu entusiasmo na

O concurso de remoção, por sua vez, destina-se a promover profissionais que já se encontram em exercício dentro da carreira notarial e de registro. Nesse caso, não se analisa conhecimentos gerais sobre assuntos variados, mas a experiência e a especialidade do profissional nas matérias relacionadas ao exercício da função notarial e registral

especialização em assuntos diretamente relacionados ao cumprimento de suas funções, realizando, por exemplo, um curso de mestrado ou doutorado, abrindo mão inclusive do exercício do magistério, atividades que demandam dedicação permanente, uma vez que estas atividades prejudicam a tão desejada remoção.

Por isso o concurso de remoção na atividade notarial e de registro deve seguir os mesmos parâmetros dos demais concursos para a promoção na carreira da Magistratura, como determina o Texto Constitucional e a Lei Federal dos Cartórios, realizando-se a remoção apenas por meio de prova de títulos, caso em que serão analisados aspectos relacionados à *antiguidade* (experiência, tempo de serviço) e ao *merecimento* do profissional (cursos de aperfeiçoamento, mestrado, doutorado, frequência a palestras, seminários, magistério superior, realização de pesquisas científicas, publicação de artigos e livros etc.), mostrando-se desnecessário repetir-se a prova de conhecimento para comprovar-se a aptidão jurídica do candidato para o exercício da função notarial e registral, escopo este reservado para a prova de conhecimento.

Exigir-se prova de conhecimento no concurso de remoção da atividade notarial e de registro constitui o absurdo, o mesmo absurdo que eventualmente seria exigir-se prova de conhecimento como requisito para o juiz promover-se ao cargo de desembargador.

Cumpra esclarecer, mais uma vez, que apenas 1/3 (um terço) das serventias vagas são destinadas ao concurso de remoção, sendo que 2/3 (dois terços) das serventias vagas são reservadas ao concurso de ingresso.

Os motivos pelos quais a Constituição Federal tratou de forma diversa o concurso de ingresso e o concurso de remoção devem ser respeitados, de forma que restem prestigiados no concurso de remoção os profissionais mais experientes na carreira, que aprofundaram seus conhecimentos na área notarial e registral, realizando um curso de mestrado, de doutorado, ministrando aulas, escrevendo artigos e livros, atividades dificilmente realizadas por aqueles que optam por estudar de forma genérica e superficial as matérias do direito em geral.

Não fosse assim, não haveria motivo de a Constituição Federal prever de forma diversa o concurso de ingresso e o concurso de remoção, bastando, então, referir-

se apenas ao concurso de ingresso, caso ambos fossem regidos pelas mesmas regras.

Somos, portanto, da opinião de que deve prevalecer somente a prova de títulos para o concurso de remoção, caso em que será valorada a experiência, a competência e o aperfeiçoamento do profissional durante o exercício da função.

Propõe-se a seguinte alteração na Resolução:

“Artigo 1º – O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. *O concurso de remoção será realizado por meio de prova de títulos.*”

III. Conclusão

Várias são as questões tratadas pelo Conselho Nacional de Justiça, para a execução dos concursos para ingresso e remoção na atividade notarial e de registro.

Uma das novidades trazidas, a prova de conhecimento para o concurso de remoção, merece criteriosa análise quanto a seus pressupostos legais e constitucionais, na medida em que há legislação expressa determinando a aplicação apenas da prova de títulos para o concurso de remoção.

Efetivamente, considerando o disposto no artigo 16 da Lei 8.935/94, entende-se que a resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça não poderia contrariar o texto legal, em atenção ao princípio da legalidade administrativa.

Verificou-se ainda ser desnecessária a realização da prova de conhecimento para o concurso de remoção, na medida em que o profissional de direito já demonstrou a sua aptidão para o exercício do cargo quando da aprovação no concurso de ingresso, mostrando-se suficiente a prova de títulos para a remoção na atividade notarial e registral, tal como ocorre com a remoção/promoção nas carreiras do Ministério Público e da Magistratura.

Dessa forma, neste ponto, a Resolução nº 81/09 – CNJ merece ser reformada, em cumprimento às normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria, já que o Conselho Nacional de Justiça constitui-se em um órgão administrativo, devendo observância obrigatória ao princípio da legalidade. ■

DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AOS TRIBUNAIS

Nagib Slaibi Filho

*Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da UNIVERSO*

O acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional constitui verdadeira revolução jurídica, que lhes possibilita vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário, e que dá um conteúdo ético às normas tanto do Direito Público interno como do Direito Internacional (Caçado Trindade)

1. A pessoa humana como sujeito do Direito internacional

Dedica-se este trabalho¹ ao direito de acesso do cidadão aos seus tribunais nacionais, perquirindo, através dos atos internacionais de declaração de direitos e garantias, sobre uma das garantias fundamentais

consideradas imprescindíveis ao reconhecimento de uma sociedade civilizada.

O que aqui se destaca não é o direito do Estado de se socorrer da jurisdição internacional, ingressando nas cortes internacionais em face do seu Estado nacional, mas o direito da pessoa humana de procurar amparo nos seus tribunais nacionais, até mesmo em face do seu Estado de origem.

E assim é porque a garantia de acesso aos tribunais corresponde, nos tempos atuais, à evolução da consciência coletiva sobre o acesso à Justiça como essencial à vida moderna do Direito, independentemente de eventuais limitações que existam nos diversos países quanto ao acesso à jurisdição².

Percebe-se que finalmente restou ultrapassado o longo período nas relações internacionais em que somente se reconhecia o Estado e os organismos internacionais constituídos por Estados como os protagonistas da Política internacional e os únicos sujeitos de direitos.

A pessoa humana é o sujeito e o objeto do Direito e razão, causa, instrumento e destinatário do Poder Público e das instituições sociais e econômicas.

Cada vez mais se reconhece ao indivíduo, simplesmente por sua qualidade de *ser vivo nascido de mulher*³, o direito de atuar no Direito internacional, exercendo direitos e se impondo deveres, não como súdito e nacional de um país, mas como o titular da identidade e dignidade inerentes à pessoa humana, até mesmo confrontando, perante juízes isentos, o próprio Estado nacional nos tribunais próprios e internacionais, em igualdade de condições processuais e em procedimento de acesso a todos ou, ao menos, aos interessados e seus advogados.

A teoria da soberania nacional, como fundamento de instituição dos Estados modernos, a contar do final do século XV, desde então serviu de princípio invencível para o menosprezo da individualidade da pessoa humana e de sua rejeição como titular de direito na área internacional.

A soberania nacional foi doutrina que ensejou a criação dos grandes Estados e constituiu um dogma que levou Immanuel Kant, em sua *A paz perpétua*, a propor que *nenhum Estado deve imiscuir-se com emprego de força na constituição e no governo de outro Estado*⁴ e, mais adiante:

“Povos, como Estados, podem ser considerados como homens individuais que, em seu estado de natureza (isto é, na independência de leis exteriores), já se lesam por estar um ao lado do outro no qual cada um, em vista de sua segurança, pode e deve exigir do outro entrar com ele em uma constituição similar à civil, em que cada um pode ficar seguro de seu direito.”

A soberania nacional foi o fundamento ideológico de instituição dos grandes Estados fundados em caracteres como a herança comum, a ascendência derivada de um determinado herói ou tribo, respeito aos ancestrais comuns, língua e religião comuns decorrentes da ideia de nação.

Constituiu um verdadeiro dogma nos séculos XVIII e XIX⁵, a assegurar, no plano interno, a atuação do Governo

e respectivas aristocracias ou oligarquias, que empolgavam o Poder Público, e, no plano externo, o estado de natureza referido por Kant.

Os mais fortes Estados podiam dominar os mais fracos, os povos menos evoluídos ficavam sob a tutela dos mais civilizados, assim cristalizando o imperativo de que o homem é o lobo do homem, e que este está submetido ao Estado supremo no exercício de seu poder para regular a vida de homens que, no estado natural, se apresentam como egoístas – é o Leviatã⁶ de que nos fala Hobbes.

Lembrando a frase de Hegel, tão difundida entre nós por Luiz Pinto Ferreira, *a História é a consciência progressiva da Liberdade*, com a conscientização da sociedade sobre a dignidade da pessoa humana, a sua proteção se tornou exigência geral no final do século XX e início deste século XXI, com o consenso quase universal da ideia de que o valor da dignidade da pessoa humana é o que deve prevalecer sobre os demais interesses, ainda que em confronto com o Poder Público e com os grupos sociais e econômicos mais poderosos⁷.

2. Acesso aos tribunais como garantia fundamental

O acesso à Justiça está entre os mais poderosos instrumentos de garantia dos direitos humanos, assegurado nos mais solenes atos normativos, como as declarações internacionais e as Constituições.

Tais atos normativos conferem aos tribunais, como órgãos de poder isentos e acessíveis a todos, a capacidade de conformar, limitar ou corrigir o abuso de poder do Estado e das demais forças sociais e econômicas que possam eventual e injustamente dominar o indivíduo e lhes suprimir ou restringir o direito fundamental de afirmação da própria personalidade, o qual somente encontra limites na liberdade de outrem.

Também no plano internacional, em cumprimento aos atos internacionais que os instituíram, os tribunais passam a admitir, cada vez mais, os pleitos das pessoas individuais, ampliando o leque dos legitimados ativos, que antes ficava restrito aos Estados e às organizações internacionais.

Assegurar à pessoa o *Day in Court*, o direito de acesso aos tribunais na expressiva dicção estadunidense, constitui tema comum das declarações de direitos, e, pode-se dizer, até mesmo na vida quotidiana da maioria dos países civilizados⁸.

Os franceses assim proclamaram ao mundo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, instituindo garantias que somente podem ser efetivadas perante um tribunal imparcial e acessível, como se vê nos dispositivos a seguir transcritos e que mereceram reprodução, ainda que parcial, na Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º:

“Article 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant: il se rend

Percebe-se que finalmente restou ultrapassado o longo período nas relações internacionais em que somente se reconhecia o Estado e os organismos internacionais constituídos por Estados como os protagonistas da Política internacional e os únicos sujeitos de direitos

coupable par la résistance. (Art. 7º Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos previstos na lei e segundo as formas que ela prescreve. Aqueles que solicitam, expeçam, executem ou façam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão preso ou punido em virtude da lei deve obedecer de pronto para não ser considerado culpado por resistência)⁹.

Article 8. La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. (Art. 8º A lei não deve estabelecer senão as penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada).

Article 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. (Todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado; se a sua prisão for considerada indispensável, será severamente punido pela lei todo rigor que não seja necessário para se assegurar sua pessoa)."

Na mesma linha liberal, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

"Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

Mais extensa, certamente porque é mais moderna, declara a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969:

"Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar¹⁰.

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade
Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

Artigo 10. Direito à indenização

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.”

Um grupo de juristas muçulmanos organizou a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos¹¹, em que se destacam os seguintes direitos:

“IV – Direito à Justiça

a) Toda a pessoa tem o direito de ser tratada de acordo com a Lei e somente na conformidade dela.

b) Toda a pessoa tem não só o direito, mas também a obrigação de protestar contra a injustiça, de recorrer a solução prevista em Lei, com relação a qualquer dano pessoal ou perda injustificada; para a auto-defesa contra quaisquer ataques contra ela e para obter apreciação perante um

tribunal jurídico independente em qualquer disputa com as autoridades públicas ou outra pessoa qualquer.

c) É direito e obrigação de todos defender os direitos de qualquer pessoa e da comunidade em geral (hisbah).

d) Ninguém será discriminado por buscar defender seus direitos públicos e privados.

e) É direito e obrigação de todo muçulmano recusar-se a obedecer a qualquer ordem que seja contrária à Lei, não importa de onde ela venha.

V – Direito a Julgamento Justo

a) Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente.

b) Ninguém será considerado culpado, senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa.

c) A punição será estabelecida de acordo com a Lei, na medida da gravidade da ofensa e levadas em conta as circunstâncias sob as quais ela aconteceu.

d) Nenhum ato será considerado crime, a menos que esteja estipulado como tal, nos termos da Lei.

e) Todo indivíduo é responsável por seus atos. A responsabilidade por um crime não pode ser estendida a outros membros da família ou grupo, que, de outra maneira, não estejam direta ou indiretamente envolvidos no cometimento do crime em questão.”

Vê-se em todos os atos internacionais antes transcritos a preocupação comum de garantir os direitos humanos através do acesso aos tribunais, órgãos que se pretende isentos dos interesses disputados pelas partes e que decidam os litígios através de procedimentos.

3. A pessoa como titular do direito de acesso aos tribunais internacionais

Correspondendo ao longo período em que somente os Estados e as organizações internacionais eram reconhecidas como os únicos sujeitos de direitos no âmbito das relações internacionais, os tratados e convenções estabeleciam que somente os países poderiam provocar a atuação dos tribunais internacionais¹².

Contudo, neste início de século XXI, temos alvissareira notícia que limita o poder do Estado, ou, como dizia Pontes de Miranda, o *quantum despótico* que sempre há em qualquer exercício do Poder pela impossibilidade da regulação completa pela norma garantidora dos direitos: é o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais, ainda que em face do próprio Estado nacional.

Neste sentido, veja-se a lição de Antonio Augusto Cançado Trindade¹³ sobre o acesso direto à Justiça internacional:

“Neste início do século XXI, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de lograr a consolidação da capacidade jurídico-processual dos indivíduos nos procedimentos perante os tribunais internacionais de direitos humanos, que buscam determinar a responsabilidade internacional dos Estados-partes por violações dos direitos protegidos.

No continente europeu, o acesso direto (*jus standi*) à nova Corte Européia de Direitos Humanos (que substituiu as antigas Corte e

Comissão européias) passou a ser outorgado a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição dos Estados-partes pelo Protocolo nº 11 (de 1994) de Reformas à Convenção Européia de Direitos Humanos (em vigor desde 1/11/1998).

No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem de dar um passo de grande transcendência: com a entrada em vigor, no dia 1º de junho de 2001, de seu novo Regulamento (adotado em 24/11/2000), passa a assegurar, pela primeira vez em sua história, a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento, em denúncias – a ela enviadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Trata-se – como me permiti assinalar aos chanceleres dos estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em minha intervenção na Assembléia Geral da OEA em 4 de junho último – de ponto culminante de um longo processo histórico de gradual emancipação do ser humano vis-à-vis o próprio Estado. Como não é razoável conceber direitos sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los, essa evolução se consolidará no dia em que se adotar – como venho sustentando há anos – um Protocolo à Convenção Americana outorgando acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana (passando, assim, do *locus standi* ao *jus standi*). Mas já com o novo Regulamento do Tribunal, os indivíduos demandantes passam a

Também no plano internacional, em cumprimento aos atos internacionais que os instituíram, os tribunais passam a admitir, cada vez mais, os pleitos das pessoas individuais, ampliando o leque dos legitimados ativos, que antes ficava restrito aos Estados e às organizações internacionais

desfrutar de igualdade processual com os estados demandados. O acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional constitui verdadeira revolução jurídica, que lhes possibilita vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário, e que dá um conteúdo ético às normas tanto do Direito Público interno como do Direito Internacional.”

Ensina mestre J. J. Gomes Canotilho sobre as relações entre a ordem interna e a ordem internacional¹⁴:

“O Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito Interno.”

A Corte Constitucional brasileira reconhece a prevalência do Direito Internacional em face do direito interno no tema de direitos humanos:

“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 (HC 95967, Relator (a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 Public 28-11-2008 Ement VOL-02343-02 PP-00407).”

4. Conclusão

O tema sugere que a consciência jurídica universal caminha, a largos passos, no sentido de considerar a pessoa humana como sujeito e centro dos direitos e obrigações no Direito interno e no Direito internacional, razão mesma da existência do Direito como ciência, técnica e arte da convivência harmoniosa.

Os tribunais passam a constituir a arena obrigatória de resolução, arbitragem, mediação e conciliação entre os contendores através dos meios civilizatórios que são os procedimentos dirigidos por magistrados isentos.

Enfim, os tribunais acabam por legitimar a própria convivência social. ■

NOTAS

1 Este trabalho é apresentado ao professor Antonio Celso Alves Pereira como requisito para a aprovação na disciplina de Relações Internacionais do Curso de Doutorado da Universidade Gama Filho, 1º semestre de 2008.

2 Como, por exemplo, na Constituição brasileira de 1988, o disposto no art. 217, exigindo o esgotamento da instância administrativa desportiva como condição específica nas ações que versem sobre a disciplina e as competições esportivas.

3 Tal era a expressão que para os romanos indicava o ser humano, conceito hoje que se mostra surpreendentemente em cheque pelos avanços do conhecimento sobre o genoma. Neste aspecto, ver Matilde Carone Slaibi Conti, *Ética e Direito na manipulação do genoma humano*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, trazendo, pp. 28/29, a lição de Renato Rabbi-Baldí Cabanillas, *Los derechos humanos como derechos anteriores o preexistentes: La noción de derechos humanos que se perfila en la modernidad, y que se afianza de modo paradigmático a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, parece aludir a um conjunto de bienes que pertenece a la persona más allá o com prescindencia de lo que al respect pueden determinar los ordenamientos jurídicos, ya nacionales, ya internacionales. Em efecto, bajo esse concepto se designan ciertos derechos que emergerían como connaturales, inalienables, esenciales o inherentes a las personas, por lo que, necesariamente, resultan anteriores o preexistentes a su consagración legal; prelación temporal ésta que, en definitiva, entraña una preeminência o superioridad axiológica sobre otros derechos y, especialmente, sobre los dictámenes de los poderes públicos.*

4 Immanuel Kant, *A paz perpétua*, tradução e prefácio de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 18.

5 Consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 3º, que o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação e nenhum órgão ou indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente (*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en emane expressément*).

6 O Leviatã é referido no Velho Testamento, no Livro de Jó, capítulos 40 e 41, como um monstro aquático: “ninguém é bastante ousado para provocá-lo; quem o resistiria face a face? Quem pôde afrontá-lo e sair com vida debaixo de toda a extensão do céu? ... Quem lhe abriu os dois batentes da goela, em que seus dentes fazem reinar o terror? ... Quando se levanta, tremem as ondas do mar, as vagas do mar se afastam. Se uma espada o toca, ela não resiste, nem a lança, nem a azagaia, nem o dardo. O ferro para ele é palha, o bronze pau podre”. Thomas Hobbes, filósofo inglês, em 1651, publica obra com o nome do monstro bíblico, destacando, como causa justificante do Estado, no capítulo 17: “A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comunheiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades,

por pluralidade de votos, a uma só vontade. [...] Esta é a geração daquele enorme Levitã, ou antes – com toda reverência – daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.”

7 “Direito Constitucional. Ação de obrigação de fornecer medicamentos posta por carente de recursos financeiros, portador de cardiopatia, em face do Município e do Estado do Rio de Janeiro. Sentença acolhendo a demanda. Recurso do Estado do Rio de Janeiro pretendendo a reforma de parte da sentença, dita genérica, de condenação dos réus a qualquer medicamento que se faça necessário durante o tratamento do autor. Dever do Poder Público de fornecer ao portador de doença grave, carente de recursos, remédio de que necessita periodicamente, conforme prescrito em receituário médico (art. 196 da Constituição Federal e Lei Federal nº 8.080/90). O fim da Constituição é a declaração e a garantia dos direitos fundamentais; o Poder vem a serviço do homem, simplesmente cumprindo as tarefas constitucionais, como aquelas declaradas no art. 3º, porque os fundamentos do Estado Democrático de Direito são a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, postos no art. 1º da Lei Maior. O Estado, os poderes públicos e o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efetividade prática, deve escolher precisamente esse meio (Canotilho). A saúde é direito fundamental social, direito de todos e dever do Estado, aqui no sentido amplo de Poder Público, destacando a Carta da República a relevância do tema em seus arts. 6º, 196 e 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, in fine). O caráter pragmático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (Ministro Celso de Mello). Condenação que não pode ser considerada genérica, não se justificando que fique restrita aos remédios mencionados na petição inicial. A necessidade do assistido poderá mudar em atenção ao seu estado de saúde e ao progresso da Ciência Médica, não sendo razoável compelir o carente a ajuizar uma nova demanda a cada alteração da orientação médica. Precedente desta Corte. Negativa do seguimento do recurso pela manifesta improcedência, confirmando-se a respeitável sentença em reexame necessário (Código de Processo Civil, art. 557).” Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 6a. Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.001.56972, relator Nagib Slaibi.

8 Nos casos *Boumediene v. Bush* e *Al Odah v. United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos assegurou o direito ao julgamento de pessoas que se encontravam detidas em instalações militares em Guantánamo e submetidas durante longos anos a investigações por supostos atos de terrorismo. O *Justice Kennedy* escreveu a decisão pela maioria, historiando os casos em que os tribunais consideraram casos de estrangeiros aprisionados em julgamento. Reconhecendo a originalidade do caso em julgamento, pois nenhum precedente foi encontrado, a *Supreme Court* reafirmou o seu papel de freio aos abusos do ramo Executivo do governo, enfatizando que as regras constitucionais de suspensão dos direitos foram afirmadas, pelos fundadores da Pátria, como proteção contra os abusos cíclicos do Poder Executivo.

9 Note-se que a disposição, na parte final, claramente permite ao cidadão o julgamento sobre o ato que limita a sua liberdade, pois diz que o ato legal deve ser cumprido sob pena de responder pela resistência; em consequência, o ato que não for considerado legal pelo cidadão deve ser por ele resistido. Ver, neste aspecto, Artur Machado Paupério, *O direito político de resistência*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978. Também Norberto Bobbio: “Do ponto de vista institucional, o Estado liberal e (posteriormente) democrático, que se instaurou progressivamente ao longo de todo o arco do século passado, foi caracterizado por um processo de acolhimento e regulamentação das várias exigências provenientes da burguesia

em ascensão, no sentido de conter e delimitar o poder tradicional. Dado que tais exigências tinham sido feitas em nome ou sob a espécie do direito à resistência ou à revolução, o processo que deu lugar ao Estado liberal e democrático pode ser corretamente chamado de processo de constitucionalização do direito de resistência e de revolução” (Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992).

10 Notícia no Informativo nº 447 do Supremo Tribunal Federal sobre o *Habeas Corpus* nº 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.8.2007: O Tribunal iniciou julgamento de *habeas corpus*, afetado ao Plenário pela 1a. Turma, em que se questiona a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual era depositário, não adimplira a obrigação contratual. Sustenta-se, na espécie, a insubsistência da custódia, sob a alegação de que esta contrariaria a EC 45/2004, no que endossados tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, haja vista que a subscrição, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica impossibilitaria a prisão do depositário infiel – v. Informativo 471. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu o *writ* para afastar do cenário jurídico a ordem de prisão decretada contra o paciente. Entendeu que a circunstância de o Brasil haver assinado o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduziria à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF, dispositivo este não autoaplicável, porquanto dependente de regulamentação, por texto legal, acerca dessa prisão, inclusive quanto ao seu período. Concluiu, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Ademais, ressaltou que, no caso, o paciente não tentara furtar-se ao pagamento de seu débito, formulando, até mesmo, propostas de acordo com a credora, todas rejeitadas. Após, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello.

11 Consta no fecho da declaração: “Esta Declaração dos Direitos Humanos é o segundo documento fundamental proclamado pelo Conselho Islâmico para marcar o início do 15º século da Era Islâmica, sendo o primeiro a Declaração Islâmica Universal, proclamada na Conferência Internacional sobre o Profeta Muhammad (que a Paz e a Bênção de Deus estejam sobre ele), e sua Mensagem, ocorrida em Londres, no período de 12 a 15 de abril de 1980. A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos baseia-se no Alcorão e na Sunnah e foi compilada por eminentes estudiosos, juristas e representantes muçulmanos dos movimentos e pensamento islâmicos. Que Deus os recompense por seus esforços e que nos guie na senda reta. Paris, 21 dhul qaidah, 1401- Salem Azzam. 19 de setembro de 1981 – Secretaria Geral.

12 A legitimidade da atuação, ou o que o Direito do Processo denominaria de competência funcional, do Tribunal internacional decorre do ato internacional que o constituiu e sujeito de tal ato é certamente, o tratado ou convenção em que são partes os Estados nacionais. O Direito Internacional ainda tem fonte na vontade dos Estados, pois não existem documentos políticos que sejam universalmente aceitos como fontes jurídicas. Antonio Celso Alves Pereira ensina sobre o fundamento da própria Organização das Nações Unidas: “Considerando, portanto, à época, a natureza da sociedade internacional vestfaliana, os fundadores da ONU buscaram construir um organismo que pudesse ser dotado de poderes que não confrontassem o princípio da soberania dos Estados, e viesse, não para revigorar a finada Sociedade das nações, mas para substituí-la totalmente, estabelecendo, assim, um sistema de segurança coletiva cujo funcionamento só poderia se dar sob o acordo das grandes potências.” (Reformar a ONU para reconstruir o multilateralismo, artigo na *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5 - 2003-2004)

13 Antonio Augusto Cançado Trindade é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco e foi indicado para juiz da Corte Internacional de Haia.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, Coimbra. 1998, p.1217-1218.

POSSE IRREGULAR de ARMA DE FOGO - AUSÊNCIA de MUNIÇÃO - ATIPICIDADE da CONDUTA

Superior Tribunal de Justiça
Habeas Corpus n. 86.624/MS
Órgão julgador: 6a. Turma
Fonte: DJe, 18.12.2009
Relator: Ministro Nilson Naves

Arma de fogo (posse irregular). Inexistência de munição (hipótese). Atipicidade da conduta (caso).

1. A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.

2. Não comete, pois, crime de posse irregular de arma de fogo aquele que mantém, sob sua guarda, arma de fogo desmuniçada, mormente em se tratando de garrucha de fabricação artesanal sem nenhuma munição.

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), que a denegava. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 13 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Por posse irregular de arma de fogo, foi o paciente denunciado pelo Ministério Público de Mato Grosso do Sul. O Juiz da comarca de Naviraí rejeitou a denúncia nestes termos:

“O Ministério Público denunciou A. B. S. como incurso no art. 12 da Lei 10.826/03 porque estava, em sua residência, na posse de uma suposta arma de fogo sem a devida e necessária documentação.

Fazendo juízo prévio de admissibilidade da denúncia vejo que a mesma não pode seguir caminho porque, a meu ver (e ao ver do STF também) narra fato atípico como passo a demonstrar.

Segundo consta dos autos na casa do acusado foi encontrado uma garrucha (de fabricação artesanal diga-se de passagem) desmuniçada e não há informação da existência de munição nas proximidades do local onde estava a arma.

Sempre entendi e continuo entendendo, agora com maior razão, visto que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, entendeu no mesmo

sentido, que para a caracterização do crime – mesmo quando era contravenção – de porte ilegal de arma é necessário que esta, ou esteja muniçada ou que, pelo menos, haja munição ao alcance da pessoa que está com a arma.

Isso por uma razão muito simples. Se o crime é portar arma de fogo somente se justifica a punição do agente se essa arma puder oferecer o mínimo de perigo, ou, se quiserem, o mínimo de potencialidade lesiva.

Ora, se a arma apreendida em poder do autor do fato estiver desmuniçada e com ele não houver munição, não se justifica sua condenação, pois a arma, na verdade, naquele momento, não ofereceria qualquer perigo, mesmo abstrato, mesmo remoto.

Arma nessa situação encontrada não pode ser considerada para condenar o acusado, pois, na verdade, tinha apenas a aparência de arma de fogo, pois, sem munição, serviria, quando muito, para causar lesão como um objeto contundente qualquer.

No caso dos autos, o réu, quando muito, poderia, utilizando-se da dita arma, agredir alguém batendo ou arremecendo a mesma, mas nunca produzindo tiros, pois não havia munição.

Mas se enveredarmos por esse lado, teremos que chegar a conclusão que uma panela de ferro, por ser muito mais pesada que uma simples arma, de arma também se trata e punir a dona de casa que a tem.

Conforme dito a arma apreendida estava desmuniçada e com o réu não haver munição, donde se conclui que a arma não estava causando, nem de longe, qualquer tipo de perigo.

Para mim é o que basta para descaracterizar o crime de porte ilegal de arma, porquanto não teria sentido punir alguém que esteja portando uma arma de fogo desmuniçada e que não tinha munição a seu alcance, e não punir alguém que estivesse na posse de uma barra de ferro, pois, a potencialidade lesiva desta, se comparado com a arma desmuniçada, é infinitamente maior e, no entanto, nesse último caso não há que se falar em crime.

Já tive ocasião de dizer, e aqui repito, que é necessário fazer distinção entre a arma apreendida simplesmente por ter sido encontrado com o agente, daquela apreendida porque usada no cometimento de uma crime. Assim, por exemplo, se o indivíduo utiliza-se de uma arma desmuniçada para, intimidando a vítima, praticar um roubo, ou um estupro, ou um sequestro, ou seja lá que crime for, logicamente que, nesse caso, a arma, mesmo desmuniçada, servirá como uma qualificadora ou mesmo para configurar a grave ameaça.

Mas não é justificável que, se o indivíduo é pego com uma arma de fogo demuniçada e se com ele não há munição, seja punido pelo, hoje, grave crime de porte ilegal de arma, pois estar-se-ia punindo alguém simplesmente por portar um objeto que, em tese e se muniçado, poderia trazer risco as pessoas, poderia ser usado para ferir ou matar.

Se pensarmos assim, ou seja, que o agente poderia, futuramente, municiar a arma e lesionar, com tiros, alguém, estaríamos caindo no perigoso território das suposições, das hipóteses o que, a meu ver, não cabe em direito penal.

Assim, provado que a arma apreendida estava desmuniada e que com o réu não havia munição, reafirmo entender, agora mais do que antes, que não houve o crime pelo qual foi o mesmo denunciado, devendo a peça inicial ser rejeitada.

Isto posto, rejeito a denúncia por entender atípica a conduta atribuída do acusado.”

Sobreveio recurso ministerial, e o Tribunal de origem reformou a decisão em acórdão de seguinte ementa:

“Recurso em sentido estrito – Ministério Público – Rejeição da denúncia – Art. 12 da Lei 10.826/03 – Posse irregular de arma de fogo de uso permitido – Arma de fogo desmuniada – Irrelevância para a configuração da conduta típica – Crime de perigo abstrato – Laudo pericial que comprova a aptidão da arma para o fim a que se destina – Recurso provido.

Sendo o delito da espécie de perigo abstrato, basta para tipificar a conduta ilícita a ofensa presumida ou de simples perigo.”

Com vista dos autos, opinou o Ministério Público Federal pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer:

“Penal. *Habeas Corpus*. Posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei nº 10.826/03). Arma desmuniada. Irrelevância. Tipicidade da conduta. Crime de perigo abstrato. Exame pericial que revelou estar a arma apreendida perfeitamente apta a efetuar disparos. Precedentes. Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR): Relativamente à arma – uso, emprego, apreensão, perícia, etc. –, venho votando da seguinte maneira (entre outros, HC-36.182, de 2004, e REsp-771.014, de 2006):

“De acordo com as notícias da sentença e do acórdão, a violência foi exercida com emprego de arma. Alega, no entanto, a Procuradoria-Geral do Estado ‘que a arma supostamente utilizada para a prática do crime em apreço não foi apreendida para que fosse submetida a exame pericial e se constatasse sua eficácia, bem como seu potencial lesivo’.

Disse a sentença que a qualificadora decorre ‘da prova até aqui analisada, consubstanciada precipuamente na valiosa palavra da vítima’. Disse mais que a prova da ineficácia da arma é ônus do réu, ‘não tendo ele feito prova em tal sentido’.

Por seu turno, o acórdão enfatizou o seguinte: (I) ‘a apreensão da arma não é indispensável ao reconhecimento da qualificadora prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157 do CP, que se demonstra também por outros meios de prova, já que a razão de ser da causa especial de aumento reside na intimidação da vítima, não na eficácia do instrumento’; (II) ‘na espécie, a vítima referiu-se, desde o primeiro momento (fls. 08, 11, 58), ao emprego de arma pelo assaltante, não havendo motivo para duvidar de sua palavra’; e (III) ‘para afastar a incidência da qualificadora reconhecida, cumpria à Defesa fazer prova da suposta ineficiência da arma empregada, pois partiu dela a alegação’.

2. De minha parte, confesso que tenho dificuldade em dar por conhecida a qualificadora em causa. De um lado, porque arma alguma foi apreendida, parecendo-me de pouca prova ou de prova jamais tão valiosa assim a palavra da vítima, simplesmente. Simplesmente e simplesmente, porque aos autos não veio, concretamente, outra prova. Além disso,

não sei como se pode reconhecer o emprego de algo de que não se tem notícia. A mim se me afigura que a qualificadora supõe a apreensão da arma. De outro lado, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda prova de sua proposta de acusação, aí figurando o ônus de provar a qualificadora – no presente caso, o emprego de arma e, ao que eu entendo, a sua eficácia. Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida.

Dou razão, portanto, à impetrante.”

Apanho de minhas reflexões as seguintes: “Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida.” As coisas são o que são; conforme a poética de Eliot, “alegro-me de serem as coisas o que são”.

Então as minhas meditações hão de ter igual valia para os casos em que é apreendida arma de fogo sem munição. A propósito, a seguinte ementa de minha autoria (HC-116.742, DJe de 16.2.09):

“Arma de fogo (porte ilegal). Falta de munição (caso). Atipicidade da conduta (hipótese).

1. A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.

2. Não comete, pois, crime de porte ilegal de arma de fogo aquele que consigo tem arma de fogo desmuniada.

3. *Habeas corpus* concedido.”

Concedo, pois, a ordem com o intuito de restabelecer a decisão que, lá na comarca de Naviraí, rejeitou a denúncia.

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Senhor Presidente, peço vênua a V. Exa. para discordar, eis que, a meu sentir, o tão-só comportamento do agente no sentido de portar arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é suficiente para a configuração do delito em questão.

Denego a ordem de habeas corpus.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), que a denegava.”

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 13 de outubro de 2009

Eliseu Augusto Nunes de Santana - Secretário

**ALIMENTOS - PENSÃO ALIMENTÍCIA -
COMPLEMENTAÇÃO-RESPONSABILIDADE DOS
AVÓS**

Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Apelação Cível n. 1.0024.06.005407-9/003
Órgão julgador: 5a. Câmara Cível
Fonte: DJ, 12.01.2010
Relator: Desa. Maria Elza

ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. COMPLEMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos ao neto não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor para abranger a totalidade das necessidades do alimentado. Assim, o fato de o genitor estar obrigado por determinação judicial a pagar uma pensão alimentícia não impede que se possa reclamar alimentos dos avós paternos. Os avós possuem o dever moral e legal (princípio da solidariedade) de auxiliar no sustento de seu neto.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5a. CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 03 de dezembro de 2009.
DESA. MARIA ELZA - Relatora

VOTO

A SRA. DESA. MARIA ELZA:

Trata-se de recurso de apelação interposto por L. A. G. contra r. sentença proferida pelo juízo da 1a. Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da ação de complementação de pensão alimentícia proposta por A. L. A., representado por D. C. L. S., julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o avô paterno a pagar complementação dos alimentos ao autor no importe de 10% (dez por cento) dos seus rendimentos líquidos e a avó paterna a pagar 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

Contrarrazões ao recurso às fls. 406/408-TJ, pugnando pela manutenção da r. sentença.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça às fls. 453/457, opinando pelo não provimento do recurso. É o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, CONHECE-SE do recurso.

Ab initio, cabe salientar que por alimentos entende-se tudo o que é indispensável à vida, como habitação, vestuário, tratamento médico e lazer.

Segundo os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

“Todos têm direito de viver, e viver com dignidade. Surge desse modo o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1º III). Por isso os alimentos têm natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Os parentes são os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito da Família*. 4a. ed. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2007)

No que tange à matéria constante dos autos, é cediço que a responsabilidade dos avós de prestar alimentos ao neto não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor.

Nos termos do art. 1.696, do Código Civil:

“Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Nesse sentido, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, condensada no REsp n. 579.385 - SP, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, DJ 04/10/2004, dispõe que:

“Discute-se a responsabilidade do avô de prestar alimentos ao neto quando o genitor não tem condições de suprir as necessidades do menor. O art. 397 do CC/16, atual art. 1.696 do Novo Código Civil, dispõe que ‘o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximo em grau, uns em falta de outros’.

Para solução da controvérsia necessário discutir o alcance da expressão “falta” constante no referido dispositivo. Entende-se que a mencionada expressão não deve ser interpretada de forma restritiva, mas de forma extensiva para abarcar todas as situações de impossibilidade. Assim, o neto poderia pleitear alimentos do avô quando o genitor estivesse impossibilitado de prestar a assistência necessária. Dessa forma, estariam incluídas no comando legal as seguintes hipóteses: (i) ausência propriamente dita (aquela judicialmente declarada, a decorrente de desaparecimento do genitor e o seu falecimento); (ii) incapacidade de exercício de atividade remunerada pelo pai e (iii) insuficiência de recursos necessários para suprir as necessidades do filho.

Neste sentido, inclusive, já vem se posicionando a Quarta Turma deste STJ ao reconhecer que a responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando o genitor não possui condições de satisfazer integralmente as necessidades no menor. Confira-se o Resp 81838, da relatoria do e. Min. Aldir Passarinho, pub. no DJ de 04.09.2000 e o Resp 119336, da relatoria do e. Min. Ruy Rosado de Aguiar, pub. no DJ de 10.03.2003, este último assim ementado:

‘ALIMENTOS. Avós. Obrigação suplementar.

Os avós, tendo condições, podem ser chamados a complementar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade dos alimentandos.

Art. 397 do CCivil. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.’

Relevante destacar que esta Turma também já se manifestou sobre o assunto em um único precedente do e. Min. Ari Pargendler, pub. no DJ de 27.11.2000. Observe-se a respectiva ementa:

‘CIVIL. ALIMENTOS. COMPLEMENTAÇÃO PELO AVÔ. O avô está obrigado a complementar os alimentos, sempre que as necessidades do menor não puderem ser integralmente satisfeitas pelos pais. Recurso especial não conhecido.’

Na hipótese dos autos, o TJSP, analisando o conjunto probatório, reconheceu a insuficiência de recursos do genitor e a possibilidade econômica do avô, ora recorrente, complementar a verba alimentícia para que as necessidades do menor, ora recorrido, fossem supridas integralmente.”

Assim, o fato de o genitor estar obrigado por determinação judicial a pagar uma pensão alimentícia no valor de 50% (cinquenta por cento) de um salário mínimo ao apelado, não impede que esta possa reclamar alimentos do avô paterno, ora apelante, visto que o genitor não possui renda suficiente para suprir as necessidades do apelado.

Sabe-se que o apelado tem suas necessidades materiais aumentadas na medida em que ingressa na juventude e progride em seu desenvolvimento. Dessa forma, são necessários gastos com educação, saúde, lazer, vestuário e alimentação, o que não condiz com o valor pago pelo seu genitor.

Nessa ótica, considerando a solidariedade prevista na legislação, resta ao avô, ora apelante, contribuir. Além de ter o dever moral e legal de auxiliar no sustento de seu neto, a apelante possui capacidade econômica para cumprir tal obrigação.

Conforme este mesmo afirma em sua peça recursal, o apelante auferia rendimentos no patamar de R\$ 1.660,00 (mil seiscentos e sessenta reais), sendo que efetuados os descontos devidos de pensão alimentícia para a ex-esposa e um de seus filhos, resta valor suficiente para arcar com o percentual fixado de 10% (dez por cento) de seus rendimentos líquidos.

Ante tal cenário, observada a proporcionalidade determinada pelo art. 1694, §1º, do Código Civil, não se vislumbra motivo para não obrigar a apelante a pagar a complementação da pensão alimentícia ao apelado nos moldes em que fixada, com o intuito de viabilizar sua subsistência.

A propósito, outro não foi o entendimento adotado por esta Desembargadora no julgamento do Processo nº 1.0596.06.033891-7/001, em 18/10/07, DJ02/11/07.

Assim, não merece qualquer reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação, mantendo na íntegra a r. sentença.

Custas recursais pelo apelante, suspendendo sua exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): NEPOMUCENO SILVA e MANUEL SARAMAGO.

IMOBILIÁRIO

ALUGUEL de IMÓVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - Existência de PAGAMENTO A MAIOR - PRÊMIO pontualidade - Configuração de MULTA disfarçada - MÃO DE OBRA da VISTORIA - Ausência de 3 ORÇAMENTOS

Tribunal de Justiça do Paraná

Apelação Cível n. 611.542-2

Órgão julgador: 11a. Câmara Cível

Fonte: DJ, 12.01.2010

Relator: Juiz Luiz Antônio Barry (Convocado)

Apelação cível – Ação de cobrança – Aluguel de imóvel – Valores devidos – Existência de pagamento a maior – Compensação – Possibilidade – Multa contratual por inadimplência – Prêmio pontualidade – Multa disfarçada – Impossibilidade de cumulação que supere os 10% legais – Mão de obra da vistoria – Consertos – Chaveiro – Vidro – Existência de comprovante de pagamento – Porém, inexistência de 03 orçamentos para as obras – Previsão contratual – Valores que não devem ser pagos – Condomínio – Prova do pagamento de alguns meses – Seguro – Pagamento não demonstrado – Valores devidos, proporcionalmente ao tempo de duração da locação – Recurso conhecido e parcialmente provido – Sentença modificada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 611.542-2 da Comarca da Lapa – Vara Única, em que é apelante São Bentinho Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. – Me, e outro, e apelado Pedra Amarela Adm. e Part. Ltda.

Trata-se de Apelação Cível, interposta contra a sentença de fls. 96/101, proferida nos autos de Ação de Cobrança, sob nº 919/2007, intentada por Pedra Amarela Adm. e Part. Ltda. em face de Bentinho Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. – Me, e outro, pela qual o MM. Juiz de Direito Rodrigo Brum Lopes julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os requeridos ao pagamento das verbas pleiteadas na inicial, excluídas aquelas relativas a custas/despejo e honorários de encerramento, corrigidas financeira e monetariamente.

Condenou, ainda, em razão da sucumbência recíproca, ambas as partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, na proporção de 85% a ser pago pelos réus e 15% pela parte autora.

Os réus mostraram-se irrisignados com a decisão e interpuuseram recurso de apelação às fls. 105/113.

Sustentam que os valores dos aluguéis relativos aos meses de maio, junho, julho e agosto de 2006 devem ser compensados com valores pagos adiantadamente, ou a maior.

Alegam que a multa de 10%, por inadimplência, é muito alta, e pede sua redução, com fulcro no artigo 413 do Código Civil.

Argüem que as despesas de mão de obra para consertos no imóvel deveriam, além de ser demonstradas com o comprovante do pagamento, ser acompanhadas de 03 orçamentos, conforme disposição contratual. E em razão da inexistência desses orçamentos, pugnam pela não condenação a seu pagamento.

Argumentam que, embora não tenha documentos que comprovem, pagou tanto o seguro como as taxas de condomínio.

Requerem os apelantes, por fim, sejam livrados da condenação ao pagamento das obras de conserto do imóvel e dos valores relativos ao seguro incêndio e tacas de condomínio.

O magistrado recebeu o recurso em seus dois efeitos, às fls. 115.

O apelado respondeu, às fls. 116/126, às alegações dos recorrentes.

Ressalta-se, dentre inúmeros argumentos levantados pelo recorrido, a alegação de que estão de acordo com o contrato os valores cobrados relativos a aluguéis anteriores ao mês de maio de 2006.

É o relatório.

Porque cumpre com os requisitos processuais de admissibilidade, deve o recurso ser conhecido. No mérito, merece parcial provimento, pelas razões e fundamentos abaixo.

Trata-se da cobrança de aluguéis inadimplidos, multa e despesas com o imóvel, feita por Pedra Amarela Adm. e Part. Ltda. em face de São Bentinho Indústria e Comércio de Madeiras.

Valor do aluguel e da multa por inadimplência

As partes firmaram o contrato de locação de fls. 12/14 em 15.12.2003, cujo valor mensal era de R\$ 525,00, descontados R\$ 105,00 se o locatário pagasse em dia.

Conforme o entendimento desta Câmara, o real valor do aluguel é aquele em que já se tem descontado o benefício por pagar antes do vencimento. Sobre isso, o entendimento já se encontra sedimentado. Confira-se:

Apelação cível. Ação de despejo por falta de pagamento. Ausência de cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide. O valor do aluguel deve ser considerado com o desconto de pontualidade. Impossibilidade de cumulação da multa moratória com a ausência do desconto de pontualidade. Inaplicabilidade do CDC aos contratos de locação. Redução da verba honorária para 15% sobre o valor da dívida. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível nº 439527-9, 11a. CC, rel. Des. Eraclés Messias, j. 14.11.2007).

Apelação cível. Mora do locador. Inexistência de repasse dos boletos de cobrança ao locatário. Incomprovação. Ônus da requerida. Legalidade da cobrança dos acessórios locativos. Previsão contratual. Vencimento dos acessórios em datas diversas do aluguel. Irrelevância. Protesto de títulos referentes a alugueres impagos. Ilegalidade. Medida adotada após o adimplemento das prestações. Prêmio de pontualidade. Impossibilidade de cumulação com a multa contratual. Juros e correção monetária. Previsão contratual. Incidência a partir do vencimento das obrigações. Recurso parcialmente provido.

É inexigível a multa contratual juntamente com a cobrança do aluguel sem o benefício-pontualidade, já que ambas encontram supedâneo no fato do atraso no pagamento, constituindo a cumulação, sim, 'bis in idem'.

Sobre o débito deverá incidir correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a partir do vencimento de cada parcela, uma vez que se trata de dívida positiva e líquida, cujo inadimplemento, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor. (Apelação Cível nº. 313739-7, 11a. CC, rel. Des. Mário Rau, j. 15.12.2006)

Isso porque a aplicação do benefício pontualidade cumulada com multa por atraso consiste em evidente *bis in idem*, já que o fato que gera a ambos é o pagamento depois da data estipulada. Quer dizer, o benefício pontualidade é uma multa disfarçada e não poder ser admitida em conjunto com a multa. Portanto, no presente contrato, o valor do aluguel é de R\$ 420,00 e a multa é de 10%, ou seja, R\$ 42,00. Esses valores devem ser atualizados pelo IGPM-FGV, conforme previsão contratual, para que se chegue aos valores devidos à época.

A multa estipulada na cláusula penal do contrato em questão refere-se ao valor total do contrato. Entretanto, esta cláusula é abusiva, e deve ser entendido que os 10% de multa incidem apenas sobre os aluguéis não pagos.

Ressalte-se que o contrato, que tinha duração de 12 meses, já se havia transformado na espécie de duração indefinida, razão pela qual não houve inadimplência relativa ao não cumprimento do prazo do contrato. Quer dizer, o imóvel não foi devolvido antes de findado do contrato, situação em que a multa incidiria também sobre os aluguéis vincendos.

Portanto, é de se entender que a multa de 10% incide apenas sobre os quatro meses não pagos, e não sobre o valor total do contrato.

Por fim, ressalte-se que os valores devidos devem ser atualizados monetariamente e acrescidos de juros de 1% ao mês.

Aluguéis de maio, junho, julho e agosto de 2005

Restou comprovado que os aluguéis dos meses de maio a agosto de 2006 não foram pagos.

E ainda que o apelante afirme haver deixado o imóvel em julho de 2006, não há comprovação da entrega das chaves, razão pela qual não pode demonstrar que não esteve na posse do imóvel fins de agosto.

No presente caso, o recibo de entrega das chaves seria hábil em demonstrar a desocupação do imóvel, porém o mesmo não existe.

Portanto, são devidos os aluguéis referentes aos meses de maio, junho, julho e agosto de 2006, com vencimento sempre no quinto dia do mês subsequente.

Valores adiantados e pagos a maior

O apelante alega que pagou R\$ 400,00 de adiantamento. Com relação a isso, não lhe assiste razão.

Isso porque o documento de fls. 53, ainda que leve escrito a palavra adiantamento, não especifica a data em que esse adiantamento ocorreu, sendo impossível ao Juízo auferir verdade à antecipação de valores.

No tocante à existência de valores pagos a maior, os quais dariam ensejo à compensação, é de se dar razão ao apelante.

O documento de fls. 87, acarreado aos autos pelo locatário e não impugnado pelo apelante, faz prova dos

valores que efetivamente pagos são maiores que os valores devidos.

Por exemplo, a prestação do mês de fevereiro de 2006, paga em 09.03.06, era de R\$ 832,39 (incluído condomínio) e o locatário pagou R\$ 976,00. O mesmo ocorreu no mês seguinte, em que o valor pago foi de R\$ 986,00.

E em sede de liquidação de sentença, em que se precisarão os valores, dever-se-á compensar os valores pagos a maior, tendo-se como base, inclusive, o valor do aluguel fixado por esta decisão.

Condomínio e Seguro

O locador está cobrando 08 meses de parcelas atrasadas do condomínio, relativos aos meses de janeiro de 2005 a agosto de 2006, com vencimento sempre no mês subsequente.

O ônus da prova é do locador. E para demonstrar a existência da dívida, ele junta às fls. 85, a fotocópia da impressão de um suposto *email* entre si e o responsável pelo Edifício em que está situado o imóvel, assim como alguns comprovantes de pagamento.

Entretanto, os valores e as datas de vencimento da taxa de condomínio conflitam com a planilha de fls. 87, a qual traz organizado o histórico de valores devidos e pagos.

O apelante alega que pagava os valores diretamente à administração do condomínio. O notável nesta tabela é que na parcelas dos meses de janeiro a abril de 2006 o locatário pagou, todo mês, R\$ 299,00 a título de condomínio, ou seja, R\$ 1.196,00. Ocorre que é impossível precisar se se referem a meses anteriores inadimplidos ou não, mas decerto conflitam com a alegação do locador de que nenhum mês foi pago.

Ademais, esse valor de R\$ 299,00 é muito superior aos discriminados no suposto email de fls. 85, no qual, inclusive, se vê adições à caneta.

O certo, entretanto, é que os documentos apresentados pelo apelado ao longo do processo são conflitantes entre si, confusos, e impossibilitam um juízo definitivo acerca da existência ou não de débitos condominiais, tanto como quais seriam, se fosse o caso, os valores devidos.

Portanto, em razão disso, entendo que não restou demonstrado cabalmente o dever de pagar as taxas condominiais ao locador, sobretudo porque é possível que essas já tenham sido pagas, seja a ele, seja a própria administração do edifício.

Com relação à alegação do apelante de que efetuou o pagamento das taxas de seguro, previstas contratualmente, não lhe assiste razão. Isso porque não traz aos autos qualquer documento que comprove o pagamento, o qual deveria ser feito ao locador.

Verifique-se que no ano de 2005 foram pagas as taxas, conforme planilha de fls. 87. Entretanto, até o mês de maio de 2006, o locador não havia computado o pagamento das taxas, que ocorrem de 04 parcelas.

No caso, pagamento de 03 parcelas é justo, já que relativamente ao ano de 2006 o locatário esteve oito meses na posse do imóvel, de um total de 12, perfazendo assim, a proporção de 3/4.

Ademais, o locador trouxe aos autos um documento, de fls. 86, em que apresenta o valor de R\$ 31,48 para cada prestação, pouco mais que o cobrado no ano anterior.

Despesas com vistoria, mão de obra para consertos no imóvel, chave e vidro

O locador buscou demonstrar a existência de gastos decorrentes da saída do locatário do imóvel. Juntou os documentos de fls. 80, 81, 82 e 83, com o que buscou provar a existência dos seguintes débitos:

- mão de obra para conserto do imóvel, R\$ 450,00
- compra de material para o reparo, R\$ 184,75
- gastos com chaveiro, R\$ 35,00
- compra de um vidro, R\$ 23,00

Inicialmente, cumpre verificar que o trinco especificado no orçamento (fls. 80) não foi comprado nem está sendo cobrado, que a cor da tinta especificada difere da comprada, e que o balde de R\$ 70,00 (fls. 83) não fazia parte desse orçamento.

Porém, o que se ressalta não é somente a falta de consistência do orçamento, mas, sobretudo, a inexistência de três orçamentos, o que é exigido pelo contrato firmado entre as partes, fls. 12/14.

No primeiro ponto do tópico “habitabilidade do imóvel”, lê-se:

“No caso de ser necessário qualquer tipo de conserto, reparo e/ou pintura no imóvel locado por ocasião da VISTORIA DE SAÍDA, fica desde já, o LOCADOR autorizado a realizar os serviços, mediante consulta de três orçamentos, usando o de menor valor, para representar o montante da indenização, que se obriga o LOCATÁRIO, judicial ou extrajudicialmente”.

Como se lê, o locador poderia cobrar os valores referentes a algum reparo desde que apresentasse três orçamentos e fizesse uso do de menor valor. Entretanto, nos autos não constam os três orçamentos para cada serviço ou compra, mas apenas um, e no caso das compras, apenas o comprovante de pagamento.

O contrato é rigoroso para ambas as partes. E da mesma forma que o apelante não logrou demonstrar a entrega das chaves, há que se entender que o locador não demonstrou, na forma exigida pelo contrato, os gastos com o conserto do imóvel.

Portanto, é de se entender indevidos os valores relativos a chaveiro, vidro, materiais para a obra, e o serviço de reparo.

Em razão da sucumbência recíproca, restam condenadas ambas as partes ao pagamento de despesas e custas processuais, e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação, cabendo ao apelante arcar com 60% da verba e ao apelado com 40%.

Ex positis, voto no sentido de conhecer em parte e dar parcial provimento ao recurso.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer em parte a Apelação, e nesta extensão dar provimento.

Participaram do julgamento os excelentíssimos Desembargadores FERNANDO WOLFF BODZIAK e VILMA RÉGIA RAMOS DE REZENDE.

Curitiba, 16 de Dezembro de 2009

LUIZ ANTONIO BARRY

Relator convocado

PROCESSO CIVIL

AÇÃO CAUTELAR de SUSTAÇÃO DE PROTESTO - LIQUIDAÇÃO de INDENIZAÇÃO nos próprios AUTOS - Possibilidade

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 802.735 – SP
Órgão julgador: 3a. Turma
Fonte: DJe, 11.12.2009
Relator: Ministro Sidnei Beneti

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA LIMINAR CONCEDIDA E EXTINÇÃO DO FEITO EM RAZÃO DA NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL NO PRAZO LEGAL. LIQUIDAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. CPC, ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO. POSSIBILIDADE.

1.– Em conformidade com o parágrafo único do artigo 811 do Código de Processo Civil, pode o Requerido, mesmo após o trânsito em julgado da sentença de extinção, formular nos próprios autos do procedimento cautelar pedido de liquidação dos prejuízos causados pela execução da medida.

2.– Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2009 (Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.– CENNABRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. interpõe Recurso Especial com fundamento na alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra Acórdão proferido pela Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Relator o Juiz CARLOS LUIZ BIANCO, assim ementado (fl. 45):

RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – *IN CASU* HÁ DECISÃO EXTINTIVA TRANSITADA EM PRIMEIRO GRAU – RECURSO IMPROVIDO.

2.– Sustenta a Recorrente ofensa ao artigo 811, parágrafo único, do Código de Processo Civil, alegando que a cautelar é a via própria para liquidação e cobrança dos prejuízos sofridos com a execução da medida liminar deferida, porquanto cessada sua eficácia e a cautelar extinta em razão do não ajuizamento da ação principal no prazo legal (CPC, art. 808, I).

As Contrarrazões apresentadas pugnam pela inadmissibilidade do apelo (fls. 82/85).

O recurso foi inadmitido na origem, o que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento 584.200/SP.

A douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do Agravo de instrumento (fls. 114/119).

O recurso, entretanto, foi convertido pelo E. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO em Recurso Especial (fl. 121).

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

3.– Cinge-se a controvérsia na possibilidade de apuração e cobrança de perdas e danos nos autos da ação cautelar de sustação de protesto em que restou deferida a medida liminar pleiteada, contudo, cessada sua eficácia e extinto o processo pela não propositura da ação principal no prazo legal.

4.– O Tribunal de origem manteve a decisão singular sob os seguintes fundamentos (fl. 46):

“Embora sensível à postulação instrumental devido ao comando processual albergado pelo art. 811, § único, força é se convir que a mesma se desguarnece de razão *in casu*, desmerecendo medrança.

Isso porque – e qual bem explicitado pelo desate guerreado – a decisão extintiva já transitara em 31.10.00, enquanto que o tardígrado desiderato veio ter aos autos competentes tão apenas em 23.3.01 (fls. 19/21), inviável sua concretização portanto.

Demais disso, insta se ressaltar que o *decisum* de extinção deveria trazer em seu contexto carga sancionadora que pudesse realmente ser liquidada na forma prevista pelo dispositivo citado, o que incoorre na espécie versada qual se vê de fls. 17, razão a mais para se manter a diluição profligada já que, de rígor e encerrada a prestação jurisdicional competente, transitada, a postulante, para eventualmente satisfazer seu intento, deve pervagar o *iter* judicial pertinente.”

5.– Como se vê, o Acórdão recorrido não vislumbra a possibilidade de liquidação nos próprios autos da cautelar em razão do seu trânsito em julgado e de “ausência de carga sancionadora que pudesse realmente ser liquidada”.

6.– A tese recursal é de que “a responsabilidade processual objetiva só surge após a cessação dos efeitos da cautelar (art. 811, III, do CPC). Esta cessação há de ser definitiva, pois é ilógico processar um pedido de indenização, fundado na perda de efeitos da cautelar, enquanto a cautelar ainda estiver ativa, passível de ter seus efeitos restabelecidos a qualquer momento” (fl. 55).

7.– Com razão a Recorrente.

8.– A interpretação emprestada ao dispositivo legal pelo Acórdão recorrido esvazia seu conteúdo, tornando-o inócuo. E o texto legal é expresso no sentido de que “a indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar” (CPC, art. 811, parágrafo único).

No presente feito, a cessação dos efeitos da medida deferida coincidiu com a extinção da cautelar, desse modo, a responsabilidade da Autora somente emergiu nesse momento. Na realidade, é o que comumente ocorre nesses casos.

Assim, limitar a possibilidade de liquidação nos próprios autos ao trânsito em julgado e condicioná-la à existência de condenação nesse sentido inviabiliza sua aplicação.

Na verdade, o objetivo da norma em tela é a celeridade e a economia do processo, com a possibilidade de liquidação dos danos sofridos pela execução da cautelar frustrada nos próprios autos.

E, como bem demonstrado pela Recorrente, a obrigação de indenizar decorre da extinção da medida cautelar e a sentença da liquidação formulada no bojo dos autos concederá ao Requerente o título de conteúdo condenatório.

9.—Pelo exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial determinando o processamento do pedido de liquidação de perdas e danos efetuado pela Recorrente nos autos da medida cautelar.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de dezembro de 2009

Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha – Secretária

PENAL - PROCESSO PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL - PEDIDO de INTIMAÇÃO da DATA de JULGAMENTO - Inocorrência - NULIDADE configurada

Superior Tribunal de Justiça
Habeas Corpus n. 121.700 – CE
Órgão julgador: 6a. Turma
Fonte: DJ, 18.12.2009
Relator: Ministro Og Fernandes

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PEDIDO EXPRESSO DE INTIMAÇÃO ACERCA DA DATA DO JULGAMENTO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL NÃO ATENDIDO. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. Esta Corte tem entendido que ocorre nulidade, por cerceamento de defesa, se o advogado constituído não foi intimado da pauta da sessão de julgamento, a qual manifestou expressamente a vontade de proferir sustentação oral. Precedentes.

2. Ordem concedida, para anular o julgamento do *Habeas Corpus* nº 3.301-CE (2008.05.00055566-7).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator

RELATÓRIO

OSR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de C. G.

D. H., apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 5a. Região.

Colhe-se dos autos que o paciente, juntamente com 4 (quatro) suspeitos, foi denunciado como incurso nos arts. 22 da Lei nº 7.492/98 (evasão de divisas), 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica), ambos do Código Penal.

Diante disso, manejou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, sendo a ordem parcialmente concedida para trancar a ação penal quanto ao crime previsto no art. 299 do Código Penal, por inépcia da denúncia.

Sustentam os impetrantes que a defesa do ora paciente requereu fosse cientificada da data da sessão de julgamento do *writ* originário a fim de realizar sustentação oral, o que não fora cumprido, em face da juntada tardia do pedido aos autos.

Busca-se, em suma, seja declarado nulo o acórdão impugnado, em face do cerceamento de defesa, requerendo, liminarmente, a suspensão da ação penal em trâmite perante a 11a. Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Ceará/CE.

Prestadas as informações (fls. 204/206), indeferi o pedido de liminar (fls. 216/217).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 220/224)

É o relatório.

VOTO

OSR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Pretende o impetrante a anulação do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5a. Região, ante a falta de intimação do advogado para a realização de sustentação oral.

Da análise dos autos, verifica-se que de fato, consta, às fls. 151/152, Petição de nº 107030, de 6 de agosto de 2008, em que os advogados do paciente manifestaram expressamente sua vontade de proferir sustentação oral por ocasião do julgamento do *habeas corpus* lá impetrado, que acabou ocorrendo no dia seguinte ao referido pedido.

Esta Corte tem entendido que ocorre nulidade, por cerceamento de defesa, se o advogado constituído não foi intimado da pauta da sessão de julgamento, a qual manifestou expressamente a vontade de proferir sustentação oral.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PETIÇÃO REQUERENDO INTIMAÇÃO DA DATA DE JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS NA CORTE DE ORIGEM. INTERESSE EM PROFERIR SUSTENTAÇÃO ORAL. PEDIDO QUE NÃO FOI ATENDIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. OCORRÊNCIA. PRELIMINAR ACOLHIDA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. O julgamento de *habeas corpus* sem que o impetrante tenha ciência da data de sua realização, na hipótese em que tenha manifestado expressa vontade de proferir sustentação oral, resulta em sua nulidade, ante a ocorrência de evidente cerceamento de defesa.

2. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

3. Preliminar acolhida para conceder parcialmente a ordem.

(HC 114.773/AP, Rel. Ministra JANE SILVA – DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 11/05/2009) – grifei.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. HABEAS CORPUS. PEDIDO EXPRESSO DE INTIMAÇÃO ACERCA DA DATA DO JULGAMENTO. PEDIDO DEFERIDO. INTIMAÇÃO INOCORRENTE. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO. OCORRÊNCIA. WRIT DENEGADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. 2. RECURSO PROVIDO.

1. O advogado deve ser intimado da data do julgamento caso o requeira expressamente, mesmo no caso do *habeas*

corpus, cujo julgamento independe de pauta, para que possa sustentar oralmente as suas razões. Nulidade reconhecida. Precedentes.

2. Recurso provido em parte para, acolhendo a preliminar suscitada, anular o julgamento do *habeas corpus* nº 2008.01.00.008638-2/DF, viabilizando-se a intimação do advogado acerca da data do novo julgamento do *writ*, para que este possa apresentar sua sustentação oral, conforme requerido e deferido à fl. 196.

(RHC 24.376/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 24/11/2008) – grifei.

À vista do exposto, concedo a ordem para anular o julgamento do *Habeas Corpus* nº 3.301-CE (2008.05.00055566-7).
É o voto.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 01 de dezembro de 2009

Eliseu Augusto Nunes de Santana - Secretário

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

INDENIZAÇÃO por DANOS MORAIS - RELAÇÃO DE EMPREGO - APLICAÇÃO da PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

Tribunal Superior do Trabalho
Recurso de Revista n. 18.296/2004-001-09-00.4
Órgão julgador: 8a. Turma
Fonte: DEJT, 18.12.2009
Relator: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

Tratando-se de danos morais decorrentes de relação de emprego (ato do empregador consistente em assédio moral e perseguição política), aplicável é a prescrição trabalhista, prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Precedentes.

Recurso de Revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-18.296/2004-001-09-00.4, em que é Recorrente ESPÓLIO DE CARLOS TAVORA SEIDL e Recorrida COMPANHIA DE INFORMÁTICA DO PARANÁ - CELEPAR.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 9a. Região, em acórdão de fls. 382/384, complementado às fls. 390/391, negou provimento ao Recurso Ordinário do Autor.

O Reclamante interpõe Recurso de Revista às fls. 393/398.

Despacho de admissibilidade, às fls. 401/401-verso.
Contra-razões, às fls. 403/411.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade tempestividade (fls. 392 e 393), representação processual (fls. 32) e preparo (fls. 359), passo à análise dos intrínsecos.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

a) Conhecimento

O Tribunal Regional entendeu que o prazo prescricional aplicável à hipótese é o trabalhista, aos seguintes fundamentos:

Trata-se de ação de indenização por ato ilícito proposta pelo espólio do Sr. Carlos Távora Seidl.

O autor foi admitido pela ré em 01/04/1973 e dispensado em 25.11.1999.

Inicialmente, ressalvo entendimento pessoal no sentido que o pedido de indenização por danos morais é imprescritível, por tratar-se de direito da personalidade, o qual se encontra entre os direitos constitucionais fundamentais, que por sua

vez consubstanciam-se em cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV da CF/88), afastando, assim, o instituto da prescrição. No entanto, curvo-me à **maioria doutrinária e jurisprudencial para evitar que sejam dadas falsas expectativas à parte autora, cujos fundamentos passo a explicar.**

Como se extrai do texto da Carta Magna e do artigo 11 celetário, o direito de ação quanto a créditos resultantes da relação de trabalho prescreve em dois anos, após a extinção do contrato. Os créditos resultantes da relação de trabalho nem sempre possuem natureza salarial, nem decorrem todos, direta e estritamente, do serviço prestado. A regra, portanto, abrange, também, créditos que se inserem no âmbito da relação trabalhista mas têm sua origem em obrigação previdenciária ou civil, como é o caso dos depósitos do FGTS ou da indenização devida ao empregador pelos prejuízos que, por dolo, o empregado lhe haja causado (artigo 462 da CLT).

Ou seja, quando a demanda abarca litígio entre patrão e empregado, e visa à satisfação de um crédito que se originou na relação de trabalho havida, ainda que se trate de direito afeto a outra esfera do ordenamento jurídico, seja a previdenciária, seja a que rege as relações civis, ainda assim, o crédito assumirá as feições trabalhistas e como tal deverá ser tratado. Assim é, inclusive no que pertine à forma de aplicação dos juros e atualização **monetária. Destarte, também no que se refere à prescrição, serão observadas as regras atinentes ao Processo do Trabalho, restando, portanto, afastada a tese recursal de que deve ser aplicada a regra de transição prevista no Código Civil (artigo 2.028).**

(...)

Destarte, e embora deseje frisar que me sinto sensibilizada diante da tese quanto à aplicação da prescrição afeta ao Direito Civil, da qual comungo, inclusive, posto que o prazo seria mais benéfico ao trabalhador, concluo pela aplicação da prescrição bienal, nos termos até então expostos.

Pelas razões expostas, mantém-se o decidido.

Deixo de apreciar, portanto, as demais matérias contidas no recurso interposto pela parte autora. (fls. 382-verso e 383-verso – sublinhei)

No Recurso de Revista, o Autor afirma que o prazo prescricional aplicável à hipótese é o vintenário, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. Aponta violação aos arts. 177 do CC/16; 2.028 do CC/02; 5º, V e X, e 7º, XVI, da Constituição. Invoca os arts. 206, § 3º, V, do CC/02 e 5º, XXIX, da Constituição da República. Transcreve julgados ao cotejo de teses.

Na hipótese, tratando-se de danos morais decorrentes de relação de emprego - - assédio moral e perseguição política quanto à opinião e posição do *de cujus* sobre a extinção da PLR - (fls. 330-verso da sentença), aplicável é a

prescrição trabalhista, prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. PRESCRIÇÃO – DANO MORAL. Na hipótese de indenização por danos morais decorrente da relação de emprego, a prescrição a ser aplicável é a prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, e não a do artigo 177 do atual Código Civil. Recurso de Embargos conhecido e não provido. (E-RR-556/2006-341-01-00, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJET-27/3/2009)

PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. Tratando-se de pleito de indenização por danos morais advindos do contrato de trabalho, a prescrição aplicável é a prevista no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, uma vez que a lesão se reveste de natureza trabalhista e não civil. Assim, não houve má aplicação do teor do referido preceito constitucional ao caso, nem se verifica a violação do art. 177 do Código Civil de 1916. Embargos não conhecidos. (E-RR-1.314/2004-053-03-00, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJET-13/3/2009)

O Tribunal Regional registrou que o contrato de trabalho foi rescindido em 25/11/99. Desse modo, aplicando-se a prescrição bienal disposta no aludido dispositivo constitucional, resta prescrita a pretensão do Autor, porquanto a presente demanda somente fora ajuizada em 4/11/04.

Restam incólume, portanto, os dispositivos invocados.

Os arestos colacionados desservem para comprovação de divergência. Os dois primeiros julgados estão superados pela jurisprudência desta Corte, nos termos da Súmula nº 333 do TST. O último, além de ser proveniente de Turma deste Tribunal, cuida de hipótese em que se discute pedido de indenização de danos morais decorrente de acidente do trabalho, hipótese diversa da ora discutida. Incidência do art. 896, *a*, da CLT e da Súmula nº 296 do TST.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Revista.

Brasília, 16 de dezembro de 2009.

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI

Ministra-Relatora

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

TAXA ANUAL POR HECTARE - Não PAGAMENTO - APLICAÇÃO de MULTA - VALOR - DESPROPORCIONALIDADE

Tribunal Regional Federal da 4a. Região
Apelação Cível n. 2009.71.00.017191-4/RS

Órgão julgador: 3a. Turma

Fonte: DE, 08.01.2010

Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA POR NÃO PAGAMENTO DE TAXA ANUAL POR HECTARE. PESQUISA MINERAL.

Multa aplicada em valor desproporcional. Notório, portanto, que a diferença entre os valores da taxa anual cobrada e da multa imposta é desproporcional e desarrazoada, já que o referido *quantum* representa um montante superior a 100% do valor da TAH.

Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2009.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação de embargos opostos à execução fiscal nº 200871000278753, em que o embargante aduz que a multa é inexigível. Alega que a mesma: a) viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; b) possui natureza confiscatória, o que é vedado constitucionalmente, pois seu valor representa mais que 100% do valor da taxa que foi inadimplida e gerou a multa. Também alega, alternativamente, que a multa é excessiva e que deve ser reduzida para, no máximo, 20% do valor do débito. Objetiva seja afastada a exigibilidade da multa ou reduzindo seu valor.

O DNPM, em impugnação, disse que os embargos devem ser rejeitados porque a multa foi aplicada de acordo com as determinações legais aplicáveis ao acaso. Possui valor fixo, não sendo possível nenhuma espécie de valoração de percentual por parte do administrador. Não representa confisco nem viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não é excessiva e deve ser mantida, pois tem por finalidade desestimular a inadimplência.

Sobreveio sentença de improcedência restando o embargante condenado ao pagamento de honorários fixados em 5% sobre o valor da causa.

Apela o embargante repisando os argumentos de sua exordial.

É o relatório.

Peço dia.

VOTO

Mostram-se aplicáveis ao caso em tela, os fundamentos por mim proferidos em demanda análoga (AC nº 2006.71.00.034483-2/RS, D.E. publicado em 18/10/2007), *verbis*:

Afiguram-se-me irrefutáveis as considerações desenvolvidas no parecer do culto agente do MPF, Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira, a fls. 88v/89v, *verbis*:

“Não merece provimento o recurso.

Consoante se depreende dos autos, a cobrança da taxa Anual por hectare (TAH) era feita por meio da emissão de boleto bancário. No entanto, tal procedimento foi alterado, sem que o autor da presente ação fosse alertado, de tal forma que o boleto bancário não seria mais enviado, e sim obtido pelo próprio devedor na internet. Tendo em vista o desconhecimento de tal situação, aguardou o demandante pelo recebimento do boleto como usualmente ocorria, motivo pelo qual perdeu o prazo para o pagamento, lhe sendo imposta uma multa no valor de R\$ 1.556,57.

A multa imposta, por si só, já se mostra abusiva, ofendendo o princípio da proporcionalidade. Isso porque foi estabelecida no valor de 1.000 UFIRs, ultrapassando em muito o valor da própria obrigação principal equivalente a

100 UFIRs. Com isso, violou o disposto no art. 412 do Código Civil, segundo o qual o valor da cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Por outro lado, a alteração unilateral na forma de pagamento da TAH violou princípios basilares que regem o direito administrativo, dentre os quais o princípio da legalidade, ampla defesa e contraditório. A lei 9.784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, assim estabelece:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1º A intimação deverá conter:

I – identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II – finalidade da intimação;

III – data, hora e local em que deve comparecer;

IV – se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V – informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI – indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência do processo. Por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

§ 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres. Ônus. Sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza de seu interesse.

No caso em tela, não houve qualquer intimação do autor acerca da mudança de procedimento na cobrança do TAH, nem sobre a instauração de procedimento administrativo para a apuração de infração. Tão somente foi o demandante notificado quando já havia sido lavrado o auto de infração contra si.

A publicação da alteração no Diário Oficial de forma exclusiva não é suficiente para assegurar a ciência do interessado sobre o novo procedimento adotado, sendo necessária a sua intimação acerca de tal decisão, conforme imposição legal.

Não merece prosperar a alegação da demandada de inaplicabilidade da Lei 9784/99, face à existência de legislação específica. Isso porque, a legislação geral é aplicável subsidiariamente, apenas sendo afastada naquilo em que a lei específica regule diferentemente. O disposto na Lei

9784/99 no que diz respeito à necessária intimação do interessado naqueles atos do processo que lhe acarretem ônus, complementa o Código de Mineração, uma vez que esse não prevê um processo administrativo específico capaz de afastar aqueles preceitos gerais.

Por fim, cabe colacionar entendimento do Tribunal Regional Federal da 4a. Região que, em caso semelhante ao dos autos, entendeu pela abusividade na cobrança da multa:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUTODEINFRAÇÃO. MULTA POR NÃO PAGAMENTO DE TAXA ANUAL POR HECTARE. PESQUISA MINERAL. – A decisão agravada não merece ser reformada, porque o processo administrativo apresenta falta de razoabilidade e proporcionalidade da aplicação da multa, bem como deixou de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa. – Em relação à imposição da multa, o valor da taxa anual cobrada era de R\$ 77,50 (setenta e sete reais e cinquenta centavos) (fl.66). A multa, por sua vez, nos termos do Código de Mineração (Decreto-lei nº 227/67), deve ser fixada entre 100 e 1000 UFIRS, segundo a gravidade das infrações (art. 20, § 3º c/c art. 64). – A multa aplicada no presente caso foi fixada em R\$ 1.556,57. É notório, portanto, que a diferença entre os valores da taxa anual cobrada e da multa imposta é desproporcional e desarrazoada, já que o referido quantum representa um montante superior a 100% do valor da TAH. O Departamento Nacional de Produção mineral alega que, além de publicar no Diário Oficial da União, efetuou o envio de cópia do Auto de Infração ao agravado por ofício, via postal. Entretanto, não há nos autos a juntada do respectivo Aviso de Recebimento, de que trata o art. 26, § 30, da Lei nº 9.784/99, comprovando que a parte recorrida foi devidamente notificada do ato administrativo. – Portanto, verifica-se que o procedimento adotado pelo recorrente, considerando-se, aqui, somente a publicação no Diário Oficial, não está em consonância com o determinado na Lei 9.784/99, uma vez que não assegura a certeza da ciência do interessado. (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2007.04.00.011569-7, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, D.E. 04/07/2007)

3. CONCLUSÃO

Por essas razões, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opina pelo desprovimento do recurso de apelação.”

Por esses motivos, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.”

Nesse sentido, ainda:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTODEINFRAÇÃO. MULTA PELONÃO PAGAMENTO DE TAXA ANUAL POR HECTARE. PESQUISA MINERAL. DESPROPORCIONALIDADE.

Os princípios consubstanciados na Lei 9.784/99, que rege o processo administrativo federal, determinam que a Administração Pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A publicação do extrato de notificação de multa no Diário Oficial não está em consonância com o determinado na Lei 9.784/99, uma vez que não assegura a certeza da ciência do interessado.

A diferença entre os valores da taxa anual por hectare e as multas aplicadas pelo seu não pagamento mostra-se desproporcional e desarrazoada.

(TRF/4ª R. AMS nº 2006.71.00.042607-1/RS, Rel: Juiz MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA D.E. 14.07.2008)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. MULTA. 300%. ART. 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI SUPERVENIENTE. REVOGAÇÃO. ART. 106, II, DO CTN.

1. Não obstante tenha assento legal e não constitua tarefa do julgador estabelecer o percentual a incidir (art. 161 do CTN), a redução da multa moratória é admitida, excepcionalmente, na via judicial, desde que evidenciada a desproporção entre a penalidade aplicada pelo desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica. A penalidade pecuniária que, pelo seu montante, afigura-se desproporcional à infração cometida, excessivamente onerosa, assume feição confiscatória, vedada constitucionalmente (art. 150, IV, da Constituição Federal).

2. A revogação da Lei nº 8.846/94 pela Lei nº 9.532/97 retira do débito seu fundamento legal. Se não mais existe a previsão legal de multa de 300% para a situação fática punida pelo Fisco, é impositivo o reconhecimento da inexigibilidade da penalidade aplicada ao contribuinte.”

(TRF/4ª R. AC nº 2003.04.01.007910-6/SC, Rel. Juíza VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA D.E. 07/03/2007)

Por esses motivos, voto por dar provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

TRIBUTÁRIO

ICMS - DESLOCAMENTO de MERCADORIA - ESTABELECIMENTOS do mesmo TITULAR - Não INCIDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 267.559 – MG

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DJe, 11.12.2009

Relator: Ministra Ellen Gracie

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESLOCAMENTO DE MERCADORIAS. ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 24 de novembro de 2009.

Ellen Gracie - Presidente e Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais da decisão (fl. 232) que deu provimento ao recurso extraordinário da Companhia Materiais Sulfurosos - MATSULFUR para restabelecer a sentença que deferiu a dispensa do pagamento de ICMS, quando a ora agravada efetuasse transferência de produtos acabados e semi-acabados para outros estabelecimentos de sua propriedade situados no mesmo Estado ou em outros Estados da Federação.

2. A parte agravante alega, em síntese:

a) existência de questão prejudicial, uma vez que o acórdão recorrido não chegou a decidir o mérito do mandado de segurança tendo chegado ao entendimento de que não há direito líquido e certo a ser amparado nos estreitos limites do mandado de segurança; b) existência de supressão de instância, pois não tendo havido apreciação do mérito do *mandamus*, o STF não poderia fazê-lo;

c) é constitucional a incidência do ICMS sobre as operações interestaduais de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte;

d) o ICMS é imposto que incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e não um imposto sobre operações de venda de mercadorias.

3. Instada a se manifestar (fl. 291) a parte ora agravada requereu o não-conhecimento do agravo e, se conhecido, fosse-lhe negado provimento (fls. 296-313).

4. À fl. 338, o Ministro Gilmar Mendes, que me antecedeu na relatoria do presente feito, determinou o seu sobrestamento, por entender que a matéria aqui debatida aguarda a conclusão do julgamento do RE 199.147.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. Preliminarmente, afasto o sobrestamento determinado, tendo em vista que a matéria em debate no RE 199.147/RJ, Redator para acórdão Min. Marco Aurélio, é distinta daquela discutida nestes autos sendo, assim, desinfluyente para o desate da questão.

2. A decisão agravada não merece reforma, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

3. Ademais, não há que falar em supressão de instância, pois o acórdão recorrido, ao contrário do que sustentado pela parte agravante, julgou o mérito do mandado de segurança, como se nota do trecho do voto do relator de fl. 150:

“Acontece que a remessa de mercadoria produzida (acabada ou semi-acabada) de um Estado para outro, evidentemente tem natureza mercantil, pois não se compreende que a impetrante remeta sua, produção de cimento ou de clínquer para outro Estado sem o objetivo de venda a consumidor final e neste caso a operação é regida pela norma constitucional contida no arto 155, §2º- in. VII e VIII, da Constituição Federal, que prevê inclusive a diferenciação de alíquotas de ICMS. “

(...)

“Com tais considerações, REFORMO A R. SENTENÇA PARA DENEGAR A ORDEM, prejudicado o recurso voluntário. “

4. Quanto ao mérito do presente recurso, não assiste razão à parte agravante.

5. Esta Corte, em inúmeros julgados firmou o entendimento de que a transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro de mesma titularidade não enseja a incidência do ICMS. Neste sentido o RE 577.898-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Britto, 1a. Turma, unânime, DJe 26.6.2009; AI 481.584-AgR/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1a. Turma, unânime, DJe 21.8.2009; AI 693.714-AgR/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1a. Turma, unânime, DJe 21.8.2009 e RE 596.983-AgR/MT, rel. Min. Eros Grau, 2a. Turma, unânime, DJe 29.5.2009, cuja ementa transcreva *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIAS. ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.”

6. Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. 2a. Turma, 24.11.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.

Presentes à sessão os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede – Coordenador

CIVIL - COMERCIAL

ATROPELAMENTO em VIA FÉRREA - IMPRUDÊNCIA do PEDESTRE - Configuração de CULPA CONCORRENTE

Ação de indenização. Danos materiais e morais. Atropelamento em via férrea. Configuração da culpa concorrente. Precedentes da corte. 1. A jurisprudência desta Corte orienta que, nos atropelamentos em via férrea, resta configurada a culpa concorrentes das partes envolvidas no acidente, quando apurada a imprudência do pedestre em transitar inadvertidamente sobre os trilhos e, de outro lado, da empresa que explora essa atividade por não “impedir sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos” (REsp 705.859/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 8.3.2007). 2. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ - Rec. Especial n. 1070488/SP - 3a.T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 14.12.2009).

CONTRATAÇÃO de AUXÍLIO-FUNERAL - FRAUDE - SOLUÇÃO do ERRO - DANO MORAL não configurado

Civil. Responsabilidade. Ação de indenização por danos morais, contratação fraudulenta de auxílio-funeral. Equívocos prontamente solucionados. Mero aborrecimento. Prejuízo não configurado. Apelo conhecido e não provido. Ausente violação à honra da autora e como os equívocos foram prontamente reparados, tudo não passou de mero aborrecimento ou dissabor do cotidiano, o que não enseja dano moral indenizável. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos. (TJ/PR - Ap. Cível n. 591208-7 - Curitiba - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Vitor Roberto Silva - Fonte: DJ, 17.12.2009).

CONTRATO DE FINANCIAMENTO com ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PROTESTO em CARTÓRIO situado em LOCAL diverso do DOMICÍLIO do DEVEDOR - VALIDADE

Busca e apreensão. Protesto efetivado por cartório de circunscrição diversa daquela em que reside o devedor. Validade. Voto vencido. Em Ação de Busca e Apreensão baseada em contrato de financiamento com alienação fiduciária, considera-se válido o protesto promovido por Cartório de Títulos e Documentos situado em localidade diversa da do domicílio do devedor. Recurso provido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0231.08.127755-1/001 - Ribeirão das Neves - 10a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Marcos Lincoln - Fonte: DJ, 15.01.2010).

NOTA BONIJURIS: O Des. Cabral da Silva assim ementou o voto vencido: “Em processo de busca e apreensão fundado em contrato de alienação fiduciária a comprovação da mora é requisito de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Sendo a mora comprovada através de protesto, esta somente será válida se esse tiver sido lavrado no cartório de protesto do domicílio do devedor.”

ESPERA em FILA - Mero ABORRECIMENTO - DANO MORAL não configurado

Civil. CDC. Ação de conhecimento. Espera em fila por aproximadamente 1h21. Lei Distrital nº 2.547/00. Dano moral não comprovado. Mero aborrecimento. 1. A espera em fila por aproximadamente 1h21 não caracteriza dano moral, apenas meros aborrecimentos do cotidiano. 2. Recurso provido. Sentença reformada. (TJ/DF - Ap. Cív. n. 20080710088676 - 2a.T. Rec. - Ac. por maioria - Rel.: Juiz Arlindo Mares - Fonte: DJ, 10.12.2009).

FURTO de VEÍCULO em ESTACIONAMENTO PÚBLICO que serve a SHOPPING CENTER - Inexistência de RESPONSABILIDADE CIVIL do ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Civil e processual. Recurso especial. Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento público que serve centro comercial (“shopping center”). Inexistência do dever de vigilância. Responsabilidade do estado. Provimento. I. Restando inequívoco o fato de que o autor se utilizou do estacionamento público externo ao centro comercial, não há que se falar em responsabilidade deste pelo furto de veículo, sob pena de se responsabilizar todo aquele que possua estabelecimento próximo a estacionamento público, ainda que sem qualquer ingerência em sua administração ou responsabilidade legal por sua segurança. II. Recurso especial provido para restabelecer a sentença e julgar improcedente o pedido da ação indenizatória. (STJ - Rec. Especial n. 883.452/DF - 4a.T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Aldir Passarinho Junior - Fonte: DJe, 18.12.2009).

INVENTÁRIO - COMPANHEIRO - BEM adquirido durante a UNIÃO ESTÁVEL - CONCORRÊNCIA com HERDEIRO

Inventário. Reconhecimento de que o companheiro tem direito à meação e dos direitos hereditários sobre os bens onerosamente adquiridos durante a união estável, em concorrência com os herdeiros. Aplicação do art. 1.790, do Código Civil. Violação ao princípio da isonomia não configurada. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJ/SP - Ag. de Instrumento n. 994080281424 - São Paulo - 10a. Câ. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Des. Testa Marchi - j. em 01.12.2009).

NOTA BONIJURIS: Assim Maria Helena Diniz comenta o art. 1.790/CC: “Daí o nosso entendimento de que, não havendo parente sucessível, o companheiro terá direito à totalidade do acervo hereditário, alusivo ao patrimônio obtido, de modo oneroso ou gratuito, durante a convivência, e até mesmo aos bens particulares do de cujus, recebidos por doação ou herança ou adquiridos onerosamente antes da união estável, por força do disposto no art. 1.844 do Código Civil, pois se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica.” (Código Civil Anotado, 11a.ed., Saraiva, pág. 1463).

NOTA PROMISSÓRIA - EXECUÇÃO contra o AVALISTA - Desnecessidade de PROTESTO

Agravo de instrumento. Exceção de pre-executividade. Legitimidade. Nota promissória. Avalista. Protesto. Desnecessidade. Possível a execução do título executivo em face do avalista, independentemente de protesto, consoante art. 32 da LUG. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento a que se nega seguimento, por manifesta improcedência, nos termos do *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil. (TJ/RS - Ag. Instrumento n. 70033963885 - Caxias do Sul - 20a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Ângela Maria Silveira - Fonte: DJ, 29.12.2009).

SEPARAÇÃO LITIGIOSA - REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS - PARTILHA de IMÓVEL - Descabimento - Hipótese de DISSOLUÇÃO de CONDOMÍNIO

Apelação cível. Ação de separação litigiosa. Regime de separação total. Divisão de bem em condomínio. Descabimento da partilha. Sendo as partes casadas pelo regime da separação total de bens e adquirindo imóvel em conjunto, na constância do casamento, não se pode falar em partilha desse bem, mas sim em dissolução de condomínio, que segue as regras do Direito Civil. Manutenção da sentença no caso em exame. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70033388596 - Cruz Alta - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Claudir Fidélis Faccenda - Fonte: DJ, 11.01.2010).

IMOBILIÁRIO

BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - ARGUIÇÃO em ALEGAÇÕES FINAIS - Possibilidade - MATÉRIA de ORDEM PÚBLICA

Embargos de terceiro. Impenhorabilidade do bem de família argüida em alegações finais. Possibilidade. Prolação de sentença sem oportunidade de produção de provas. Cerceamento de defesa configurado. A alegação de impenhorabilidade do bem de família, com espeque na Lei nº 8.009/90, pode ocorrer em qualquer momento processual, por se tratar de matéria de ordem pública. Tendo a parte argüida nas alegações finais a impenhorabilidade do imóvel, não pode o magistrado proceder ao julgamento imediato da lide, sem oportunizar a produção de novas provas, sob pena de cerceamento de defesa. Preliminar de cerceamento de defesa instalada e sentença cassada. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0105.06.181023-7/001 - Governador Valadares - 10a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Marcos Lincoln - Fonte: DJ, 15.01.2010).

COBRANÇA de COTA CONDOMINIAL - IMÓVEL gravado com CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE - PENHORA - Possibilidade - OBRIGAÇÃO PROPTER REM

Ação de cobrança de cotas condominiais. Bem gravado com cláusula de impenhorabilidade. Tratando-se de execução de dívida condominial e, portanto, obrigação *propter rem*, o condômino pode ter penhorada a sua unidade autônoma, mesmo que se trate de imóvel residencial, em satisfação de débitos do condomínio. Inteligência do art. 3º, inciso IV, da Lei n. 8.009/90. Precedentes do STJ. Existência de cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade que não impede a constrição no caso concreto. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70033825795 - Porto Alegre - 20a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. José Aquino Flores de Camargo - Fonte: DJ, 05.01.2010).

CONDOMÍNIO - COBRANÇA de TAXA - LEGITIMIDADE do PROPRIETÁRIO por DESPESA referente a PERÍODO em que ainda não detinha POSSE

Cobrança. Condomínio. Taxas. Proprietário.

Legitimidade. Obrigação. Mora. Juros. Multa. 1. O proprietário é o responsável pelo pagamento das despesas decorrentes do condomínio, mesmo aquelas referentes ao período em que ainda não detinha a posse do imóvel, por força do art. 12 da Lei 4.591/64. 2. Recebido e não pago, a tempo e modo certos, o boleto da taxa de condomínio, que representa obrigação positiva e líquida, configurada está a constituição em mora do condômino inadimplente. 3. Pelo princípio da irretroatividade das leis, a multa moratória, incidente sobre os débitos condominiais existentes até a entrada em vigor do novo Código Civil, deve ser aquela prevista na convenção de condomínio. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.07.678352-1/001 - Belo Horizonte - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Fonte: DJ, 15.01.2010).

CONDOMÍNIO - DESENTENDIMENTO entre SÍNDICO e CONDÔMINO - DANOS MORAL não configurado

Responsabilidade civil. Dano moral. Reuniões sociais realizados por moradora de condomínio. Excesso de ruído. Frases ofensivas proferidas pelo síndico. Inocorrência. Mero desentendimento entre condômino e síndico. Indenização indevida. Necessário comprovar a gravidade da ofensa e da humilhação para configurar a reparação por danos morais. Meros aborrecimentos não são passíveis de indenização. Recurso não provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 604445-7 - Londrina - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Nelson Mizuta - Fonte: DJ, 24.11.2009).

CONDOMÍNIO - DESTITUIÇÃO de SÍNDICO - ILEGITIMIDADE ATIVA dos CONDÔMINOS

Processual civil e civil. Agravo de instrumento. Condomínio. Destituição de síndico. Ilegitimidade ativa. Matéria de ordem pública. Os condôminos não têm legitimidade para pleitear a destituição do síndico, conforme se extrai da dicção do art. 1.349 do Código Civil. Recurso improvido. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20090020100111 - 2a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Carlos Pires Soares Neto - Fonte: DJ, 14.01.2010).

NOTA BONIJURIS: Art. 1.349/CC: "A assembléia, especialmente convocada para o fim estabelecido no § 2º do

artigo antecedente, poderá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, destituir o síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio.”

CONTRATO de LOCAÇÃO - CLÁUSULA de RENÚNCIA à EXONERAÇÃO da FIANÇA - Invalidade

Apelação cível. Ação exoneração de fiança. Contrato de locação. Renúncia ao direito de exoneração da fiança. Invalidez da obrigação assumida. Prorrogação automática e por prazo indeterminado. Cláusula expressa prevendo a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves. Irrelevância. Possibilidade de exoneração da obrigação fiduciária. Artigo 835, do novo do Código Civil. Recurso provido. É nula a cláusula contratual mediante a qual o fiador renuncia ao direito de exonerar-se da obrigação, nas hipóteses em que a locação vige por prazo indeterminado. Faculta-se ao fiador exonerar-se da obrigação fiduciária, a teor do que dispõe o artigo 835 do novo Código Civil, ainda que o contrato de locação tenha sido prorrogado automaticamente por prazo indeterminado, sendo irrelevante a existência de cláusula expressa que estenda sua responsabilidade até a entrega das chaves. (TJ/MS - Ap. Cível n. 2009.025893-8/0000-00 - Dourados - 5a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Vladimir Abreu da Silva - Fonte: DJ, 11.01.2010).

NOTA BONIJURIS: Art. 835/CC: “O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.”

COTA CONDOMINIAL - PENHORA de IMÓVEL em NOME de TERCEIRO - Viabilidade

Agravo de instrumento. Condomínio. Cumprimento de sentença. Cotas condominiais. Obrigação *propter rem*. Penhora. Imóvel em nome de terceiro. Viabilidade. Tratando-se de cotas condominiais, que estão atreladas à própria coisa, faz-se possível a penhora do imóvel que gerou a dívida, independentemente de que este não esteja registrado em nome do executado. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70032987091 - Porto Alegre - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Liêge Puricelli Pires - Fonte: DJ, 13.01.2010).

DESPEJO - SHOPPING CENTER - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Inaplicabilidade - DESCUMPRIMENTO BILATERAL da OBRIGAÇÃO - REPARTIÇÃO equitativa dos ENCARGOS

Despejo. Cobrança. Locação em *shopping center*. Descumprimento bilateral das obrigações. Encargos decorrentes do contrato. Distribuição equitativa. CDC. Inaplicabilidade. I - A jurisprudência é pacífica no sentido de que não se aplica o CDC às relações jurídicas de locação, regidas pela Lei 8.245/91, em razão da especialidade. II - Pela complexidade das obrigações estabelecidas no contrato de locação de espaços em *shopping center*, afiguram-se não cumpridos os compromissos do locador que mantém andares inteiros desocupados quase um ano após a inauguração do empreendimento, especialmente na hipótese em que um dos atrativos da proposta era a instalação de grande loja de departamento de renome nacional. III - Configurada a inexecução parcial do contrato, serão repartidos os encargos locatícios de forma equitativa, vedada a cobrança integral do valor originalmente contratado. Art. 476 do CC. IV - Apelação conhecida e parcialmente provida. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20080710137233 - 1a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Vera Andrighi - Fonte: DJ, 07.12.2009).

LOCAÇÃO - AÇÃO de COBRANÇA - AUSÊNCIA de PLANILHA discriminada do VALOR e de PEDIDO específico - INÉPCIA da INICIAL

Ações de cobrança. Locação. Ausência de pedido específico e de planilha discriminada quanto aos valores pleiteados. Inépcia da inicial. Litigância de má fé afastada. A planilha de cálculo juntada aos autos não permite aferir quais os meses de locação que o autor pretende cobrar, nem mesmo a inicial cita quais os aluguéis que não foram adimplidos. Portanto, não havendo especificação do pedido, não há como examinar a pretensão. Logo, a manutenção da sentença de extinção do feito se impõe. Não caracterizada a má fé da apelada, pois ausente qualquer das hipóteses descritas no artigo 17, do Código de Processo Civil. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70029562691 - Porto Alegre - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha - Fonte: DJ, 02.12.2009).

PROCESSO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA de COMPROVAÇÃO da JUNTADA de CÓPIA da PETIÇÃO nos AUTOS do PROCESSO - Não conhecimento do RECURSO

Processo civil. Agravo de instrumento. Não comprovação nos autos do processo. Consequência. Art. 526 e caput do CPC. 1. No prazo de três dias, o agravante, deverá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição. 2. Argüido e comprovado pelo agravado, mediante certidão, o descumprimento do disposto no art. 526 do CPC acarreta o não conhecimento do agravo. 3. Agravo de instrumento

não conhecido. (TRF/1a.Reg. - Ag. de Instrumento n. 2009.01.00.050201-3/MA - 3a.T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Tourinho Neto - Fonte: e-DJF1, 17.12.2009).

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - RESPONSABILIDADE do ADMINISTRADOR - EXECUÇÃO FISCAL - Redirecionamento - Possibilidade

Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Responsabilidade do administrador. Redirecionamento. Possibilidade. Art. 386 do CPP. 1. Somente a sentença absolutória fundada no artigo 386, incisos I e III, do Código

de Processo Penal, possibilitam afastar o redirecionamento da execução contra os dirigentes acusados da prática de crime previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal. 2. Remessa oficial provida para determinar o redirecionamento da presente execução contra os dirigentes da sociedade executada 3. Análise da apelação prejudicada. (TRF/4a. Reg. - Ap. Cível n. 2008.70.99.003278-5/PR - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Jorge Antonio Maurique - Fonte: DE 15.12.2009).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PEDIDO em FASE RECURSAL - Indeferimento - AUSÊNCIA de PREPARO - DESERÇÃO

Processo civil. Indenização. Recurso inominado. Não recolhimento do preparo. Indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita. Deserção do recurso. 1. As partes podem postular o benefício da assistência judiciária gratuita a qualquer tempo. Entretanto, se requerido na fase recursal, assume o recorrente o risco do não conhecimento do recurso, por deserção, no caso de indeferimento do pedido. 2. Recurso não conhecido, por maioria. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20070110394380 - 1a. T. Rec. - Ac. por maioria - Rel.: Juíza Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos - Fonte: DJ, 12.01.2010)

CHEQUE - DEVOLUÇÃO - AJUIZAMENTO de AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO contra o BANCO sacado - FORNECIMENTO do ENDEREÇO do EMITENTE - Possibilidade

Ação cautelar. Exibição de endereço de emitente. Cheque devolvido sem provisão de fundos. Dever de informação. Sucumbência. É cabível o ajuizamento, pelo portador do título, de ação de exibição de documento, visando o fornecimento do endereço do emitente de cheque, devolvido por insuficiente provisão de fundos, contra o banco sacado, de modo a viabilizar a cobrança do seu crédito. O Código de Processo Civil adotou o princípio do sucumbimento (art. 20), pelo qual o vencido responde por custas e honorários em benefício do vencedor. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0145.09.529468-5/001 - Juiz de Fora - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Mota e Silva - Fonte: DJ, 15.12.2010).

DECISÃO que põe FIM ao PROCESSO - RECURSO cabível - APELAÇÃO - INTERPOSIÇÃO de AGRAVO - ERRO GROSSEIRO

Agravo interno. Execução. Decisão que põe fim ao processo. Recurso cabível. Apelação. Processamento inadmissível do agravo. É cabível o recurso de apelação em face de decisão que põe fim ao processo. No caso de a parte interpor o recurso de agravo, quando, na verdade, era cabível o recurso de apelação, inaplicável é o princípio da fungibilidade recursal, vez que se trata de erro grosseiro, pelo que inadmissível é o processamento do agravo aviado. (TJ/MG - Agravo n. 1.0701.95.003857-3/002 - Uberaba - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Elpidio Donizetti - Fonte: DJ, 18.12.2009).

EXECUÇÃO FISCAL - SENTENÇA - PUBLICAÇÃO em DIÁRIO OFICIAL - Desnecessidade de INTIMAÇÃO PESSOAL do ADVOGADO

Apelação cível. Embargos à execução fiscal.

Sentença. Intimação via órgão oficial. Intimação pessoal do advogado. Desnecessidade. Recurso de apelação. Art. 508 do CPC. Intempestividade do recurso. Não-conhecimento. - Efetivada a publicação da sentença pelo órgão oficial, bem como não se verificando nenhuma das hipóteses em que seja obrigatória a intimação pessoal, considera-se iniciado o prazo recursal quando efetivada a intimação por aquele órgão, ainda que realizada posterior intimação via carta com "AR". - Em observância ao disposto nos artigos 188 e 508 do Código de Processo Civil, não se conhece de recurso de apelação interposto, se expirado o prazo a ele destinado. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0056.07.159286-1/001 - Barbacena - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Elias Camilo - Fonte: DJ, 12.01.2010).

NOMEAÇÃO de PERITO - Não COMPROVAÇÃO da ESPECIALIDADE - INDICAÇÃO de outro PROFISSIONAL

Agravo. Nomeação do perito. Especialidade não comprovada. Indicação de outro *expert*. Considerando que a decisão recorrida nomeou o perito tendo em vista sua especialidade em ortopedia, e verificando-se que o médico nomeado não possui registro de especialidade no Conselho Regional de Medicina, deve ser nomeado outro perito que seja especialista na área a ser examinada. (TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 2009.04.00.038257-0/SC - 6a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Celso Kipper - Fonte: DE, 18.12.2009).

PENHORA ON LINE - ESGOTAMENTO de VIA EXTRAJUDICIAL para LOCALIZAÇÃO de BEM - Desnecessidade

Agravo regimental em agravo de instrumento. Fase de cumprimento de sentença. Lei 11.382/2006. Penhora *on line*. Desnecessário esgotar as vias extrajudiciais para localização de outros bens. Recurso não provido. Com o advento da Lei nº 11.382/2006, não mais se exige do credor a comprovação de esgotamento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados antes de se efetivar a penhora *on line*. (TJ/MS - Ag. Regimental em Agravo n. 2009.032454-3/0001-00 - Chapadão do Sul - 3a. T. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Fonte: DJ, 14.01.2010).

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - COMPENSAÇÃO - PARTE beneficiada pela JUSTIÇA GRATUITA - Possibilidade

Processual civil. Sucumbência. Recíproca. Honorários advocatícios. Compensação. Gratuidade. Viabilidade. Havendo sucumbência recíproca, opera-se a compensação de honorários advocatícios, ainda que uma das partes litigue ao abrigo da gratuidade judiciária. Incidência do art. 557, § 1º-A, do CPC. Hipótese de provimento pelo relator. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70033897711 - Cachoeirinha - 22a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Desa. Mara Larsen Chechi - Fonte: DJ, 13.01.2010).

NOTA BONIJURIS: No mesmo sentido o STJ: "Havendo sucumbência recíproca os honorários advocatícios devem ser compensados, ainda que uma das partes seja beneficiária da assistência judiciária gratuita" (AgRg no Ag 899.855/MG - 3a.T - Rel.: Min. Sidnei Beneti - DJe, 14.08.2009)

PENAL - PROCESSO PENAL

ALEGAÇÃO por uma PARTE - Ausência de DIREITO de RESPOSTA - VIOLAÇÃO ao CONTRADITÓRIO - CERCEAMENTO de DEFESA

Processo penal. *Habeas corpus*. Cerceamento de defesa. Infringência ao princípio do contraditório e da ampla defesa. É princípio constitucional que definido também pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”. Quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta. (TRF/1a. Reg. - *Habeas Corpus* n. 2009.01.00.063375-0/PA - 3a.T. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Federal Tourinho Neto - Fonte: e-DJF1, 17.12.2009).

COMERCIALIZAÇÃO de MERCADORIA imprópria para o CONSUMO - Imprestabilidade de CARNE BOVINA - AUSÊNCIA de LAUDO PERICIAL - ABSOLVIÇÃO

Apelação. Art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90. Carne bovina. Impropriedade para consumo. Ausência de laudo pericial. Elementar não configurada. Ausente laudo pericial, comprovando a real imprestabilidade da carne bovina para consumo, permanece a dúvida quanto à configuração de uma das elementares do tipo penal, que é a impropriedade para consumo, devendo ser mantida a absolvição. Absolvição impositiva. Recurso da defesa provido. (TJ/RS - Ap. Crime n. 70033020686 - São José do Norte - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Gaspar Marques Batista - Fonte: DJ, 30.12.2009).

NOTA BONIJURIS: Extraímos a seguinte lição do voto do relator: “Da mesma forma, dos depoimentos colhidos durante a instrução, não é possível deduzir a situação da carne apreendida, em si, permanecendo dúvida quanto à configuração de uma das elementares do tipo penal. A imprestabilidade não pode ser ficta, fruto de mera dedução, o produto deve ser realmente impróprio para consumo.”

CUMULAÇÃO de PENA - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE e PENA RESTRITIVA DE DIREITO - Impossibilidade

Recurso de apelação criminal. Tentativa de furto qualificado pelo emprego de chave falsa e concurso de pessoas. Cumulação de pena privativa de liberdade com restritiva de direitos. Impossibilidade. Recurso provido. Na sistemática do Código Penal, as penas restritivas de direitos são sempre substitutivas às privativas de liberdade, sendo vedada a aplicação cumulativa. Apelação conhecida e provida. (TJ/PR - Ap. Criminal n. 594603-4 - São José dos Pinhais - 5a. Câ. Crim. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Jorge Wagih Massad - Fonte: DJ, 15.01.2010).

DEPOIMENTO de TESTEMUNHA - GRAVAÇÃO em CD-ROM - TRANSCRIÇÃO - Obrigatoriedade

Agravo regimental. Processual penal. Depoimento das testemunhas gravados em CD-rom sem a respectiva transcrição. Exegese dos artigos 195 e 216 do Código de Processo Penal e dos artigos 170 e 417, ambos do Código de Processo Civil, aplicados por analogia, nos termos do

artigo 3º da lei processual penal. Obrigatoriedade da transcrição. Provimento do agravo. 1. Nos termos do artigo 3º do Código de Processo Penal, a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. 2. No silêncio da lei processual penal a respeito da possibilidade de registro de depoimentos através de qualquer método idôneo de documentação, no caso específico o CD-rom, aplica-se por analogia o disposto no artigo 417 do Código de Processo Civil. 3. Quando houver recurso da sentença é obrigatória a transcrição dos depoimentos tomados através de meio digital de som e imagem, sob pena de violação dos princípios do devido processo legal, publicidade dos atos e da ampla defesa. (TJ/PR - Ag. Regimental Crime n. Cível n. 618408-3/01 - Curitiba - 5a. Câ. Crim. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo - Fonte: DJ, 08.01.2010).

DIREÇÃO sob EFEITO de ÁLCOOL - EMBRIAGUEZ-AUSÊNCIA de PROVA PERICIAL - PROVA INDIRETA ou TESTEMUNHAL - Admissibilidade

HC. Direção sob efeito de álcool. Imputação, em tese, de fato descrito como crime (art. 306, CBT). Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Prova da elementar do tipo. Prova indireta ou testemunhal. Cabimento. Art. 158 e art. 167, CPP. Ordem denegada. - Tendo a denúncia descrito fato, em tese, definido como crime, não há como se pretender o trancamento de ação penal. - Sendo impossível a realização de prova pericial para constatar o grau de concentração alcoólica, a jurisprudência tem admitido o exame de corpo delito indireto ou prova testemunhal (art. 158 c/c art. 167, CPP). - Ordem denegada. (TJ/DF - *Habeas Corpus* n. 20090020042647 - 2a.T. Crim. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Luis Gustavo B. de Oliveira - Fonte: DJ, 13.01.2010).

NOTA BONIJURIS: Transcrevemos a seguinte passagem do voto vencido: “Tendo em vista que a nova redação legal inseriu uma grandeza matemática na descrição da conduta típica, como elementar do crime, é imprescindível, para a tipificação do delito, que se verifique, com precisão, a concentração mínima de álcool de seis decigramas no sangue do condutor, o que não se pode constatar por meio de laudo médico ou palavra testemunhal, exigindo-se a realização de exames periciais capazes de mesurar, com exatidão, esta dosagem.”

EXTRAÇÃO IRREGULAR de AREIA ou CASCALHO - CRIME AMBIENTAL - CONCURSO FORMAL com CRIME CONTRA A ODEMECONÔMICA - Inocorrência

Penal. Crime ambiental (art. 55 da Lei n. 9.605/98) e crime contra a ordem econômica (art. 2º da Lei n. 8.176/91). Concurso formal. Inexistência. I - A objetividade jurídica da Lei nº 8.176, de 1991, é o sistema de combustíveis e das matérias-primas a ele relacionadas. II - Prática crime ambiental quem extrai, sem autorização ou em desacordo com autorização, areia ou cascalho, nos termos do art. 55

da Lei nº 9.605, de 1998. III - Inexistência de concurso formal, mas de apenas um crime. IV - Recurso improvido. (TRF/1a. Reg. - Rec. em Sentido Estrito n. 2008.33.10.000948-4/BA - 3a.T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Cândido Ribeiro - Fonte: e-DJF1, 17.12.2009).

FORMAÇÃO DE QUADRILHA - PRISÃO - Desnecessidade

Habeas corpus. Formação de quadrilha. Desnecessidade da prisão. Desnecessidade da prisão, no caso em tela, pois se trata de paciente acusado somente por formação de quadrilha. Motivação insuficiente, no presente processo, à manutenção da prisão processual. Liminar mantida. Ordem concedida. (TJ/RS - Habeas Corpus n. 70033553413 - Encantado - 6a. Câm. Crim - Ac. unânime - Rel.: Des. Nereu José Giacomolli - Fonte: DJ, 30.12.2009).

POSSE DE ARMA DE FOGO de USO RESTRITO - CONDOTA ATÍPICA até 31/12/09 - ABOLITIO CRIMINIS temporária

Habeas corpus. Posse de arma de fogo de uso restrito. Abolitio criminis temporária. Fato atípico. Ordem concedida. 1 - A posse de arma de fogo de uso restrito, assim como a posse de arma de fogo de uso permitido - arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/03 - são condutas atípicas até 31/12/2009 em razão da nova redação dada aos arts. 30 e 32 pela Lei n. 11.706/08 c/c art. 20 da Lei n. 11.922/09, que prorrogou aludido prazo para registro ou entrega das armas. 2 - Concedeu-se a ordem para trancar a ação penal instaurada para apuração de fato atípico. (TJ/DF - Habeas Corpus n. 20090020116653 - 2a.T. Crim. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Sérgio Rocha - Fonte: DJ, 13.01.2010).

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

APOSENTADORIA POR IDADE - CRITÉRIO OBJETIVO de RENDA MÍNIMA - TERCEIRO integrante do GRUPO FAMILIAR - Desconsideração

Previdenciário. Segurado especial. Aposentadoria por idade. Critério objetivo mas não absoluto. 1. O fato de outro membro do grupo familiar exercer atividade urbana não retira do segurado especial a possibilidade de aposentar-se nesta condição. 2. O critério objetivo de renda mínima percebido por terceiro integrante do grupo familiar tampouco deve ser considerado de forma absoluta, mormente quando a prova apontar para a necessidade do labor rural como meio de subsistência. (TRF/4a. Reg. - Ap. Cível n. 2009.71.99.003996-8/RS - 6a. T. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Federal João Batista Pinto Silveira - Fonte: DE, 12.01.2010).

BANCÁRIO - ASSISTENTE de GERÊNCIA - CARGO DE CONFIANÇA

Bancário. Cargo de confiança. Assistente de gerência. O cargo de confiança a que se refere o parágrafo 2º do artigo 224 da CLT, não exige desempenho de atividades com poderes de gestão, nem mandato formal, tampouco os amplos poderes de mando ou confiança excepcional, previstos nos artigos 62 e 499 Consolidados. (TRT/2a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01151200801702001 - São Paulo - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Rosa Maria Zuccaro - Fonte: DOESP, 15.12.2009).

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - TERMO de QUITAÇÃO - EFEITO LIBERATÓRIO

Recurso de revista. Comissão de conciliação prévia. Termo de quitação. Efeitos. Não há como se afastar os efeitos liberatórios do termo de conciliação firmado perante a comissão de conciliação prévia quando não há qualquer parcela expressamente ressalvada, sob pena de se negar vigência a dispositivo de lei (CLT,

artigo 625-E, parágrafo único). De tal forma, o termo de conciliação lavrado perante comissão regularmente constituída tem eficácia liberatória geral, excetuando-se apenas, as parcelas ressalvadas expressamente. Precedentes da c. SDI-1. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - Rec. de Revista n. 685/2006-002-01-00.5 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Aloysio Corrêa da Veiga - Fonte: DEJT, 18.12.2009).

COMPLEMENTAÇÃO de APOSENTADORIA - COMPETÊNCIA da JUSTIÇA DO TRABALHO

Complementação de aposentadoria. Competência. Justiça do trabalho. Voto vencido. É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de complementação de aposentadoria, fundado em convenção coletiva do trabalho, sob a alegação de paridade entre membros ativos e inativos de uma mesma categoria profissional. Preliminar de incompetência da Justiça Comum acolhida. (TJ/MG - Ag. de Instrumento n. 1.0145.09.530541-6/002 - Juiz de Fora - 10a. Câm. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Alberto Aluísio Pacheco de Andrade - Fonte: DJ, 15.01.2010).

CONTRATO de COLABORAÇÃO entre EMPRESA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - Inexistência

Contrato de colaboração entre empresas. Inexistência de responsabilidade subsidiária. Quando entre as rés existe tão somente um contrato para a exploração da marca empresarial, sem interdependência administrativa, emerge da relação jurídica havida uma espécie de contrato de colaboração entre empresas, situação diversa da típica terceirização de serviços. Nessa hipótese, não há falar em responsabilidade solidária ou subsidiária da detentora da marca pelos encargos trabalhistas da empresa que comercializa o seu produto. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 07727-2008-026-12-00-0 - Florianópolis - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Maria Aparecida Caitano - Fonte: TRT-SC/DOE, 16.12.2009).

CONTRATO de EMPREITADA - DONO da OBRA - Inexistência de RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ou SUBSIDIÁRIA

Responsabilidade. Dono da obra. -Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora (Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-I desta Corte superior). Agravo de instrumento não provido. (TST - Ag. de Instrumento em Rec. de Revista n. 104/2008-012-03-40.8 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Lelio Bentes Corrêa - Fonte: DEJT, 18.12.2009).

DANO MORAL - Prática antissindical - COAÇÃO para DESISTÊNCIA de AÇÕES ajuizadas pelo SINDICATO e para DESFILIAÇÃO - INDENIZAÇÃO devida

Ação civil pública. Prática anti-sindical. Danos morais. Claramente demonstrado nos autos a prática anti-sindical da empresa reclamada, mediante coação aos seus funcionários para a desistência de ações ajuizadas pelo sindicato, bem como para o desligamento da entidade, enfraquecendo o sindicato e, por conseguinte, enfraquecendo a defesa dos direitos de seus funcionários e de toda a respectiva categoria profissional. A prática da reclamada é altamente reprovável, sendo razoável o valor a título de danos morais constante da condenação, considerando, além da função reparatória, o caráter educativo e punitivo da indenização por danos morais. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00905-2007-121-04-00-1 - Rio Grande - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Francisco Rossal de Araújo - conv. - Fonte: DEJT, 08.01.2010).

FAC-SÍMILE - RESTRIÇÃO ao ENVIO direto ao ÓRGÃO JURISDICIONAL - PROTOCOLO JUDICIAL - Impossibilidade

Embargos. Fac-símile juntado pela parte diretamente no protocolo judicial. Impossibilidade. 1. Esta C. Subseção, no julgamento dos TST-E-ED-RR-1.378/2005-049-01-00.4, firmou o entendimento de que a autorização legal para utilização do fac-símile, constante do art. 1º da Lei nº 9.800/99, é restrita à prática de atos processuais e, como tal, somente alcança as hipóteses em que o fax é dirigido diretamente ao órgão jurisdicional, pois é lá que se realiza o ato processual. 2. Nessa mesma oportunidade, decidiu-se, ainda, que é inespecífico aresto que não enfrenta peculiaridade existente no caso vertente, em que parte do ato processual foi praticado mediante entrega da petição original do Recurso Ordinário e parte mediante a utilização de fac-símile transmitido entre particulares. Embargos não conhecidos. (TST - Embs. em Rec. de Revista n. 958/2001-035-01-00.8 - SBDI-1 - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi - Fonte: DEJT, 18.12.2009).

NOTA BONIJURIS: Assim diz o art. 1º da Lei n. 9.800/99: “Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.”

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - JUSTIÇA DO TRABALHO - Requisitos - SÚMULA 219/ TST

Recurso de revista da reclamada. Honorários advocatícios. Requisitos. No direito processual trabalhista, prevalece o entendimento de que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios se dá, unicamente, nos casos previstos na Lei nº 5.584/70. Entendimento consubstanciado nas Súmulas nºs 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (TST - Rec. de Revista n. 1563/2004-221-04-00.2 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Dora Maria da Costa - Fonte: DEJT, 18.12.2009).

NOTA BONIJURIS: Súmula 219/TST: “Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

INDENIZAÇÃO de 40% do FGTS - DIFERENÇA decorrente da REPOSIÇÃO de EXPURGO INFLACIONÁRIO - RESPONSABILIDADE do EMPREGADOR pelo PAGAMENTO

Diferenças da indenização de 40% do FGTS decorrentes da reposição dos expurgos inflacionários. Responsabilidade pelo pagamento. A jurisprudência desta Corte superior, consagrada na Orientação Jurisprudencial nº 341 da SBDI-I, firmou-se no sentido de reconhecer a responsabilidade do empregador pelo pagamento das diferenças da indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS decorrentes da atualização monetária relativa à reposição dos expurgos inflacionários. Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag. de Instrumento em Rec. de Revista n. 424/2007-121-05-40.5 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Lelio Bentes Corrêa - Fonte: DEJT, 18.12.2009).

OBRIGAÇÃO TRABALHISTA - CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE do TABELIÃO titular

Cartório extrajudicial. Ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação. Os cartórios extrajudiciais não possuem personalidade jurídica, em consequência, não detêm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Cumpre ao titular tabelião, que explora a atividade notarial e dela auferir renda, responder pelas obrigações desta advindas, inclusive as trabalhistas. (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 00897-2008-046-12-00-9 - Jaraguá do Sul - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Juiz Edson Mendes de Oliveira - Fonte: TRT-SC/DOE, 18.12.2009).

RECONHECIMENTO JUDICIAL de VERBA RESCISÓRIA - MULTA do ART. 477/CLT, § 8º - Descabimento

Recurso de revista. Multa do artigo 477, § 8º, da CLT. Vínculo de emprego. Mesmo com o cancelamento da OJ nº 351 da SBDI-1 do TST, permanece o entendimento de que não cabe a condenação à multa de que trata o artigo 477 da CLT se o reconhecimento e o deferimento das verbas rescisórias ocorreram judicialmente quando dirimida controvérsia com dúvida razoável acerca da existência de vínculo de emprego após a rescisão contratual. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (TST - Rec. de Revista n. 620/2004-659-09-00.4 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Dora Maria da Costa - Fonte: DEJT, 18.12.2009).

SEGURO-DESEMPREGO - EMPREGADO que aderiu ao PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA - INDENIZAÇÃO indevida

Adesão ao PDV. Indenização relativa ao seguro-desemprego. Não faz jus o empregado que adere ao PDV à indenização relativa ao seguro-desemprego. Isso porque nos termos do artigo 7º, inciso II, da Constituição Federal o seguro-desemprego é devido ao trabalhador em caso de desemprego involuntário. Ao aderir ao PDV, o reclamante manifestou sua vontade em rescindir o contrato de trabalho, situação que não se coaduna com o dispositivo constitucional. (TRT/2a. Reg. - Rec. Ordinário n. 02896200402402002 - São Paulo - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Maria de Lourdes Antonio - Fonte: DOESP, 01.12.2009).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL

CONCESSÃO de MEDICAMENTO - DEMANDA JUDICIAL - LITISCONSÓRCIO PASSIVO entre ESTADO e UNIÃO

Administrativo. Concessão de medicamentos. Litisconsórcio passivo necessário do Estado e da União. Competência da Justiça Federal. 1. Compete ao Estado o fornecimento de medicamentos especiais, e à União o repasse de recursos, o que justifica o litisconsórcio passivo de ambos os entes para responder as demandas judiciais onde se busca o fornecimento de medicamentos. 2. Fixada na Justiça Federal a competência para o julgamento da ação originária, nos termos do artigo 109, inciso I, da CF/88. (TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 2009.04.00.028548-4/SC - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal João Pedro Gebran Neto - Fonte: DE, 16.12.2009).

CONCURSO PÚBLICO - CONVOCAÇÃO para EXAME MÉDICO pelo DIÁRIO OFICIAL 2 anos após última PROVA - FALHA na COMUNICAÇÃO

Direito administrativo. Concurso público. Convocação da candidata para o exame médico pelo "diário oficial" após quase 2 anos da realização da última prova. Ofensa aos princípios da publicidade e da razoabilidade. a) A Administração Pública deve propiciar a ampla publicidade das convocações para as demais fases do Concurso Público, atendendo-se, assim, ao interesse público, com a seleção dos candidatos mais capacitados. c) Por ter ocorrido falha na execução da comunicação e prejuízo para a candidata, eliminada que foi do certame, incumbe à Administração renovar a oportunidade para a prática do ato, porque vulnerados os princípios da publicidade e da razoabilidade. d) Se o Ministério Público foi intimado da sentença e não recorre, é absolutamente desnecessária (e se revela procrastinatória) a remessa posterior dos autos à Instituição para que tome mera ciência dos termos do apelo. (TJ/PR - Ap. Cível n. 609989-4 - Curitiba - 5a. Câm. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Leonel Cunha - Fonte: DJ, 17.12.2009).

CORTE no FORNECIMENTO de ENERGIA ELÉTRICA - DÉBITO pretérito de outro CONSUMIDOR - Impossibilidade

Administrativo. Corte. Energia elétrica. Débito pretérito de outro consumidor. Impossibilidade. 1. O STJ pacificou o entendimento de que é ilegítimo o corte de energia elétrica por débitos pretéritos de outro consumidor, devendo a companhia utilizar os meios ordinários de cobrança para reaver seu crédito. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. em Mand. de Segurança n. 19748/RJ - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 11.12.2009).

NOTA BONIJURIS: No mesmo sentido já havia se manifestado o STJ: "3. É indevido o corte do fornecimento de energia elétrica nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias por meio das vias ordinárias de cobrança, sob pena de se infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor." (REsp 952877/RS - 2a. T. - Rel.: Min. Castro Meira - DJ, 03.09.2007)

FORNECIMENTO de MEDICAMENTO - Impossibilidade - PACIENTE - Ausência de VINCULAÇÃO a CENTRO DE ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA - PRESCRIÇÃO por MÉDICO particular

Administrativo. Fornecimento de medicamento. Paciente não vinculada a Cacon. Prescrição por médico particular. A paciente teve prescrito o medicamento Rituximabe, contudo, não está vinculada a nenhum Centro de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon), além de tratar-se de prescrição de médico particular. (TRF/4a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 2009.04.00.030021-7/SC - 4a. T. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler - Fonte: DE, 18.12.2009).

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - AUTO DE INFRAÇÃO - AUSÊNCIA de NOTIFICAÇÃO - PRETENSÃO PUNITIVA após 9 anos - PRESCRIÇÃO

Administrativo. Mandado de segurança. Auto

de infração. Renovação de carteira nacional de habilitação. Cometimento de infração grave enquanto permissionário com utilização de carteira provisória. Ausência de notificação. Pretensão punitiva após decorridos mais de nove anos. Hipótese de prescrição. Princípio da segurança jurídica. Precedentes jurisprudenciais. Recursos improvidos. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20080110174355 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Dácio Vieira - Fonte: DJ 18.01.2010).

PROCURADOR da FAZENDA NACIONAL - INSCRIÇÃO na ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Necessidade

Mandado de segurança. Procurador da Fazenda Nacional. Necessidade de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. 1. É a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil que outorga a capacidade de postular em juízo, tanto para o advogado privado como para o advogado público. A diferença é que se o advogado privado atua credenciado por procuração ou designação, o advogado público atua em nome do órgão por conta de sua investidura no cargo. 2. O Procurador da Fazenda Nacional deve estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, pois é esta inscrição que lhe dá a capacidade postulatória. 3. Obrigatória a inscrição, surge como corolário lógico a necessidade do pagamento de anuidade à OAB. 4. Apelação provida. (TRF/4a. Reg. - Apelação/Reex. Necessário n. 2006.72.00.001406-8/SC - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Jorge Antonio Maurique - Fonte: DE, 15.12.2009).

SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO - PAGAMENTO de FGTS - Descabimento - REGIMEPRÓPRIO

Direito administrativo. Servidor público temporário. Contrato administrativo. Regime próprio. FGTS. Direito que não se estende. O contrato firmado entre o ente de direito público e seus servidores, a título temporário, previsto pelo artigo 37, inciso IX, da Constituição da República, é contrato de direito administrativo, e como tal não se confunde com o contrato trabalhista. O servidor público temporário

está sujeito a regime próprio de direito administrativo, não lhe sendo devido o pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, diante da ausência de extensão expressa de tal direito. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0313.09.281026-3/001 - Ipatinga - 5a. Câm. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Desa. Maria Elza - Fonte: DJ, 12.01.2010).

SUSPENSÃO no FORNECIMENTO de ENERGIA ELÉTRICA - AUSÊNCIA de COMPROVAÇÃO de AVISO PRÉVIO - Impossibilidade

Administrativo. Energia elétrica. Suspensão fornecimento. Ausência de comprovação de aviso prévio. Impossibilidade. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou não ter sido comprovada a prévia notificação do usuário. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 1180623/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Eliana Calmon - Font: DJe, 15.12.2009).

TERRENO DE MARINHA - TAXA de OCUPAÇÃO - ATUALIZAÇÃO do VALOR do DOMÍNIO PLENO - Legitimidade

Embargos infringentes. Terrenos de Marinha e acrescidos. Taxa de ocupação. Reajuste. Legalidade. É legítima a atualização do valor do domínio pleno do terreno com base em critérios atuais de valoração mobiliária, como fez a Secretaria de Patrimônio da União, pois há expressa previsão legal no sentido de que a atualização do “domínio pleno” será feita anualmente, de modo que se o foreiro quer fazer jus ao direito de desfrutar do bem público, deve adimplir com a taxa cobrada pela permissão de uso, nos termos em que apresentada pelo órgão competente. (TRF/4a. Reg. - Embs. Infringentes n. 2008.72.08.002501-2/SC - 2a.S. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Roger Raupp Rios - Fonte: DE, 13.01.2010).

TRIBUTÁRIO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - VERBA paga a TÍTULO de MATERIAL ESCOLAR - Não INCIDÊNCIA - Não configuração de GANHO HABITUAL

Tributário. Mandado de Segurança. Contribuição previdenciária sobre verbas pagas a título de material escolar. Não incidência. I. A Constituição só autoriza a instituição de contribuição sobre o que constitua “ganho habitual”, o que não ocorre com as verbas pagas a título de “material escolar”, que nada mais são do que ajuda de custo aos empregados que comprovem a existência de dependentes em idade escolar. Precedente desta Corte.

II. Apelação do INSS e remessa oficial improvidas. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 1998.39.01.000412-2/PA - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Federal Cleberson José Rocha - conv. - Fonte: e-DJF, 21.12.2009).

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - CONSTITUIÇÃO - LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO definitivo - INSCRIÇÃO em DÍVIDA ATIVA - Inexistência de EFEITO constitutivo

Direito tributário. Execução fiscal. Constituição definitiva do crédito. Lançamento. Prescrição. Ocorrência. Somente o lançamento tributário definitivo

tem a eficácia jurídica de constituir o crédito tributário. A inscrição do crédito na dívida ativa não tem qualquer efeito constitutivo, servindo basicamente para controle administrativo dos créditos exigíveis pelo Fisco, além de ser pressuposto da lavratura da Certidão de Dívida Ativa. Conforme o Código Tributário Nacional a prescrição ocorre constatado a fruição do quinquênio legal, sem que, neste prazo, exista qualquer fato suspensivo ou interruptivo da mesma (art. 151 c/c 154 do CTN). (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0245.04.058766-0/001 - Santa Luzia - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Maria Elza - Fonte: DJ, 12.01.2010).

DÉBITO FISCAL - PARCELAMENTO - RECONHECIMENTO da DÍVIDA - INTERRUÇÃO da PRESCRIÇÃO

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Parcelamento. Interrupção da prescrição. O parcelamento de débito fiscal constitui ato inequívoco de reconhecimento da dívida pelo devedor, importando na interrupção da prescrição, nos termos do inciso IV do parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20090020045323 - 4a. T. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Sérgio Bittencourt - Fonte: DJ, 30.11.2009).

ICMS - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EXIGÊNCIA do IMPOSTO correspondente à DIFERENÇA de ALÍQUOTA

Constitucional e tributário. ICMS. Operações interestaduais. Diferença de alíquotas. Pagamento. Exigência. Ingresso das mercadorias em território estadual. Possibilidade. Simples nacional. Opção. Irrelevância. Legítima a exigência do imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual no momento do ingresso das mercadorias no território do Estado, independentemente da opção do contribuinte pelo regime especial de tributação instituído pela Lei Complementar 123/06. Hipótese de negativa de seguimento. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70033377797 - Porto Alegre - 22a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Mara Larsen Chechi - Fonte DJ, 11.01.2010).

IPTU-IMÓVEL adquirido em HASTA PÚBLICA - ARREMATANTE - AUSÊNCIA de RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Tributário - IPTU - Imóvel adquirido em hasta pública - Responsabilidade tributária do arrematante afastada. 1. Cinge-se a controvérsia à responsabilidade do arrematante pelo pagamento do IPTU quando o imóvel sobre o qual incidiu a exação foi objeto de aquisição em hasta pública. 2. A jurisprudência desta Corte ratificou o entendimento segundo o qual "a arrematação em hasta pública tem o efeito de expurgar qualquer ônus obrigacional sobre o imóvel para o arrematante, transferindo-o livremente de qualquer encargo ou responsabilidade tributária." (REsp 1059102/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.9.2009, DJe 7.10.2009 - grifo nosso). Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 1200816/RJ - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 16.12.2009).

ISS - LOCAÇÃO de BEM MÓVEL - Não INCIDÊNCIA

Tributário. Locação de bens móveis. Imposto Sobre Serviços. Não-incidência. 1. O Plenário deste Tribunal, no julgamento do RE 116.121/SP fixou entendimento no sentido de que não incide o ISS sobre contratos de locação de bens móveis. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (STF - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 704177/RJ - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Ellen Gracie - Fonte: DJe, 18.12.2009).

ISS-SERVIÇO de CARTÓRIO-TRIBUTAÇÃO - VALOR FIXO

Tributário. Agravo de instrumento. ISS sobre serviços de cartório. Liminar concedida pela decisão de primeiro grau. Necessidade de manutenção. Tributação fixa a ser aplicada a fim de evitar a bi-tributação. Presença dos requisitos do art. 273 do CPC. Recurso desprovido. Ao menos por ora, mostra-se prudente a concessão de liminar a fim de suspender a exigibilidade dos créditos de ISS em favor das agravadas tendo em vista que a tributação neste caso deve se dar em valor fixo evitando-se, por conseqüência, a bi-tributação. (TJ/PR - Ag. Instrumento n. 610951-7 - Campo Largo - 2a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Silvio Dias - Fonte: DJ, 18.12.2009).

NOTA BONIJURIS: Desta forma fundamentou o Des. Silvio Dias em seu voto: "Assim, da renda (e não do faturamento) do cartório, teriam que tirar 3% para pagar o ISS e 27,5% para pagar o IR, o que resulta em bi-tributação. Exemplificando: Se um advogado ou médico ganha R\$500.000,00 por ano pagará ISS em valor fixo mais 27,5% de imposto de renda. Se um cartorário ganhar o mesmo valor, aplicado o ISS em percentual sobre a renda terá que pagar este, acrescido de 27,5% em clara bi-tributação, vedada pelo ordenamento jurídico, já que a base de cálculo de um imposto não pode ser usada para a cobrança de outro. E aqui, não importa que os cartorários deleguem funções à escrevente, uma vez que a responsabilidade, mesmo dos delegados, é daqueles."

REGIME ESPECIAL de FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - Possibilidade - PROVA da existência de diversas INFRAÇÕES FISCAIS

Tributário - Mandado de segurança - Infração fiscal - Regime Especial de Fiscalização tributário. Diversas infrações fiscais. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a inclusão de contribuinte em Regime Especial de Fiscalização quando há provas da existência de infrações fiscais, hipótese. 2. Inviável a dilação probatória na via do mandado de segurança. 3. Inexistência de prova quanto a ilegalidade de conduta da autoridade fiscal, na aplicação do Regime Especial de Fiscalização. 4. Aplicação do Regime Especial de Fiscalização, com observância dos dispositivos legais - a Lei Estadual nº 12.670/96 e o Decreto nº 24.569/97, prevendo a antecipação do ICMS, de acordo, ainda, com o artigo 873 do Regulamento do ICMS. 5. Recurso ordinário desprovido. (STJ - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 27458/CE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Eliana Calmon - Fonte: DJe, 18.12.2009).

**PRODUÇÃO
CINEMATOGRAFICA,
AUDIOVISUAL, ARTÍSTICA e
CULTURAL - Regime Especial
Unificado de Arrecadação
de Tributos devidos por
Microempresas e Empresas
de Pequeno Porte**

**LEI COMPLEMENTAR Nº 133, DE
28 DE DEZEMBRO DE 2009**

Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para modificar o enquadramento das atividades de produções cinematográficas, audiovisuais, artísticas e culturais no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 18.

§ 5º-B.

XV - produções cinematográficas, audiovisuais, artísticas e culturais, sua exibição ou apresentação, inclusive no caso de música, literatura, artes cênicas, artes visuais, cinematográficas e audiovisuais.

....." (NR)

Art. 2º Revogam-se os incisos X e XI do § 5º-D do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte à sua publicação oficial.

Brasília, 28 de dezembro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Nelson Machado

João Luiz Silva Ferreira

(D.O.U. de 29.12.2009, col. I, pág. 1)

**HABILITAÇÃO PARA
CASAMENTO - REALIZAÇÃO
PESSOALMENTE PERANTE O
OFICIAL DO REGISTRO CIVIL**

**LEI Nº 12.133, DE 17 DE
DEZEMBRO DE 2009**

Dá nova redação ao art. 1.526 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que a habilitação para o casamento seja feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 1.526 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.

Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 17 de dezembro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA

Tarso Genro

(D.O.U. de 18.12.2009, col. I, pág. 2)

**DEFICIÊNCIA FÍSICA
DECORRENTE DO USO DA
TALIDOMIDA - CONCESSÃO DE
INDENIZAÇÃO POR DANO
MORAL**

**LEI Nº 12.190, DE 13 DE JANEIRO
DE 2010**

Concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, altera a Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É concedida indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, que consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física (§ 1º do art. 1º da Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982).

Art. 2º Sobre a indenização prevista no art. 1º não incidirá o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza.

Art. 3º O art. 3º da Lei nº 7.070, de 1982, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 3º A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com rendimento ou indenização que, a qualquer título, venha a ser pago pela União a seus beneficiários, salvo a indenização por dano moral concedida por lei específica." (NR)

Art. 4º As despesas decorrentes do disposto nesta Lei correrão à conta de dotações próprias do orçamento da União.

Art. 5º A indenização por danos morais de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com qualquer outra da mesma natureza concedida por decisão judicial.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo os efeitos financeiros a partir de 1º de janeiro de 2010.

Brasília, 13 de janeiro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Nelson Machado

Paulo Bernardo Silva

José Gomes Temporão

(D.O.U. de 14.01.2010, col. I, pág. 1)

**CONCESSÃO DE ANISTIA A
POLICIAIS MILITARES E
BOMBEIROS - PARTICIPAÇÃO EM
MOVIMENTOS
REIVINDICATÓRIOS**

**LEI Nº 12.191, DE 13 DE JANEIRO DE
2010**

Concede anistia a policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É concedida anistia a policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios.

Art. 2º É concedida anistia aos policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho ocorridos entre o primeiro semestre de 1997 e a publicação desta Lei.

Art. 3º A anistia de que trata esta Lei abrange os crimes definidos no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e as infrações disciplinares conexas, não incluindo os crimes definidos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e nas leis penais especiais.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de janeiro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira
Barreto

Luís Inácio Lucena Adams

(D.O.U. de 14.01.2010, col. II, pág. 1, com retificação no D.O.U. de 15.01.2010)

**COMPANHEIRO SOBREVIVENTE -
MESMO TRATAMENTO LEGAL
QUE O CONFERIDO AO
CÔNJUGE SUPÉRSTITE**

**LEI Nº 12.195, DE 14 DE JANEIRO DE
2010**

Altera o art. 990 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal conferido ao cônjuge supérstite, quanto à nomeação do inventariante.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera os incisos I e II do caput do art. 990 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, com vistas a assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal já conferido ao cônjuge supérstite no que se refere à nomeação de inventariante.

Art. 2º Os incisos I e II do caput do art. 990 da Lei nº 5.869, de 1973 (Código de Processo Civil), passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 990.
I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;

....." (NR)
Art. 3º Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 14 de janeiro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira
Barreto

Luís Inácio Lucena Adams

(D.O.U. de 15.01.2010, col. II, pág. 2)

Bonijuris
Desde 1989

Conheça nossos lançamentos!

Petições & Argumentos Cláusulas & Contratos Trabalhista Jurisprudência

Visite nosso site: www.bonijuris.com.br

Como Decidem os Tribunais

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O CONTRATO DE CORRETAGEM NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Denis Donoso

Advogado/SP

Professor de Direito Civil e Processo Civil

Especialista e mestre em Processo Civil (PUC/SP)

contato@denisdonoso.com.br

1. Introdução

O Código Beviláqua (Código Civil de 1916) nada dispunha a respeito do contrato de corretagem. Até o advento do Código Reale (novo Código Civil, de 2002), aquele era um contrato atípico, embora nominado. O que existia era apenas a regulação da profissão de corretores no Código Comercial. Hoje – conclusão que resulta da análise dos artigos 722 a 799 do atual Código Civil – é a corretagem um contrato nominado e típico.

Isso se deve, em parte, ao incremento das relações negociais, em que sujeitos se tornam “superespecialistas” em determinados ramos, atendendo sempre às exigências de mercado.

Alia-se ao argumento, ademais, o atual momento histórico em que os contraentes pura e simplesmente, no mais das vezes e por razões diversas, não têm tempo para “se encontrarem”, daí porque procuram os serviços de um especialista em aproximar interessados em vender dos interessados em comprar os mais variados objetos de negociação.

Neste contexto é que surge o contrato de corretagem, que já merecia mesmo regulamentação específica.

Diante de sua inegável importância, pois, pareceu-nos salutar compartilhar com o leitor algumas ideias interessantes que a prática do foro nos fez reunir, ao que apenas tivemos o trabalho de sistematizar algumas informações.

Nosso objetivo – é bom ressaltar desde logo – não é, por óbvio, esgotar o tema. Ao contrário, pretendemos apenas colaborar com algumas observações úteis ao cotidiano, não apenas de profissionais técnicos (advogados, juízes e promotores), mas também dos próprios corretores, razão pela qual nos esforçamos para utilizar um vocabulário acessível a todos.

2. Aspectos gerais (conceito, extensão, características e objeto)

Conforme o art. 722 do Código Civil, “Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.

O contrato de corretagem, assim, pode ser definido como a “convenção pela qual uma pessoa, não ligada a outra, em virtude de mandato, prestação de serviço ou por qualquer relação de dependência, imprescindível para que haja imparcialidade na intermediação, se obriga, mediante remuneração, a obter para outrem um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas, ou a fornecer-lhe as informações necessárias para celebração do contrato”¹.

Não se confunde a corretagem com outras formas contratuais assemelhadas, como: 1) *mandato*, já que não existe qualquer forma de representação; 2) *representação comercial*, pois a corretagem é ajuste eventual; 3) *empreitada*, pois seu objeto não é a entrega de obra; 4) *contrato de trabalho* ou *locação de serviços*, porque seus elementos são absolutamente distintos daqueles, como será visto adiante.

São partes no contrato: 1) o *comitente*, isto é, aquele que contrata a intermediação com o corretor; 2) o próprio *corretor*, que pode ou não ser pessoa habilitada à prática do negócio jurídico. A propósito, a ilicitude do exercício profissional não atinge o contrato como negócio jurídico, salvo se a lei expressamente proibir determinadas pessoas de nele figurar².

Trata-se a corretagem de contrato:

- 1) *Bilateral*, posto que gera obrigações para ambas as partes (comitente e corretor);
- 2) *Oneroso*, vez que o trabalho do corretor será, eventualmente, remunerado (art. 725 do Código Civil);
- 3) *Aleatório*, exatamente porque a remuneração somente será devida – e por isso destacamos acima que ela será eventual – se o negócio principal for concretizado;
- 4) *Consensual*, já que depende apenas do consentimento para completar-se. Por não exigir forma solene, o contrato de corretagem pode ser verbal e até mesmo provado testemunhalmente.

Neste sentido, convém colacionar o precedente do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Intermediação. Prova. Testemunha. Admissibilidade, desde que firme e convincente. A mediação não exige forma solene e pode ser concluída de forma verbal e provada pelos meios legais de que cuida o artigo 332 do Código de Processo Civil, admitindo-se, em

consequência a prova testemunhal. Este ônus é do demandante. Sem demonstração segura da existência do ajuste, a ação deve ser julgada improcedente”. (TJSP, 2º TACiv, 11a. Câmara, Apelação sem revisão 691.937-00/0, rel. Des. Artur Marques, j. 13.12.2004)

Em tese, toda atividade lícita admite a figura do corretor, até mesmo para a realização de casamentos. Há, modernamente, inúmeras agências de casamento, cuja atividade não é outra senão aproximar as partes com a finalidade específica de figurarem numa determinada relação jurídica.

3. Obrigações do corretor

O art. 723 elenca as principais obrigações do corretor³, destacando, em primeiro lugar, a execução da mediação com diligência e prudência, o que implica a prestação espontânea ao cliente de todas as informações sobre o andamento dos negócios postos sob sua responsabilidade.

Vê-se que este primeiro aspecto das obrigações do corretor abrange acima de tudo seu dever de prestar contas sobre o andamento das negociações, sempre dentro dos limites do contrato em questão, é dizer, sobre eventuais interessados em celebrar o negócio principal, preços oferecidos etc.

Em segundo lugar, cabe ao corretor prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance sobre a segurança ou risco do negócio. Por exemplo, incumbe-lhe buscar informações sobre a possibilidade de se negociar a coisa objeto do contrato principal.

Nas negociações imobiliárias, em específico, cabe ao corretor proceder a uma busca completa das tradicionais certidões que antecedem este tipo de acordo. Assim, demonstrará se há risco de ocorrer fraude de execução, se o imóvel é mesmo um objeto livremente negociável, se os compradores são pessoas idôneas etc.

Em síntese, com esses dados em mãos, é obrigação do corretor advertir seu cliente sobre a segurança ou risco do negócio. Daí para frente, a opção por celebrar ou não o contrato – assumindo os eventuais riscos – é das partes contratantes.

Anote-se, em tempo, portanto, que a obrigação do corretor se restringe a esclarecer as partes sobre tais circunstâncias. Eventuais prejuízos pelos riscos assumidos são, pois, das próprias partes, não podendo ser suportados pelo corretor. De outro lado, se o corretor não demonstra às partes esses riscos do negócio, o corretor pode vir a responder pelos prováveis prejuízos dos clientes.

Nota-se, assim, que o corretor deve ser diligente e documentar-se quanto a todas as precauções que a lei lhe impõe, ou seja, deve ter guardados todas as provas de que esclareceu aos seus clientes sobre os riscos do negócio, evitando, desta forma, futuras ações judiciais.

Não é obrigação do corretor, no entanto, a redação do subjacente contrato de compra e venda. Ainda que o faça, já se reconheceu que a falta de cláusula penal na avença não implica sua responsabilidade civil, ainda que as partes venham a sofrer prejuízo pela ausência de tal estipulação. Neste sentido:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Aproximação das partes. Negócio concluído. Alegação de negligência na redação do contrato. Culpa do corretor.

Prova. Ausência. Cabimento. Se os documentos acostados aos autos demonstram de forma contundente que a corretora prestou serviços de intermediação e corretagem entre as partes compradoras e vendedoras do imóvel, gerindo as pretensões de modo a propiciar aos alienantes/proprietários que lhe contrataram serviços encontrar os adquirentes do imóvel objeto do contrato, obtendo com a atividade específica resultado útil, ou seja, a efetiva realização do negócio, não é de ser considerada a alegada negligência da redação do contrato, que não previu cláusula penal por descumprimento de obrigações pelos compradores, e atraso na obtenção de financiamento necessário, sem a devida prova de culpa da corretora, cuja obrigação não se estende a tanto. Necessário, destarte, o acolhimento da ação de cobrança da comissão de corretagem” (TJSP, 2º TACiv, 3a. Câmara, Apelação sem revisão 637.693-00/0, rel. Des. Regina Capistrano, j. 06.8.2002).

Tratando especificamente dos corretores de imóveis, a Lei 6.530/78 dispõe que lhes é vedado:

a) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses que lhe forem confiados: Isto significa que o corretor de imóveis deve ter lealdade àquele que lhe contratou. Não se exige que ele entre em conluio com seu contratante, mas deve observar sua função dentro da relação jurídica;

b) auxiliar, ou por qualquer meio facilitar, o exercício da profissão aos não inscritos: Trata-se de falta administrativa, mas, se trouxe prejuízos a terceiros, pode resultar na sua responsabilidade civil;

c) anunciar publicamente proposta de transação a que não esteja autorizado através de documento escrito: posto que o sigilo profissional também é uma obrigação do corretor;

d) fazer anúncio ou impresso relativo à atividade de profissional sem mencionar o número de inscritos: o corretor deve mencionar seu CRECI sempre que anunciar um imóvel (seja para compra e venda, seja para locação);

e) anunciar imóvel loteado ou em condomínio sem mencionar o número de registro do loteamento ou da incorporação no Registro de Imóveis: é uma obrigação ligada ao dever de apontar a segurança e os riscos do negócio aos clientes;

f) violar o sigilo profissional;

g) negar aos interessados prestação de contas ou recibo de quantias ou documentos que lhe tenham sido entregues a qualquer título: em harmonia ao disposto no art. 723, 1a. parte, do Código Civil;

h) violar obrigação legal concernente ao exercício da profissão: A norma é genérica e pretende enquadrar na responsabilidade civil do corretor de imóveis todo dano causado por ação ou omissão dolosa/culposa.

i) praticar, no exercício da atividade profissional, ato que a lei defina como crime ou contravenção;

j) deixar de pagar contribuição ao Conselho Regional.

4. Remuneração do corretor

De acordo com o art. 724 do Código Civil, “A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais”. É dizer, pois, que a remuneração do corretor será arbitrada conforme os usos e costumes sempre que não for fixada em lei ou não prevista no contrato, valendo relembrar que este pode ser verbal.

Nas corretagens imobiliárias, por exemplo, a tabela do CRECI fixa a remuneração em 6% (seis por cento) sobre o valor do contrato principal, sendo este o parâmetro utilizado pela jurisprudência quando a fixação da verba for judicial.

Assim:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Fixação Em 6%. Tabela CRECI 2a. Região. Aplicabilidade. Os negócios imobiliários possuem características próprias colimando propiciar ao mediador da transação negocial, direito ao recebimento da comissão, via de regra, estimada em 6% conforme tabela homologada pelo CRECI 2ª região em 17.10.96, como remuneração por seu trabalho” (TJSP, 2ª TACiv, Apelação sem revisão 642.667-00/7, rel. Des. AMÉRICO ANGÉLICO, j. 04.02.2003, in JTA-LEX 199/487).

Nada impede, a nosso ver, que a remuneração seja combinada com base no chamado *over price*, isto é, o valor que exceder o pretendido pelo vendedor. Assim, se o vendedor quer o preço de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pela coisa e o corretor conseguir realizar sua venda por R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), a comissão será de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Sendo o direito em questão disponível, basta que haja previsão expressa neste sentido no contrato celebrado entre as partes.

4.1. Obtenção do “resultado útil”

A teor do art. 725 do Código Civil, “A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes”.

Portanto, a contraprestação, como regra, fica condicionada a evento futuro e incerto, qual seja, a obtenção do resultado previsto no contrato. Importa destacar que o “resultado” deve ser entendido como a aproximação das partes e a aceitação do negócio, ao que se denomina “resultado útil”.

Conforme o autorizado entendimento de PONTES DE MIRANDA, “se o que se queria se concluiu devido à mediação, isto é, se a mediação foi uma das causas de conclusão do negócio, há o direito à remuneração”⁴.

Isto posto, não se realizando o negócio por arrependimento das partes, mesmo assim será devida a comissão, vez que o resultado útil, que é a obrigação do corretor, foi alcançado.

Essa regra – e aqui nos referimos em especial ao chamado resultado útil – parece admitir duas exceções, no entanto.

A primeira delas é a existência de justa causa, que autoriza, em tese, excepcionar-se o dispositivo em exame. É dizer, se houver justa causa para o arrependimento do negócio, não será devida a comissão de corretagem. O arrependimento puro e simples, contudo, não é justa causa.

Em segundo lugar, já se admitiu que o corretor pode estabelecer, no respectivo contrato, condição suspensiva, condicionando o recebimento de sua

comissão ao efetivo pagamento do preço ou de parcelas. Nestas situações, não recebido o preço pelo vendedor, nada será devido ao corretor:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Negócio Pendente. Condição suspensiva não adimplida. Descabimento. Mediador que aceita receber comissão incidente sobre o valor da entrada e das parcelas pagas pelos compradores, subordina a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva. Enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ela visa (artigo 125 do Código Civil)” (TJSP, 2ª TACiv, 7a. Câmara, rel. Des. Armando Toledo, j. 06.8.2002).

Aliás, pode-se arriscar a dizer que toda condição suspensiva, expressamente prevista e não verificada, é justa causa apta a obstar o pagamento da comissão, situação que deve ser analisada pontualmente.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 4a. Turma, no entanto, sustenta que não é devida a comissão de corretagem se, mesmo após a aceitação da proposta, o comprador se arrepende e desiste da compra, sem fazer qualquer referência à justa causa como se vê no precedente adiante destacado:

“Civil. Recurso especial. Contrato de corretagem. Alienação de empresa. Proposta aceita pelo comprador. Desistência posterior. Resultado útil não configurado. Comissão indevida. Nos termos do entendimento do STJ, a comissão de corretagem só é devida se ocorre a conclusão efetiva do negócio e não há desistência por parte dos contratantes. É indevida a comissão de corretagem se, mesmo após a

aceitação da proposta, o comprador se arrepende e desiste da compra. Recurso Especial provido” (STJ, 3a. Turma, REsp nº 753.566-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.10.2006, v.u.).

Com todo acatamento, a parte final do art. 725 do Código Civil é suficientemente clara quando expõe que a remuneração é devida ainda que o resultado não se efetive em virtude de arrependimento das partes. A prestação do corretor é a aproximação das partes e a aceitação do negócio, mas não a efetiva realização do negócio jurídico.

Por isso, muito mais correto parece o entendimento manifestado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (por seu extinto 2ª TACiv), como se vê:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Aproximação das partes. Proposta aceita. Desistência posterior do vendedor. Justa causa. Ausência. Remuneração Devida. Responsabilidade Do vendedor. Cabimento. Mediação. Serviços de corretagem. Negócio imobiliário. Aproximação presidida pelo corretor. Pré-contrato, sob conveniência dos réus (vendedores). Desistência destes, sem justa causa. Serviços prestados. Remuneração devida” (TJSP, 2ª TACiv, 6a. Câmara, rel. Des. Carlos RUSSO, j. 10.11.2004).

Este último acórdão destaca que uma vez obtido o resultado previsto no contrato de mediação, que é a aproximação das partes e a aceitação do negócio, devida será a comissão, salvo se existir justa causa ao arrependimento posterior.

Em tese, toda atividade lícita admite a figura do corretor, até mesmo para a realização de casamentos. Há, modernamente, inúmeras agências de casamento, cuja atividade não é outra senão aproximar as partes com a finalidade específica de figurarem numa determinada relação jurídica

Ainda na mesma linha, curial destacar que o extinto 2º TACSP já decidiu que nas situações em que o negócio não é celebrado em razão da ausência de unanimidade entre os condôminos, o que evidentemente obsta a alienação do bem, não é devida qualquer comissão ao corretor, exatamente porque, embora tenha este aproximado as partes, não se alcançou o resultado útil esperado.

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Imóvel em condomínio indiviso. Unanimidade Entre os condôminos quanto à venda. Inexistência. Resultado útil. Impossibilidade de alcançá-lo. Descabimento. O corretor de imóveis somente faz jus à remuneração se o seu trabalho alcança resultado útil. Em se tratando de imóvel em condomínio indiviso, esse resultado somente se considera alcançado se todos os proprietários manifestarem o consentimento com a venda e o corretor encontrar comprador que esteja de acordo com o preço e as condições” (TJSP, 2º TACiv, Apelação sem revisão 657.718-00/2, rel. Des. Luís de Carvalho, j. 24.11.2004).

Pode-se afirmar, destarte, que a obrigação do corretor é, neste aspecto, de resultado, não sendo suficiente que aproxime as partes (não é mera obrigação de meio), mas que o negócio efetivamente seja celebrado. A exceção, conforme o próprio dispositivo em comento, se dá nas situações em que a avença não se formalize por arrendimento das partes sem justa causa.

Outra hipótese ventilada pela doutrina que enseja o pagamento da comissão é a da corretagem realizada por sujeito sem expressa autorização, mas cuja atuação foi tolerada pelos interessados, situação em que se caberá apenas perquirir quem é o devedor da remuneração⁵. Nessa situação de atuação tolerada, porém, parece-nos que há efetivamente um contrato, embora na forma verbal, que, como dito, é possível.

4.2. Dispensa do corretor e remuneração

Consoante previsão do art. 727 do Código Civil, “Se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor”.

De início, aponte-se que a corretagem pode ter prazo determinado, situação em que a remuneração não será devida ao corretor caso realizada a venda fora do intervalo determinado. Também não será devida a comissão nos contratos por prazo indeterminado em que o dono do negócio dispensar o corretor.

Em ambas situações, contudo, caso haja a realização do negócio como fruto do trabalho do corretor, será devida a comissão, porque seu trabalho terá alcançado o resultado útil esperado.

A respeito, é farta a jurisprudência, notadamente do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Negociação completada Após lapso de tempo. Concretização sem a presença do corretor. Utilidade da intermediação. Cabimento. Em sendo o negócio fruto da mediação, a corretagem é devida, mesmo que aquele se concretize posteriormente à dispensa do corretor” (TJSP, 2º TACiv, 3a. Câmara, Apelação sem revisão 679.798-00/6, rel. Des. Carlos Giarusso Santos, j. 01.3.2005, v.u.).

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Aproximação entre comprador e vendedor. Recusa da proposta pelo vendedor. Ulterior conclusão do negócio entre as mesmas partes. Utilidade da intermediação. Prova. Existência. Cabimento. Vendedores que recusaram a proposta de compra encaminhada pela corretora, mas venderam o imóvel à mesma proponente, cerca de duas semanas depois. Comprovada a aproximação de vendedor e comprador, com o resultado útil de concretização do negócio, emerge o direito do corretor à comissão de corretagem” (TJSP, 2º TACiv, 4a. Câmara, Apelação sem revisão 687.165-00/3, rel. Cesar Lacerda, j. 23.11.2004).

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Intermediação Comprovada. Venda consumada após o prazo de vigência do contrato de mediação. Cláusula Contratual autorizadora. Existência. Cabimento. Estando provada a intermediação, com a aproximação das partes e conseqüente realização do negócio, é devida a comissão respectiva, mesmo que a venda tenha sido efetuada após expirado o prazo do contrato, em razão de expressa previsão na avença” (TJSP, 2º TACiv, Apelação sem revisão 677.925-00/1, rel. Des. Thales do Amaral, j. 20.10.2004).

Isto se deve – nunca é demais repetir – porque o trabalho do corretor terá alcançado o resultado útil. Embora esse resultado tenha se verificado *após* o término do contrato, ele é fruto de atividades praticadas *durante* a sua vigência.

Assim, se a lei esclarece que será devida a comissão sempre que o negócio senard realizar *por efeito dos trabalhos do corretor*, vê-se que o critério adotado como fato gerador da obrigação, neste particular, não é apenas o do resultado, mas também do *tempo* em que realizadas as atividades profissionais. Como se percebe, o contrato ainda pode gerar seus efeitos após sua eventual extinção.

4.3. Intermediação múltipla e remuneração

O art. 728 do Código Civil, atento a uma situação bastante comum na prática negocial, aponta que “Se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário”.

Portanto, sempre que o negócio tenha sido iniciado por um corretor, mas concluído por outro, o primeiro terá direito à metade da comissão, porque concorreu igualmente para que o resultado útil fosse obtido.

Esta é a orientação adotada, com acerto, pela jurisprudência:

“Mediação. Comissão de corretagem. Negócio iniciado por um corretor. Conclusão com outro corretor. Direito do primeiro mediador à metade da comissão. Reconhecimento. Se o que se queria se concluiu devido à mediação, isto é, se a mediação foi uma das causas da conclusão do negócio, há o direito à remuneração. Se o mediador fez ou concorreu para que se pudesse concluir o contrato, que os interessados tinham em vista, concluiu-se o contrato de mediação. Autora que levou o representante da compradora para conhecer o imóvel e formulou proposta de aquisição. Malgrado a ultimação do negócio imobiliário se tenha operado por intermédio de um segundo corretor, faz jus, o primeiro, à metade da comissão, uma vez demonstrado que a mediação foi útil e eficaz para a efetivação da venda. Entendimento distanciado do referido acabaria por impedir o

reconhecimento do direito de corretor concorrente que interferisse, em algum momento, no negócio, contribuindo para sua realização”. (TJSP, 2º TACiv, 12a. Câmara, Apelação sem revisão 630.675-00/4, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 04.4.2002)

A regra não se aplica nas situações em que o negócio foi realizado com intermediação de um segundo corretor que, todavia, apresentou um novo comprador para o bem. Isto porque, evidentemente, a aproximação útil é fruto do trabalho de apenas um dos corretores.

Neste sentido:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Negócio iniciado por um corretor. Conclusão com outro corretor, para comprador por este apresentado. Direito do primeiro mediador à comissão. Não reconhecimento. Mediação. Autorização de venda por quinze dias. Prorrogação verbal e tácita. Prova oral para sua demonstração. Irrelevância na espécie, já que o negócio não se concluiu, através da intermediação do autor, e sim com a de outro corretor, para comprador por este apresentado, e não por aquele. Ação que é de cobrança de corretagem civil. Pressuposto necessário que é a conclusão do negócio, o que, no caso, não ocorreu, mediante mediação do autor” (TJSP, 36ª Câmara, Apelação sem revisão 692.730-00/0, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 10.3.2005).

É preciso, ademais, que a mediação tenha sido realizada diretamente com os futuros contratantes. Do contrário, haverá mera relação interna entre corretores, alheia aos contraentes, quando o pagamento deverá ser feito àquele que diretamente tratou com as partes.

4.4. Remuneração e corretagem com exclusividade

Não será devida a remuneração se o corretor não teve qualquer atividade no sentido de aproximar as partes contratantes. No entanto, se no respectivo contrato foi fixada a exclusividade, fará este jus à remuneração integral, mesmo que a venda se realize por outro sujeito.

Esta, salvo melhor juízo, é a interpretação que resulta do art. 726 do Código Civil: “Iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor; mas se, por escrito, for ajustada a corretagem com exclusividade, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação, salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade”.

Assim já se decidiu em outras oportunidades:

“Mediação. Comissão de corretagem. Ação monitoria. Obrigação de pagar assumida em documento escrito. Venda com exclusividade. Negócio concretizado por intermédio de outro corretor dentro do prazo estipulado. Descumprimento Do pactuado. Ocorrência. Cabimento. Se o contrato previu prazo certo para a concretização da venda do imóvel com exclusividade, responde a contratante pelos serviços de corretagem, ainda que a venda tenha sido feita por intermédio de outra corretora” (TJSP, 30a. Câmara, Apelação sem revisão 654.076-00/5, rel. Des. Lino Machado, j. 18. 5.2005).

Não é preciso maior esforço para compreender que a comissão será devida, neste caso, por aquele que concedeu a exclusividade ao corretor.

A bem da verdade, só não será devida a comissão nos casos de exclusividade quando comprovada a inércia ou ociosidade do corretor. Estas, todavia, não se presumem, mas devem, como fica claro pelo texto do art. 726, ser comprovadas.

A exclusividade em favor do corretor, porém, não subtrai sua obrigação de obter o resultado útil, ou seja, de efetivamente aproximar as partes para a realização do negócio principal. Assim é que já se decidiu anteriormente:

“Mediação. Comissão de corretagem. Cobrança. Corretor que apenas iniciou a aproximação das partes, sem concluí-la. Descabimento. O corretor assume obrigação de resultado, não de meio. Por isso só faz jus à remuneração se concluir o negócio intermediado, ainda que possua a autorização para venda com exclusividade” (TJSP, 2º TACiv, 10a. Câmara, Apelação sem revisão 682.241-00/3, rel. Des. Emanuel Oliveira, j. 04.8.2004).

5. Normas aplicáveis ao contrato de corretagem

Por força do art. 729⁶, o Código Civil não exclui a aplicação de outras normas que versem especialmente sobre o contrato de corretagem.

É que a atividade de corretor, embora muito comum na área imobiliária (a profissão de corretor de imóveis é disciplinada pela Lei 6.530/78 e regulada pelo Decreto 81.871/78), pode ocorrer em diversos ramos negociais, como o de seguros,

navios, operações de câmbio e valores, apenas para citar os mais comuns.

Cada uma dessas atividades se sujeita a um sistema específico de normas, exatamente porque todas elas possuem suas peculiaridades.

Salutar, portanto, a previsão do artigo em exame, ao sugerir a interpretação de cada destes universos sistematicamente com as normas genéricas do Código Civil. ■

NOTAS

1 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5a. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 382.

2 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – contratos em espécie*. 4a.ed., São Paulo: Atlas, 2004, v. 3, p. 575.

3 Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência.

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIII, 2a. ed., Borsoi: Rio de Janeiro, 1963, p. 273.

5 VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 582.

6 Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial.

A contraprestação, como regra, fica condicionada a evento futuro e incerto, qual seja, a obtenção do resultado previsto no contrato. Importa destacar que o “resultado” deve ser entendido como a aproximação das partes e a aceitação do negócio, ao que se denomina “resultado útil”

eventos notícias

CURSO COMPLETO DE TEORIA E PRÁTICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Local: Associação Comercial - São Paulo/SP
Data: 20/02 a 03/07/2010
Informações: (11) 2561-4240
www.apdcrim.com.br

ORIENTAÇÕES BÁSICAS SOBRE AS NORMAS DO INSS

Local: Auditório da LTr - São Paulo/SP
Data: 25 e 26/02/2010
Informações: (11) 2167-1101
cursos.seminarios@ltr.com.br

NOVAS SÚMULAS DO STJ

Súmula 410 - A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. (DJe, 16.12.2009)

Súmula 411 - É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco. (DJe, 16.12.2009)

Súmula 412 - A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil. (DJe, 16.12.2009)

Súmula 413 - O farmacêutico pode acumular a responsabilidade técnica por uma farmácia e uma drogaria ou por duas drogarias. (DJe, 16.12.2009)

Súmula 414 - A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades. (DJe, 16.12.2009)

Súmula 415 - O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada. (DJe, 16.12.2009)

Visite-nos em: www.bonijuris.com.br

Todos os acórdãos são fiéis às íntegras obtidas nos Tribunais.
Publicação dirigida ao território nacional
Edição mensal - Tiragem 5.000 exemplares

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
JURISPRUDÊNCIA**



- ACÓRDÃOS
- EMENTAS
- SENTENÇAS
- SÚMULAS

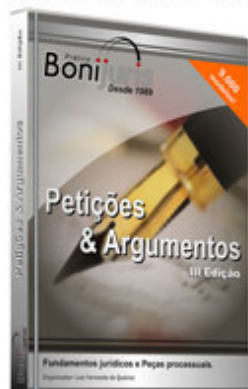
**Revista Bonijuris
TRABALHISTA**



Respostas Oficializadas pelo TST - Registro 02/2000
Todos os acórdãos são files de imagens obtidos nos Tribunais.

- DOCTRINA
- JURISPRUDÊNCIA
- LEGISLAÇÃO
- PRÁTICA

**Prática Bonijuris
PETIÇÕES
& ARGUMENTOS**



Mais de 9.000 modelos!

**Prática Bonijuris
CLÁUSULAS
& CONTRATOS**



Mais de 4.200 modelos!

Visite nosso site: www.bonijuris.com.br

FALE CONOSCO
0800-645 4020
vendas@bonijuris.com.br

Apoio Institucional



(041) 3323-1093

www.bonijuris.com.br