

Iniciamos a seção *Doutrina* desta edição com a doutora em direito e pós-doutora em filosofia **Maria Francisca Carneiro**, que tece uma comparação entre a prova no direito e na ciência. Pondera que o direito permaneceu sendo pensado simplesmente como um 'sistema lógico fático', com consequências para o que se considera 'verdade' no âmbito jurídico e, a contraponto, a ciência elaborou-se no decorrer da história como 'sistema fático' e também como 'sistema axiomático', gerando diversas possibilidades de prova e de 'verdade'.

O desembargador federal do trabalho, mestre em direito e professor **Francisco Ferreira Jorge Neto**, o professor e mestre em direito político e econômico **Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante** e o assessor de desembargador **Judson Sales de Meneses** apresentam reflexões e cautelas na implementação do processo judicial eletrônico. Asseveram que é necessário reforçar a pesquisa e a tecnologia no sentido de tornar estas ferramentas mais seguras, cercando-se de cautelas para que as informações contidas nos autos sejam autênticas, indelévels e materialmente irretiráveis, de modo a conter um retrato fiel do percurso processual.

Prosseguindo, o advogado, mestre e doutorando em direito **Rafael José Nadim de Lazari** escreve sobre a nova sistemática do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, advinda da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011. Aduz que ainda é muito recente para se medir o sucesso ou o fracasso de referida norma legislativa em estudo e as primeiras decisões oriundas dos tribunais superiores demorarão alguns anos para tratar da questão.

Francielly Schmeiske, advogada e pós-graduanda em direito do Estado, discorre sobre a repetição de indébito de tributo indireto e a hipótese de enriquecimento ilícito. Ressalta que a impossibilidade do consumidor final figurar como autor em ação que verse sobre tributos indiretos pode gerar o enriquecimento ilícito do contribuinte de direito ou da Fazenda Pública e, em determinados casos, o Estado não poderá ser acionado pelo contribuinte de direito.

Ao fim da seção, o procurador municipal e pós-graduando em direito **Juliano Del Antonio** versa sobre a supremacia do interesse público como supedâneo de consecução do direito administrativo pátrio. Esclarece que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular faz exsurgir uma série de mecanismos jurídicos afeitos à administração pelo ordenamento jurídico pátrio, indispensáveis para a obtenção do fim colimado.

Em *Legislação*, transcrevemos o texto do **Decreto 8.203**, de 7 de março de 2014, que altera o Decreto 7.891/13, o qual, por sua vez, regulamenta a Lei 12.783/13, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária.

Cerrando esta edição, damos continuidade na publicação dos textos das súmulas extraídas da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Boa leitura.
Equipe Bonijuris

Revista Bonijuris

Ano XXVI | # 605 | Abril 2014

Conselho Editorial

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, Luiz Fernando Coelho (coordenador),
Manoel Antonio Teixeira Filho, Manoel Caetano Ferreira Filho, Maximiliano Nagl Garcez,
Oksandro Gonçalves, Roberto Víctor Pereira Ribeiro, Rolf Koerner Júnior, Zeno Simm

Editor responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Pesquisadores

André Barbieri Souza, Carlos Oswaldo M. Andrade, Eduardo Cambi,
Elionora Harumi Takeshiro, Geison O. Rodrigues (coordenador), 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, Pollyana Elizabete Pissaia, Rafael Cessetti (editor adjunto),
Rogério Distéfano, Roland Hasson, Sérgio de Aragon Ferreira, Solange Roessle, Yoshihiro Miyamura

Coedição:

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

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 | www.bonijuris.com.br | ISSN 1809-3256 | Qualis C – Capes
Para firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco. | Fone/FAX: (41) 3323-4020 | e-mail: contato@bonijuris.com.br

Repositório autorizado

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

Administrativo | Comercial

Fone-fax: (41) 3323-4020
bonijuris@bonijuris.com.br
comercial@bonijuris.com.br

Assinaturas

0800 645 4020

Jurídico | Pesquisa

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



Todos os acórdãos são fiéis às íntegras obtidas nos tribunais. Publicação dirigida ao território nacional. Edição mensal – Tiragem 5.000 exemplares

Doutrina

- 06 | **Prova no Direito e na Ciência: Uma Comparação**
Maria Francisca Carneiro
- 09 | **Reflexões e Cautelas na Implementação do Processo Judicial Eletrônico**
Francisco Ferreira Jorge Neto
Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante
Judson Sales de Meneses
- 19 | **Considerações Fático-Constitucionais sobre o Novo Aviso-Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço**
Rafael José Nadim de Lazari

Acórdãos em destaque

- 41 | STJ | **Min. Raul Araújo**
Valor da indenização a ser paga em rescisão de representante comercial é determinado pela lei vigente à época da assinatura do contrato
- 46 | TJ/PR | **Des. José Laurindo de Souza Netto**
Destituição de síndico em assembleia extraordinária obedece quórum previsto no Código Civil mesmo que convenção disponha de forma contrária
- 48 | STJ | **Min. João Otávio de Noronha**
É dispensada lavratura de termo em penhora online
- 51 | STF | **Min. Luiz Fux**
Utilização da quantidade da droga na primeira e terceira fase da dosimetria da pena configura *bis in idem*
- 54 | TST | **Min. Delaíde Miranda Arantes**
Empresa pública deve pagar FGTS a ocupante de cargo em comissão se o estatuto adota o regime pessoal da CLT
- 57 | STJ | **Min. Humberto Martins**
É vedada a acumulação de cargo militar com o magistério
- 60 | STJ | **Min. Og Fernandes**
Incidência do imposto de renda sobre os juros de mora em reclamatória trabalhista

Legislação

- 78 | Decreto 8.203/14
Disposições sobre a distribuição de energia elétrica, redução de encargos setoriais e modicidade tarifária

- 26 | **A Repetição de Indébito de Tributo Indireto: Hipótese de Enriquecimento Ilícito?**
Francielly Schmeiske
- 33 | **A Supremacia do Interesse Público como Supedâneo de Consecução do Direito Administrativo Pátrio: Uma Dicotomia Público-Privada no Direito Brasileiro**
Juliano Del Antonio

Ementário

- 64 | TJ/RS | **Civil e Comercial**
Des. Ricardo Moreira Lins Pastl
Admissível a manutenção do nome de casada após o divórcio
- 66 | TJ/PR | **Imobiliário**
Des. Ruy Muggiati
CDC não pode ser aplicado aos contratos de locação
- 67 | STJ | **Processo Civil**
Min. Rogério Schietti Cruz
Constitui erro grosseiro a interposição de agravo regimental contra decisão colegiada
- 68 | STF | **Penal e Processo Penal**
Min. Teori Zavascki
Hipóteses de extinção da ação penal por meio de *habeas corpus*
- 71 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**
Min. Aloysio Corrêa da Veiga
Agente penitenciário é indenizado por condição degradante de trabalho
- 73 | TJ/SC | **Administrativo e Constitucional**
Des. Sérgio Roberto Baasch Luz
Administração pública deve indenizar cidadão por acidente de trânsito causado por buraco não sinalizado na pista
- 76 | STJ | **Tributário**
Min. Herman Benjamin
Galvanoplastia se sujeita ao ISSQN

Súmulas em destaque

- 79 | Súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo (III)

Não tropece na língua

- 82 | Maria Tereza de Queiroz Piacentini
Mais de um, incluso ou incluído e abreviaturas femininas

PROVA NO DIREITO E NA CIÊNCIA: UMA COMPARAÇÃO

Maria Francisca Carneiro | mfrancis@netpar.com.br

Doutora em Direito (UFPR)

Pós-doutora em Filosofia (Universidade de Lisboa)

Membro da Italian Society for Law and Literature, do International Journal for Law, Language & Discourse e do Scientific & Academic Publishing

Excertos

A força da prova objetiva ou prova material, produzindo a prova subjetiva ou convicção, é que forma integralmente a prova jurídica, gerando os efeitos pretendidos, isto é, os de estabelecer uma demonstração inequívoca acerca dos fatos alegados ou afirmados

As fórmulas da acusação, da discussão oral, ou exame imediato das provas, do julgamento contraditório entre partes juridicamente iguais, e da publicidade, são as que permitem, no melhor modo e graus possíveis, a reprodução viva, direta e sincera do drama criminoso nas salas dos tribunais

Se o problema da prova, tanto para o direito como para a ciência, é tangencial à questão do que se pode considerar “verdade”, nessas respectivas áreas, servindo-lhes de critério, havemos de convir que, no fundo, estamos tratando de uma questão também de metalinguagem, em suas dimensões sintática, semântica e pragmática

Agradecimentos ao amigo, interlocutor e mestre em direito processual civil Laércio A. Becker pelas sugestões, ideias, críticas, ensinamentos e indicações bibliográficas, neste e em vários outros trabalhos.

“In mathematical research, the purpose of proof is to convince. The test of whether something is a proof is whether it convinces qualified judges. In the classroom, on the other hand, the purpose of proof is to explain. Enlightened use of proofs in the mathematics classroom aims to stimulate the students’ understanding, not to meet abstract standards of ‘rigor’ or ‘honesty’.”
(Reuben Hersh)

1. Introdução: prova, verdade e multifacetação

Tanto o direito como a ciência fundamentam-se na ideia de *prova*, para obter um resultado tido como “verdadeiro”. No decurso da sua evolução histórica, a sistematização jurídica da *prova* – no caso, prova processual – calcou-se no modelo positivista da ciência, consolidado no século XVIII. Na verdade, o direito “emprestou” o modelo de prova vigente na ciência, naquele período.

Houve, porém, que o conceito de *prova* no âmbito científico evoluiu enormemente nos últimos séculos, multifacetando-se e desdobrando-se em várias possibilidades mais complexas, outras mais sutis e outras ainda inusitadas. No âmbito jurídico, contudo, o conceito de *prova* permanece, por assim dizer, inalterado em sua concepção oitocentista.

Neste breve escrito, tencionamos propor uma reflexão comparativa sobre o conceito de prova no direito e na ciência, indagando as possíveis razões do descompasso entre um e outra.

2. O conceito de prova na filosofia, na ciência e no direito

Para a filosofia, *prova* é o “procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido”¹. Nesse sentido, é um conceito mais amplo do que a mera *demonstração*, a qual produziria uma simples convicção, sem o necessário teor de “verdade”, que seria inerente à *prova*. Segundo **Aristóteles**, “quando se acha que o que foi dito não pode ser refutado, acredita-se ter apresentado uma prova”².

Com o desenvolvimento e o ulterior estabelecimento do paradigma científico positivista, o conceito de *prova* desdobrou-se de algo puramente racional para algo que deveria ser *experimentado*, vale dizer, que pudesse ser objetivado por métodos empíricos ou práticos, mas que fossem testados e, em consequência, provados ou não, por meio desse próprio empirismo, capaz de lhe outorgar, assim, um caráter de “concretude”. Nesse sentido, a *prova* não é mais simplesmente “uma cadeia de comparações intuitiva de ideias, através da qual se pode estabelecer, por meios puramente racionais, um princípio ou uma máxima”³, como definia a filosofia antiga; mas passa a ser aquilo que possa adquirir credibilidade objetiva por meio da experimentação, do teste e da prática. É nesse momento da história do pensamento que se consolida o direito moderno, de cujo bojo de ideias torna-se então copartícipe e do qual empresta, então, o conceito de *prova* positivista, assimilado pelos ordenamentos jurídicos e presente na consentânea acepção de Estado Democrático de Direito.

Assim, o modelo científico de *prova* objetiva e positiva permaneceu inalterado no âmbito jurídico – não obstante a inegável evolução do direito, em inúmeros segmentos – enquanto que, no âmbito científico, os modelos de *prova* desenvolveram-se, multiplicaram-se, multifacetaram-se e se tornaram plurais, de acordo com os diferentes paradigmas científicos e, portanto, em conformidade com o próprio avanço da ciência, para a qual os diferentes paradigmas podem ser entendidos como exemplos compartilhados⁴.

Desse modo, podem ser encontrados, atualmente, modelos probatórios científicos compatíveis, por exemplo, com as teorias de sistemas, regulação, de autorreferência e de auto-organização; caos, complexidade e bifurcações, flutuações, irreversibilidade e reversão do espaço-tempo; dualismo, antagonismos, inconsistências e contradições; mecânica quântica e indiscernibilidade; holografia; relativismo; teorias do irracional etc.⁵

No direito, contudo, a *prova* é intrinsecamente relacionada à *demonstração*, e continua sendo classicamente entendida como a “demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado (...) A força da prova objetiva ou prova material, produzindo a prova subjetiva ou convicção, é que forma integralmente a prova jurídica, gerando os efeitos pretendidos, isto é, os de estabelecer uma demonstração inequívoca acerca dos fatos alegados ou afirmados”⁶. Assim, não obstante o decantado “fim das certezas”⁷, a prova jurídica fundamenta-se na ideia de certeza e o processo judicial materializa a sua busca e consecução. Para exempli-

ficar, vejamos a letra do art. 155 do CPP, *ipsis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”⁸

Para corroborar a afirmação de que, mesmo nos dias atuais, o conceito de *prova* no direito permanece sendo a formulação clássica, vejamos a diferenciação jurídica entre *prova* e *evidência*: “Ou são provas, ou são apenas evidências. As provas são concretas, documentadas. As evidências prescindem de provas: tem-se certeza mesmo sem contar com provas objetivas. Portanto, prova e evidência são coisas diferentes.”⁹ Ora, a distinção adotada pelo direito entre *prova* e *evidência* é de índole cartesiana, para a qual a *evidência* consiste na intuição intelectual de uma ideia clara e distinta¹⁰, que assim se apresenta de *per se*, sem necessitar de comprovação posterior, porque a sua validade se mostra de modo imediato. Já a *prova*, por seu turno, carece de comprovação e, por isso, é mediata. Cite-se, para ilustrar, que nos esquemas tradicionais do processo a sentença condenatória é impotente para tutelar direitos, mormente quando se trata de “direitos absolutos”, como os da personalidade. Vai daí a importância da tutela inibitória. Quanto ao campo de real aplicação prática da sentença condenatória, pode-se considerar que ela não se mostra adequada a tutelar direitos da personalidade, que são evidentes e, portanto, mostram-se de *per se*, ou seja de imediato, sendo dispensada a extensa fase de conheci-

mento que antecede as condenações, via de regra¹¹.

De uma maneira geral, o que se observa, na seara jurídica, é que a *prova* desenvolveu-se e se aprofundou em classificações, mas permanece fiel à base clássica, proposta pelo jurista italiano **Nicola Framarino dei Malatesta**, ao afirmar que “as fórmulas da acusação, da discussão oral, ou exame imediato das provas, do julgamento contraditório entre partes juridicamente iguais, e da publicidade, são as que permitem, no melhor modo e graus possíveis, a reprodução viva, direta e sincera do drama criminoso nas salas dos tribunais”¹². Ainda para Malatesta, a *prova*

A PROVA DESENVOLVEU-SE E SE APROFUNDOU EM CLASSIFICAÇÕES, MAS PERMANECE FIEL À BASE CLÁSSICA

diz respeito aos estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade; pode ser examinada sob as óticas da certeza e da probabilidade; e se classifica, conforme a sua natureza e espécie, em prova real e pessoal; prova material ou documental e prova testemunhal e confissão. Destacam-se ainda: o limite probatório derivado da qualidade de ser único o depoimento; o limite probatório derivado do corpo de delito e o limite probatório derivado das regras civis de prova, bem como o testemunho pericial. No que se refere à prova documental, Malatesta classifica os documentos conforme a sua natureza e espécies, quais sejam: escritos em geral e os documentos escritos em especial¹³.

Para **Luiz Guilherme Marinoni** e **Sergio Cruz Arenhart**, “o estudo da prova nunca recebeu a devida atenção por parte da doutrina. Hoje, porém, com a indiscutível necessidade de melhores advogados, promotores e juizes, evidenciada até pelas dificuldades crescentes in-

roduzidas nos concursos públicos, percebe-se a importância do conhecimento do tema para a formação desses profissionais¹⁴. A obra citada¹⁵ se divide em duas partes: “Na primeira são estudados os fundamentos do direito probatório e questões de teoria geral da prova: convencimento judicial, motivação, presunções, regras de experiência, ônus da prova, fato temido, verossimilhança, prova ilícita, reexame da prova. Na segunda são analisadas as provas em espécie e, ainda, os problemas que devem ser enfrentados quando da aplicação das regras do Código de Processo Civil em matéria probatória.”¹⁶

O que se observa, ao final desta seção, é que a filosofia, a ciência e o direito se valem de conceitos comuns, porém atribuindo-lhes significados diversos; o que se soma às variações que esses mesmos conceitos sofrem, historicamente, no interior de cada domínio do conhecimento do qual promanam, de modo a se configurar, aos nossos olhos, genuínos casos de complexa polissemia, com consequências sobretudo semânticas, em detrimento da tão sonhada unidade do conhecimento¹⁷. O que se deflui, portanto, é que não obstante o aprofundamento e a atualização da matéria probatória no âmbito jurídico, a base – o fundamento – permanece sendo o legado intelectual de Malatesta¹⁸.

3. À guisa de rápida conclusão: uma possível razão da diferença

Afinal, por que o conceito de *prova* evoluiu tanto na ciência, permanecendo inalterado no direito?

As respostas a esta indagação podem ser as mais diversas. Porém, há uma que nos colhe especialmente a atenção: no âmbito da lógica filosófica, há uma interessante distinção, ao tratar da teoria das provas (*proof theory*), entre qual tipo de

prova deve ser aplicada aos chamados “sistemas fáticos” e qual deve ser aplicada aos chamados “sistemas axiomáticos”; leva em conta que, para estes, as provas são elaboradas a partir de axiomas previamente estabelecidos, enquanto que, naqueles, a produção de provas se dá com base nos fatos¹⁹. Ora, isto quer dizer que, ao longo dos séculos, o direito permaneceu sendo pensado simplesmente como um sistema lógico “fático”, com consequências para o que se considera “verdade” no âmbito jurídico.

De outro modo, a ciência, por seu turno, elaborou-se, no decorrer da história, como “sistema fático” e também como “sistema axiomático”, vale dizer, por meio de concepções teóricas diversas, gerando então, em consequência, igualmente diversas possibilidades de *prova* e de “verdade”.

Em qualquer dos casos e em qualquer tempo, a *prova* sempre esteve relacionada à ideia de “verdade”. Por exemplo, a *prova* é a “argumentação que nos leva a reconhecer ou a aceitar a verdade de uma proposição (...). Em um sentido lógico, [a *prova* é a] demonstração da validade de uma proposição, de acordo com determinados princípios lógicos e regras dedutivas (...). Em um sentido experimental, [a *prova* é a] verificação da verdade de uma hipótese em relação aos fatos a que se refere. [A *teoria da prova* é] na lógica matemática, o estudo sintático dos sistemas formais, examinando-se a estrutura das provas que podem ser realizadas nesses sistemas [remonstrando ao conceito de modelo²⁰].”²¹

Portanto, se o problema da *prova*, tanto para o direito como para a ciência, é tangencial à questão do que se pode considerar “verdade”, nessas respectivas áreas, servindo-lhes de critério, havemos de convir que, no fundo, estamos tratando de uma questão também de *metalin-*

guagem, em suas dimensões sintática, semântica e pragmática. ■

Notas

1 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. (Trad. de Alfredo Bosi), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 805.

2 ARISTÓTELES. *Retórica*. I, 2, 1357 b 5.

3 BLACKBURN, Simon. *Dicionário oxford de filosofia*. (Trad. de Desidério Murcho et al), Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 324.

4 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. (Trad. de Beatriz Vianna e Nelson Boeira), 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 232.

5 TERRÉ, Dominique. *Les derives de l'argumentation scientifique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

6 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. III, p.1253-4.

7 PRIGOGYNE, Ilya. *O fim das certezas*. (Trad. de Roberto Leal Ferreira), São Paulo: Editora UNESP, 1996.

8 BRASIL. *Código de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

9 BIRNFELD, Marco Antonio. *Escreva direito: prova e evidência têm definições diferentes*. In: http://www.conjur.com.br/2004-jun-11/prova_evidencia_definicoes_diferentes. Acesso em: 04.11.2011.

10 DESCARTES, René. *Discurso do método*. (Trad. De Elza Moreira Marcelina), Brasília: UNB, 1985, p. 44.

11 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (In: Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 2), p. 173. Cumpre mencionar que as sentenças proferidas em ações inibitórias são aptas a produzir coisa julgada, no sentido de que possui cognição exauriente, com restrições de prova aos contornos do próprio direito que é veiculado. (*Ibidem*, p. 220).

12 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26788/A_logica_provas_materia.pdf?sequence=1. Acesso em: 27/11/2011.

13 *Idem, ibidem*.

14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

15 *Idem, ibidem*.

16 *Idem, ibidem*.

17 WILSON, Edward. *Consilience—the Unity of Knowledge*. New York: Vintage Books, 1998.

18 MALATESTA, *op. cit.*

19 WOLFRAM, Sybil. *Philosophical Logic – An Introduction*. London / New York / Oxford: Routledge, 1994, p. 21-2.

20 Um modelo, sob o ponto de vista filosófico, pode ser entendido como um paradigma, uma forma ideal, ou qualquer pessoa ou coisa que se toma como inspiração ou ideal a ser imitado. Porém, a chamada *Teoria dos Modelos*, na lógica matemática, cuida de estudar a relação entre um sistema formal e a sua interpretação, geralmente com base na teoria dos conjuntos. “Um modelo [matemático] é

uma interpretação da linguagem que atribui um valor de verdade às sentenças da linguagem”; e “um modelo teórico é o modo de explicação, construção teórica, idealizada, hipotética, que serve para análise ou avaliação de uma realidade concreta.” Cf. JAPIASSÚ *et al*, *op. cit.*, *infra*, p. 184-5.

21 JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 224.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. (Trad. de Alfredo Bosi), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. (In: Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 2), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARISTÓTELES. *Retórica*. I, 2, 1357 b 5.

BIRNFELD, Marco Antonio. *Escreva direito: prova e evidência têm definições diferentes*. In: http://www.conjur.com.br/2004-jun-11/prova_evidencia_definicoes_diferentes. Acesso em: 04.11.2011.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário oxford de filosofia*. (Trad. de Desidério Murcho *et al*), Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BRASIL. *Código de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. III.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. (Trad. De Elza Moreira Marcelina), Brasília: UNB, 1985.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. (Trad. de Beatriz Vianna e Nelson Boeira), 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26788/A_logica_provas_materia.pdf?sequence=1. Acesso em: 27/11/2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PRIGOGYNE, Ilya. *O fim das certezas*. (Trad. de Roberto Leal Ferreira), São Paulo: Editora UNESP, 1996.

TERRÉ, Dominique. *Les derives de l'argumentation scientifique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

WILSON, Edward. *Consilience—the Unity of Knowledge*. New York: Vintage Books, 1998.

WOLFRAM, Sybil. *Philosophical Logic—An Introduction*. London / New York / Oxford: Routledge, 1994.

REFLEXÕES E CAUTELAS NA IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO*

Francisco Ferreira Jorge Neto

Desembargador Federal do Trabalho (TRT 2ª Região)

Professor convidado no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Paulista de Direito

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

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante | jouberto@sti.com.br

Professor da Faculdade de Direito Mackenzie

Professor convidado no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (PUC/PR)

Mestre em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Judson Sales de Menezes

Assessor de desembargador (TRT 2ª Região)

Excertos

Para a desejável desenvoltura no ambiente virtual, é necessário um conhecimento da técnica que transcende o mero uso do computador. É indispensável saber dialogar com a máquina, algo que um número ainda reduzido de pessoas domina

O domínio insatisfatório da tecnologia informática pelos atores processuais torna a desenvoltura destes profissionais ainda mais dificultada, com prejuízos claros à prestação jurisdicional

É fato notório que parte considerável dos magistrados não pertence ao grupo dos “nativos digitais”. Já eram profissionais experientes quando a tecnologia da internet começou a se popularizar, o que dificulta o processo de aprendizado

1. Introdução

Um dos traços característicos da sociedade contemporânea é o excesso de informação. Não é exagero afirmar que o volume de informação que um indivíduo mediano recebe em um ano é superior àquele que, cem anos atrás, levaria toda a vida para acumular. Alguns cientistas chegam a afirmar que este movimento, especialmente acentuado pelo advento da internet, pode causar danos irreversíveis ao cérebro humano¹. Trata-se de uma realidade inimaginável há algumas poucas décadas, cujos conflitos gerados demandam atenção diferenciada, para que a evolução seja benéfica à organização social.

Do mesmo modo, vivemos em tempos de constante transformação. As técnicas de trabalho e produção sofrem permanentes mutações, sempre visando formas mais eficientes de se obter o mesmo resul-

tado. É um movimento que sempre existiu, mas que ganhou intensidade extrema com a revolução dos meios de comunicação. A interação mais fácil entre os múltiplos polos e agentes do conhecimento tem propiciado uma mecânica mais fluida no caminho do surgimento de novas e revolucionárias tecnologias.

Inúmeras formas de tecnologia que hoje dominam os noticiários e ocupam parte bastante considerável do dia das pessoas sequer existiam há menos de uma década. A internet de alta velocidade era restrita a um grupo de privilegiados na virada do milênio, o aparelho de telefonia celular era um luxo e as redes sociais inexistentes². Tratam-se de tecnologias que permeiam a vida dos cidadãos comuns, causando impactos relevantes no modo como as pessoas se comportam e se relacionam em todos os aspectos de seu cotidiano, inclusive no ambiente de trabalho.

Adotando uma outra data aleatória, mas especialmente sugestiva, as conclusões a que chegamos podem ser ainda mais alarmantes. O atual Código de Processo Civil data de 11 de janeiro de 1973, quando Martin Cooper terminava o seu protótipo de um aparelho de telefonia móvel e desembarcavam no Brasil as primeiras unidades do Ford Maverick. Ainda que tenha sofrido reformas sensíveis, sua essência ainda é muito similar à original, bem como à de seu antecessor (DEL 1.608/1939), ano em que sequer a máquina fotocopadora havia sido inventada.

A grande maioria dos métodos de gestão utilizados à época já são considerados obsoletos. Anotações em cartões, o culto ao papel e a insegurança das informações foram gradualmente vencidos pelo implemento de novas tecnologias. Neste processo, o formalismo da administração pública sempre esteve alguns passos atrás da iniciativa privada, impulsionada por mecanismos de

concorrência e a necessidade de sobreviver em um mercado que exige redução de custos com incremento da eficiência. Disto também decorre o constante descrédito dos cidadãos em relação à possibilidade de o Estado gerir de modo satisfatório os interesses públicos, que culminou na aceitação pouco crítica das reformas neoliberais que privatizaram boa parte dos serviços públicos. O Judiciário, poder estatal justificadamente avesso a qualquer forma de privatização, sofre as consequências desta evolução lenta na modernização dos métodos de gestão.

Exemplo bastante claro da revolução administrativa trazida pelo uso de novas tecnologias é o sistema bancário. O que há poucas décadas era um termo comum, hoje beira o ridículo, como o vocábulo “caderneta” de poupança (derivado do uso de anotações de controle de aplicações e resgate). O papel-registro perdeu muito de sua relevância e mesmo o papel-moeda caminha na mesma direção. As transações eletrônicas, quer por meio de cartão magnético quer pelo uso de sistemas de internet, dominaram o fluxo de capital nas cidades mais desenvolvidas, em um movimento que recebeu o apoio de todos os agentes envolvidos na operação.

O nível de segurança das operações eletrônicas, ao contrário do que possam sugerir as notícias mais frequentes sobre o assunto³, é bastante alto e faz com que os custos do sistema bancário despenquem, ao mesmo tempo em que seus usuários (pessoas físicas e jurídicas que lançam mão destes serviços) ficam satisfeitos com as comodidades de uma operação desburocratizada. A segurança das transações eletrônicas leva inúmeros estabelecimentos comerciais a abandonar o título de crédito antes mais usado, o cheque, e correntistas a preferir a comodidade de cartões de crédito e débito⁴.

Fato é que no último século, década ou mesmo ano todas as ciências evoluíram, contando com o especial apoio da tecnologia. Sobre o assunto, escreve **Otávio Pinto e Silva**⁵ que “com efeito, todas as artes dependeram de algum suporte tecnológico: a literatura precisava de tinta e papiro (mais tarde, do papel); a pintura e a escultura, de materiais e ferramentas; a dramaturgia, de técnicas e locais adequados para sua exposição. Vale dizer, a história da civilização humana é profundamente marcada pela constante evolução tecnológica, que repercute diretamente no modo de ser e de viver das pessoas: como demonstra Fábio Konder Comparato, as grandes etapas históricas de invenção dos direitos humanos coincidem com as mudanças nos princípios básicos da ciência e da técnica”.

Por outro lado, não se pode desprezar a inteligência contida na formulação processual sedimentada, a qual levou séculos para se estabilizar e que carrega em si a experiência e os debates de todos aqueles que se dedicaram ao estudo da ciência processual. Há que se agir com cautela de modo a preservar a integridade do Estado e a relevância da função social do processo. Movimentos mal planejados neste trajeto podem arruinar a credibilidade do próprio judiciário e afastar os jurisdicionados da promoção de seus direitos.

Nas lições de **Cândido Rangel Dinamarco**⁶, “as técnicas procedimentais constituem o resultado de experiências multisseculares, às quais o legislador aporta as inovações e aperfeiçoamentos que na prática lhe pareçam úteis. As significativas revisitações aos institutos processuais, que se vêm fazendo utimamente, vão produzindo também alterações nos procedimentos em si mesmos, como modo de adequar a técnica do processo às novas conquistas da ciência”.

O que o presente estudo pretende analisar e discutir é a necessidade de

que o processo, instrumento de pacificação social, proteção e efetivação de direitos, siga o mesmo caminho. Mas também atentar para as armadilhas que se escondem no percurso rumo à efetiva modernização do judiciário. Lido de outra forma: alertar para os riscos da adoção apressada da tecnologia da informação nos processos judiciais, mas sem perder de vista que se trata de um caminho irreversível e necessário à efetivação de um poder judiciário célere e justo. “A tecnologia é instrumento a serviço do instrumento – o processo – e, portanto, sua incorporação deve ser feita resguardando-se os princípios do instrumento e os objetivos a serviço dos quais está posto o instrumento.”⁷

O processo do trabalho é instrumento para proteger e dar efetividade aos direitos trabalhistas. Attingir este objetivo passa necessariamente pela adoção de mecanismos céleres de resolução de conflitos, métodos de reconhecimento e execução ágeis de dívidas trabalhistas, bem como pela presença certa do judiciário na resolução de casos urgentes, aqui compreendido tanto aqueles de natureza alimentar quanto os que atinjam diretamente a saúde e o bem-estar do trabalhador.

A assimilação de novas tecnologias⁸ é essencial no sentido de buscar novas técnicas organizacionais. Partes, patronos, magistrados, servidores, todos podem ter seus trabalhos otimizados com o estudo e implementação de novas técnicas. Modernizar é reorganizar, adaptar o instrumento processo aos acessórios hoje existentes. Resta ter cuidado na execução deste projeto.

2. Exclusão digital

Em maio de 2012, a Fundação Getúlio Vargas, por meio de seu Centro de Políticas Sociais, em parceria com a Fundação Telefônica,

publicou um profundo estudo sobre o acesso dos brasileiros aos meios de comunicação via internet⁹. Os dados, que colocam o Brasil na 63ª posição do ranking mundial de acesso domiciliar à internet, evidenciam um país que replica no acesso à rede suas características desigualdades. Bairros vizinhos, como a Barra da Tijuca e Rio das Pedras têm índices de acesso diametralmente opostos (94% e 21% respectivamente). O mapa amplo evidencia o abismo que distancia as regiões mais ricas e pobres do país.

As dificuldades de acesso impactam o próprio uso da internet. A mesma pesquisa revela que apenas 35% dos entrevistados utilizaram a internet nos três meses anteriores à pesquisa. Ao lado da dificuldade de acesso (29,79%), não saber usar o computador (31%) e não ter interesse (35%) foram os fatores mais relevantes que afastaram os brasileiros da grande rede.

São dados que, por si, já incomodam aqueles que veem na tecnologia da informática uma solução de médio prazo para a morosidade do judiciário. Se os jurisdicionados não têm acesso à internet, quer por não ter aparelhos, quer por não dominar o uso, não se pode esperar que estejam inseridos neste processo de informatização. Todavia, o problema pode ser ainda mais grave do que os números indicam.

Enquanto alguns defensores do processo judicial eletrônico podem alegar que os excluídos digitais já estão também excluídos dos autos físicos, acessando-os por meio de terceiros (advogados), justamente por não terem conhecimento mínimo da técnica processual, o fato é que a exclusão digital também atin-

ge advogados e magistrados. Possivelmente não na sua acepção mais cruel, que é aquela retratada no estudo da Fundação Getúlio Vargas. Mas o fato é que, para a desejável desenvoltura no ambiente virtual, é necessário um conhecimento da técnica que transcende o mero uso do computador. É indispensável saber dialogar com a máquina, algo que um número ainda reduzido de

pessoas domina. Em outras palavras, o domínio insatisfatório da tecnologia informática pelos atores processuais torna a desenvoltura destes profissionais ainda mais dificultada, com prejuízos claros à prestação jurisdicional.

O PROCESSO DO TRABALHO É INSTRUMENTO PARA PROTEGER E DAR EFETIVIDADE AOS DIREITOS TRABALHISTAS

As deficiências da formação jurídica no Brasil são notórias e atestadas a cada três meses pelos baixíssimos índices de aprovação do exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Como entendem muitos dos especialistas no assunto, parte considerável desses índices de aprovação são decorrência da deficiência dos alunos na própria formação de ensino fundamental e médio¹⁰. Acrescenta-se agora um novo elemento a esta já difícil equação, que é o manejo dos instrumentos eletrônicos de processamento de feitos.

Por outro lado, mesmo entre juízes há visíveis dificuldades no uso de ferramentas de informática. É fato notório que parte considerável dos magistrados não pertence ao grupo dos “nativos digitais”. Já eram profissionais experientes quando a tecnologia da internet começou a se popularizar, o que dificulta o processo de aprendizado. Ainda que não sejam propriamente excluídos digitais, são muitas vezes pessoas com dificuldades sensíveis no uso de computadores.

Estas constatações fazem da exclusão digital, em sua acepção estrita, mais científica, ou naquela mais ampla, de natureza funcional, uma primeira grande barreira à implementação dos sistemas eletrônicos de processamento de feitos. Não se pode ignorar ou deixar em segundo plano essas peculiaridades, em especial porque a jurisdição existe em função do jurisdicionado. Negligenciar esta posição é, em última análise, uma ofensa ao acesso à justiça, como se discutirá adiante.

É crucial que os órgãos responsáveis pelo desenvolvimento destes softwares tenham estas peculiaridades em mente. O que não quer dizer abandonar a tecnologia mas, e principalmente, dedicar especial atenção ao que na informática se convencionou chamar de “usabilidade”. O termo é utilizado para definir a facilidade com que as pessoas podem empregar uma ferramenta ou objeto a fim de realizar uma tarefa específica e importante.

A tradução literal do termo em inglês *user-friendly* dá uma dimensão ainda mais precisa dos desafios do processo judicial em meio eletrônico. Os sistemas devem ser amigáveis aos diferentes níveis de usuário, o que implica também reforçar o dever de partes e advogados de escrever em um português claro e acessível, já que uma das grandes vantagens instrumento é também facilitar à parte o acesso regular aos autos do processo, o que põe fim à sua inquietação jurídica.

3. Princípios processuais

Não há como analisar qualquer instituto processual sem dedicar a devida atenção aos princípios que estruturam a matéria. Trata-se de analisar os alicerces do tema, de modo a desenvolver uma crítica mais sustentável a respeito das normas sobre estes amparados. Neste sentido, dentre os numerosos prin-

cípios que norteiam o processo e os procedimentos, cabe elencar aqueles mais diretamente afeitos ao processo judicial eletrônico, problematizando-os à luz das novas tecnologias.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição relaciona-se com o acesso à justiça. Dar resposta à lide vai além da entrega da prestação jurisdicional. É necessário uma intervenção qualificada do poder judiciário, de modo a oferecer uma reação rápida, justa e eficaz à provocação do jurisdicionado. O direito de ação não se esgota no direito de provocar o judiciário, mas demanda uma resposta de mérito efetiva que entregue uma solução jurídica e que produza efeitos palpáveis às partes envolvidas. Assim como segurança jurídica, o poder judiciário deve prover celeridade no apaziguamento das lides, sob pena de tornar inútil a prestação jurisdicional.

Outro princípio relevante é o do devido processo legal. Sua essência está em garantir ao jurisdicionado a segurança necessária ao exercício dos seus direitos, protegendo-o em face do absolutismo estatal e assegurando um modo técnico e ordenado de solução dos conflitos. Com ele se interliga uma vasta gama de princípios que vão desde a garantia de imparcialidade do órgão julgador até o duplo grau de jurisdição. A coerência sistêmica, a confiança em um fluxo seguro para a solução de conflitos, que franqueie às partes os métodos de exercício da ampla defesa e do efetivo contraditório, está na raiz do princípio do devido processo legal, motivo pelo qual se relaciona diretamente com as transformações em curso na justiça do trabalho por meio do processo judicial eletrônico.

Outros princípios que também dialogam diretamente com a questão estudada são o da oralidade, da aderência ao território, da igualdade,

do contraditório e da ampla defesa. Todavia, dado o enfoque restrito deste artigo, cabe apenas mencionar que está no cotejo destes múltiplos preceitos o equilíbrio necessário à implementação responsável e eficiente do processo judicial eletrônico. Por enquanto, restringimo-nos a analisar com um pouco mais de vagar alguns princípios mais polêmicos, a exemplo dos princípios da eficiência e da publicidade dos atos processuais.

3.1. Princípio da eficiência

O conceito econômico de eficiência está ligado à ideia de produzir sem desperdícios. Não se trata necessariamente de fazer mais com menos, mas sim de fazer tanto quanto possível com a quantidade de recursos disponíveis¹¹. Em outras palavras, é a otimização do processo de produção, de modo a eliminar excessos e obter o máximo de resultados em determinada cadeia produtiva.

Transpondo este conceito ao universo jurídico, pode-se pensar na eficiência do judiciário como a capacidade de oferecer uma resposta qualitativa a determinada demanda, no tempo precisamente necessário ao exercício das garantias do devido processo legal (nele englobados a ampla defesa e o contraditório). Ou seja, cuida-se de otimizar o procedimento de modo a preservar um conjunto mínimo de requisitos e prazos necessários ao exercício da jurisdição com justiça e imparcialidade.

Notoriamente, estamos muito distantes da produtividade ideal. O poder judiciário é permeado por gargalos que se estendem desde uma proporção exagerada de cidadãos por juiz (em dados de 2010, o Brasil tem cerca de 18 mil cidadãos para cada juiz, ao passo que na Alemanha são apenas 4 mil)¹², à precariedade estrutural de edifícios e equipamentos à disposição de ser-

vidores. Como resultado, processos que se arrastam por anos ou décadas e respostas estatais raramente satisfatórias. Dada a insuficiência de recursos para o aparelhamento ideal do poder judiciário, a resposta mais rotineira tem sido a adoção de instrumentos processuais que, de um modo ou de outro, restringem um pouco das demais garantias processuais. Neste sentido, são exemplo as restrições ao duplo grau de jurisdição na lei dos juizados especiais, à livre convicção nas súmulas vinculantes e mesmo ao contraditório em algumas medidas antecipatórias. Não se está a negar a necessidade desses institutos, mas apenas a admitir que em alguma medida eles se fazem especialmente necessários em razão da própria ineficácia do Estado em atender com presteza as demandas que lhe são postas.

Este o contexto em que se insere a longamente debatida reforma do judiciário, parcialmente levada a cabo pela Emenda Constitucional 45, de 2004. A proposta original, de autoria do deputado Hélio Bicudo, já trazia em sua justificativa a urgência de modernização dos institutos, assim alardeada pelo parlamentar: “A timidez com que o governo brasileiro vem atendendo à necessidade de modernização de nosso aparelhamento judiciário tem sido, sem dúvida, a causa da crise avassaladora em que há muitos anos se abate a nossa justiça. Quase sempre tardia, deixa que esta se embarce na inabilidade e incompetência das partes, e sofre hoje, mais do que nunca, o impacto arbitrário do poder, representado por seus órgãos de segurança, que não vacilam em usar de prepotência, negligenciando conscientemente todo o elenco dos direitos humanos.”

Desde a PEC original (96, de 1992), foram muitos anos de tramitação até sua final transformação na EC 45/04, que seria responsável

por remodelar (talvez timidamente) o poder judiciário. A reforma visava atacar essencialmente dois vícios dorsais do sistema processual brasileiro: as dificuldades no acesso e a lentidão na resposta. Nas palavras de Otávio Pinto e Silva¹³, “o sistema judicial brasileiro via-se diante de um paradoxo: demandas de mais e demandas de menos. De um lado, expressivos setores da população marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se da justiça paralela, governada pela lei do mais forte; de outro lado, os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta”. Em síntese, o debate que se fez orbitava em torno do acesso à justiça, considerado na concepção do acesso à ordem jurídica justa, célere e efetiva.

A reforma fez inserir entre as garantias fundamentais o direito à razoável duração do processo. Em outros termos, deixa de ser simples obrigação do Estado-juiz para se transformar em efetivo direito fundamental do cidadão. Todavia, o fez de modo naturalmente amplo, impreciso, ao estabelecer tão somente a garantia à “razoável” duração do processo. O conceito de razoável é “movediço”, assumindo diferentes significados conforme as variáveis processuais e contextuais se apresentem.

Resta debater, portanto, medidas para dar concretude a esta garantia em cada caso. Como assinala **Ada Pellegrinni Grinover**¹⁴, “esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infra-

constitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda 45/2004. Trata-se, portando, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação”.

Essa é uma das razões da elaboração dos pactos republicanos firmados em 2004 e 2009. Tratam-se de consensos formados entre os representantes dos três poderes com vistas a atuar sobre a modernização do judiciário, trazendo como mote central, respectivamente, a construção de um “Judiciário mais rápido e republicano” e “um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”. Pelo acordo, comprometiam-se os

UMA DAS GRANDES VANTAGENS DESTA INSTRUMENTO É TAMBÉM FACILITAR À PARTE O ACESSO REGULAR AOS AUTOS DO PROCESSO, O QUE PÕE FIM À SUA INQUIETAÇÃO JURÍDICA

atores políticos a favorecer a celeridade de tramitação dos projetos de lei que visavam atingir os objetivos consensualmente formalizados, entre os quais destacamos: (a) acesso universal à justiça, especialmente dos mais necessitados; (b) aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; (c) informatização do judiciário.

No texto do primeiro pacto, destacamos ainda a expressa menção à informatização como opção estratégica face à reconhecida morosidade do judiciário. Usa-se como modelo a bem sucedida experiência do processo eleitoral, referência mundial no uso estatal da tecnologia, consignando-se que: “Uma vez mais a Justiça Eleitoral pôde realizar eleições

seguras e rápidas, em decorrência da exitosa experiência das urnas eletrônicas. Trata-se de projeto que só foi adiante por força da ação articulada dos três Poderes do Estado. Este bem-sucedido modelo deve ser estendido para que outras experiências – como os processos eletrônicos (‘virtuais’) na Justiça Federal – sejam aprofundadas.”

A menção ao procedimento eleitoral é auspiciosa. Vitimada pelo descrédito em seus passos iniciais, a informatização das eleições é hoje aceita como sistema ágil e seguro de realização do sufrágio. É um exemplo salutar do bom uso da tecnologia a serviço da burocracia estatal. A informatização é admitida como instrumento de eliminação das rotinas mecânicas (notadamente a contagem de votos) mas também como método confiável de preservação da lisura das eleições, tendo estrutura de proteção mais garantida que a antiga cédula de papel.

É preciso superar velhos paradigmas. Informatizar não é simplesmente transpor para o universo dos *bits* os mesmos velhos procedimentos adotados no estágio tecnológico anterior. É necessário repensar as rotinas com base nas facilidades garantidas pela inovação. Focando-se mais nos fins do procedimento (no caso das eleições, a auferição segura da vontade da maioria; no processo judicial, a eliminação da litigiosidade contida) que no método hoje adotado, é possível desenvolver uma consistente reengenharia dos meios de solução de conflitos. Cabe, no entanto, acautelar-se das armadilhas que podem minar o sucesso da empreitada.

O rito que leva da petição inicial ao trânsito em julgado da decisão de mérito é permeado de rotinas mecânicas as quais o uso de sistemas informatizados pode prestar auxílio satisfatório. Ademais, está cada dia mais aceita a ideia de que

a informação armazenada em dispositivos eletrônicos é mais segura e confiável que aquela contida em papéis. Trata-se de desenvolver pesquisas sérias e empenhadas visando a adequação destas ferramentas ao iter processual, eliminando excessos desnecessários e satisfazendo o princípio da eficiência.

3.2. Princípio da publicidade

A Constituição Federal estabelece como regra geral que todos os atos processuais serão públicos, ou seja, de livre vista a qualquer do povo. Apenas excepcionalmente, quando o interesse público permitir e a intimidade da parte demandar, poderá o juiz restringir a presença em determinados atos apenas às partes e seus advogados. É o princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, IX, CF), consistindo no direito fundamental do cidadão, tanto o acesso à informação quanto a preservação de sua intimidade. A norma tem eco também no artigo 155 do CPC.

O fundamento deste princípio passa pela proteção dos cidadãos em face de um Estado absolutista, especialmente por meio da manutenção de um órgão não eletivo, assim entendido o poder judiciário. Trata-se de um instrumento de controle do jurisdicionado, que deve ter acesso à forma como o órgão julgador conduz a solução de conflitos, vigiando arbitrariedades e protegendo o Estado Democrático de Direito. Esse poder seria franqueado a todos os cidadãos, vez que se trata de um bem jurídico maior, e não apenas àqueles atores da lide em curso.

Todavia, a exemplo dos demais princípios, o princípio da publicidade em seus conflitos com os demais não está sujeito a derrogação ou nulidade, mas sim a sopesamento e equilíbrio de modo a se verificar qual a dose de sacrifício necessária à mais pacífica orquestração social.

A própria Constituição já prevê hipóteses de mitigação desse axioma, como mencionamos acima. O debate que se põe no plano da informatização dos procedimento de solução de conflitos é em que medida é necessário restringir este princípio de modo a valorizar a intimidade das partes.

Alguns pesquisadores sustentam que as normas vigentes não sofrem qualquer alteração pelo surgimento do processo judicial eletrônico. Argumentam que as regras atuais, que concedem ao órgão julgador a discricionariedade fundamentada de determinar que o feito siga em segredo de justiça em hipóteses de excepcional necessidade, são suficientes mesmo no contexto do judiciário informatizado. Tal tese é frontalmente refutada por aquele que veem no ferramental disponível em tempos de informatização um risco especialmente danoso à intimidade do trabalhador. **José Carlos de Araújo**¹⁵ afirma que “a preocupação, em verdade, diz respeito à possibilidade que as pessoas têm, nos dias de hoje, de consultarem a internet e, com isto, vasculharem a vida íntima do cidadão. Se uma destas pessoas solicitar emprego em uma empresa, poderá o empregador fazer uma vusca na internet, por exemplo, e identificar se ele possui ações cíveis, como uma execução, de Direito de Família, etc.” A preocupação está no âmbito da proteção da dignidade da pessoa humana, sobreprincípio fundante do nosso ordenamento, e o direito à intimidade.

De fato, hoje existem poderosos sistemas de busca à disposição dos usuários da internet, dos quais o Google é seu mais famoso exemplo. O uso desses robôs para a devassa da intimidade dos cidadãos pode ser bastante nocivo, especialmente no universo das relações de trabalho. Ademais, o cotidiano das empresas fatalmente ficaria exposto, em atas

públicas de audiência, a fácil acesso de concorrentes, prejudicando por via reflexa seu funcionamento interno.

Por outro lado, há que se garantir também o chamado direito ao esquecimento. Inúmeros são os casos registrados em que os sistemas de busca mantêm em seus registros referências a notícias antigas, relativas a fatos que mais tarde viriam a se revelar falsos, mas que maculam de forma perene a imagem e a intimidade dos personagens envolvidos. Transposta esta realidade ao universo dos processos judiciais, temos que a potencialidade danosa multiplica-se, tanto no que tange às acusações injustas quanto ao direito que têm os devedores de não ser submetidos às consequências de suas dívidas mesmo após o pagamento, ainda que judicial. Em outras palavras, mesmo aqueles que efetivamente foram condenados em ações judiciais detêm o direito ao esquecimento, o direito a, quitadas suas dívidas, não serem referenciados eternamente por elas.

Acrescente-se que a excessiva publicidade dos autos agrega ainda um novo fator para o qual o meio virtual já cunhou o auspicioso título de “tribunal das redes sociais”. A facilidade de acesso à informação transformou todo usuário de internet em um potencial comentarista sobre todos os assuntos possíveis. É o sacrifício em praça pública elevado à potência dos modos facilitados de acesso à informação por pessoas que não possuem conhecimento fático mínimo para interpretar de modo adequado as informações contidas em determinado acontecimento. Traduzido ao espectro processual, seria entregar a uma grande massa de usuários leigos a possibilidade de fazer o julgamento social de fatos e procedimentos sem ter suficiente cultura jurídica para os assimilar.

É possível pensar ainda nas questões de propriedade intelectual relativas ao trabalho de advogados. É de algum modo injusto disponibilizar de modo irrestrito o resultado do esforço de determinado profissional legal, que empenha-se em pesquisas e aprimora-se em qualificações. Franquear o acesso aos autos pode trazer à tona uma série de questionamentos acerca dos direitos imateriais relativos a petições.

Todavia, estas críticas devem ser encaradas mais como cautela que como impedimento. A prática tem mostrado que é possível bloquear o acesso de bases de dados por robôs de busca. Basta recordar o exemplo (negativo, por óbvio) da censura chinesa a uma série de termos de busca do sistema Google. Ademais, há como adotar mecanismos de controle que permitam identificar por certificação digital o usuário que acessa determinados autos, monitorando-o. O uso indevido pode ser penalizado civil, administrativa e até penalmente.

O que se quer afirmar é que não há resposta simples ao cotejo entre publicidade e intimidade. São dois valores muito caros a nossa sociedade, de modo que os debates devem prosseguir e as pesquisas caminhar no sentido de compor estes dois interesses por meio do desenvolvimento de tecnologias aptas a afastar o uso indevido dessa informação, favorecendo o acesso lícito e a fiscalização cidadã.

4. A importância estratégica da informatização

A adoção da tecnologia informática na solução de conflitos pelo judiciário, como visto, é um instrumento poderoso na eliminação de ineficiências. Por consequência, favorece o efetivo acesso à ordem jurídica justa e ágil. Trata-se de uma decisão estratégica de grande porte e investimentos vultosos, além de

ocasionar desgaste político bastante considerável quando confrontados interesses de forças mais tradicionalistas e avessas à modernização. Além disto, como reiteradamente afirmamos, cautelas devem ser seguidas neste processo, de modo a afastar desconfiças e mesmo para amplificar o potencial benéfico da tecnologia, contornando seus vícios.

Como afirma **Marco Antônio de Barros**¹⁶, “partindo da premissa de que a atividade jurisdicional é naturalmente intrincada pelo acúmulo de normas, ritos, rotinas forenses e restrições garantistas, que visam proteger os consectários próprios da cláusula constitucional do devido processo legal, qualquer reforma na área processual, ainda que mínima, somente se consuma de forma lenta e jamais ao ritmo frenético da tecnologia da informação. Aliás, mesmo depois de autorizada pela lei, a aceitação da reforma nem sempre é imediata e geralmente sofre críticas severas dos operadores do Direito. Obviamente, não há atenuação desse quadro crítico em relação ao processo eletrônico”.

Para tanto, é necessário um trabalho paciente de análise e pesquisa, prospectando com previdência falhas, necessidades, além dos próximos passos da tecnologia. Deste modo, previnem-se tumultos causados pelo surgimento de problemas imprevistos no projeto original, como também se estrutura o novo sistema com aquilo que a doutrina informática denomina “escalabilidade”.

O termo pode ser traduzido como a habilidade de um sistema de ser previamente adaptado às suas próprias evoluções, agregando novas ferramentas e um maior fluxo de dados sem ser preciso uma traumática reestruturação. Em um paralelo, seria similar ao princípio da precaução no direito ambiental. Ainda não se sabe com clareza o que virá

depois em termos tecnológicos, mas é necessário agir de modo a prever, com algum grau mínimo de segurança, os próximos passos dessa evolução, de modo a evitar problemas maiores.

Também nos parece sobremaneira importante a unificação de procedimentos e a padronização de protocolos. Sobre o assunto, discorre **Petrônio Calmon**¹⁷ ao comentar o artigo 154, § 2º, do CPC, “bem agiu o legislador, pois, deixando para os tribunais a disciplina de matéria tão complexa e de linguagem estranha aos profissionais do direito, poderia promover uma pluralidade indesejada de regulamentos, fazendo surgir novas dúvidas e novos problemas, certamente muito maiores do que os males do processo manual e arcaico que hoje se pratica em todos os lugares do mundo. O Brasil está sendo pioneiro, dando um passo de modernidade muito maior do que permitem suas condições financeiras e administrativas. Deve, então, agir com prudência e cautela, caminhando em passos firmes, para que eventuais correções, porventura necessárias, sejam procedidas com a mesma velocidade com que são aplicadas as inovações”.

Neste sentido, é interessante um modelo participativo e plural de engenharia de software, de modo a reconhecer necessidades, adequando procedimentos. Não se pode “desafiar” os usuários à utilização do sistema. Juízes, advogados, promotores, partes e servidores, todos devem ser convidados a experimentá-lo, conscientizando-se do valor da ferramenta e das perspectivas que se abrem no médio e longo prazo.

Espontaneamente, grupos de advogados criaram na internet fóruns de discussão nos quais apontam problemas na implementação do processo judicial eletrônico. Um destes surgiu na rede social Facebook, debatendo exclusivamente o

uso e funcionamento do PJE-JT, e hoje congrega cerca de 200 participantes¹⁸. A experiência é ao mesmo tempo termômetro e bússola. Isso porque se presta como fonte de pesquisa para avaliar os problemas e preocupações mais frequentes dos usuários mais habituais do sistema, os advogados. Simultaneamente, indica o uso de ferramentas da própria informática como modo de organização de classe, impulsionando a lógica associativa para a solução de problemas e questionamento de soluções adotadas pelos órgãos gestores.

Entre as múltiplas críticas que se pode colher naquele fórum, destacamos algumas questões relevantes a fim de exemplificarmos as cautelas necessárias no curso dessa revolução.

Reiteradamente aponta-se a instabilidade da tecnologia informática como um empecilho à modernização dos procedimentos. Com frequência ouvimos acerca de quedas de sistema, falhas de conexão ou rompimento de dados, o que põe em dúvida a aplicabilidade desta técnica a uma atividade essencial como a correta distribuição da justiça. Teme-se desde restrições ilegítimas ao acesso de profissionais e partes ao sistema até o caótico desaparecimento de dados. Classificam-se as possibilidades de falha em questões atinentes à transmissão de dados (interrupção, interceptação, modificação e fabricação), além dos problemas derivados da armazenagem. Transmissão e armazenagem compõem aquilo que se denomina “meio eletrônico”.

A instabilidade da tecnologia, como vícios de transmissão e armazenamento de dados na internet, tem sido levantada também como empecilho à prática tempestiva de atos processuais. Dadas as regras diferenciadas de protocolo de petições, afirma-se que a suspensão

do funcionamento do sistema pode acarretar prejuízo às partes no exercício de seus direitos processuais. Além do próprio sistema informatizado do tribunal, outros eventos podem impossibilitar o acesso das partes aos autos ou ao sistema de protocolo eletrônico: problemas no fornecimento de energia, conexão com internet, contaminação por vírus no computador do usuário etc.

Todavia, estes óbices não podem ser tidos por absolutos, mas sim nortear a adoção de políticas públicas que possibilitem meios alternativos de realização dos atos processuais. Não se quer afirmar com isso permitir o peticionamento em papel: a prática mostra que o sistema híbrido é a negação dos benefícios que o sistema eletrônico traz. O que se impõe, ilustrativamente, é a regulamentação dessas paralizações (a exemplo do art. 10, § 2º, da Lei 11.419/06) e a criação de postos de peticionamento eletrônico nas sedes dos tribunais, com profissionais treinados a prestar o auxílio necessário a partes e advogados.

Cabe dizer que as instabilidades dos grandes sistemas informatizados (a exemplo dos bancos, grandes portais etc.) é tão rara que o debate se torna quase desprezível quando comparado à interrupção do funcionamento de fóruns pelas mais variadas razões inerentes exclusivamente ao sistema tradicional: ameaças de bomba¹⁹, greves, queda no fornecimento de água²⁰ e energia²¹, mudanças estruturais²² etc. Vale reiterar: os sistemas informatizados hoje operantes nos tribunais apresentam instabilidades, mas são praticamente embrionários quando comparados aos já estáveis sistemas de busca, sites de notícias etc. A tendência é que o número de suspensões diminua, a exemplo do sistema bancário, tornando sua ocorrência pragmaticamente irrelevante.

É necessário reforçar a pesquisa e a tecnologia no sentido de tornar estas ferramentas mais seguras, não apenas no que tange à transmissão mas também à segurança das informações ali registradas. É preciso cercar-se de cautelas para que as informações contidas nos autos sejam autênticas, indelévels e materialmente irretiráveis, de modo a conter um retrato fiel do percurso processual.

É imprescindível gerenciar esta transição para que ela se opere de modo suave, com o mínimo de solavancos possível. Ainda que se visualize no médio prazo grandes perspectivas, o tom ainda deve ser o de cautela e de esforço especialmente dedicado à pedagogia informática. Não se pode ignorar a deficiência de formação dos novos e velhos profissionais jurídicos na disciplina informática. O aprimoramento da interface, com o uso de comandos intuitivos e simplificados, deve ser o dogma do desenvolvimento de softwares.

Tal assertiva ganha contornos ainda mais categóricos quando põe-se o debate na perspectiva do jurisdicionado. Os sistemas devem ser pensados de modo a viabilizar o acesso e compreensão pelo próprio reclamante, garantindo-lhe o efetivo direito de informação sobre a atuação do Estado e do profissional que contratou para a defesa de seus direitos.

Não se pode ignorar ainda o meio pelo qual o rito é seguido hoje. Trata-se de uma técnica necessária à suavidade da transição, bem como um alicerce sólido sob o qual se pode construir um novo modelo de processo. “Rupturas radicais são anomalias no registro fóssil cultural. A interação entre formas passadas e futuras impele o processo criativo mais do que o bloqueia.”²³

Por outro lado, o *status quo* não pode servir à evolução como

as guias servem ao cavalo. Não se pode obstruir a visão periférica, que permite enxergar além dos padrões pré-estabelecidos. Essa premissa é fundamental do ponto de vista do uso eficaz das novas tecnologias. Não se pode condensar toda a evolução científica dos meios de transmissão e armazenagem de informação na simples digitalização de autos, que, além de ter se revelado pouco vantajosa em experiências prévias, não explora todo o potencial da tecnologia a serviço do acesso à justiça.

Alguns princípios devem nortear este projeto, conforme mencionados por Sebastião Tavares Pereira²⁴ e assim enumerados: (a) máxima automação; (b) imaginalização mínima ou datificação pertinente; (c) extraoperabilidade; e (d) máximo apoio ao ato de julgar. Sem esmiuçá-los, pois este não é o objetivo deste trabalho, cabe apenas resumir que o conteúdo destes princípios sintetiza a necessidade de se aprimorar o processo com a tecnologia e a tecnologia com o processo, em um movimento conjunto.

Últimas considerações

Ao longo deste trabalho, procurou-se expor as ansiedades, preocupações e os receios que permeiam o uso de novas tecnologias a serviço do poder judiciário. Tudo a partir da perspectiva de que o processo tem funções que transcendem seu escopo jurídico. Tem objetivos políticos e sociais, sendo indispensável à garantia e efetividade de direitos.

Por esta razão, não se pode aceitar seus vícios e ineficiências como decorrência natural, inafastável, do excesso de demandas. Buscar e plena eficiência significa gerir os recursos disponíveis (entre os quais se encontra a tecnologia) para que a prestação jurisdicional seja entregue do modo mais justo e ágil possível. Esta a razão última da reforma

de 2004 e dos pactos republicanos que a sucederam.

Na justiça do trabalho, estes postulados ganham especial destaque, dada a natureza alimentar dos direitos ali debatidos e, principalmente, admitida a função pedagógica do processo de modo a garantir não apenas aos litigantes mas a todos os jurisdicionados a efetivação de seus direitos.

Porém, a adoção dessas novas e comprovadamente eficazes ferramentas passa por uma série de cautelas. Isto, pois o Brasil é um país ainda marcado por altos índices de exclusão digital. Esta exclusão deve ser vista não apenas do ponto de vista formal (o número de pessoas com acesso a um computador), mas também do ponto de vista material, tendo em vista a habilidade dos cidadãos em manejar recursos informáticos para a consecução de tarefas de média complexidade.

Ademais, há que se certificar que as tecnologias utilizadas protegem os princípios e fundamentos do processo civil, bem como a dignidade humana dos jurisdicionados. Há que se resguardar a intimidade das partes, bem como garantir aos cidadãos as ferramentas necessárias a fiscalizar a atividade judiciária, equalizando-se os princípios envolvidos.

Do mesmo modo, é preciso adotar práticas de engenharia de software que permitam uma interface de uso simplificada e amigável, ao mesmo tempo que se possibilite o aprimoramento sustentável do programa, de modo que os problemas futuros sejam resolvidos e as facilidades vindouras agregadas sem maiores solavancos.

Trata-se de uma ação orquestrada que requer boa vontade e respeito de todos os atores envolvidos no projeto, compondo-se interesses e, principalmente, comungando esforços no sentido de efetivar a verda-

deira razão desta revolução em curso: garantir aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional ágil, justa e eficaz. ■

Notas

1 PONTES, Felipe. *A internet pode contribuir para uma epidemia futura de senilidade, diz neurocientista*. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,emi154997-17770,00-a+internet+pode+contribuir+para+um+a+epidemia+futura+de+senilidade+diz+neuro.html> acesso em 05.09.2013.

2 Pesquisa recente aponta que em 2013 um terço da população brasileira tem uma página no Facebook, a mais popular das redes sociais. Conforme: Um terço dos brasileiros tem Facebook: País se torna o 2º em número de usuários. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/radar-tecnologico/2013/01/23/um-terco-dos-brasileiros-tem-facebook-pais-se-torna-o-2o-em-numero-de-usuarios/> Acesso em 21.05.2013.

3 Bancos perdem até R\$ 3,1 bi com fraudes e gastam R\$ 4 bi com segurança. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1247436-bancos-perdem-ate-r-31-bi-com-fraudes-e-gastam-r-4-bi-com-seguranca.shtml> Acesso em 21.05.2013.

4 Uso do cheque cai ao menor nível da década. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/numero-de-cheques-compensados-cai-ao-menor-nivel-da-decada> Acesso em 21.05.2013.

5 SILVA, Otávio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*, p. 15.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. p. 139, v. 1.

7 TAVARES PEREIRA, Sebastião. O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade>. Acesso em 21.05.2013.

8 A assimilação de novas tecnologias compreende, não apenas os meios de informática, mas na acepção mais ampla do termo, como conjunto de conhecimentos e princípios científicos que se aplicam ao planejamento, à construção e à utilização de um equipamento ou em um determinado tipo de atividade.

9 NIRO, Marcelo Cortes (Coord). Mapa da Inclusão Digital. Disponível em: <http://www.cps.fgv.br/cps/telefonica/> Acesso em 21.05.2013.

10 Aprovados em exame da OAB somam somente 15% dos inscritos. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2011/10/aprovados-em-exame-da-oab-somam-somente15.html> Acesso em 21.05.2013.

11 VASCONCELOS, Marco Antônio. *Fundamentos da economia*, p. 58.

12 Falta de juízes explica lentidão da Justiça, aponta pesquisa. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/falta-de-juizes-explica-lentidao-da-justica-aponta-pesquisa> Acesso em 29.07.2013.

13 SILVA, Otavio Pinto e. Ob. cit., p. 38.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. “A necessária reforma infraconstitucional”. In *Reforma do Judiciário*. Coord. André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesus Lora Alarcón, p. 501.

15 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Ob. cit., p. 142.

16 BARROS, Marco Antônio de. *Arquitetura Preambular do Processo Judicial Eletrônico*, p. 7. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/marco_antonio_de_barros.pdf Acesso em 21.05.2013.

17 CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*, p.7-8.

18 PJE – Processo Judicial Eletrônico. Disponível em: <http://www.facebook.com/groups/pjejt/> Acesso em 21.05.2013.

19 Bomba fecha fórum de Itaquaquecetuba. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1907200313.htm> Acesso em 21.05.2013.

20 Fórum Criminal é Fechado por falta de água. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2012/12/12/8417/> Acesso em 21.05.2013.

21 Fórum Trabalhista de Santos fecha as portas com falta de energia. Disponível em: <http://www.tribuna.com.br/noticias.asp?idnoticia=105725&idDepartamento=5> Acesso em 21.05.2013.

22 Fórum Trabalhista de Guarulhos será fechado. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2007/06/01/4199/> Acesso em 21.05.2013.

23 JOHNSON, Steven. *Cultura da interface: como o coputador transforma nossa maneira de criar e comunicar*, p. 20.

24 TAVARES PEREIRA, Sebastião. *Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22047/processo-eletronico-maxima-automacao-extraoperabilidade-imaginalizacao-minima-e-maximo-apoio-ao-juiz-ciberprocesso> Acesso em 21.05.2013.

Referências

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*. A informatização judicial no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROS, Marco Antônio de Barros. *Arquitetura Preambular do Processo Judicial Eletrônico*. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/marco_antonio_de_barros.pdf. Acesso em: 21.05.2013

CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. São Paulo: Forense, 2007.

CONGO, Mariana. *Um terço dos brasileiros tem facebook: País se torna o 2º em número de usuários*. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/radar-tecnologico/2013/01/23/um-terco-dos-brasileiros-tem-facebook-pais-se-torna-o-2o-em-numero-de-usuarios/> Acesso em 21.05.2013

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A necessária reforma infraconstitucional.” In *Reforma do Judiciário*. Coord. André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesus Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005.

JAKITAS, Renato. *Falta de juízes explica lentidão da Justiça, aponta pesquisa*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/falta-de-juizes-explica-lentidao-da-justica-aponta-pesquisa> Acesso em 29.07.2013

JOHNSON, Steven. *Cultura da interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar*. São Paulo: Jorge Zahar, 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NERI, Marcelo Cortes. *Mapa da Inclusão Digital*. Disponível em: <http://www.cps.fgv.br/cps/telefonica/> Acesso em 21.05.2013.

PEREZ, Ana Carolina Fonseca Martinez e CORONA, Roberto Brocanelli. *O Processo Eletrônico como Efetivação do Direito Fundamental do Acesso à Justiça*. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/233/282> Acesso em 01.08.2013.

PONTES, Felipe. *A internet pode contribuir para uma epidemia futura de senilidade, diz neurocientista*. Em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,EMI154997-17770,00-a+internet+pode+contribuir+para+uma+epidemia+futura+de+senilidade+diz+neuro.html> Acesso em 21.05.2013

SILVA, Otávio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*. São Paulo: LTR, 2013.

TAVARES PEREIRA, Sebastião. *Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22047/processo-eletronico-maxima-automacao-extraoperabilidade-imaginalizacao-minima-e-maximo-apoio-ao-juiz-ciberprocesso> Acesso em 21.05.2013.

_____. *O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade> Acesso em 21.05.2013.

VASCONCELOS, Marco Antônio. *Fundamentos da economia*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WATANABE, Kazuo; et. al. *Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CONSIDERAÇÕES FÁTICO-CONSTITUCIONAIS SOBRE O NOVO AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO

Rafael José Nadim de Lazari | prof.rafaeldelazari@hotmail.com

Advogado

Doutorando em Direito (PUC/SP)

Mestre em Direito (Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP – UNIVEM)

Resumo

Através dos métodos lógico, dedutivo, comparativo e histórico, este trabalho tece considerações fático-constitucionais sobre a Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, que, enfim, regulamentou a questão há tempos inconstitucionalmente omissa do art. 7º, XXI, da lei fundamental, pelo qual é direito social do trabalhador urbano e rural o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo, *no mínimo*, de trinta dias, *conforme definido em lei*. Em complementação, impossível será deixar de tratar sobre o que antecedeu a esta lei, a saber, a comunicação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de mandados de injunção de que, caso a mora legislativa não fosse sanada, regulamentaria ele próprio a questão

1. Linhas prolegominais

Não é de hoje que as coisas “não andam bem” pelos lados dos três poderes. Se um dia o Executivo impôs as regras do jogo no Primeiro Estado Francês, cabendo ao Judiciário apenas a função apêndicula de “boca da lei” tão obliquada por **Montesquieu**¹, e se depois da revolução marsehesa – até o fim da segunda guerra mundial, diga-se de passagem – foi a vez da hipertrofia do Legislativo e seu prisma eminentemente político de enxergar as coisas², o fato é que no Estado Democrático de Direito assiste-se ao emergir do Judiciário como garantidor da força normativa da constituição³ ainda que, para isso, precise abandonar a cegueira imparcial de Têmis, a deusa grega da Justiça⁴, numa licença poética que nada mais representa que a já disseminada ideia de “judicialização da política”⁵.

O termo “inércia” sempre foi utilizado *no ambiente jurídico*

como sinônimo de algo parado, letárgico, torporoso. Diz-se que o Judiciário é “inerte” porque não pode deixar sua conduta passiva, limitando-se a esperar que o procurem com um problema “debaixo dos braços”. Há até princípio com esse nome (*princípio da inércia*), embora resguardadas, para o caso deste axioma, peculiaridades objetadas à sua utilização no campo procedimental.

Contudo, o fato é que, *na física*, “inércia” significa outra coisa, a saber, a resistência dos corpos à alteração em seu estado de movimento. Trocando em miúdos, “inércia” denota que o que está parado tende a continuar parado, e o que está em movimento tende a continuar em movimento. As cátedras jurídicas, todavia, parcialmente falhas, utilizam o termo “inércia” apenas em seu primeiro significado.

Sem mais divagações, já há algum tempo dizer que o Judiciário é “inerte” significa pensar não num poder estacionário, a bem da verdade, mas num poder em funcionamento ativo, constante e uniforme (“inércia” em seu segundo significado). Tem sido assim desde a derrocada do positivismo puro. Tem sido assim com o *neokantianismo*. Tem sido assim desde que a constituição deixou de ser “uma mera folha de papel”⁶. É dizer: o que hoje se denomina “ativismo judicial”, e que é tratado como tema da vanguarda doutrinária, já existe há tempos, só que sem esse designativo. Basta analisar, a título ilustrativo, o BVerfGE 23, 98 (106), de 1968, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão desconsiderou o § 2º do 11º decreto da Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941, de cunho nacional-socialista, que privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados, ao entender

que os dispositivos ditos “jurídicos” do nazismo podiam, sim, ser perfeitamente destituídos de validade por contrariarem os princípios fundamentais de *justiça*⁷.

Em suma, pois, em que pese a visão tradicional de um Judiciário parado, adepto do “passivismo judicial” (“inércia” em primeiro sentido), a realidade mostra que a constância participativa deste poder na vida dos cidadãos adquire *status* de normalidade (“inércia” em segundo sentido), sobretudo em considerando a força motriz constitucionalista contemporânea que o move, qual seja, a Constituição Federal e a normatividade de seus princípios e regras⁸.

Os argumentos utilizados alhures ganham ainda mais força se observada a crescente atuação do Supremo Tribunal Federal, na última década, em questões tanto *procedimentais*, como as súmulas vinculantes e a exigência de repercussão geral para o recurso extraordinário, quanto *materiais* – como o reconhecimento da união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo, a demarcação de terras indígenas e o estabelecimento de regras na Reserva Raposa Serra do Sol, a realização de audiências públicas para delimitar critérios em prol da atuação do Poder Judiciário como determinador de políticas públicas para o fornecimento de medicamentos pelo Estado etc. –, fatos estes que levam à criação do termo “supremo-ativismo”, típico de uma jurisdição constitucional que se vem implantando “a passos largos” no Brasil⁹.

Direcionando as discussões para o tema proposto neste trabalho, debater-se-á, *em primeiro lugar*, a validade da conduta do STF ao avisar, no primeiro semestre de 2011 (mês de junho), que regulamentaria no semestre

subsequente daquele ano a questão atinente ao aviso-prévio proporcional por tempo de serviço (de, *no mínimo*, um mês) em face da até então ausência de lei exigida pela Constituição Federal neste sentido (norma constitucional de eficácia e aplicabilidade limitada¹⁰), a despeito de já ter sido o Congresso Nacional cientificado da mora outras vezes em casos de mandados de injunção parecidos com os que ensejaram a paradigmática decisão do guardião da lei fundamental pátria.

Com efeito, tal atitude guarda toda relação com o advento da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, elaborada às pressas após conchavos políticos, nada obstante o projeto que a ensejou, o de n. 3.941, ter sido elaborado no hoje distante ano de 1989, há mais de 22 anos, portanto.

Em segundo lugar, passar-se-á às discussões fático-constitucionais sobre a *supramencionada* lei que, enfim, regulamentou (ou deveria ter regulamentado, ao menos) o há muito inconstitucionalmente omissivo art. 7º, XXI, da Constituição, que previa um mínimo de trinta dias para o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço embora não definisse seu máximo, ficando tal questão para o “conforme definido em lei” de sua parte final. O trabalho, inclusive, discute a recente decisão do STF, que determinou por unanimidade a aplicação retroativa da Lei 12.506/11 para os MIs (*mandados de injunção*) propostos antes de sua edição.

Estabelecido o âmbito de discussões do trabalho em lume, bem como o modo através do qual se lhe desenvolverá, pode-se passar às questões nevrálgicas do novo aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, que, infelizmente, dada a “economia legisla-

tiva” em explicá-lo, serão melhor definidas ao longo dos tempos, por acordos e convenções coletivas de trabalho, regulamentos, decisões dos órgãos judiciais trabalhistas e pela doutrina.

2. O direito fundamental social ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço

O direito fundamental social ao trabalho é previsto no rol exemplificativo do art. 6º da Constituição – ao lado da moradia, da alimentação, do lazer, da assistência aos desamparados, da educação, da saúde etc. –, e grande quantidade de direitos dos trabalhadores está no subsequente art. 7º. Destes, o inciso XXI assegura o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

Ato contínuo, os arts. 487 e seguintes da CLT regulamentam em parte a questão, sem prejuízo de outras súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, como as de nºs 14, 44, 73, 163, 230, 253, 354 e 380, *p. ex.*

Tem o instituto abrangência multidimensional, dada sua função de *declarar* à parte adversa que se pretende extinguir o vínculo trabalhista sem justa causa, fixando, ainda, *prazo* para extinção e *pagamento* do período de aviso¹¹. Vale dizer, contudo, que ele terá natureza salarial apenas se efetivamente trabalhado; do contrário, lhe será atribuído caráter indenizatório.

Também, no plano internacional, há a Convenção 158 da OIT, que, dentre outras coisas, disciplina a questão em seu art. 11¹². Tal convenção, apesar de ratificada pelo Brasil em 1995, e do Decreto 1.855 de 1996 ter promulgado sua ratificação, pouco tempo de-

pois foi denunciada pelo Decreto 2.100, também de 1996.

Questão que interessa ao trabalho em epígrafe é o prazo/valor a ser gozado/usufruído – seja por natureza salarial, seja por natureza indenizatória – do prévio aviso. A Constituição Federal, como visto alhures, fala num *mínimo de trinta dias* a ser definido em lei, o que denota a necessidade de que, afora a barreira mínima intransponível¹³, outros prazos precisem ser fixados a depender do tempo laboral, tal como o fazem os ordenamentos alemão, espanhol, dinamarquês e italiano, *p. ex.*, que fixam limites mínimos e máximos de acordo com o tempo trabalhado e a idade do trabalhador.

Entretanto, após o transcurso de vinte e três anos da atual lei maior, ainda carecia o art. 7º, XXI, CF da prevista regulamentação *infraconstitucional*, de forma que, tal como em outros temas sobre os quais se falará no tópico seguinte, no que atine ao instituto trabalhista em debate sobejam os julgados no Supremo Tribunal Federal nos quais, em casos semelhantes, uma vez provocado por mandado de injunção, optava o guardião da Constituição apenas por declarar/cientificar a mora do Congresso Nacional¹⁴. O único efeito – e ineficaz, data vênua – por muito tempo atribuído ao *writ* do art. 5º, LXXI, da CF.

Todavia, talvez cansado de esperar a boa vontade parlamentar em regulamentar o supramencionado dispositivo da Constituição, a despeito de plurais projetos de lei neste sentido, optou o STF por avisar – diretamente aos congressistas e indiretamente aos reais envolvidos nos mandados de injunção que se verá a seguir – que regulamentaria por conta própria “e risco” a questão.

2.1. A atuação do Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção 943, 1.010, 1.074 e 1.090

Nos mandados de injunção 943, 1.010, 1.074 e 1.090, seguindo tendência de suprir “por atalhos” a crise de legislação ineficiente e letárgica da função homônima – a exemplo do que o Executivo tem feito com as medidas provisórias –, imbuindo-se do chamado “ativismo judicial”, bem como através da atribuição de novos efeitos ao *writ* constitucional, o STF – tal como já havia feito nos mandados de injunção 721¹⁵ e 708¹⁶ –, ao julgar questão envolvendo o aviso-prévio proporcional por tempo de serviço, reconheceu que, ante a absoluta ineficácia em meramente cientificar o Congresso Nacional, regras precisariam ser estabelecidas para o instituto, ainda que fruto da criatividade judicial.

Nos quatro julgados paradigmáticos acima mencionados, entendeu-se pela necessidade da criação de regras de prévio aviso partindo do mínimo de trinta dias. Alguns ministros chegaram a propor um mês de salário/indenização para cada cinco anos trabalhados, enquanto outros falaram em dez dias a mais para cada ano de labor, propostas que, pela mais absoluta falta de critérios e pacificação opinativa, não foram levadas adiante, o que fez com que o relator dos *writs*, o ministro Gilmar Mendes, optasse por sustentar o julgamento até que regras fossem criadas pelo tribunal do qual faz parte.

Ante o ocorrido, ficou explícito o fim da paciência do guardião

da Constituição com a mora contumaz do Congresso. Mas, implícito mesmo, ficou um “último recado”: ou se regulamentava, de uma vez por todas, o art. 7º, XXI, da Constituição, ou o Supremo elaboraria, por conta própria, as diretrizes pertinentes ao tema, *o que poderia dar margem de atuação para que se fizesse o mesmo com outras normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade limitadas*.

Com efeito, seguindo a classificação pentapartite (ou quinária) de ações cognitivas de **Pontes de Miranda**¹⁷, há uma

tendência hodierna em voga de considerar o mandado de injunção como *writ* com eficácia constitutiva *inter partes*, e não mais apenas com efeito *declaratório* de meramente cientificar a mora¹⁸ ou *mandamental*¹⁹/*condenatório*²⁰ nos moldes de uma “obrigação de fazer” (art. 461, CPC) ou de uma “execução contra a Fazenda Pública” (art. 730, CPC), como outrora. Isto significa que enxerga o STF, ao conceder a injunção pleiteada, a possibilidade de suprir a lacuna normativa por decisão judicial regulamentadora.

Contudo, parece não ser esse o fim da caminhada do mandado de injunção, mas apenas meio para um fim maior, que é a eficácia constitutiva *erga omnes* do remédio constitucional, isto é, a possibilidade de que a injunção valha para todos que se encontrem na mesma situação do pleiteante, ainda que não estejam em juízo²¹.

Contudo, parece não ser esse o fim da caminhada do mandado de injunção, mas apenas meio para um fim maior, que é a eficácia constitutiva *erga omnes* do remédio constitucional, isto é, a possibilidade de que a injunção valha para todos que se encontrem na mesma situação do pleiteante, ainda que não estejam em juízo²¹.

Ora, se a tendência é de “supremo-ativismo”, não seria de se estranhar conduta em tal sentido,

**O TERMO
“INÉRCIA”
SEMPRE FOI
UTILIZADO
NO AMBIENTE
JURÍDICO COMO
SINÔNIMO DE
ALGO PARADO**

de forma que no caso envolvendo o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, deixou o STF, propositalmente, a questão em “zona cinzenta” acerca da regulamentação do instituto com eficácia constitutiva *inter partes* ou *erga omnes*. Mais um motivo para que, a fim de evitar que situações como estas se repetissem em outras omissões legislativas inconstitucionais, o Congresso se adiantasse ao STF e criasse lei regulando o art. 7º, XXI, da Constituição pátria. Louvável a conduta/estratégia do guardião da lei fundamental, diga-se de passagem. Uma forma diferente de interpretar o postulado da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

2.2. Questões sobre a Lei 12.506/11 (incluindo a recente determinação de sua aplicação retroativa)

Enquanto o Supremo se mobilizava, sobejavam no Congresso Nacional projetos de lei tendentes a regulamentar a matéria do prévio aviso, dentre os quais se pode mencionar: o PL 3.941/89, apresentado pouco após a promulgação da Constituição de 1988 pelo ex-senador Carlos Chiarelli, que previa um mínimo de trinta dias de prévio aviso para os empregados com até um ano de mesma empresa, acrescentando-se três dias por ano trabalhado na mesma empresa até um máximo de sessenta dias, perfazendo, assim, noventa dias (tal projeto de lei teve o requerimento de inclusão na ordem do dia pelo deputado federal Romero Rodrigues no mês de agosto/2011); o Projeto de Lei Complementar 454/09, do deputado Cleber Verde, que falava, além do mínimo de trinta dias, no acrescentamento de mais cinco dias para cada ano trabalhado; e o PL 1.730/11, dos

deputados Chico Alencar, Jean Wyllys e Ivan Valente, segundo o qual, não havendo outro prazo estipulado, o prévio aviso seria de trinta dias pelos doze primeiros meses trabalhados, acrescentando-se dez dias por ano de serviço prestado a partir do 13º mês.

Destes, como já se pode observar, prevaleceu o primeiro, de n. 3.941/89, convertido na Lei 12.506, sancionada em 11 de outubro de 2011, e que entrou em vigor na data de sua publicação.

Tal comando legislativo é de simplismo incrível (e temerário) ao afirmar, em parcos dois artigos (sendo que o segundo apenas informa que a lei entra em vigor na data de sua publicação), que o aviso-prévio respeitará um mínimo de trinta dias para os empregados que contem até um ano de serviço na mesma empresa, e que serão acrescentados três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa até o máximo de sessenta dias, perfazendo, portanto, noventa dias.

Façamos algumas considerações fático-constitucionais sobre esta lei, pois.

Em **primeiro lugar**, fica a “dúvida” acerca do porquê dos três dias por ano de serviço acrescentados ao mínimo de trinta e não cinco ou dez, conforme constavam dos outros dois projetos supramencionados e de algumas palavras dos ministros do Supremo Tribunal Federal quando da suspensão dos mandados de injunção mencionados no tópico anterior. Uma mera questão de discricionariedade legislativa, diriam os legalistas extremados. Uma forma de “casar” a exigência da Constituição (de regulamentação do art. 7º, XXI) com os interesses de empregadores²², preocupados com a infinidade de dias passíveis de serem gozados (ou indenizados) caso se

adotasse cinco ou dez dias, numa análise mais realística.

Em **segundo lugar** – e essa é, talvez, a maior crítica a ser feita –, conforme dito alhures, alguns ordenamentos europeus adotam um *critério misto*, isto é, o número de dias varia de acordo com o período do empregado na empresa e a idade do trabalhador. Quanto maior a idade e tempo de empresa, até por dificuldade de encontrar trabalho em outro local, maiores são os dias concedidos ao trabalhador. Uma medida justa para quem já está no mercado de trabalho há tempos. No Brasil, seguiu-se meramente o *critério do período trabalhado dentro da empresa*. Assim, um trabalhador que esteja com quarenta e cinco anos, *p. ex.*, e desde os quarenta na empresa, terá, além dos trinta dias do primeiro ano, mais doze dias pertinentes aos outro quatro anos, perfazendo um total de quarenta e dois dias, quantidade de tempo inversamente proporcional à possibilidade de que, já contando mais de quarenta e cinco anos de idade, consiga arrumar serviço compatível com o real valor de seu labor e a manutenção de suas despesas. A Lei 12.506, portanto, deixou de observar a idade do trabalhador, silenciando quanto a item que é fundamental em acordos/convenções coletivas de trabalho quando vão discutir normas próprias para o prévio aviso.

Em **terceiro lugar**, não se especificou a questão do direito intertemporal. O que fazer com os trabalhadores que saíram de seus empregos recebendo apenas os trinta dias embora possuíssem, caso a saída ocorresse após a vigência da nova lei, quarenta e cinco dias, *p. ex.*? Em não se tendo completado o prazo prescricional para reclamações trabalhistas, po-

deria esse empregado reclamar os dias excedentes? Ou estaria isso violando o ato jurídico perfeito? Por outro lado, não haveria direito adquirido (embora não usufruído) desse empregado que ficou com um “bônus” de dias para trás? Questões como estas certamente serão as primeiras a inundar os corredores do Poder Judiciário pátrio.

Prova maior disso é que o STF decidiu, *mui recentemente*, pela aplicação retroativa da Lei 12.506/11 àqueles trabalhadores que impetraram mandados de injunção pretendendo a regulamentação da mora legislativa antes da edição do comando esmiuçador do art. 7º, XXI, da CF²³.

Com efeito, a questão foi decidida *por unanimidade* no MI 943, justamente um dos que haviam sido suspensos pelo guardião da Constituição quando se decidiu acerca da necessidade de criação de regras para o instituto do prévio aviso. Tal decisão, pois, obviamente se estendeu aos MIs 1.010, 1.074 e 1.090, também suspensos à época.

Certamente, trata-se do primeiro caso de aplicação retroativa da Lei 12.506, ainda que tenha o Supremo se limitado apenas aos casos de mandados de injunção, e que ainda estivessem em aberto quando da edição da lei faltante.

Em *quarto lugar*, parece haver um esquema de “tudo ou nada” na nova lei. É dizer: quem tem um ano completo além do primeiro ano ganha três dias. Quem não o tem nada ganha. Assim, tal como o empregado que trabalhou um ano e um mês na empresa, também não teria direito a três dias a mais aquele que trabalhou um ano e onze meses, *p. ex.* Não seria o caso, numa análise hipotética (e até por respeito à igualdade e à

proporcionalidade), de condicionar cada dia dos três a cada quatro meses trabalhados (um terço de ano)?

Em *quinto lugar*, aduzem os defensores da nova lei de que, com a expansão do número de dias, reduzir-se-ão demissões dado o custo majorado pelo aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Em que pese o respeito a quem desta maneira pense, as coisas parecem não ser tão simples assim.

Isto porque só gozará da integridade dos noventa dias aquele que trabalhar por vinte e um anos na mesma empresa (um ano perfazendo trinta, mais três dias multiplicados por vinte anos), o que, de fato, pode representar maior temor por parte do empregador em dispensar, sem justa causa, mão de obra nestas condições. Por outro lado, pode ser que, justamente a fim de evitar que essa despesa com prévio aviso se torne algo oneroso ao empregador num futuro não distante, se opte por não manter trabalhadores por mais de cinco anos, *p. ex.*, na empresa. Em outras palavras, se está a dizer que um fator que objetiva a redução de demissões pode ser justamente o que aumentará as dispensas sem justa causa.

Veja-se, pois, que foram estas cinco as primeiras considerações fático-constitucionais acerca da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011. Há se reconhecer ser tudo ainda muito recente para se medir o sucesso ou o fracasso do comando legislativo em estudo. As primeiras decisões oriundas dos tribunais superiores demorarão alguns anos, ainda, para tratar da

questão, nada obstante a primeira análise feita pelo STF quanto à aplicação da lei aos mandados de injunção em aberto quando de sua edição.

Como se não bastasse, é provável que regulamentos de empresas e acordos e convenções coletivas de trabalho ajustem as nuances que foram aqui aventadas bem como outras que, inevitavelmente, surgirão. A crítica fica, isso sim, no simplismo demasiado da nova lei, o que só comprova que entre o projeto de 1989 e a lei de 2011, realmente não se discutiu a ques-

tão. Foi preciso o Supremo Tribunal Federal efetuar um incrível “choque de gestão” para que um problema de omissão legislativa constitucional como esse fosse resolvido.

Fica a indagação: e as outras omissões legislativas inconstitucionais, como o direito de greve do setor público, continuarão a ser tratadas com o mesmo “respeito e esmero” que o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço foi nos últimos mais de vinte anos até o guardião da Constituição fazer algo parecido?

3. Linhas derradeiras

Postos os argumentos alhures, as conclusões que se extraem são as seguintes:

1) Não é de hoje que as coisas não “andam bem” pelos lados dos três poderes. Sempre houve uma função que se sobressaiu às outras, de forma que o inchaço atual do Judiciário nada mais é que decorrência da crise institucional pela qual passa o Poder Legislativo;

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO É PREVISTO NO ROL EXEMPLIFICATIVO DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO

2) A Constituição Federal regulamenta, no seu art. 7º, XXI, que o trabalhador fará jus a aviso-prévio de, no mínimo, trinta dias, proporcional ao tempo de serviço, a ser definido em lei. Após o Supremo Tribunal Federal, nos Mandados de Injunção 943, 1.010, 1.074 e 1.090, ter comunicado que regulamentaria a questão depois de ter, por várias vezes e sem surtir efeito, cientificado a mora ao Congresso Nacional, converteram os parlamentares o Projeto de Lei 3.941/89 na Lei 12.506/11, como medida de impedir que o *modus operandi* do Supremo se repetisse em outras situações em que há omissões legislativas inconstitucionais;

3) A Lei 12.506/11, de simplismo temerário, expressa em apenas dois artigos (sendo que o segundo afirma que o comando legislativo entra em vigor na data de sua publicação) que, aos trinta dias de prévio aviso a serem trabalhados ou indenizados após o preenchimento de um ano de atividades na mesma empresa, se acrescentarão três dias por ano trabalhado na mesma empresa até o limite de sessenta dias (totalizando noventa dias, portanto).

4) Sobejam a ausência de respostas e os pontos dúbios do comando legislativo em evidência. Não se considera a idade do trabalhador, conforme alguns ordenamentos europeus; não se explica se os três dias de acréscimo podem se tornar um ou dois dias, *p. ex.*, caso o trabalhador não chegue a completar um ano; não se trata da situação daqueles que saíram de seus empregos antes da nova lei e

só gozaram dos trinta dias embora pudessem usufruir de mais dias, se a saída tivesse ocorrido com a nova lei. Por fim, questiona-se se a nova lei não representará, ao invés do que se lha proclama uma medida de evitar demissões, um comando estimulador a que empresas deixem de ficar com seus funcionários por longo tempo.

Com efeito, é óbvio que não se almeja exaurir o debate desde já proposto. Foram elencadas apenas cinco considerações preliminares, mas cremos que estas cinco se multiplicarão em pouco tempo, dada a constante evolução

da doutrina bem como casuísticas que pulularão nos tribunais. Por falar nos tribunais, estes, ao lado dos regulamentos de empresas, e dos acordos e convenções coletivas de trabalho, terão papel primordial na solução dos problemas que a Lei 12.506/11 não só não resolveu como criou. ■

Notas

1 Montesquieu. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

2 Karl Doehring. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

3 Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

4 Hoje se fala em “parcialidade positiva do juiz”, sobre a qual são oportunas as palavras de Artur César de Souza (A parcialidade positiva do juiz. In: *Revista de Processo*, n. 183. São Paulo: RT, maio/2010, p. 69): “Os princípios jurídicos fundamentais, na verdade, apresentam uma dupla função: negativa, pois proíbem determinado comportamento e, outra, positiva, porque informam materialmente os atos dos poderes públicos. Em relação à imparcialidade, o componente negativo está caracterizado pela proibição de que os juízes atuem no processo de forma a se inclinar em favor de determinada parte por interesse pessoal ou outro qualquer fator discriminatório. Por sua vez, a função positiva informa o agir do magistrado, para que ele leve em consideração no desenvolvimento vá-

lido e regular da relação jurídica processual os aspectos instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais *justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais etc.*”

5 Eduardo Cambi. *Neonconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

6 Ferdinand Lassale. *A essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

7 Conforme trecho do julgado extraído da obra de Robert Alexy (*Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 7-8): “O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE [Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232)). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)). O 11º decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* (cf. BGH, RzW [Bundesgerichtshof, Rechtsprechung zur Wiedergutmachungsrecht, Decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre o direito de reparação], 1962, 563; BGHZ [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Decisões em matéria cível do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). *Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela ‘desnaturalização’ declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada*” (grifei).

8 Vide nota explicativa n. 3.

9 Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

10 José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1982.

11 Para Mauricio Godinho Delgado (*Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1120), a natureza jurídica do instituto é tridimensional, plurifacetária, “(...) uma vez que ele cumpre as três citadas funções: declaração de vontade resilitória, com sua comunicação à parte contrária; prazo para a efetiva terminação do vínculo, que se integra ao contrato para todos os fins legais; pagamento do respectivo período

de aviso, seja através do trabalho e correspondente retribuição salarial, seja através de sua indenização”.

12 “Art. 11 O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.”

13 Logo, o art. 487, I, CLT, que fala em oito dias, não foi recepcionado pela Lei Fundamental de 1988. Neste sentido, também, Mauricio Godinho Delgado (*Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1122).

14 Neste sentido: “Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. *Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra* (MI 695, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2007, DJ 20-04-2007 PP-00087 EMENT VOL-02272-01 PP-00001 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 90-94 RDECTRAB v. 14, n. 155, 2007, p. 118-133)” (grifei); “Mandado de Injunção. Regulamentação do disposto no art. 7º, incisos I e XXI da Constituição Federal. Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Pedido não conhecido em relação ao art. 7º, I da CF, diante do que decidiu esta Corte no MI n. 114/SP. *Pedido deferido em parte no que toca à regulamentação do art. 7º, XXI da CF, para declarar a mora do Congresso Nacional, que deverá ser comunicado para supri-la* (MI 278, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00028 EMENT VOL-02053-01 PP-00001)” (grifei).

15 Trata-se do julgado paradigmático no qual, diante da omissão legislativa relativa ao art. 40, § 4º, CF, que confere o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, a Corte adotou como parâmetro, para a aposentadoria de uma trabalhadora que atuava em condições de insalubridade, o sistema do Regime Geral de Previdência Social (artigo 57, da Lei 8.213/91), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

16 Trata-se do julgado paradigmático no qual se decidiu pela aplicação da Lei 7.783/89 (“Lei de Greve”) ao setor público no que couber, enquanto o art. 37, VII, CF não é regulamentado.

17 Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado das ações, Tomo I: ação, classificação e eficácia*, 1998.

18 Entendimento este consagrado no MI n. 107/90, do STF.

19 Em admitindo a natureza *mandamental* da injunção concedida por sentença opina Roberto Castellanos Pfeiffer (*Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 243-244): “Natureza mandamental, a nosso ver, haverá quando a regulamentação não estiver a cargo do Poder

Legislativo, mas de órgão administrativo, hipótese em que poderá ser exigido que este proceda à regulamentação em 30 dias, em decorrência do que dispõe o art. 103, § 2º, da CF. Da mesma forma, por ser exigível o cumprimento da determinação judicial, mandamental será a sentença que determine a suspensão de processos judiciais e/ou administrativos instaurados contra o impetrante, nas hipóteses em que o mandado de injunção tiver como fundamento direito constitucional oponível contra o Estado. (...) Desta forma, entendemos que, nas hipóteses em que a decisão do mandado de injunção tiver conteúdo mandamental, não haverá ensejo à execução no sentido tecnicamente próprio. Bastará que haja a comunicação, por mandado, da ordem contida na decisão (determinando ao órgão administrativo que tome as providências cabíveis para sanar sua omissão inconstitucional em 30 dias ou proceda à suspensão de processos administrativos e judiciais abertos contra o impetrante), determinando-se que cumpra em sua forma específica, tal como emanada” (grifei).

20 Em admitindo a natureza *condenatória* da injunção concedida, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (*Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 248) entende que “(...) caso mantenha-se o obrigado recalcitrante em cumprir o comando imposto, ou haja divergências quanto à efetiva e integral observância da decisão, *será necessária a execução da sentença*. Ademais, tratando-se de condenação em pagamento de dinheiro contra pessoa jurídica de direito público, *necessariamente deverá haver processo executório que culmine com a expedição de precatório judicial, em obediência ao que dispõe o art. 100 e seus parágrafos da Constituição Federal*” (grifei).

21 Esta observação também foi feita por Joaquim Falcão e Diego Werneck Arguelhes (Omissões legislativas inconstitucionais *In: Folha de São Paulo*. Caderno “Opinião”, p. A3, 16 de novembro de 2008): “Uma maioria dos ministros entendeu que, dada a ausência de lei específica regulando o direito de greve de funcionários públicos assegurado na Constituição, passariam a ser aplicáveis as mesmas regras para greve no setor privado. *A minoria vencida queria ir além: em seu voto, o ministro Lewandowski propôs nada menos que 16 diretrizes para a greve e funcionários públicos*. É o STF ajustando sua rota”.

22 Mesmo que seja o instituto em debate “via de mão dupla”, isto é, válido para as duas partes da relação laboral.

23 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144&caixaBusca=N>. Acesso em 03 de março de 2013.

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. *In: Revista da Ajuris*, n. 116. Porto Alegre: Ajuris, dez./2009, p. 209-226.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Omissões legislativas inconstitucionais *In: Folha de São Paulo*. Caderno “Opinião”, p. A3, 16 de novembro de 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações, Tomo I: ação, classificação e eficácia*. Campinas/SP: Bookseller, 1998.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1982.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. *In: Revista de Processo*, n. 183. São Paulo: RT, maio/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144&caixaBusca=N>. Acesso em 03 de março de 2013.

VADE MECUM SARAIVA. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO INDIRETO: HIPÓTESE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO?

Francielly Schmeiske | fransch7@hotmail.com

Pós-graduanda em nível especialização no curso de Direito do Estado (Faculdades

Integradas de Ourinhos - FIO/FEMM)

Advogada da Prefeitura de Ribeirão Claro-PR

Excertos

Analisando superficialmente os elementos que classificam o tributo, é possível concluir que este é uma obrigação pecuniária, pois é paga em dinheiro.

É também uma prestação compulsória, ou seja, obrigatória, tendo em vista que decorre de lei, imposta unilateralmente pelos entes políticos, independente da vontade do contribuinte, exigido tanto da pessoa física como da pessoa jurídica que demonstre capacidade contributiva

Todos os tributos, sejam diretos ou indiretos, estão embutidos no preço final. Isto porque dificilmente o sujeito passivo da relação tributária permaneceria desenvolvendo suas atividades caso não repassasse os gastos que dela decorrem

A repetição de indébito pode ser definida como instituto capaz de garantir a devolução, pelo fisco, de valores pagos indevidamente pelo contribuinte a título de tributo, seja porque não devia, seja porque pagou a maior do que o devido

1. Introdução

O presente trabalho abordará as possibilidades de restituição do valor pago indevidamente ou a maior nos casos de tributos classificados como indiretos, ou seja, aqueles que podem acarretar o repasse do encargo financeiro ao consumidor final, também conhecido como contribuinte de fato.

Para tanto, é preciso abordar a definição de tributo e especialmente a sua classificação quanto à possibilidade de transferência da carga tributária. Além disso, será necessário fazer algumas ponderações sobre o instituto da repetição de indébito no direito tributário.

Feitas essas considerações iniciais, e adentrando especificamente na proposta principal do presente estudo, serão apontadas, de acordo com a legislação pátria e o entendimento dos tribunais, as situações que comportam a repetição de indébito dos tributos indiretos.

Esta pesquisa se justifica pois, nos casos de tributos indiretos, o posicionamento predominante na jurisprudência é no sentido de que apenas o contribuinte de direito poderá figurar em ação de repetição de indébito, por ser sujeito passivo da relação jurídica tributária.

Assim, o principal objetivo deste estudo é propor uma reflexão sobre a possibilidade do contribuinte de fato requerer a restituição do valor pago indevidamente, quando comprove ter assumido o ônus tributário.

A questão problemática aqui levantada corresponde ao fato de que a impossibilidade do consumidor final figurar como autor em ação que verse sobre tributos indiretos pode gerar o enriquecimento ilícito do contribuinte de direito ou da Fazenda Pública. Além disso, verifica-se que em determinados casos o Estado também não poderá ser acionado pelo contribuinte de direito.

Como hipótese de trabalho, tem-se que ao consumidor final, que comprove que efetivamente pagou pelo tributo indevido, deve ser reconhecida a legitimidade para propor a ação de repetição.

2. Definição de tributo e sua classificação quanto à possibilidade de translação do encargo financeiro

Em primeiro lugar, registre-se que o art. 146, III, 'a', da Constituição Federal, atribui à lei complementar a competência para definir tributos. Diante dessa previsão, o constituinte originário conferiu ao legislador infraconstitucional a tarefa de conceituar especificamente os tributos. Anote-se, contudo, que o legislador deve observar os limites estabelecidos na lei maior.

Cumpra observar, dessa forma, que atualmente é a Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional) que

exerce esta incumbência determinada pelo texto magno.

Antes de expor a definição de tributo disciplinada no código, é de se verificar que em que pese o Código Tributário Nacional ser de uma lei ordinária, este diploma foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar. Esta é uma questão pacífica na doutrina e jurisprudência. Assim, tendo em vista a compatibilidade material das normas do Código Tributário Nacional de 1966 com as normas da Constituição Federal de 1988, a incompatibilidade formal não prejudica a recepção daquela norma, já que foi produzida de maneira válida. Observe-se, apenas, que em decorrência da exigência da nova ordem constitucional o Código Tributário Nacional apenas pode ser alterado por meio de lei complementar.

Feitas estas observações, deve ser destacado que o referido diploma, em seu art. 3º, estabelece que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Analisando superficialmente os elementos que classificam o tributo, é possível concluir que este é uma obrigação pecuniária, pois é paga em dinheiro. É também uma prestação compulsória, ou seja, obrigatória, tendo em vista que decorre de lei, imposta unilateralmente pelos entes políticos, independente da vontade do contribuinte, exigido tanto da pessoa física como da pessoa jurídica que demonstre capacidade contributiva. Além disso, a hipótese de incidência do tributo deve ser algo lícito, já que o tributo não constitui sanção de ato ilícito. E, por fim, a cobrança do tributo não provém

de um ato discricionário, pois a lei prevê a forma de atuação do administrador, sem deixar margem de escolha.

Além dessa conceituação geral, anote-se ainda que, em direito tributário, há diversas classificações atribuídas aos tributos. Entretanto, para o presente estudo deverá ser avaliada especificamente a classificação *quanto à possibilidade de repercussão do encargo econômico-financeiro*, podendo, nesta ótica, ser *direto* ou *indireto*.

No primeiro caso (tributos diretos), verifica-se que o encargo econômico é suportado pelo indivíduo que pratica o fato gerador. Nas palavras de **Eduardo Sabbag**, o imposto direto é suportado “por aquele que deu ensejo ao fato impositivo” (Sabbag, 2012, p. 410). Como exemplo dos impostos diretos podem ser mencionados o IPTU e o IPVA. Desse modo, quem possui a propriedade de imóvel urbano ou de veículo automotor, pratica o fato gerador do tributo, e por isso suportará o ônus do encargo.

Por outro lado, nos tributos indiretos, denominados ainda de “tributos que repercutem”, o encargo financeiro é suportado por terceira pessoa, diversa daquela que praticou o fato gerador. Dessa forma, “transfere-se o ônus para o contribuinte de fato, não se onerando o contribuinte de direito” (Sabbag, 2012, p. 410).

Sobre o tema, deve ser registrada ainda a exposição de **Ricardo Alexandre**, o qual leciona que “são indiretos os tributos que, em virtude de sua configuração jurídica, permitem translação do

seu encargo econômico-financeiro para uma pessoa diferente daquela definida em lei como sujeito passivo” (Alexandre, 2010, p. 101).

Para um melhor entendimento deste estudo, deve ser mencionado que o contribuinte de fato é também conhecido como consumidor final. Assim, o contribuinte de direito é o indivíduo que pratica o fato gerador do imposto e o contribuinte de fato é o terceiro que verdadeiramente suporta a carga financeira.

Neste sentido, são reconhecidamente indiretos o IPI e o ICMS.

Convém notar que os tributos indiretos estão embutidos no preço pago pelo indivíduo. Em verdade, verifica-se que em regra o consumidor não percebe que o tributo está incluído no preço dos bens ou serviços adquiridos, estando

sujeito a suportar grande encargo fiscal.

Por derradeiro, diante das considerações realizadas acima, percebe-se que nos casos do ICMS e IPI, o sujeito passivo da relação tributária que circula a mercadoria e industrializa um produto poderá repassar estes impostos incidentes sobre a atividade desenvolvida para o terceiro, denominado consumidor final.

Neste momento é forçoso notar que de modo geral todos os tributos, sejam diretos ou indiretos, estão embutidos no preço final. Isto porque dificilmente o sujeito passivo da relação tributária permaneceria desenvolvendo suas atividades caso não repassasse os gastos que dela decorrem. Contudo, no caso do ICMS e IPI, a repercussão econômica é discriminada no valor

A REPETIÇÃO DE INDÉBITO PODE SER DEFINIDA COMO INSTITUTO CAPAZ DE GARANTIR A DEVOLUÇÃO, PELO FISCO, DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE

pago, e a transferência do encargo tributário é estabelecida pela própria lei.

Assim sendo, um tributo não pode ser classificado como indireto simplesmente pelo fato da repercussão econômica. Conforme observado, um tributo é considerado indireto de acordo com a expressa previsão legal.

Finalmente, registre-se ainda que existem algumas controvérsias sobre a utilização das expressões tributos diretos e indiretos e contribuinte de direito e de fato. Sobre este ponto, afirma-se que estas nomenclaturas não possuem relação com a ciência jurídica.

No caso da classificação em direto e indireto, afirma-se que é frágil a utilização do critério da repercussão econômica, pois, conforme já exposto, todos os tributos serão repassados de alguma forma.

Em que pese esta observação, e tendo em vista que o presente ensaio não visa abordar especificamente esta discussão, as expressões acima mencionadas serão utilizadas visando a melhor didática do trabalho, conforme os conceitos apresentados anteriormente.

3. Repetição de indébito

Feitas estas primeiras considerações sobre a definição de tributo, deve ser ponderada ainda a forma como se dará a restituição do valor pago indevidamente.

De modo geral a repetição de indébito pode ser definida como instituto capaz de garantir a devolução, pelo fisco, de valores pagos indevidamente pelo contribuinte a título de tributo, seja porque não devia, seja porque pagou a maior do que o devido. Isto porque visa-se, com o instituto da restituição do indébito, evitar o enriquecimento sem causa do Estado.

É de se verificar ainda que a restituição do valor pago injustamente

pode ocorrer em ação autônoma, ou cumulada com outra ação, como por exemplo em ação declaratória de inexistência de relação jurídica.

Assim sendo, o Código Tributário Nacional, mais especificamente nos arts. 165 a 169, enumera as situações que autorizam e a forma como se dará a restituição do pagamento indevido.

Conforme se extrai do art. 165, do Código Tributário Nacional, há três hipóteses de restituição de indébito:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Das hipóteses elencadas nota-se que os dois primeiros incisos cuidam de casos de pagamento indevido reconhecido sem a ocorrência de litígio. A última hipótese, por seu turno, deriva de ação que envolve conflito de pretensão resistida.

Outra questão que deve ser mencionado é que para a restituição do valor recolhido erroneamente, basta que o contribuinte demonstre que não precisava realizar o pagamento, ou que realizou de maneira superior ao devido.

Neste ponto, cumpre destacar uma distinção com o direito tipicamente privado. Sobre este tema, nas relações entre pessoas privadas, dispõe o art. 877 do Código Civil que “aquele que voluntaria-

mente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”. Assim, diversamente do que ocorre no direito tributário, nas relações civis o indivíduo deverá provar que o pagamento é indevido e ainda que o realizou por erro.

Verifica-se, portanto, que não há se falar em prova do erro para a restituição do tributo, mas tão somente do pagamento indevido.

Sobre esta temática, destaque-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 646.328, oriundo do Rio Grande do Sul, julgado em 4 de junho de 2009, que concede a restituição do valor pago em razão de um crédito tributário prescrito. No referido caso o tribunal entendeu que, se há a prescrição, logo o crédito tributário inexistente. Assim, independentemente do motivo pelo qual tenha ocorrido o pagamento – com ou sem erro – o contribuinte tem direito de reaver o montante pago.

Outra questão relevante refere-se ao prazo prescricional para requerer a repetição do tributo pago sem causa justificável.

De acordo com o art. 168 do Código Tributário Nacional o prazo prescricional para reaver o valor pago é de cinco anos. Além disso, os incisos I e II do referido artigo estabelecem diferentes datas para o início da contagem deste prazo: a) com fundamento no inciso I, o prazo prescricional inicia-se da data do pagamento indevido, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação (neste sentido deve ser ressaltado o julgamento do Recurso Extraordinário 566.621 do Rio Grande do Sul, do Supremo Tribunal Federal); b) com relação ao inciso II, verifica-se que o prazo prescricional inicia-se na “data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que

tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória”.

Por fim, deve ser mencionado que o art. 169 do diploma tributário dispõe que é de dois anos o prazo prescricional para a propositura de ação anulatória da decisão administrativa que denegue a restituição.

4. Repetição de indébito nos tributos indiretos: decisões dos tribunais

Em primeiro lugar, cabe pontuar que o antigo posicionamento dos tribunais superiores era que o contribuinte de direito não teria legitimidade para propor ação de repetição de indébito, pois se enriqueceria ilícitamente, já que não suportava o ônus dos tributos indiretos. Assim, entendia-se que cabia ao consumidor a propositura da respectiva ação de repetição.

Neste sentido, há precedentes que não admitem a legitimidade ativa do vendedor em reaver o valor pago indevidamente. Isto porque, nos casos em que o contribuinte de direito repassa o ônus para o contribuinte de fato, não se pode admitir que o primeiro seja restituído de um valor que não desembolsou.

Sobre o assunto destaque-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 44.115, do Espírito Santo, de 11 de outubro de 1960, no qual restou consignado que:

“Daí pela ilegitimidade da parte para postular a repetição do indébito, porque se tratar de imposto (*sic*) indireto, que repercutiu sobre (*sic*) o consumidor, acrescido que foi ao preço do produto. A sua repetição, portanto, importaria ao enriquecimento ilícito. Só o consumidor ou, no caso o importador da mercadoria, é que poderia reaver o tributo indevidamente satisfeito (STF, Recurso Extraordinário nº 44.115/ES, Rel. Min. Henrique D’Avila, DJ 11.10.1960).”

Entretanto, poucos anos após esta decisão e mesmo antes da edição do Código Tributário Nacional, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento e editou a Súmula 71, em 13 de dezembro de 1963, a qual estabelecia que “embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”.

Mesmo com a edição desta súmula o Superior Tribunal de Justiça continuou seguindo o anterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de 1960. Neste sentido aquele tribunal julgou o Recurso Especial 24.772-3 de São Paulo, em 7 de novembro de 1994. Extrai-se da decisão o seguinte trecho:

“Como ensina Ruy Barbosa Nogueira ‘na impossibilidade de atingir o contribuinte natural, o legislador admite ainda como sujeito passivo, o 2º RESPONSÁVEL - quando sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Observe-se que o responsável é um terceiro em relação ao contribuinte, mas não alheio ao fato gerador. O art. 128 do CTN prevê que seja uma pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação e que indicado o responsável, a lei pode excluir a responsabilidade do contribuinte ou atribuir a este em caráter supletivo, o cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Observe-se que o art. 128 ao se referir à pessoa vinculada ao fato gerador, compreende a vinculação tanto ‘de facto’ como ‘de direito’, pois não as distingue e no projeto estava mesmo vinculada de fato e ou de direito ao respectivo fato gerador (art. 164 do projeto) e foi apenas resumada a redação’ (STJ, Recurso Especial 24772/SP, Rel. Min. Américo Luz, Segunda Turma, julgado em 7.11.1994, DJ 28.11.1994).”

Não obstante isto, frise-se que esta não é mais a jurisprudência que prevalece atualmente.

Neste ponto, deve ser destacado que o art. 166 do Código Tributário Nacional trata especificamente dos casos de repetição de indébito nos tributos em que o encargo financeiro é suportado pelo consumidor

final, ou seja, pelo contribuinte de fato.

De acordo com este dispositivo, a repetição de indébito de tributos indiretos “somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

Posta assim a questão, deve ser anotado que a prova da assunção do encargo tributário pode ser feita quando o contribuinte de direito não transfere o ônus do tributo ou quando tenha ressarcido o contribuinte de fato.

No que toca à autorização exigida pelo artigo transcrito, o consumidor final permite que o contribuinte de direito seja restituído do valor indevidamente recolhido, sem que haja recebido o ressarcimento do montante que desembolsou.

Nas palavras de **Luciano Amaro**:

“Objetiva-se evitar o locupletamento sem causa do solvens; é claro que, negada a restituição do indébito (por falta da prova da assunção do ônus ou da autorização), quem de fato irá locupletar-se é o Fisco (Amaro, 2009, p. 425).”

Assim, registre-se que a atual interpretação deste dispositivo é no sentido de que somente o contribuinte de direito poderá requerer a restituição do valor pago incorretamente. Isto porque somente o contribuinte de direito possui relação jurídica tributária com o fisco, o que garante a sua legitimidade na ação judicial de restituição do tributo recolhido.

Isto porque o inciso I do parágrafo único do art. 121 do Código Tributário Nacional estabelece que “o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”.

Diante disso, é contribuinte de direito aquele que possui relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo, sendo contribuinte de fato aquele que suporta o ônus econômico do tributo.

Ademais, registre-se que este entendimento está estampado na Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo”.

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no julgamento do Recurso Especial 903.394, de Alagoas, de relatoria do ministro **Luiz Fux**, em 26 de março de 2010. Naquela oportunidade o tribunal expôs que:

“O ‘contribuinte de fato’ (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo ‘contribuinte de direito’ (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente (STJ, Recurso Especial nº 903394/AL, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.3.2010, DJe 26.4.2010).”

Portanto, o principal argumento utilizado é que o contribuinte de fato, ainda que arque com o encargo, não mantém relação jurídica tributária com o Estado, por isso não possui legitimidade ativa para ação de restituição.

Sobre o assunto destaque-se a doutrina de **Paulo de Barros Carvalho**:

“(…) o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual” (Carvalho, 2008, p. 583).

Além disso, cumpre observar que, diversamente da regra geral, nos casos dos tributos indiretos, não basta que o contribuinte comprove que houve pagamento indevido. De acordo com o art. 166, o contribuinte de direito deverá provar que não repassou o encargo financeiro, ou que, no caso de ter transferido para terceiro, esteja munido de autorização para receber a repetição do indébito.

4.1. Posicionamentos pela legitimidade do contribuinte de fato

Conforme explanado, em regra entende-se que o contribuinte de fato não possui legitimidade ativa nas ações que tratam de tributo indireto, pois não mantém relação jurídica com a Fazenda Pública.

Contudo, questão bastante pertinente a este tema refere-se ao serviço público prestado por concessionária.

Sobre o assunto, merece destaque o julgado da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.299.303, de Santa Catarina, de relatoria do ministro **Cesar Asfor Rocha**, publicado em 14 de agosto de 2012.

Neste recurso ficou reconhecida a legitimidade ativa do consumidor para discutir a legalidade e a repetição do indébito referente à incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, nos casos de concessionária de serviço público ou serviço essencial explorado em regime de monopólio, já que a lei determina que qualquer excesso fiscal seja automaticamente repassado ao consumidor final.

Assim, concluiu-se que:

“Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da

energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas ‘formalmente’, assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente ‘formal’ (STJ, Recurso Especial nº 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14.8.2012).”

Diante disso, constata-se que no que se refere aos tributos indiretos incidentes sobre serviços públicos prestados por concessionárias, é reconhecida a legitimidade ativa do contribuinte de fato.

Isto porque, de acordo com o tribunal superior, nestes casos o consumidor final detém qualidade de contribuinte de fato e de direito, sendo que a concessionária de energia elétrica apenas tem a responsabilidade de realizar o recolhimento do imposto. Nestes termos, para o Superior Tribunal de Justiça, o consumidor final é reconhecido como sujeito passiva da obrigação tributária.

Seguindo este posicionamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Apelação Cível 992224-3, publicada em 10 de julho de 2013, reconheceu ainda a legitimidade ativa do contribuinte de fato de propor ação de restituição do indébito. Assim, restou decidido que:

“Cede passo então o entendimento de que o consumidor final dos serviços prestados por farmácias de manipulação, que preparam e fornecem medicamentos sob encomenda, tem legitimidade ativa para pleitear repetição de indébito tributário na hipótese de cobrança de ICMS, pois, embora o art. 166 do CTN confira ao contribuinte de direito, como regra geral, a legitimidade para a restituição de tributos pagos indevidamente, é garantido ao usuário do serviço o direito de defender os seus interesses diante do prestador do serviço, preservando os princípios da ampla

defesa e do acesso ao Poder Judiciário. Portanto, havendo o repasse do valor do tributo ao consumidor final, arcando este com o ônus financeiro, assume a condição de contribuinte de fato, de sorte que, o credencia à condição de integrar a relação tributária, ainda que mero consumidor, tudo em conformidade com nova orientação jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que concede sua legitimidade de questionar essa tributação (TJPR, Apelação Cível nº 992224-3, Rel. Des. Salvatore Antonio Astuti, Primeira Câmara Cível, DJ 10.7.2013).”

Além disso, constata-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgando a Apelação Cível 2003.71.12.002280-6, em 28 de fevereiro de 2007, decidiu pela legitimidade do contribuinte de fato em requerer a restituição do valor do tributo indevido, pois é este quem sofre o ônus do encargo tributário. Neste sentido é a ementa:

“Tributário. IPI. Bebidas. Legitimidade. Art. 166 do CTN. Valor fixo. Pauta fiscal. Inconstitucionalidade. O distribuidor, não contribuinte do IPI, que adquire o produto da indústria com incidência do IPI, suportando o respectivo ônus por força de repercussão jurídica evidenciada no destaque do valor do IPI devido na nota, tem legitimidade para demandar acerca do valor devido. Titular do direito à restituição, nos termos do art. 166 do CTN, é o contribuinte de fato quando haja a repercussão jurídica que retira do contribuinte de direito a possibilidade de obter a restituição do que não suportou, de modo que, sendo titular do direito à restituição, por certo pode antecipar-se à incidência, buscando não pagar o indevido (...) (TRF4, Apelação Cível nº 2003.71.12.002280-6, Segunda Turma, Rel. Leandro Paulsen, D.E. 28.2.2007).”

Diante disso, é possível perceber que não é definitivo o entendimento de que o contribuinte de fato é ilegítimo para as ações que versam sobre tributos indiretos. Por outro lado, há sinais de que os tribunais estão modificando o antigo posicionamento.

Como se depreende, a legitimidade ativa do consumidor final para demandar contra o Estado, ainda que em tese não participe da relação tributária com o fisco, começa a ser reconhecida pelos tribunais, tanto no que se refere à discussão da legalidade da cobrança do tributo, quanto no que toca ao requerimento restituição do indevido.

5. Enriquecimento ilícito

Conforme analisado, ainda é predominante o entendimento de que o contribuinte de fato, ou seja, o consumidor final, mesmo que tenha suportado o encargo financeiro do tributo e comprove tal situação, é parte ilegítima para pleitear a restituição do valor pago indevidamente.

Neste sentido defende-se que o contribuinte de fato, como já mencionado anteriormente, não possui relação jurídica com o fisco. Vale frisar que apenas o contribuinte de direito, que é o sujeito passivo da tributação, poderá requerer a restituição do indébito caso não tenha repassado o ônus tributário para o consumidor ou receba autorização deste, nos casos de impostos de consumo.

Em que pese estas constatações, alguns tribunais já confirmaram a legitimidade ativa do contribuinte de fato em ação que versam sobre tributos indiretos. Contudo, este entendimento ainda é minoritário.

Diante disso, este trabalho tem o objetivo de defender a legitimidade ativa do consumidor final que comprove ter assumido o ônus tributário.

Isto porque entender que o indivíduo que comprovadamente arcou com o tributo indireto não possa figurar como autor em ação para reaver o montante repassado indevidamente à Fazenda Pública é concordar com enriquecimento ilícito do próprio Estado ou ainda do contribuinte de direito.

Convém notar, outrossim, que a finalidade deste estudo não é defender a existência da relação jurídica entre o contribuinte de fato e o fisco. Contudo, esta situação não pode constituir óbice para se requerer a devolução do valor pago indevidamente.

A título de exemplo, imagine-se que tenha sido declarada a inconstitucionalidade de um IPI. Neste caso, o atual entendimento é de que somente a empresa poderá propor a ação de repetição de indébito para reaver os valores, nos casos já explicitados.

Na situação exemplificada, caso a indústria tenha repassado o valor para o consumidor, não há interesse em requerer a devolução do indébito, já que o valor pago não foi suportado por aquela. Além disso, o contribuinte de fato, conforme já mencionado, é considerado ilegítimo para figurar na ação de restituição de indébito, restando-lhe apenas autorizar a empresa a pedir a devolução do indébito.

A conclusão a que se chega é que ou ocorrerá o enriquecimento ilícito do Estado, que recebeu um valor que não era devido, ou poderá ainda se enriquecer ilicitamente o contribuinte de direito, que receberá a autorização do consumidor, sendo restituído de um valor que não desembolsou.

Além disso, nos moldes da interpretação a que se atribui atualmente ao art. 166 do Código Tributário Nacional, permite-se que o Estado crie tributos indiretos, sabendo que são ilegítimos, já que tem o conhecimento das dificuldades existentes para que o indivíduo que arcou com o tributo reveja o valor pago. Nestes termos, é preciso retirar a Fazenda Pública da confortável posição que se encontra, excluindo a certeza que tem de que não será obrigada a restituir o valor recebido indevidamente.

Nota-se, portanto, que, diante do entendimento atual, o consumidor final é o verdadeiro prejudicado quando se trata de tributos indiretos.

Diante dessa análise, deve ser reconhecida a legitimidade de o contribuinte de fato requerer a repetição do valor que inadvertidamente pagou, por representar uma perda patrimonial injustificada, pois se o tributo não fosse repassado o consumidor teria desembolsado valor inferior.

6. Considerações finais

A temática aqui abordada teve o escopo de analisar o instituto da repetição de indébito no direito tributário e, em especial, nos casos de tributos classificados como indiretos.

Para isso, foi estudado o conceito de tributo, e a sua classificação quando à transferência do ônus tributário.

Em seguida foi tratada da regra geral para se obter a repetição de indébito, quando o imposto é pago indevidamente, seja porque o tributo era inexigível ou por ter ocorrido o pagamento a maior do que o devido. Neste momento foi possível concluir que, diversamente do que ocorre no direito privado, para se obter a repetição do indébito tributário, em regra, é necessário apenas demonstrar que o pagamento era indevido.

Analisados estes pontos, foi abordado ainda o caso específico de repetição de indébito dos tributos indiretos.

Neste ponto, foi possível perceber que a jurisprudência dominante entende que apenas o contribuinte de direito, aquele considerado sujeito passivo da relação tributária, é legítimo para propor ação que trata de tributo indireto.

Além disso, conclui-se que há duas hipóteses em que o contribuinte de direito poderá requerer

a restituição do valor: quando não tenha repassado o ônus para o consumidor final ou quando esteja munido de autorização específica do consumidor.

Em que pese isto, nota-se que há julgados que admitem a legitimidade do consumidor em casos específicos, como por exemplos nas situações em que o contribuinte de direito seja concessionária de serviço público ou serviço essencial explorado em regime de monopólio. Nestas situações os tribunais superiores reconhecem o consumidor final como verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária.

Encetadas estas considerações, cumpre registrar que este ensaio visa defender a legitimidade do contribuinte de fato para figurar em ação que versem sobre tributos indiretos, com o escopo de afastar possível enriquecimento ilícito do Estado.

Isto porque o contribuinte de direito que repassa o encargo tributário não possui interesse em pleitear a restituição do tributo indireto, pois não desembolsou o valor. Diante disso, o consumidor final, aquele que suportou o tributo que não era devido ou cobrado a maior do que o devido, não poderá se valer da ação de repetição de indébito, simplesmente porque não figura como sujeito passivo da relação tributária.

Contudo, em que pese o contribuinte de fato não praticar o fato gerador, é o principal sujeito afetado pela incidência do imposto.

Nestes termos, deve ser reconhecida a legitimidade ativa do contribuinte de fato, consumidor final, para as ações de repetição de indébito dos tributos indiretos. ■

Referências

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 24.772-3 de São Paulo*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200177654&dt_publicacao=28/11/1994>. Acesso em: 30 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 646.328 do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400346220&dt_publicacao=23/06/2009>. Acesso em: 24 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 903.394 de Alagoas*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602520769&dt_publicacao=26/04/2010>. Acesso em: 11 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.299.303 de Santa Catarina*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103084763&dt_publicacao=14/08/2012>. Acesso em: 19 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 44.115 do Espírito Santo*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=143827>>. Acesso em: 24 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566.621 do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=628479>>. Acesso em: 24 de julho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível 2003.71.12.002280-6*. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200371120022806&dataPublicacao=28/02/2007>. Acesso em: 12 de agosto de 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros *In: Direito tributário - Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO SUPEDÂNEO DE CONSECUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO PÁTRIO: UMA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO

Juliano Del Antonio | julianodelantonio@yahoo.com.br

Procurador jurídico do Município de Santo Antônio da Platina/PR

Pós-graduando em Direito do Estado (FIO/FEMM)

Resumo

Qual a real compreensão do termo “interesse público”? O que busca a administração ao impor o interesse da coletividade sobre o do particular para o alcance do bem comum? Essas são dúvidas que nortearam a consecução do presente trabalho, com o fito de tentar clarificar o entendimento do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, um dos primados do direito administrativo pátrio e sua eminente relação dicotômica entre o público e o privado. Detém a administração pública não só o dever-poder de atuar com o desiderato de atingir o bem comum, como também relativizar alguns direitos individuais, sem contudo aniquilá-los, valendo-se do mister da preponderância dos desígnios da sociedade sobre a vontade do cidadão

Introdução

Ao se iniciar o estudo da disciplina de direito administrativo, faz-se imperioso depreender a máxima posta, pela qual ao administrador somente é permitido agir dentro dos limites e diretrizes traçados pela legislação positivada, em contraponto aos ditames do direito privado, o qual preconiza a permissão por se fazer tudo a que não houver vedação legal.

O Brasil, como é cediço, encontra-se lastreado no regime federativo, vale dizer, todos os membros da federação compõem a materialização do Estado, de acordo com a atuação conferida pela Constituição Federal de 1988, a cada um dos seus entes.

Neste sentido é que o texto constitucional brasileiro fixou para cada uma das três esferas de poder

do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário¹ – funções típicas e atípicas, concernentes a proporcionar a melhor fruição dos ditames estatais, a fim de se atingir o bem comum.

Justamente, nesse diapasão, é que se vislumbra a atuação da administração pública, a fim de propiciar a obtenção dos bens da vida almejados pela sociedade, equilibrando verdadeira dicotomia público-privada: de um lado, os privilégios advindos da lei, conferidos à administração, enquanto, do outro, repousa a liberdade concedida aos particulares pela autonomia da vontade, vigente nas relações de direito privado.

De igual forma, o princípio da supremacia do interesse público é também eivado por uma relação de dualidade. Esta se faz presente tanto no nascedouro de uma norma, vez que o referido princípio inspira o legislador na edição da lei de interesse público, como também vincula a administração pública no tocante à aplicação desse mesmo comando, face ao exercício da função administrativa.

Preliminarmente, passando por uma rápida revisitação pelos meandros que precipitaram o efetivo surgimento do direito administrativo, bem como pela conceituação do vocábulo princípio e sua exegese na seara administrativista, buscou-se perquirir o que realmente se entende por interesse público, no que diz respeito ao interesse da coletividade, e sua dissociação com o interesse do Estado, conceitos estes que não se confundem, bem como a efetiva aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Ante o exposto, o presente estudo tem o objetivo de trazer à baila uma breve compreensão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, na medida

em que essa dualidade de bens jurídicos díspares provoca considerável dúvida acerca do real significado da expressão “interesse público”.

O nascedouro do direito administrativo

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 38) discorre ser a França o berço daquilo que se convencionou denominar “Direito Administrativo”², enquanto ramo do saber jurídico e disciplina sistematizada e organizada, contendo elementos próprios que se relacionam de modo harmonioso e detentor de forma lógica e coerente.

Contraopondo-se ao absolutismo então reinante, o qual negava solenemente direitos aos súditos³ face ao príncipe, uma vez que vigia verdadeira centralização de poderes nas mãos do soberano, é que a França pós-revolução de 1789⁴ enseja real especialização por parte das atividades estatais, deferindo-se verdadeira independência aos órgãos governamentais, através do Conselho do Estado⁵.

Impende salientar que essa luta contra as arbitrariedades estatais foi determinante para a obtenção de direitos individuais, os quais tiveram o condão de modificar a relação existente entre o Estado e o indivíduo, este deixando de ser mero súdito e passando a ser visto como cidadão.

Neste passo, incumbiu-se ao Legislativo elaborar as normas jurídicas primaciais, para a boa consecução da atividade estatal, enquanto competiria à administração a tarefa de executar os ditames impostos pelo legislador, este exercendo a chamada expressão da vontade geral⁶ (**Binenbojm**, 2005, p. 50).

Sob este contexto de autonomia⁷ é que se vislumbrou premente necessidade de afiançar um mínimo de segurança nas relações existentes entre a administração pública e os administrados, com o fito de deli-

mitar a organização e função governamental, assegurando os direitos provenientes da aludida relação, resguardando interesses gerais da coletividade, vale dizer, do interesse público.

Neste sentido deve-se dizer que:

“o Direito Administrativo tal como foi sendo elaborado, pressupunha a existência, em prol do Estado, de prerrogativas inexistentes nas relações entre os particulares, os quais, então, foram nominadas de ‘exorbitantes’, isto é, que exorbitavam dos direitos e faculdades que se reconheciam aos particulares em suas recíprocas relações” (**Mello**, 2009, p. 44).

Isto posto, no intuito de corroborar com o presente estudo, é importante frisar ser a gênese do direito administrativo⁸ convergente com o nascedouro do Estado de Direito⁹, uma vez ser este o eixo motor afeito a regular o comportamento da administração.

Trazendo à órbita deste debate, **Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem** propugnam:

“Não se pode deixar de observar que essa mudança institucional (...) ao Estado de Direito não se realizou do dia para a noite, nem em todos os aspectos de uma só vez. Foram (e continuam sendo) sucessivas etapas, inseridas num longo processo histórico, no caminho do abandono dos princípios autoritários do absolutismo. Por conseguinte, o Direito Administrativo não surge repentinamente, com a edição de uma lei ou com o julgamento de um litígio envolvendo a Administração Pública (...). Nem mesmo é possível afirmar que já chegou a uma “etapa evolutiva final” (2010, p. 51).

Ainda neste diapasão do pensamento exarado por Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, tem-se para os autores que o direito administrativo “se pauta na vontade geral de proteção dos direitos individuais, cristalizada na lei, figurando a Administração Pública como executora dessa vontade geral e intérprete do interesse público” (2010, p. 32).

Entende-se desta forma que o Estado, ao mesmo tempo em que concebe o direito, para que seus cidadãos hajam de modo balizado aos ditames positivados no ordenamento, tem também a inequívoca e indispensável necessidade de sujeitar-se a este mesmo direito.

Faz-se imprescindível estar o Estado “enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente” (Mello, 2009, p. 47), uma vez que o direito administrativo não foi concebido para entrincheirar o Estado dos interesses e direitos atinentes aos cidadãos.

Diversamente disso, o direito administrativo surge com o desiderato de regular a conduta do Estado, mantendo-a rigidamente estanque ao conteúdo legal, no que tange à proteção dos seus cidadãos, sem contudo ignorar as hipóteses em que os interesses individuais se choquem com os da coletividade.

Princípios no direito administrativo

Duas são as modalidades de princípios atinentes ao direito administrativo: de um lado, os princípios constitucionais ou expressos¹⁰, ou seja, aqueles contidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; e de outro prisma, os princípios reconhecidos ou implícitos¹¹, isto é, aqueles que se encontram espalhados pelo ordenamento jurídico pátrio, mas que recebem acolhida por parte do sistema constitucional vigente.

Num primeiro momento, carece trazer rápida conceituação do vocábulo *princípio*. De Plácido e Silva conceitua princípio como sendo “espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contraopondo-se à regra ou ao preceito, que é norma mais individualizada” (2009, p. 1.090).

Para **Miguel Reale**, princípios são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber” (2006, p. 303).

André Ramos Tavares, leciona no sentido de que:

“Os princípios (...) são normas reconhecidas pela doutrina majoritária como sendo normas abertas, de textura imprecisa quanto à sua incidência direta e concreta, presentes na Constituição, e que se aplicam, como diretrizes de compreensão às demais normas constitucionais. Isso porque são dotados de grande abstratividade, e têm por objetivo (...) imprimir determinado significado ou, ao menos, orientação às demais normas” (2012, p. 127).

Já, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma serem os princípios:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido” (2009, p. 948-949).

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, por sua vez, caracterizam os princípios como sendo:

“ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa” (2008, p. 187).

Mais precisamente, no tocante à seara administrativa, face à inexistência de um *codex* próprio, é que os princípios são tidos como postulados fundamentais, inspiradores do modo de agir da administração pública.

Por tudo isso, é que os princípios no direito administrativo surgem como característica diferen-

cial para a perfeita interpretação das demais normas jurídicas, na busca pelo salutar equilíbrio na relação dicotômica existente entre as prerrogativas da administração e os direitos dos seus administrados.

O que é interesse público

O interesse público tem respaldo legal no art. 2º, *caput* e seu parágrafo único, incisos II e III, da Lei 9.784/99¹², possuindo caráter irrenunciável por parte da autoridade administrativa, sendo vedada a promoção pessoal destes.

A compreensão do termo “interesse público” não é de todo pacífica na doutrina administrativista. Num primeiro prisma, é comum reportar simplesmente o interesse público como mera contraposição àquilo que se denomina interesse privado ou individual.

Para **De Plácido e Silva**, o interesse público “é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está (...) adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum” (2009, p. 762).

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona ser o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, isto é, “a dimensão pública dos interesses individuais (...) enquanto participe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (2009, p. 60).

José Cretella Júnior conceitua o interesse público como sendo o “interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob o regime jurídico de direito público” (apud **Ribeiro**, 2010, p. 112).

Hector Jorge Escola, por sua vez, leciona ser o interesse público:

“o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se destina a toda a comunidade como consequência dessa maioria, e que encontra sua origem no

querer axiológico desses indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto com respeito a eles, que podem reconhecerem seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou o afetem, aos quais afasta ou substitui, sem aniquilá-los” (apud **Ribeiro**, 2010, p. 115).

Em razão disso, impende salientar que o interesse público não pode ser confundido com o interesse do Estado ou, ainda, com o interesse do agente público a serviço da administração.

Na lição de **Marçal Justen Filho**, “um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco” (apud **Ribeiro**, 2010, p. 116).

Em idêntica senda, Celso Antônio Bandeira de Mello, explana que:

“a noção de interesse público (...) impende que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito público interno)” (2009, p. 65).

É cediço ser o povo o titular do interesse público, logo, é inadmissível que um governante invoque, numa espécie de palavreado mágico, o “interesse público” com o objetivo de, por si só, justificar a tomada de decisão, sem sujeitá-la ao controle de seus atos, de modo incompatível com o que preconiza o Estado Democrático de Direito. O *interesse da coletividade* está relacionado para o direito público, na mesma medida em que a *autonomia da vontade* figura para o direito privado.

Já para Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, por interesse público subentende-se as noções de fundamento, limite e instrumento do poder, configurando medida e

finalidade da função administrativa (2010, p. 32).

Sob este contexto de “finalidade”, tem-se que o direito administrativo passou a realçar tal elemento nas atividades administrativas, não obstante ser o interesse público o fim último do Estado (Carvalho Filho, 2010a, p. 71).

Conforme asseveraram George Vedel e Pierre Devolvé, “a noção de interesse público não é invariável no tempo e no espaço, adaptando-se de acordo com a época e com o país” (apud Gabardo; Hachem, 2010, p. 33).

Por iguais razões, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz reputa ser o interesse público um conceito jurídico indeterminado, o qual admite entendimentos heterogêneos em razão do modelo constitucional empregado, pois, para o doutrinador espanhol, a noção de interesse público decorrente de um Estado Liberal¹³ em nada se iguala à adotada por um Estado Social e Democrático de Direito¹⁴ (apud Gabardo; Hachem, 2010, p. 33).

Em consonância com o acatado, impõe-se trazer o pensamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem:

“as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do direito civil (...) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração

em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais” (2008, p. 64).

Mister se faz ressaltar que os interesses sociais decorrentes de uma dada sociedade não são uníssonos. O que dizer, então, dos anseios de diversas sociedades, cada qual eivada de característi-

cas singulares e distintas que em nada se assemelham com as encontradas ou procuradas em outros Estados?

Por derradeiro, a doutrina, notadamente a italiana, traz uma classificação de interesse público, distinguindo-o entre o chamado interesse público primário e o secundário¹⁵. O interesse público primário diz respeito ao interesse geral, da coletividade, vale dizer, dos grupos sociais como um todo, ao passo que o interesse público secundário versa sobre o interesse pertencente ao Estado enquanto pessoa jurídica pública (Carvalho Filho, 2010a, p. 73).

Destarte, havendo contrariedade ou colisão entre tais interesses, deve o interesse primário prevalecer, pois o Estado, conforme já visto, não é titular de nenhum interesse, mas sim a coletividade, que tem na figura do próprio Estado o meio de consecução dos primados de legitimidade e justiça, para atingir o bem jurídico comum.

Em virtude destas considerações, tem-se a hipótese de uma desapropriação¹⁶ de grande área urbana, pertencente a um bairro residencial, para a construção ou ampliação de um aeroporto ou de uma avenida de grande fluxo de veículos.

É, sem sombra de dúvidas, exemplo claro da incidência da su-

premacia do interesse público sobre o privado, pois pouco importa a vontade dos proprietários dos referidos imóveis se a administração pública entender que aquele local é necessário para a realização das obras, garantindo-se, entretanto, a justa indenização.

O direito de propriedade, resguardado pela Constituição Federal no seu inciso XXII do art. 5º¹⁷, é, nas palavras de Tito Prates da Fonseca, direito subjetivo perfeito, “até que sobrevenha o interesse público a exigir a sua mutação” (apud Hachem, 2011, p. 43).

Nesse sentido aduz José dos Santos Carvalho Filho, para quem “o mandamento indica que o legislador não pode erradicar esse direito do ordenamento jurídico (...). Pode, sim, definir-lhe os contornos e fixar-lhe limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica” (2010b, p. 840).

Em outros dizeres, a propriedade é um direito cujo exercício não é absoluto, mas sim condicionado ao interesse da coletividade¹⁸. Entretanto, esse mesmo interesse, se mal trabalhado, pode conduzir à lesão de direitos individuais¹⁹.

É sobremodo válido gizar que a prerrogativa da administração pública em realizar uma desapropriação com viés na utilidade pública se faz prevista no inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal²⁰, em consonância com o disposto no art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41²¹.

A par disso, é relevante lembrar que para o adimplemento de uma desapropriação, em prestígio aos princípios da legalidade e da publicidade, a manifestação de vontade da administração necessariamente será formalizada por meio de um decreto de utilidade pública, o qual deverá ser divulgado a toda a coletividade.

OS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SURGEM COMO CARACTERÍSTICA DIFERENCIAL PARA A PERFEITA INTERPRETAÇÃO DAS DEMAIS NORMAS JURÍDICAS

Não se pode perder de vista ser a doutrina uníssona no sentido de conferir à declaração de utilidade pública de um imóvel, cujo interesse a administração manifesta, como sendo de caráter discricionário²², ou seja, o administrador detém a premissa de indicar a oportunidade e conveniência de levar a efeito o ato administrativo declaratório, respaldado na supremacia do interesse público.

Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

No intuito de corroborar o presente estudo, insta salientar que à administração pública compete, enquanto defensora dos interesses públicos, valer-se de poderes especiais conferidos pela lei, não extensivos aos particulares, para tal desiderato.

Sob este contexto, a doutrina hodierna preconiza ser o direito administrativo²³ consubstanciado e regido, dentre tantos outros²⁴, pelo *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*.

Em linhas gerais, o aludido postulado, também denominado *princípio da finalidade pública*, por Maria Sylvia Zanella di Pietro, trata “de uma regra inerente a qualquer grupo social: os interesses do grupo devem prevalecer sobre o dos indivíduos que o compõem (...) [como] uma condição para a própria subsistência do grupo social” (Mazza, 2011, p. 72).

Assim, entende-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, pelo qual se “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (Mello, 2009, p. 69).

Desta forma, convém ressaltar tratar-se de princípio implícito, vale dizer, que não se encontra expressamente descrito no íterim do texto constitucional pátrio.

Nesse sentido são as palavras de Fábio Medina Osório, para quem o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, surge como “um princípio constitucional implícito, extraído da leitura sistemática de diversos dispositivos os quais protegem o interesse público na Constituição Federal” (apud Binenbojm, 2005, p. 60).

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, por sua vez, conceituam o princípio da supremacia do interesse público como “característico do regime de direito público e, (...) um dos (...) pilares do denominado regime jurídico-administrativo, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a Administração” (2008, p. 188).

Já, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, o princípio da supremacia do interesse público faz com que o ordenamento jurídico forneça à administração:

“uma série de instrumentos jurídicos para a consecução de suas finalidades, que não são concedidas aos particulares. Por meio desses, o Estado poderá remover o obstáculo consistente na vontade antagônica do particular, contrariando-o nesse sentido, mas procurando atendê-lo no que diz respeito a tudo aquilo que não implique necessariamente um sacrifício do seu direito” (apud Hachem, 2011, p. 72).

Convém notar, outrossim, que a compreensão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser operada em consonância com outro princípio atinente à administração pública: trata-se do *princípio da indisponibilidade do interesse público*²⁵.

Como bem elucida Daniel Wunder Hachem, o princípio da indisponibilidade do interesse público “constitui a outra face da mesma

moeda, e tem como desdobramentos os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, entre outros” (2011, p. 146).

Destarte, não há que se falar em disponibilidade destes interesses por parte do órgão administrativo, destes interesses, uma vez que, na aceitação conferida por **Ruy Cirne Lima**, é uma “relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” (apud Mello, 2009, p. 74), isto é, impossível de ser contrariada, por se tratar de norma imperativa ou de ordem pública.

Vale dizer, os bens e interesses da administração pública não compõem o livre arbítrio do administrador, não havendo resíduo de discricionariedade, mas sim o dever de atuá-los dentro da finalidade a que se encontram eivados pela disposição legal.

Por outro enfoque, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 70), o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado detém no seu âmago outros dois princípios subordinados, a saber: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

Para o fluir deste labor é necessário entender que, quando se fala acerca de uma posição privilegiada do órgão encarregado em zelar pelo interesse público, se está fazendo referência às vantagens concedidas pela ordem jurídica vigente com o escopo de “assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil (...) e resguardado desempenho de sua missão” (Mello, 2009, p. 70).

À guisa de exemplo, é possível ilustrar a referida situação com a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício

de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial; ação regressiva contra seus servidores culpados por danos a terceiros; ou ainda, a prescrição diferenciada nas ações em que o poder público é parte (prescrição quinquenal).

No tocante à posição de supremacia do órgão, compreende-se a situação de autoridade, isto é, de comando que o poder público detém face os particulares, com o desiderato precípua de poder “gerir os interesses públicos postos em confronto”, seja constituindo os particulares “em obrigações por meio de ato unilateral” ou modificando “unilateralmente, relações já estabelecidas” (Mello, 2009, p. 70).

Nessa seara, pode-se trazer à baila a possibilidade da administração pública promover desapropriações de terrenos particulares com o fito de construir uma rua, um hospital ou outro equipamento público, em prol do uso da coletividade. Da mesma forma, tem-se a requisição de bens em situações de flagrante perigo²⁶, ou ainda, de convocar particulares para a execução compulsória de atividades públicas, tais como a função de mesário nas eleições, ou de jurados no tribunal do júri.

Em suma, é possível conceber a relação atinente entre a administração e os particulares, como sendo de verticalidade, em contraposição à relação oriunda dos particulares entre si, onde vige a horizontalidade.

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público opera diretamente “nos atos em que a Administração Pública manifesta poder de império” (Alexandrino; Paulo, 2008, p. 188-189), impondo aos seus administrados de forma coercitiva seus desígnios, criando, restringindo ou condicionando unilateralmente, o exercício de direitos e de atividades privadas.

A par disso, **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** assevera que:

“A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. (...) mesmo quando as situações jurídicas se formam (...) por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares” (apud Mello, 2009, p. 70-71).

Sob este contexto, tem-se que, da soma das posições de privilégio e de supremacia do órgão da administração, surge a denominada autotutela²⁷, consubstanciada na exigibilidade dos atos administrativos, oriundos da “possibilidade nos limites da lei, de revogação dos próprios atos através da manifestação unilateral de vontade, bem como decretação de nulidade deles, quando viciados” (Mello, 2009, p. 71).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que o direito administrativo, ao derrogar postulados atinentes ao individualismo, isto é, onde prevalecia o princípio da autonomia da vontade, fez erigir, ao mesmo tempo, o reconhecimento de privilégios à administração pública, opondo-se, desta forma, ao ideal de igualdade de todos perante a lei (2010, p. 92).

Essa relação dicotômica entre o público e privado pode ser resumida no seguinte fragmento de texto, pelo qual:

“o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, o da proteção aos direitos individuais diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a da necessidade de satisfação de interesses públicos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (...), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular” (Di Pietro, 2010, p. 93).

Em idêntica senda, Daniel Wunder Hachem preconiza no sentido de que:

“os poderes especiais que o ordenamento confere ao Poder Público ostentam caráter instrumental em relação à consecução de tais finalidades; vale dizer: o administrador só é habilitado a exercer uma competência para lograr o alcance do dever que lhe é endereçado pelo sistema normativo. É nessa oportunidade que Celso Antônio [Bandeira de Mello] atesta que o agente público é titular de um dever-poder: a ele são atribuídas determinadas prerrogativas tão somente para lhe possibilitar o cumprimento de um dever” (2011, p. 58-59).

Em verdade, conforme já dito, a titularidade do interesse público pertence à sociedade e não ao Estado em si. Desta forma, não se faz concebível que a administração pública maneje o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular ao seu bel-prazer, uma vez ser errôneo compreender que detenha simplesmente “poderes” para tal escopo.

Como bem elucidada Celso Antônio Bandeira de Mello, a administração detém, na realidade, “deveres-poderes”, cujo uso, outorgado

pela legislação, fica condicionado à realização dos deveres impostos, visando sempre e tão somente à satisfação do interesse geral e coletivo (apud Hachem, 2011, p. 61).

Ao ensejo de conclusão deste item, depreende-se que de um lado vige a busca pela consecução do interesse público, respaldado no dever e na finalidade de satisfação dos interesses da coletividade, enquanto de outro prisma, tem-se o interesse particular, respaldado na liberdade, não absoluta, da autonomia da vontade.

Considerações finais

O ser humano é, desde sempre, compelido a viver em sociedade. Aliás, mais do que viver, é da natureza humana conviver com outros indivíduos, face sua condição iminente de gregariedade.

Não obstante, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular em nada acarreta desprezo por parte do interesse privado. Tal premissa é amplamente resguardada pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XXXVI²⁸, o qual preconiza ser a administração compelida a respeitar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Não se pode olvidar ser o direito público protetor do direito individual de cada um dos membros que compõem a sociedade. Convém notar, outrossim, que tal proteção se dá, primordialmente, através da primazia, pela administração, dos interesses ditos públicos.

Vale lembrar o exemplo colacionado ao presente trabalho, no tocante à desapropriação de uma grande área, pertencente a um bairro residencial, para a realização de obras de construção ou ampliação de um aeroporto ou de uma avenida.

Até que ponto o interesse público supera o interesse particular, se o Estado realiza de modo pouco

eficiente o trâmite para a desapropriação do terreno objeto da obra pretendida?

É de interesse público que as deficiências do Estado promovam uma forte especulação imobiliária, afetando os proprietários dos terrenos desapropriados e que acabam por não ter, de fato, a justa indenização conferida pela Constituição brasileira de 1988?

Pelo exposto, fica claro que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular faz exsurgir uma série de mecanismos jurídicos afeitos à administração pelo ordenamento jurídico pátrio, indispensáveis para a obtenção do fim colimado pelo interesse público.

Entretanto, o alcance do escopo almejado deve ater-se ao menor custo possível para o indivíduo atingido por este interesse público, afinal, o direito enquanto ferramenta para a construção do bem comum, para uma harmônica e pacífica convivência social, deve ser utilizado em prol do bem-estar coletivo, sem, contudo, propiciar severos gravames aos indivíduos. ■

Notas

1 Art. 2º da Constituição Federal – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

2 Insta salientar ser errôneo afirmar a completa inexistência de um direito administrativo em tempos pretéritos. “(...) na Idade Média, embora já estivessem presentes assuntos que posteriormente seriam encarados como fundamentais para o Direito Público [como por exemplo] (...) as regras de desapropriação no Direito feudal (...), este não ostentava ainda uma sistematização que lhe atribuísse autonomia como ramo do saber jurídico: tais temas encontravam-se dispersos em outros campos do Direito, como no Direito Civil” (Gabardo; Hachem, 2010, p. 19). Na verdade “(...) o que havia eram normas esparsas relativas principalmente ao funcionamento da Administração Pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos, à servidão pública. Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprissem autonomia” (Di Pietro, 2008, p. 1).

3 “Do latim *subditus* (sujeito, subordinado, submetido), é adotado, na terminologia jurídica, no mesmo conceito vulgar: designa a pessoa que está sob jurisdição de um governo monárquico, ou é natural de um país em que domina a monarquia

ou o império. Corresponde a *cidadão*, frequentemente empregado para indicar os naturais de países republicanos” (De Plácido e Silva, 2009, p. 1332).

4 “(...) a certidão de nascimento do direito administrativo foi a *Lei 28 Pluviose* (...) editada em 1800, nos albores da Revolução Francesa, organizando e limitando externamente a Administração Pública. Tal lei simbolizaria a superação da estrutura de poder do Antigo Regime fundada, não no direito, mas na vontade do soberano (...). A mesma lei que organiza a estrutura da burocracia estatal e define suas funções operaria como instrumento de contenção do seu poder, agora subordinado à vontade heterônoma do Poder Legislativo” (Binenbojm, 2005, p. 49-50).

5 “(...) instituído pelo art. 52 da Constituição de 22 de Fevereiro do Ano VIII, isto é, 15 de dezembro de 1799 – que, com suas decisões, forjou estes princípios e as concepções que se converteram no que se chama ‘Direito Administrativo’” (Mello, 2009, p. 39).

6 “Se a lei emana do povo, ela exprime a sua vontade geral, que deve ser respeitada para permitir o exercício harmônico das liberdades individuais. A Administração Pública deveria, pois, submeter-se rigidamente aos mandamentos legais para que não houvesse qualquer ingerência indevida na esfera jurídica individual dos cidadãos. Logo, se a justificativa da supremacia da lei estava na necessidade de proteção da vontade geral (que em última instância se traduzia no anseio de maximização das liberdades), a sua repercussão direta no âmbito da Administração Pública era clara (...). A Administração é uma função essencialmente executiva: encontra na lei o fundamento e o limite da sua atividade” (Gabardo; Hachem, 2010, p. 56).

7 “Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Só se pode (...) falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo” (Mello, 2009, p. 52).

8 Dentre as diversas conceituações de direito administrativo, José dos Santos Carvalho Filho assevera “como sendo o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir” (2010b, p. 9).

9 “No caso do Direito Público edificado sob o influxo do Estado de Direito, é preciso considerar as mudanças operadas pelas Constituições modernas, cuja novidade, segundo Dieter Grimm, acha-se na sua validade jurídico-positiva (conceito normativo), que os diferencia dos conceitos mais antigos de constituição (como no Direito natural), e na ampliação de suas funções em três sentidos distintos: (i) elas não apenas regulam as formas do exercício do poder estatal legítimo, modificando-o, mas elas próprias geram a legitimidade desse poder, produzindo efeitos constitutivos; (ii) seus efeitos são completos, atingindo e obrigando todos os aspectos do poder estatal e não somente alguns; (iii) seus efeitos são universais, redundando em benefício a todos aqueles que estiverem submetidos ao poder” (Gabardo; Hachem, 2010, p. 21-22).

10 Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

11 Princípios da supremacia do interesse público ante o particular; presunção de legitimidade; indisponibilidade; autotutela; continuidade dos serviços públicos; razoabilidade e proporcionalidade; motivação; segurança jurídica; dentre outros.

12 Art. 2º da Lei 9.784/99 – A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

13 Para o Estado Liberal o entendimento do que é interesse público encontra-se balizado na premissa da inexistência de barreiras por parte do Poder Público no tocante ao exercício das liberdades, principalmente as que tangem a esfera econômica. Assim, “a concepção liberal do interesse público refletia-se pela garantia dos interesses privados (...). O interesse privado se colocava diante do interesse público, eis que o bem comum não era algo materialmente definido pelo Estado ou pela coletividade: ele estaria no livre desenvolvimento das vontades individuais, limitados às fronteiras estabelecidas pela lei” (Gabardo; Hachem, 2010, p. 34).

14 Já para o Estado Social, o distanciamento entre Estado e sociedade é suplantado, passando tais direitos “a configurar um conjunto de valores que orientam a ação positiva da Administração Pública, exigindo a sua realização efetiva mediante prestações estatais. Assim, o interesse geral do Estado Social dirige-se à potencialização e ao robustecimento dos direitos fundamentais” (Gabardo; Hachem, 2010, p. 38).

15 “Ainda quando se admite classificá-lo em primários e secundários, como o fizeram Alessi e outros autores da doutrina italiana, o escopo é de demonstrar que a titularidade é sempre do grupo social, distinguindo-se apenas pelo fato de alguns interesses serem diretamente vertidos para ele e outros o serem indiretamente, através do Estado” (Carvalho Filho, 2010a, p. 80).

16 “Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização” (Carvalho Filho, 2010b, p. 886).

17 Art. 5º da Constituição Federal – (...) XXII – é garantido o direito de propriedade;

18 “A desapropriação está calcada na previsão constitucional da função social da propriedade” (Tavares, 2012, p. 715). Nesse sentido, o art. 5º da Constituição Federal, no seu inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

19 “(...) o interesse público (...) ao prevalecer sobre outros interesses protegidos pelo sistema normativo, poderá apenas deslocá-los ou limitá-los, mas jamais aniquilá-los. Se eles desfrutarem de proteção jurídica, não fariam sentido lógico aceitar o seu sacrifício sem a garantia de uma recompen-

sa, (...) de uma substituição por um valor jurídico equivalente” (Hachem, 2011, p. 210).

20 Art. 5º da Constituição Federal – (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

21 Art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41 – Mediantes declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

22 “Com fulcro nessa competência legalmente instituída, o Poder Público recebe do sistema normativo uma autorização jurídica para identificar, no caso concreto, quais situações configuram interesse público (...), isto é, um interesse da coletividade (...) que justifique a sua prevalência (...) permitindo-o excluir do particular o seu direito de propriedade, mediante o pagamento de justa indenização” (Hachem, 2011, p. 202-203).

23 É de ser relevada a opinião de José CreteLLa Júnior, para quem o princípio da supremacia do interesse público, não se configura como um princípio exclusivo do Direito Administrativo apenas, “pois é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, visto que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e constitucional” (Hachem, 2011, p. 69).

24 “O Estado (...) embora tenha assegurada pela ordem constitucional a prevalência dos interesses em nome dos quais atua, está adstrito aos princípios constitucionais que determinam a forma e os limites de sua atuação, como o princípio do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da proporcionalidade, dentre outros. (...)” (Alexandrino; Paulo, 2008, p. 188).

25 O princípio da indisponibilidade do interesse público não se confunde com o princípio da supremacia do interesse público, uma vez que aquele, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, “significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade (...) não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis” (2009, p. 73-74).

26 Art. 5º da Constituição Federal – (...) XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

27 Não há, entretanto, que se falar em autorização por parte da administração pública, respaldada na supremacia do interesse público sobre o privado, em exercer “(...) tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. (...) a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio. Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se,

quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido” (Mello, 2009, p. 71-72).

28 Art. 5º da Constituição Federal – (...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte: Forum, v. 3, n. 8, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse público: verdades e sofismas*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67-84.

_____. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13-66.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Interesse público: um conceito jurídico determinável*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103-119.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIVIL E COMERCIAL

VALOR DA INDENIZAÇÃO A SER PAGA EM RESCISÃO DE REPRESENTANTE COMERCIAL É DETERMINADO PELA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA ASSINATURA DO CONTRATO

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 656.554 – PR
Órgão julgador: 4a. Turma
Fonte: DJe, 13.03.2014
Relator: Ministro Raul Araújo

PROCESSUAL CIVIL. EMPRESARIAL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. DESCUMPRIMENTO PELOS REPRESENTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. AVISO PRÉVIO (LEI 4.886/65, ART. 34) E INDENIZAÇÃO (LEI 4.886/65, ART. 27, “J”). CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. INCIDE SOBRE O CONTRATO A LEI SOB A QUAL FOI FIRMADO. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. PRECEDENTES.

1. Não se vislumbra a alegada violação ao art. 535 do CPC, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistiu omissão no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pelos recorrentes, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

2. A falta de impugnação de fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido atrai a incidência da Súmula 283/STF.

3. Nas hipóteses em que a rescisão do contrato de representação se dá por culpa do representado, sem que, por outro lado, se configure qualquer das hipóteses do art. 35 da Lei 4.886/65, é devido o aviso prévio do art. 34 da Lei 4.886/65, bem como a indenização do art. 27, “j”, do mesmo diploma legal.

4. De acordo com a iterativa jurisprudência desta Corte, incide sobre o contrato a lei sob a qual foi firmado, não sendo cabível a aplicação de norma superveniente.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 18 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO: Cuida-se de recurso especial interposto por TITU’S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA e OUTRO, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, assim ementado:

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – QUEBRA DE CONTRATO PELOS REPRESENTADOS – LEGITIMIDADE ATIVA PRESENTE – AUTOR, COMO PESSOA FÍSICA, E RESPONSÁVEL PELA PESSOA JURÍDICA QUE POR ÚLTIMO CONTRATOU – LEGITIMIDADE DAS RÉS – LIAME QUE JUSTIFICA SUA PERMANÊNCIA NO POLO PASSIVO DA AÇÃO – ESTIPULAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE NAS REGIÕES DESTINADAS AO AUTOR – COLOCAÇÃO, NESTA ÁREA, DE OUTROS REPRESENTANTES POR DECISÃO UNILATERAL DOS REPRESENTADOS – REDUÇÃO DE ESFERA DE ATIVIDADE DO REPRESENTANTE EM DEACORDO COM AS CLÁUSULAS DO CONTRATO – MOTIVO JUSTO PARA A RESCISÃO – PRESCRIÇÃO VIN-

TENÁRIA – PRAZO DE 05 (CINCO) ANOS APENAS PARA O DIREITO DE AÇÃO – 1/12 AVOS DEVE SER A RE-TRIBUIÇÃO, PORÉM A PARTIR DA VIGÊNCIA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 27, DA LEI 8.420/92 – PARA O PERÍODO ANTERIOR PREVALECE O DISPOSTO NO CONTRATO E NA LEI ENTÃO VIGENTE (1/20) – APURAÇÃO DO QUANTUM EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, COMO DECIDIDO EM PRIMEIRO GRAU – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO AUTOR E DESPROVIMENTO DOS RECURSOS DOS RÉUS. (fls. 6.819/6.820)

Opostos embargos de declaração por Titu’s Indústria e Comércio de Confecções Ltda e Outro, foram desacolhidos nos termos do acórdão de fls. 6.854/6.859.

Apontam os recorrentes, em suas razões, violação aos arts. 6º, 267, VI, 535, II, do Código de Processo Civil; ao art. 20 do Código Civil e aos arts. 27, “j”, e 34 da Lei 4.886/65.

Afirmam a existência de omissão no aresto recorrido, pois o Tribunal de origem teria deixado de se manifestar sobre a alegação de ser indevida a indenização relativa ao aviso prévio, mesmo após reiteração da questão em embargos de declaração.

Ressaltam não ser suficiente a transcrição de trecho da sentença, porque o fundamento apresentado na apelação para afastar a indenização no ponto, qual seja, não ter havido denúncia vazia do contrato por nenhuma das partes, consoante exige o art. 34 da Lei 4.886/65, não foi examinado pelo órgão julgador.

Assinalam, de outra parte, ser o autor parte ilegítima para figurar no polo ativo da ação no que respeita ao contrato firmado em 23.4.1999, pois celebrado entre TITU’S Indústria e Comércio de Confecções Ltda e a sociedade TILTI’S DO BRASIL, da qual o autor é sócio-gerente. Esclarecem estar o autor demandando em nome próprio, e não na condição de representante da sociedade empresária TILTI’S, devendo ser reconhecida sua ilegitimidade para reclamar indenização proporcional ao período em que não figurou como contratante, estando patente a violação aos arts.

6º e 267, VI, do CPC e 20 do Código Civil de 1916. Reiteram não ser possível confundir a pessoa do sócio com a da sociedade.

No que respeita ao pagamento de indenização diante da falta de aviso prévio, alegam os recorrentes ser ela indevida, pois a rescisão contratual, na verdade, foi requerida pelo autor e com fundamento na existência de justa causa, situação que não se enquadra na hipótese do art. 34 da Lei 4.886/65, que prevê ser devida a indenização somente se houver a rescisão do contrato sem causa justificada e sem aviso prévio. Reiteram não ter havido denúncia vazia do contrato de representação por qualquer das partes. Citam, a título de paradigma, o REsp 417.058/MG, da relatoria do saudoso Min. MENEZES DIREITO.

Questionam, por fim, o percentual de indenização. Esclarecem ter sido corretamente dimensionada a indenização na sentença, no percentual de 1/20, de 8.7.1985 até 23.4.1999, e no percentual de 1/12 a partir da vigência da Lei 8.420/92. Porém, com o julgamento da apelação, afastou-se o acórdão recorrido da correta exegese do art. 27, “j”, da Lei 4.886/65, fixando o percentual em 1/20 enquanto perdurou a Lei 4.886/65 (apesar de ela continuar em vigor, tendo apenas sofrido alterações de redação com a entrada em vigor da Lei 8.420/92), e 1/12 a partir da vigência da Lei 8.420/92.

Esclarecem, nesse propósito, que a nova redação introduzida pela Lei 8.420/92 só pode ser aplicada a contratos celebrados após sua vigência. Não é admissível que lei posterior alcance cláusula contratual para impor indenização maior, sob pena de desrespeito ao princípio *tempus regit actum*. Se o contrato foi firmado sob a égide da Lei 4.886/65, em sua redação original, é sob essa normatização que deve ser interpretado. Cita, em abono a sua tese, doutrina de Rubens Edmundo Requião e julgados desta Corte – REsp 8.440/RJ, da relatoria do Ministro AMÉRICO LUZ, e AGA 3.683/RS, da relatoria do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

Apontam, ainda, a título de paradigma, o REsp 242.324/SP, do eminente Min. MENEZES DIREITO, que tem a seguinte ementa:

Contrato de representação comercial. Princípio *tempus regit actum*. Indenização. Cláusula *del credere*. Honorários.

1. Assinado o contrato sob regime legal que autorizava a cláusula *del credere* e indicava um piso para o pagamento da indenização, não pode a lei posterior alcançá-lo para afastar a referida cláusula e impor um piso maior, sob pena de violência ao princípio *tempus regit actum*.

2. Identificado pelo Acórdão recorrido a sucumbência recíproca, aplica-se o art. 21 do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 242.324/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/12/2000, DJ de 5/3/2001, p. 157)

Requerem o provimento do recurso para que seja declarada a nulidade do acórdão que rejeitou os embargos de declaração. Superada essa questão, pretendem seja reconhecida a ilegitimidade ativa do recorrido para reclamar a indenização por todo o período; seja declarada indevida a indenização por falta de aviso prévio; seja determinado que o percentual da indenização é 1/20, prevalecendo o entendimento firmado nos acórdãos paradigmas.

Não foram apresentadas contrarrazões (certidão à fl. 6.914).

O recurso ascendeu a esta Corte por força de juízo positivo de admissibilidade (fls. 6.917/6.920).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): Colhe-se da inicial ter sido proposta por (...) ação de rescisão contratual cumulada com pedido de indenização e pré-aviso em face de TITU’S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, J.V. DIAS NETO CONFECÇÕES LTDA e CAMARGO E LEITE E CIA LTDA (atualmente Camargo e Miranda Ltda), afirmando ter ajustado com as rés, as quais fariam parte do mesmo grupo econômico, contrato de representação comercial em 8 de julho de 1985, sendo a comissão fixada em 10% do montante das vendas efetivadas. Diz o autor que ini-

cialmente era o único representante das requeridas na região correspondente ao oeste e sudoeste do Estado do Paraná. Porém, contrariando o estipulado no contrato, sua área de atuação foi reduzida, sem lhe ter sido oportunizada sequer a escolha da nova região, razão pela qual pleiteia a rescisão do contrato e a condenação das rés ao pagamento da indenização prevista no art. 27, “j”, da Lei 4.886/65, com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.420/92, e dos valores relativos ao pré-aviso.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, para:

a. Declarar rescindido o contrato de representação comercial;

b. Condenar as rés ao pagamento da indenização correspondente a 1/20 (um vinte avos) desde 8.7.1985 (primeiro contrato) até 23.4.1999 (último contrato), e correspondente a 1/12 (um doze avos) desde 23.4.1999 até o dia 10.5.2000 (fl. 7.251), data do último pedido apresentado pelo autor, considerando-se o valor total da retribuição auferida durante estes períodos distintos, em estrito atendimento à regra do art. 27, “j”, da Lei 4.886/65, tendo em vista a rescisão unilateral do contrato;

c. Condenar as rés ao pagamento da indenização pela ausência do aviso prévio no valor correspondente à importância de 1/3 (um terço) das comissões auferidas pelo autor nos últimos três meses do contrato, na forma do art. 34 da Lei 4.886/65, tendo em vista a ausência da expedição de aviso de rescisão com antecedência de 30 dias.

Os honorários advocatícios foram fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Apelaram as partes, sendo parcialmente provido o recurso do autor para fixar a condenação em 1/12 do total da retribuição auferida a partir da entrada em vigor da Lei 8.420/92.

Passo, então, ao exame do recurso.

I – Da violação ao art. 535 do Código de Processo Civil – ausência de manifestação sobre a alegação de ser indevida indenização por ausência de aviso prévio no caso de denúncia motivada.

A questão do aviso prévio foi tratada pelo acórdão, que, no ponto, transcreve

trecho da sentença, da seguinte forma, *verbis*:

“Ora, se trata de contrato celebrado há mais de 6 (seis) meses e vigente por prazo indeterminado e as rés não demonstraram a existência de justa causa para a rescisão do contrato de representação, então necessário o pagamento da indenização e do aviso prévio a que fazem menção os arts. 27, “j” e 34 da Lei n. 4.886/65, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença, com incidência da regra clara dos parágrafos do art. 32 da mesma Lei” (fl. 6.835)

Como se vê, a Corte local, na esteira da sentença, acolheu a tese de que, no caso de o contrato ter sido descumprido sem justa causa pelas recorrentes, o que acabou por ensejar sua rescisão, é devida a indenização por falta de aviso prévio.

Nesse contexto, houve manifestação acerca da temática do aviso prévio, ainda que não sob o enfoque defendido pelas recorrentes, o que não caracteriza omissão, ou ausência de prestação jurisdicional, ou mesmo violação ao art. 535 do Estatuto Processual.

Confira-se, a propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C RESTITUIÇÃO DE COBRANÇA INDEVIDA. ART. 535. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL EVIDENCIADO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não caracteriza omissão quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte. Destarte, não há que se falar em violação do art. 535, do Código de Processo Civil, pois o tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. A conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* acerca da existência da prova e do nexos causal dos danos sofridos pelo recorrido, decorreu de convicção formada em face dos elementos fáticos existentes nos

autos. Rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal (Súmula 7/STJ).

3. A inscrição/manutenção indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplente enseja o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 439.905/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe de 3/2/2014)

II – Da violação aos arts. 6º e 267, VI, do CPC e 20 do Código Civil de 1916 – ilegitimidade ativa do autor no que concerne ao contrato firmado por TILTI’S DO BRASIL LTDA – ME.

Conforme se depreende da sentença, o autor, (...), celebrou contrato de representação com a recorrente Titu’s Indústria e Comércio de Confecções Ltda, em 8 de julho de 1985, com validade de seis meses, tendo como objeto a venda de mercadorias fabricadas pela sociedade empresária. Celebraram outros contratos de mesmo teor na sequência, pelo mesmo prazo, sendo que em 1º de outubro de 1988, por fim, celebraram contrato pelo prazo de um ano, o qual foi prorrogado por prazo indeterminado por aproximadamente dez anos.

Em 23 de abril de 1999, foi firmado contrato de representação comercial, agora entre Tilti’s do Brasil Ltda – ME, essa representada por Carlos Cesar Gomes Ltda, e Titu’s Indústria e Comércio de Confecções Ltda, o qual perdurou até a cessação da relação negocial.

Afirmam as recorrentes, em vista disso, não ser o autor parte legítima para figurar no polo ativo da demanda no que respeita à segunda avença, buscando indenização pelo rompimento do contrato firmado por Tilti’s do Brasil Ltda – ME, já que não litiga na qualidade de seu representante, mas apenas como pessoa física.

A Corte local, adotando os fundamentos da sentença, afastou a alegação de ile-

gitimidade ativa, em vista dos seguintes argumentos, *verbis*:

“Consignou-se, a propósito, (f. 8656), que ‘desde JUL 85 as partes nunca deixaram de manter a relação negocial, estando clara a unicidade do pacto porque tradutor de uma mesma vontade das partes (intermediação da venda de produtos de vestuário derivados da mesma fábrica), conclusão possível a partir do atendimento do princípio da boa fé objetiva, proveniente dos modernos ensinamentos da disciplina do direito civil constitucional, de regra aplicados à relação do consumo mas que bem podem ser aplicadas ao caso presente, sob pena de perecimento do direito da parte hipossuficiente na relação.

Assim, se o autor demanda em nome próprio pela primeira parte do pacto (contratos escritos e prorrogação por prazo indeterminado), não faz diferente com relação à segunda parte (iniciada em ABR 99) quando contrata com a primeira ré na condição de representante da empresa Tilti’s Ltda. Nada mudou.

Veja-se, apenas como exemplo, os documentos de fls. 7152/7222, todos do ano de 2000, em que o autor (Carlos) continua sendo o único subscritor dos pedidos, não existindo qualquer notícia de dificuldade no recebimento dos comandos ou pagamento das comissões ou, ainda, cessação das atividades com a representação por conta deste particular e que, finalmente, já mesmo durante a prorrogação do prazo, já tratava com a primeira ré através da empresa Tilti’s (fls. 2007/2046, apenas a título de exemplo).” (fls. 6.827/6.828)

As recorrentes, porém, não impugnam especificamente o argumento relativo à possibilidade de reconhecimento da legitimidade do recorrido em vista da existência de unicidade contratual, representativa de um mesmo ajuste entre as partes, incidindo na hipótese a Súmula 283/STF.

III – Da violação ao art. 34 da Lei 4.886/65 – indevida condenação ao pagamento de indenização relativa ao aviso prévio e dissídio jurisprudencial em relação ao REsp 417.058/MG.

No caso dos autos, ficou comprovado que o autor/representante detinha exclusi-

vidade, por força de contrato, de atuação nas áreas Oeste e Sudoeste do Paraná. Porém, as rés modificaram unilateralmente essa cláusula, restringindo a área de atuação e contratando mais dois representantes comerciais para atuar na mesma região.

Transcrevo, a fim de esclarecer o ponto, o seguinte trecho do acórdão recorrido, *verbis*:

“Os contratos de representação, quanto ao mais, realmente se sucederam, por períodos diferentes, mas sempre prorrogados, inclusive por prazo indeterminado, até que as representadas deram causa à rescisão, designando, para a região reservada ao autor, outros representantes.

Tal fato é expressamente admitido pelas suplicadas/recorrentes, que aduzem, para livrarem-se das indenizações, não ter havido exclusividade, nem restringido a área de atuação do representante.

Não é, contudo, o que está escrito nos contratos.” (fl. 6.829)

Esse descumprimento do contrato, ensejador do presente pedido de rescisão pelo autor, foi tido como suficiente para condenar o representado a pagar ao representante tanto a indenização do art. 27, “j”, da Lei 4.886/65 quanto a indenização relativa ao prévio aviso, com base no art. 34 da Lei 4.886/65, que tem a seguinte redação:

Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

Defendem as recorrentes, porém, que, como o pedido de rescisão é motivado pela restrição da área de atuação e a quebra da exclusividade (art. 36, “a” e “b”, da Lei 4.886/65), não se pode falar em indenização por ausência de pré-aviso, cabível, segundo entendem, somente nas hipóteses de denúncia vazia.

Esse entendimento foi acolhido pelo saudoso Min. MENEZES DIREITO, no julgamento do REsp 417.058/MG, quando, interpretando o art. 34 da Lei 4.886/65, deixa consignado, *verbis*:

“Tenho para mim que o dispositivo alcança, apenas, os casos de denúncia vazia, por qualquer das partes. Se uma delas toma a iniciativa em função de culpa do outro, o aviso prévio não é devido. Não seria mesmo razoável que houvesse a obrigatoriedade do aviso prévio quando uma das partes toma a iniciativa da ruptura diante de motivo justo. O que justifica o aviso prévio, no sistema legal da representação comercial, é, como está expresso no dispositivo, a denúncia inopinada do contrato, sem causa alguma. Ai sim, impõe-se o pagamento do aviso prévio e da indenização.”

A prevalecer esse entendimento, se o contrato for rompido por culpa do representado (isto é, configurada uma das hipóteses do art. 36 da Lei 4.886/65), é devida ao representante a indenização prevista no art. 27, “j”, da Lei dos Representantes Comerciais, que busca compensar a perda do mercado conquistado, ou mesmo a rescisão abusiva. Porém, não é devido o aviso prévio de que trata o art. 34 do mesmo diploma legal.

É de se ver, porém, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 81.128/SP, entendeu que, no caso de rescisão sem justa causa de contrato por prazo indeterminado, o representante tem direito tanto à indenização do art. 27, j, parágrafo único, da Lei 4.886/65 (em sua redação original) como ao aviso prévio do art. 34. Confira-se:

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. DENUNCIA DE CONTRATO POR TEMPO INDETERMINADO, SEM JUSTA CAUSA. O PRE-AVISO DO ART. 34, NÃO ISENTA O REPRESENTADO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O REPRESENTANTE NA FORMA DO ART. 27, “J”, PARAGRAFO ÚNICO DA LEI 4.886, DE 09 DE DEZEMBRO DE 1965. A REFERENCIA FEITA AO ART. 34 DA ALÍNEA “J”, DO ART. 27, DA LEI 4.886/65, E UM SIMPLES ERRO MA-

TERIAL, POIS NA REALIDADE, A LEI FEZ REMISSÃO AO ART. 35, COMO SE VERIFICA DO ART. 40, PAR ÚNICO DO MESMO DIPLOMA E DA SUA SISTEMÁTICA. ERRO MATERIAL OU TIPOGRÁFICO, PODE SER SUPRIDO PELO INTERPRETE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(RE 81.128, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 12/8/1975, DJ de 19-9-1975 PP-06738 EMENT VOL-00997-03 PP-00689)

Assim também:

Direito Comercial. Contrato de representação. Valor das comissões. Denúncia e aviso prévio. Indenização pela rescisão desmotivada. Lei nº 4.886/65, arts. 27, 34 e 35. Recebimento de comissões.

I – É devida indenização quando rescindido contrato de representação comercial sem que ocorram as hipóteses previstas no art. 35 da Lei nº 4.886/65, ainda que tenha sido dado o aviso prévio de que trata o art. 34 do mesmo diploma legal. Precedentes.

II – “Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros” (Lei nº 4.886/65, art.31).

III – É inviável o recurso especial no que se refere ao pagamento das comissões quando, para se verificar o recebimento ou não destas consoante ajustado, for necessário o reexame de provas. Aplicação da Súmula nº 7/STJ.

IV – Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 577.864/MG, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/11/2004, DJ de 1º/2/2005, p. 544)

Cumpra esclarecer, a propósito, que o art. 35 da Lei 4.886/65 cuida das situações em que o representado pode rescindir o contrato de representação por justa causa. Assim, não demonstrada a existência de justa causa pelo representado, por ele é devida a indenização do art. 27, “j”, da Lei 4.886/65.

Ora, se no caso de rescisão sem justa causa, isto é, sem que o representante dê causa à rescisão, é devida tanto a indenização como o aviso prévio, parece que com mais razão são devidas as duas reparações se a rescisão se dá por culpa do representado, que impõe a perda da representação ao representante, enquanto se beneficia dos clientes já conquistados.

Assinala Rubens Requião, a propósito, a natureza diversa das duas verbas, *verbis*:

“A indenização constitui um direito independente do aviso prévio. Aquele tem a natureza compensatória de perdas e danos pela violação contratual, e este possui um sentido remuneratório, salarial. É o pagamento de uma verba para permitir ao representante comercial demitido, a cavaleiro de suas necessidades mais urgentes, a procura de outra atividade em substituição à que findou desmotivadamente.” (Do Representante Comercial: Comentários à Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.420, de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 251).

Destaca Fábio Ulhoa Coelho, nessa linha de entendimento, haver juízes impondo ao representado, quando houver culpa deste, o dever de pagar ao representante também a verba relativa ao pré-aviso (Curso de Direito Empresarial, volume 3: direito de empresa. 11a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122 e 123).

É certo, ademais, que o descumprimento de contrato por uma das partes não deixa de configurar uma rescisão abrupta, rompendo ajuste que seguia de modo regular por prazo indeterminado.

Aliás, é da natureza dos contratos por prazo indeterminado seja notificada a parte, com prazo razoável, acerca da vontade externada pela outra de romper o ajuste, podendo-se equiparar o descumprimento da cláusula de exclusividade, no caso, à intenção de romper o contrato.

Nesse contexto, andou bem a Corte de origem ao condenar as recorrentes ao pagamento da indenização do art. 27, “j”, da Lei 4.886/65, cumulada com o aviso prévio do art. 34 da mesma Lei.

IV – Da violação ao art. 27, “j”, da Lei 4.886/65 – impossibilidade de aplicação do referido artigo com a redação dada pela Lei 8.420/92 aos contratos firmados em data anterior e dissídio jurisprudencial em relação ao REsp 242.324/SP

O art. 27, “j” da Lei 4.886/65 tinha a seguinte redação originalmente:

Art. 27. Do contrato de representação comercial, quando celebrado por escrito, além dos elementos comuns e outros, a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente:

(...)

j) a indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 34, cujo montante não será inferior a um vinte avos (1/20) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, a contar da vigência desta lei.

Parágrafo único. Na falta do contrato escrito, ou sendo este omissivo, a indenização será igual a um quinze avos (1/15) do total da retribuição auferida no exercício da representação, a partir da vigência desta lei.

Com a entrada em vigor da Lei 8.420/92, o referido dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente

(...)

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial,

tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.

A Corte local, mencionando a existência de divergência no Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, entendeu ser possível a aplicação do artigo em epígrafe em sua nova redação, mesmo aos contratos firmados antes de sua vigência, concluindo:

“No concernente ao percentual da indenização, ainda quanto, novamente controvertida a questão, parece-me mais justa a aplicação de cada dispositivo legal a seu tempo próprio.

Ou seja, valem os 1/20 avos enquanto perdurou a Lei 4886, e 1/12 a partir da vigência da Lei 8.420/92.” (fl. 6.837)

Esse entendimento, porém, contraria a jurisprudência que acabou por se firmar nesta Corte, no sentido de que o contrato é regido pela norma vigente quando de sua celebração. São exemplos desse entendimento, além do acórdão apontado como paradigma, os seguintes julgados:

CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE DISPOSIÇÃO CONTIDA NA LEI 8.420/92, AINDA QUE PARA EFEITOS FUTUROS, A CONTRATO EM CURSO NO INÍCIO DA VIGÊNCIA DESSE DIPLOMA. INVIABILIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS EXORDIAIS, COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPRESCINDIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA OBTENÇÃO DA REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

1. Conforme a jurisprudência do STF e do STJ, os contratos devem se submeter ao ordenamento jurídico vigente quando da celebração do negócio jurídico, não cabendo, sob pena de malferimento ao ato jurídico perfeito, a aplicação de norma superveniente à pactuação, mesmo que para efeitos futuros.

2. No caso, em relação ao contrato de representação comercial firmado sob a égide da lei anterior, só poderá se cogitar da aplicação da Lei 8.240/92, na hipótese de as partes procederem, na vigência desse Diploma, à alteração contratual com o intuito de amoldar a avença aos seus termos. Precedentes.

3. Ademais, a teor da Súmula 126/STJ, é inadmissível recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não interpõe recurso extraordinário.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 993.451/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 2/4/2013, DJe de 17/4/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FIRMADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 4.886/65. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. RESCISÃO CONTRATUAL.

I. O contrato de representação comercial assinado sob a vigência de uma lei que indicava determinado piso para o pagamento da indenização, não pode ser alcançado por lei posterior, devendo prevalecer o princípio *tempus regit actum*.

II. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1.229.686/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/6/2010, DJe de 1º/7/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. CONTRATO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 8.240/92. INAPLICABILIDADE DA LEI NOVA. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. 'Às partes que contrataram representação comercial autônoma antes da vigência da Lei 8.240/92 não se aplicam as regras da lei nova'. (REsp 1085903/

RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 30/11/2009).

2. No caso dos autos o contrato de representação foi celebrado em 1986 e viveu até o ano de 2005, não havendo que se falar em prescrição quinquenal das parcelas indenizatórias devidas.

3. Agravo regimental não provido com aplicação de multa.

(AgRg no Ag 1.362.426/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 6/11/2012, DJe de 14/11/2012)

DIREITO COMERCIAL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. As alterações introduzidas na Lei nº 4.886, de 1965, pela Lei nº 8.240, de 1992, não atingem os contratos que estavam em vigor à época das modificações. Recurso especial conhecido e provido em parte.

(REsp 198.149/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/4/2003, DJ de 29/3/2004, p. 229)

Relembro que, na hipótese, foi firmado pelo autor contrato de representação com a recorrente Titu's Indústria e Comércio de Confecções Ltda, em 8 de julho de 1985, com validade de seis meses, vindo outros contratos de mesmo teor na sequência, pelo mesmo prazo, sendo que, em 1º de outubro de 1988, foi ajustado contrato pelo prazo de um ano, o qual foi prorrogado por prazo indeterminado por aproximadamente dez anos.

Em 23 de abril de 1999, foi firmado contrato de representação comercial, agora entre Tilti's do Brasil Ltda – ME, essa representada por Carlos Cesar Gomes, o qual perdurou até a cessação da relação negocial, em 10 de maio de 2000.

Em vista das datas dos ajustes e do princípio *tempus regit actum*, é de ser provido o recurso especial nessa parte, devendo ser reformado o acórdão recorrido para restaurar o entendimento acolhido na sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso em parte e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento para “Condenar as rés no pagamento da indenização correspondente a 1/20 (um vinte avos) desde 08.07.85 (pri-

meiro contrato) até 23.04.99 (último contrato) e correspondente a 1/12 (um doze avos) desde 23.04.99 até o dia 10.05.00 (fls. 7251), data do último pedido apresentado pelo autor, considerando-se o valor total da retribuição auferida durante estes períodos distintos, em estrito atendimento à regra do art. 27, “j”, da Lei 4.886/65, tendo em vista a rescisão unilateral do contrato.” (fl. 8.664).

É como voto.

CERTIDÃO

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

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Galloti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

IMOBILIÁRIO

DESTITUIÇÃO DE SÍNDICO EM ASSEMBLEIA EXTRAORDINÁRIA OBEDECE QUÓRUM PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL MESMO QUE CONVENÇÃO DISPONHA DE FORMA CONTRÁRIA

Tribunal de Justiça do Paraná

Apelação Cível n. 1088931-7

Órgão julgador: 8a. Câmara Cível

Fonte: DJ, 07.02.2014

Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA E DESCONSTITUTIVA DE ATO JURÍDICO – PRELIMINAR INVOCADA NAS CONTRARRAZÕES DA APELAÇÃO – REVOGAÇÃO DE PROCURAÇÃO – NOVO MANDATO – VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – REJEIÇÃO – MÉRITO – ASSEMBLEIA EXTRAORDINÁRIA –

DESTITUIÇÃO DO SÍNDICO CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO – EXIGÊNCIA DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DOS PROPRIETÁRIOS PARA DELIBERAÇÃO – INVIABILIDADE – APLICAÇÃO DO ARTIGO 1349 DO NOVO CÓDIGO CIVIL – VOTO DA MAIORIA ABSOLUTA DE SEUS MEMBROS – NOVA ORDEM SOCIAL RESULTANTE DA EXPERIÊNCIA PRÁTICA – ÓTICA DE EFICÁCIA SOCIAL – RECURSO DESPROVIDO POR UNANIMIDADE.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1088931-7, da 8a. Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que é apelante (...) e apelado Condomínio Moradias Malibu.

I – Trata-se de Apelação Cível interposta por (...) em face da sentença prolatada nos autos de Ação Declaratória e Desconstitutiva de Ato Jurídico nº 7677-19.2007.8.16.0001, em que julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

(...) interpôs o presente recurso de apelação e, em preliminar, informa que é beneficiária da assistência judiciária, razão pela qual deixa de realizar o preparo.

Relata que é proprietária de uma das unidades autônomas do Condomínio réu, e foi ilegal e abusivamente destituição da função de Síndica, em sessão extraordinária, sem observância dos requisitos legais e formais de validade.

Diz que ajuizou ação cautelar, na qual obteve provimento judicial de reintegração ao cargo.

Afirma que o Condomínio é formado por 178 apartamentos e 6 lojas, no entanto, votaram na aludida assembleia apenas 26 condôminos, quorum insuficiente, haja vista o contido no artigo 21º, parágrafo único, alínea “a”, da Convenção do Condomínio, onde é exigida a maioria qualificada de dois terços dos proprietários de unidades autônomas para deliberar sobre destituição do Síndico, exigência não derogada pelo Novo Código Civil.

Assevera que a deliberação realizada somente seria possível pelo voto de 118

proprietários, nos termos da Convenção do Condomínio, o que de fato não ocorreu. Diz ainda que conforme princípio basilar da hermenêutica jurídica, enquanto a maioria simples corresponde ao primeiro número inteiro superior à metade dos presentes, a maioria absoluta é o primeiro número inteiro superior à metade da totalidade dos integrantes do órgão, e assim, quorum qualificado.

Ressalta que o ajuizamento de ação de prestação de contas não convalida a nulidade de que se reveste a deliberação condominial ora impugnada, assim como a alegação da insatisfação de alguns condôminos.

Pugna pelo provimento do recurso e reforma da sentença para declarar a nulidade e desconstituição da deliberação da assembleia geral extraordinária do Condomínio apelado (fls. 137/148).

Contrarrazões apresentadas (fls. 151/161).

Após, os autos foram encaminhamentos a este Tribunal.

É o relatório.

II – Preliminarmente, nas contrarrazões apresentadas pelo Condomínio apelado, pugna pelo não conhecimento do recurso interposto, isso porque, segundo alega o apelado, a nova procuração junta da fl. 138, outorgada ao novo Advogado, filho da autora/apelante, não teria observado a maneira apropriada de revogação, com afronta aos artigos 686, 687 e 688, todos do Código Civil.

Sem razão.

A revogabilidade é realizada mediante simples manifestação de vontade, podendo ser unilateral de qualquer dos contratantes, que poderá *ad nutum* pôr fim ao contrato, sem anuência do outro, sem qualquer justificativa, por revogação por parte do mandante ou renúncia por parte do mandatário.

A falta de comunicação de revogação de mandato aqui alegada, somente poderia ser questionada pela própria parte interessada, no caso, o primitivo outorgado.

Assim, não há qualquer vício na apresentação da apelante.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso de apelação merece ser conhecido.

III – Conforme se depreende dos presentes autos, a Senhora (...) ajuizou ação declaratória/desconstitutiva de ato jurídico em face de ato perpetrado pela assembleia extraordinária do Condomínio Moradias Malibu, dizendo que foi destituída do cargo de Síndica de forma ilegal, uma vez considerando que o Condomínio é constituído de 178 apartamentos e 06 lojas, sendo necessário para destituição no mínimo 118 votos favoráveis.

O Condomínio réu contestou a ação, ressaltando que a exigência de 2/3 (dois terços) dos proprietários para deliberação da destituição do Síndico, prevista no artigo 21º da Convenção de Condomínio, contraria o disposto na legislação atual, bem como torna impossível qualquer deliberação que exija tal percentagem dos condôminos.

Assevera o réu que o percentual de inadimplência das taxas condominiais chega 33,28% dos condôminos, o que representa 50 unidades, e estes não podem votar nas assembleias, nos termos do artigo 1335, III, do Código Civil. Afirma ainda que dentre os moradores, ainda existem aqueles que são apenas inquilinos sem procuração ou mesmo sem interesse na administração do condomínio.

A tese do réu foi acolhida pelo MM. Juiz sentenciante, Dr. José Eduardo de Mello Leitão Salmon, asseverou que:

“Nem se argumente, ainda, que a adoção do disposto no art. 1349 do Código Civil viola o ato jurídico perfeito, no caso, a convenção condominial. Com frequência, as deliberações relativas à destituição do síndico, para as quais a Convenção exige quórum especial (2/3 dos condôminos ou maioria absoluta), dificilmente são alcançadas pela indiferença de uma parte considerável dos condôminos, razão pela qual deve ser prestigiada a deliberação que representa a maioria expressiva dos condôminos presentes na assembleia.

E finalmente, ainda que se trate a questão pela ótica do art. 22, par. 5º, da Lei 4.591, de 1964, cumpre ressaltar que

o `o quórum de 2/3 a que alude o art. 22, par. 2º, da Lei 4.591/64, que se refere aos condôminos presentes na assembleia (ou regularmente representados), e não à totalidade da massa condominial' (JTJ 348/371, in Código Civil e Legislação Civil em vigor, Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luís Guilherme A. Bondioli, 30a. Ed. Saraiva, pag. 733).

Com total acerto Sua Excelência, pois a resposta mais adequada ao litígio apresentado pelas partes consubstancia-se na vontade da maioria participativa, reconhecida com a entrada em vigor do novo Código Civil, resultante da experiência prática.

Conforme se extrai da Ata da Assembleia Geral Extraordinária (fls. 15/16 – autos em apenso), dos vinte e sete participantes, apenas um votou contrário a destituição da Síndica do Condomínio, a própria unidade da apelante.

Importante notar que o novo Código Civil reexaminou estatutos tradicionais do direito civil sob uma nova ótica de eficácia social, em oposição ao individualismo exacerbado.

O Código Civil de 2002 prevê a necessidade da unanimidade dos condôminos para casos excepcionais, conforme se vê do artigo 1351 – mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária. Já para a alteração da convenção é exigido 2/3 (dois terços), dos votos dos condôminos.

No atual Código Civil, o artigo 1053 estabelece que em segunda convocação, que é o caso aqui, a assembleia poderá deliberar por maioria dos votos dos presentes.

Segundo a Convenção do Condomínio (artigo 21, parágrafo único, “a”), exige-se a maioria que represente dois terços dos proprietários de unidades autônomas para realização de benfeitorias meramente úteis e inovações do edifício, bem como para deliberar a destituição do síndico, e o artigo 1349 do Código Civil prevê a maioria absoluta dos membros da assembleia para que ocorra a destituição do síndico.

Evidente que o condômino que deixa suas atividades diárias para participar

de assembleia de condomínio merece o prestígio da lei, liberdade em escolher a melhor forma de administrar o condomínio ou mesmo destituir aquele que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio, nos termos do artigo 1349 do Código Civil.

Outra exigência fundamental para validade da assembleia de condomínio é a convocação, nos termos do artigo 1354 do Código Civil, pois a ausência de conhecimento afeta, inclusive, a existência de determinado ato, evidentemente não é o caso.

Agora, o próprio Código Civil atual exige certo quorum, e faz distinção para cada caso. Deve ser observada a nova regra prevista no Novo Código Civil, assim prevalecer sobre eventual Convenção de Condomínio elaborada sob a égide do Código já ultrapassado em sua visão social.

Contudo, se a Convenção do Condomínio não se harmonizou com o Novo Código Civil, as deliberações continuam em vigor naquilo que não contrariarem disposição de ordem pública expressas na nova ordem social.

A interpretação do caso impõe a aplicação do novo Código Civil, caso contrário, por exemplo, estaríamos ainda aplicando multa de 20% sobre as cotas atrasadas, porque previstas nas Convenções de Condomínio, mesmo após a entrada em vigor do Novo Código Civil.

Assim, nego provimento ao recurso.

IV – Pelos fundamentos acima, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto.

Ante ao exposto, ACORDAM os Senhores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Acompanharam o voto do eminente Desembargador Relator, os Exmos. Des. Guimarães da Costa e José Sebastião Fagundes Cunha.

Curitiba, 5 de dezembro de 2013.

Des. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO Presidente e Relator

PROCESSO CIVIL

É DISPENSADA LAVRATURA DE TERMO EM PENHORA ONLINE

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.195.976 – RN

Órgão julgador: 3a. Turma

Fonte: DJe, 05.03.2014

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA ON-LINE. AUSÊNCIA DE TERMO. JUNTADA DOS EXTRATOS DA OPERAÇÃO. POSTERIOR INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 475-J, § 1º, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. FINALIDADE ATENDIDA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A lavratura do auto de penhora ou de sua redução a termo, com posterior intimação da parte executada para, querendo, apresentar impugnação, assegura-lhe o conhecimento da exata identificação do bem sobre o qual recaiu a constrição.

2. Havendo penhora *on-line*, não há expedição de mandado de penhora e de avaliação, uma vez que a constrição recai sobre numerário encontrado em conta-corrente do devedor, sendo desnecessária diligência além das adotadas pelo próprio magistrado por meio eletrônico.

3. Se a parte pode identificar, com exatidão, os detalhes da operação realizada por meio eletrônico (valor, conta-corrente, instituição bancária) e se foi expressamente intimada para apresentar impugnação no prazo legal, optando por não fazê-lo, não é razoável nulificar todo o procedimento por estrita formalidade. Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

4. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e nesta parte negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de recurso especial interposto por TELEMAR NORTE LESTE S/A com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

“PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA *ON LINE*. SISTEMA BACENJUD. LAVRATURA DO TERMO DE PENHORA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. LEVANTAMENTO DO VALOR PENHORADO. REJEIÇÃO. MANUTENÇÃO DO INTERESSE DA RECORRENTE EM VER APRECIADA SUA TESE RECURSAL QUE, EVENTUALMENTE ACOLHIDA, LEVARÁ A DECLARAÇÃO DE NULIDADE PROCEDIMENTAL. MÉRITO: AUSÊNCIA DE LAVRATURA DO TERMO DE PENHORA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 475-1 DO CPC. NECESSIDADE DE UMA CORRETA INTELECÇÃO DA *MENS LEGIS*. EXTRATOS ADVINDOS DO SISTEMA BACENJUD CAPAZES DE FORNECER AO EXECUTADO TODOS OS ELEMENTOS REFERIDOS PELO ARTIGO 665 DO CPC. DESNECESSIDADE DA LAVRATURA DO TERMO DE PENHORA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 154 DO CPC. PRINCÍPIO DA

INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. LEGALIDADE DO FEITO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA” (e-STJ Fl.1719).

Sustenta a parte recorrente as seguintes teses:

a) violação do art. 475-J, § 1º, do CPC, pois o acórdão recorrido considerou desnecessária a lavratura do termo de penhora para posterior apresentação de impugnação, tendo em vista o conhecimento da parte sobre o bem penhorado (sistema BacenJud); e

b) dissídio jurisprudencial.

As contrarrazões não foram apresentadas (e-STJ, fls. 1.754).

Admitido parcialmente o recurso na origem (e-STJ, fls. 1755/1756), ascenderam os autos ao STJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por TELEMAR NORTE LESTE S/A contra decisão proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Rabello e Barreto Ltda. e outros, agora em fase de cumprimento de sentença.

Aduz a agravante que, ao perceber que foi realizado bloqueio *on-line* em sua conta-corrente, requereu a lavratura do termo de penhora a fim de que tivesse início o prazo para apresentar impugnação.

Sustenta que a pretensão foi indeferida em razão de as telas do sistema BacenJud acostadas aos autos suprirem essa formalidade, decisão, objeto do referido agravo de instrumento, foi mantida pelo TJ/RN.

I – Art. 475-J, § 1º, do CPC

Segundo o disposto no acórdão recorrido, o agravo de instrumento foi julgado improcedente pelas seguintes razões:

a) no caso de penhora *on-line*, não há obrigatoriedade de se lavar o auto/termo de penhora, “uma vez que todos os atos de constrição são materializados em peças extraídas do próprio sistema (BacenJud), sendo totalmente capazes de levar ao co-

nhecimento das partes todas as informações referentes ao ato de constrição patrimonial” (e-STJ, fl. 1.724), peças que foram acostadas aos autos;

b) após a realização da penhora *on-line*, a parte recorrente foi intimada a apresentar, querendo, impugnação ao cumprimento de sentença, mas optou por não fazê-lo e requerer, por meio de mera petição, a lavratura do auto/termo de penhora, com a finalidade de posterior intimação para aquele fim;

c) não se justifica o excesso de formalismo, já que a finalidade da penhora e a função do respectivo termo ou auto foram atendidas, ou seja, aplicou-se o princípio da instrumentalidade das formas.

Está claro, portanto, que o acórdão recorrido, ao dar interpretação sistemática aos dispositivos legais que entendeu pertinentes ao caso, concluiu que, no caso específico, a exigência da lavratura do termo referido no art. 475-J representaria exagerado formalismo.

A propósito, esclareceu que, com a juntada dos extratos referentes ao bloqueio realizado via BacenJud, com todas as informações concernentes, era bastante para individualizar o bem constrito, sendo suficiente a medida adotada pelo magistrado *a quo* de determinar a intimação da parte executada após a realização da penhora, para oferecer impugnação no prazo de quinze dias.

Destacou, inclusive, que, se a parte recorrente efetivamente entendesse indispensável a lavratura do referido termo, deveria ter arguido a existência do vício por meio de impugnação, e não simplesmente deixado de apresentá-la para defender a observância de formalidade excessiva.

Transcrevo, a propósito, excerto do julgado:

“Alega a Agravante a necessidade de, após a informação obtida no sistema BacenJud, lavar-se termo (ou auto) de penhora, para somente depois determinada a intimação do devedor para apresentação de eventual impugnação.

Entretanto, não acolho a argumentação posta pelo recorrente, pois a meu sentir a interpretação do dispositivo feita é meramente literal.

Ora, para se saber da essencialidade, ou não, da lavratura do termo (ou auto) de penhora na espécie, deve-se indagar sobre qual a finalidade deste termo (ou auto)?

Da análise do artigo 664 do Código de Processo Civil colhe-se que a penhora tem por objetivo individualizar, apreender e manter em depósito bens pertencentes ao executado, para, adiante, sujeitar o(s) bem(ns) penhorado(s) a expropriação.

Noutro pórtico, apreciando o artigo 665 do Código de Ritos Cíveis, em especial o inciso III, colhe-se a função do termo ou auto de penhora, qual seja indicar ao executado que bem de seu patrimônio foi tornado indisponível, possibilitando, a partir desta individualização, o manejo de correta e cabível defesa, inclusive sobre a eventual impenhorabilidade do bem afetado.

Assim sendo, parece totalmente desarrazoado exigir-se a lavratura de termo (ou auto) de penhora para hipóteses como a refletida nos autos, ou seja, quando a constrição de bem da propriedade do executado for realizada por intermédio de penhora *on line*, via sistema Bacenjud [...]. De fato, os ‘Recibos de Protocolamento de Ordens Judiciais de Transferência, Desbloqueios e/ou Reiteraões para Bloqueio de Valores’, obtidos a partir do sistema Bacenjud, são plenamente capazes de fornecer todas as informações exigidas pelo artigo 655 do CPC, possibilitando ao executado tomar pleno conhecimento de como se deu a constrição, quando e onde foi feita, o nome do credor, a descrição do que foi penhorado, qual conta foi objeto da constrição etc.

Portanto, exigir a lavratura do termo (ou auto) de penhora, no caso concreto, representa um exagerado apego ao formalismo, que não condiz com a noção instrumental do processo civil [...]” (fl.1.724).

Ora, a Lei n. 11.232/2005 alterou o processo de execução, acrescentando ao CPC o art. 475-J, cujo *caput* dispõe que, “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias [...], expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

A recorrente aponta violação do § 1º desse artigo. Tal dispositivo estabelece o procedimento subsequente à expedição e

cumprimento do mandado de penhora e avaliação. Prescreve, a propósito, que “do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado [...] podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 11.382/2006, que trouxe várias inovações ao processo de execução com a finalidade de dar maior efetividade às decisões judiciais e aos princípios da economia e celeridade processuais. Adveio daí a possibilidade de utilização do meio eletrônico (internet) para a realização da penhora *on-line*, que foi introduzida no sistema processual civil mediante a inclusão do art. 655-A do CPC, de redação seguinte:

“Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.”

É evidente que não se pode analisar a literalidade de um dispositivo legal sem atentar para o sistema como um todo, aí incluídas as inovações legislativas e a própria lógica do sistema. No caso da realização da penhora *on-line*, não há expedição de mandado de penhora ou de avaliação do bem penhorado. A constrição recai sobre numerário encontrado em conta-corrente do devedor, sendo desnecessária diligência além das adotadas pelo próprio magistrado por meio eletrônico.

Não chego a afirmar que é dispensável a lavratura do auto de penhora ou a defender a desnecessidade de sua redução a termo para que, após a intimação da parte executada, tenha início o prazo para apresentação de impugnação. Essa é a regra e deve ser observada, individualizando-se e particularizando-se o bem que sofreu constrição, de modo que o devedor possa aferir se houve excesso, se o bem é impenhorável, etc. Todavia, no caso de penhora de numerário existente em conta-corrente, é evidente que essa regra não é absoluta.

No caso, o acórdão recorrido partiu da premissa, não impugnada, de que foi assegurada à parte o direito de conhecer todos os detalhes da penhora realizada por meio eletrônico sobre o numerário encontrado em sua conta-corrente. E mais: a recorrente não alegou nem provou ter sofrido prejuízo a ensejar a nulificação de todo o procedimento.

Ora, o art. 154 estabelece que “os autos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

No caso, essa finalidade foi alcançada com a juntada aos autos dos extratos dos atos praticados por meio eletrônico. E, como ocorreu posteriormente a intimação da parte para apresentar impugnação, não lhe foi acarretado prejuízo, razão pela qual incide o princípio *pas de nullité sans grief*.

Relembro ainda que a impugnação é o meio apropriado para o devedor/executado discutir eventual equívoco na penhora, conforme expressamente previsto no art. 475-L do CPC. Ora, se foi a própria recorrente quem, apesar de expressamente intimada, optou por não oferecer impugnação, limitando-se a sustentar, por meio de simples petição, a imprescindibilidade da lavratura de um termo cuja finalidade já havia sido alcançada de outra forma, não há como deixar de reconhecer que sua tese carece de razoabilidade.

Ressalto que a recorrente partiu da premissa equivocada de que, nas instâncias ordinárias, teria sido firmado o entendimento de que “o simples fato de constar nos autos as telas que comprovam a realização do bloqueio do valor executado via Bacenjud não dá início à abertura do prazo para a parte executada apresentar sua impugnação” (e-STJ, fl. 1.737), ao passo que o acórdão recorrido foi categórico ao afirmar que “o magistrado de primeira instância, após a realização da penhora *on-line*, determinou a intimação da parte executada para oferecer impugnação” (fl. 1.725).

Em suma, o entendimento foi o de que a fluência do prazo para apresentar impugnação não decorre do simples fato de te-

rem sido juntados aos autos os documentos referentes à realização da penhora *on-line*, e sim da efetiva intimação da parte executada para, querendo, fazê-lo, situação totalmente diversa.

Assim, concluo que, da leitura e interpretação sistemática dos dispositivos infraconstitucionais que regulamentam a questão (os aqui transcritos e os referidos no acórdão recorrido) e com base no princípio “pas de nullité sans grief”, não procede a alegação de ofensa ao art. 475-J, § 1º, do CPC.

II – Divergência jurisprudencial

Para a interposição de recurso especial fundado na alínea “c” do permissivo constitucional, é necessário o atendimento dos requisitos essenciais para a comprovação do dissídio pretoriano, conforme prescrições dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255 do RISTJ. Isso porque não basta a simples transcrição da ementa dos paradigmas, pois, além de juntar aos autos cópia do inteiro teor dos arestos tidos por divergentes ou de mencionar o repositório oficial de jurisprudência em que foram publicados, deve a parte recorrente proceder ao devido confronto analítico, demonstrando a similitude fática entre os julgados, o que não foi atendido no caso.

Portanto, está prejudicada a apreciação do dissídio jurisprudencial, tendo em vista a não realização do devido cotejo analítico.

III – Conclusão

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial para negar-lhe provimento.

É como voto.

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 em parte do recurso especial e nesta parte negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

PENAL E PROCESSO PENAL

UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA CONFIGURA *BIS IN IDEM*

Supremo Tribunal Federal

Habeas Corpus n. 119.976 – SP

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJe, 17.03.2014

Relator: Ministro Luiz Fux

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (3.650 G DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA FIXAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO PLENO DO STF. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA (ART. 41 DA LEI 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA, INVIÁVEL NA VIA DO *HABEAS CORPUS*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes não podem ser utilizadas na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena de forma cumulativa. Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MG, Pleno, julgamento realizado em 19/12/2013. 2. O magistrado sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, deve definir em que momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga há de ser utilizada, vedada a forma cumulativa sob pena de ocorrência de *bis in idem*. 3. *In casu*, a) o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 2 (dois)

meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, (tráfico internacional de drogas), posto flagrado no Aeroporto Internacional de São Paulo portando 3.650 g (três mil, seiscentos e cinquenta gramas) de cocaína, presos em sua cintura, em sua pernas e em seu tênis, quando tentava embarcar para Madrid, Espanha. b) O Tribunal Regional Federal da 3a. Região considerou a quantidade da droga apreendida em poder do paciente para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou desse mesmo fundamento para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço). 4. A concessão do benefício da delação premiada exige revolvimento de matéria probatória para fins de identificar o preciso grau de efetividade das contribuições da paciente para as investigações do crime, o que é incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte Suprema. Precedentes (HC 106393, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011; RHC 98731, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; HC 72979, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 23/02/1996; HC 93369, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009). 5. No caso sub examine, a Corte Regional vedou a aplicação da delação premiada pois, “não se pode falar que houve colaboração efetiva. O acusado se limitou a formular declarações vagas, indicando apenas os prenomes dos supostos aliciadores, sendo provável que as informações de que dispõe provavelmente não correspondem à verdade, (...) os dados fornecidos não trouxeram qualquer proveito concreto à efetiva localização dos integrantes da organização criminosa que financiou a prática do delito”. 6. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria, analisando as circuns-

tâncias da natureza e da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 25 de fevereiro de 2014.

LUIZ FUX – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de (...), contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no Recurso Especial 1.244.641/SP, cuja ementa possui o seguinte teor:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. SÚMULA 7/STJ. DELAÇÃO PREMIADA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGUIMENTO NEGADO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que não ocorre *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de diminuição de pena, com a utilização de um mesmo parâmetro de referência, mas em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.

2. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório.

3. A análise acerca do direito do recorrente ao benefício da delação premiada também demandaria o exame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância extraordinária pela Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental improvido.”

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de São Paulo, em 26/08/2009, por ter sido surpreendido na posse de 3.650 g (três mil, seiscentos e cinquenta gramas) de cocaína, trezentos e dezenove dólares e quatrocentos euros, quando tentava embarcar para Madrid, Espanha.

Ao final da instrução criminal, o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas).

Inconformada, a defesa e o Ministério Público Federal interpuseram recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 3a. Região, que deu parcial provimento aos apelos, fixando a pena aplicada ao paciente em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão.

Irresignada, a defesa interpôs Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, que teve seguimento negado por meio de decisão monocrática. Interposto agravo regimental, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

É contra esse acórdão que se insurge o impetrante.

Sustenta, em suma, que o Tribunal Regional Federal da 3a. Região incorreu em *bis in idem* na fixação da pena do paciente, ao fundamento de que se baseou na natureza e na quantidade da droga apreendida tanto para majorar a pena-base, quanto para vedar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33,

§ 4º, da Lei 11.343/2006 no percentual máximo de 2/3.

Alega, ainda, que o art. 42 da Lei 11.343/2006 “faculta ao juiz considerar com preponderância sobre o previsto no art. 59 do código, a natureza e quantidade de droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º, desde que não utilize em duplicidade.”

Argumenta, ainda, que o paciente faz jus ao benefício da delação premiada, pois “em seu interrogatório, forneceu informações de grande valia para elucidação dos fatos e apreensão de chefes e participantes da organização criminosa”.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), bem como o reconhecimento da delação premiada e como consequência sua aplicação em grau máximo.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer que possui a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSCRITA NO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA APREENDIDA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIA MANDAMENTAL. RITO CÉLERE E SUMÁRIO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA. – Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Conforme relatado, a controvérsia dos autos refere-se à consideração da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena imposta ao paciente,

bem como se está caracterizada a existência de delação premiada.

Com efeito, a dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do *habeas corpus*, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso.

Precedentes: HC 97058, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010.

Todavia, o caso em exame apresenta patente ilegalidade do *quantum* da reprimenda fixada, em razão da consideração da natureza e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente para aumentar a pena-base e também para servir como critério para fixar a fração da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o que justifica a concessão da ordem para sanar a flagrante ilegalidade.

A questão discutida nos autos foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgado realizado pelo Plenário, ocorrido em 19/12/2013, na análise dos HC 112.776/MS e HC 109.193/MS, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki.

Naquela oportunidade, a Corte firmou o entendimento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes apenas podem ser utilizadas, na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa. Ressaltou-se, ainda, que a utilização em duas fases do cálculo da pena caracteriza, o *bis in idem*.

Desse modo, cabe ao juiz sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, definir em qual momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga será utilizada, desde que não seja de maneira cumulativa para evitar-se a ocorrência de *bis in idem*.

Contudo, no caso sub examine, a dosimetria da pena imposta ao paciente encontra-se em dissonância com o entendimento

adotado por esta Corte, justificando a correção e reparo por este Supremo Tribunal Federal, em razão do constrangimento ilegal verificado.

In casu, o Tribunal Regional Federal da 3a. Região, no julgamento do recurso de apelação, realizou a dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (3.650g de cocaína), para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou desses mesmos fundamentos para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço), nos seguintes termos:

“(…)

Entretanto, não vislumbro procedência na pretensão do apelante. Isso porque o magistrado, ao dosar a pena-base, parte de uma situação ideal, favorável ao agente, na qual a reprimenda é estabelecida no patamar mínimo, vindo a elevar, de forma proporcional, a pena, conforme vão sendo identificadas circunstâncias que denotem uma maior reprovabilidade da conduta. A adoção de tal sistemática só privilegia o princípio da individualização da pena.

Além do mais, por expressa determinação do artigo 42 da Lei n 11.343/06, **o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente.**

Assim sendo, tenho por razoável a fixação da pena-base acima do patamar mínimo em função da natureza e da quantidade da droga. Todavia, considero o *quantum* de elevação desproporcional à gravidade do delito, razão pela qual reduzo a pena-base em 01 (um) ano, estabelecendo-a em **06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.**

2. Circunstâncias agravantes e atenuantes

Verificada a confissão em juízo, a pena foi reduzida à razão de 1/6 (um sexto).

“(…)

Portanto, mantenho a aplicação da circunstância atenuante, pelo que a pena fica provisoriamente estabelecida em **05**

(cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.

3. Causas de aumento e diminuição

Caracterizada a **transnacionalidade** do delito, o magistrado sentenciante houve por bem aplicar a causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei n° 11.343/06, na fração mínima, de 1/6 (um sexto) da pena.

(…)

Ademais, o acusado foi barrado logo no estágio inicial do trajeto que pretendia percorrer, sequer tendo logrado transpor os limites territoriais do país. Assim, também deve ser mantida a fração aplicada na sentença, pelo que a pena fica majorada para **06 (seis) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.**

A **causa de diminuição veiculada** pelo artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06, foi aplicada no patamar máximo (…).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer o afastamento da minorante ou, subsidiariamente, a redução da fração para o mínimo, sob o argumento de que o réu revelou ser integrante de organização criminosa, bem como em vista do grau de lesividade de sua conduta, considerando a quantidade e a qualidade da droga apreendida.

Não se encontra, nos autos, prova de que o réu seja integrante de organização criminosa ou mesmo que se dedique, com habitualidade, à prática de atividades ilícitas.

O mero fato de figurar, de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa internacional, colaborando, na condição de mula, para a difusão mundial do entorpecente, não obsta a incidência da minorante.

Por outro lado, entendo que **o delito praticado nestas circunstâncias, em franco auxílio a associações voltadas para o tráfico, não recomenda a aplicação da fração máxima de diminuição, que deve ser reservada para casos menos graves. A operação de fixação da razão de minoração deverá se pautar pelo grau de colaboração do acusado para o sucesso dos objetivos ilícitos da organização financiadora do tráfico, o pode ser mensurado com base na quantidade e**

no poder lucrativo da droga, bem assim na abrangência territorial a ser coberta pelo réu. Forte em tais critérios, tenho por razoável a aplicação da mencionada causa de redução na fração de 1/3 (um terço) da pena, que fica estabelecida em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão” (grifos meus e no original).

Deveras, a quantidade da droga apreendida em poder do paciente foi utilizada tanto para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria, quanto serviu de critério para fixar a causa de diminuição de pena em patamar abaixo do máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 na terceira fase, ocorrendo o vedado *bis in idem*, conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se, por fim, que, ao contrário do aduzido na peça inaugural do *writ*, o paciente não faz jus a delação premiada, sendo que o acórdão da Corte Regional restou devidamente fundamentado. Desse modo, é inviável o conhecimento dessa matéria nesta sede processual, porquanto exige revolvimento de matéria probatória de modo a identificar o preciso grau de efetividade das contribuições da paciente para as investigações do crime, o que é incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte Suprema: (HC 106393, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011;

RHC 98731, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; HC 72979, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 23/02/1996; HC 93369, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009).

Nesse sentido, assentou a Procuradoria Geral da República em seu parecer, *verbis*: “(...)

Da mesma forma, não assiste razão ao paciente quanto ao pedido para que seja reconhecido o benefício da delação premiada.

Conforme ponderou a Corte Regional, não foram atendidos os requisitos do art.

41 da Lei nº 11.343/06. Sobre o tema, estas foram as suas considerações:

‘O artigo 41 da Lei n’ 11.343/06 prevê uma causa especial de redução de pena a beneficiar o acusado que colaborar, voluntariamente, na identificação dos demais coautores e partícipes, assim como na recuperação total ou parcial do produto do crime.

(...)

Depreende-se, pois, que a colaboração deve ser efetiva, produtiva, deve trazer algum proveito concreto à identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime concretamente. Ocorre que, **no caso dos autos, não se pode falar que houve colaboração efetiva. O acusado se limitou formular declarações vagas, indicando apenas os prenomes dos supostos aliciadores, sendo provável que as informações de que dispõe provavelmente não correspondem à verdade, posto que os criminosos não costumam fornecer os seus verdadeiros nomes.**

Como os dados fornecidos não trouxeram qualquer proveito concreto à efetiva localização dos integrantes da organização criminosa que financiou a prática do delito, não incide a benesse legal.” (DOCUMENTOS COMPROBATORIOS VII – fls. 76/77)

Não bastasse a idoneidade dos fundamentos expendidos, não se pode descurar que a via angusta do *habeas corpus*, de rito célere e sumário, não condiz com dilações probatórias e que, para fins de concessão da ordem, demanda prova inequívoca da ilegalidade, o que não se verifica no caso em testilha, especialmente porquanto fundadas dúvidas pairam sobre a versão dos fatos sustentada pela Defesa” (grifei).

Ex postis, concedo parcialmente a ordem para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, analisando as circunstâncias da quantidade e da natureza da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Fico com a

compreensão da maioria da Turma e, em jogo a liberdade de ir e vir, não acato a deliberação mencionada por Vossa Excelência, embora originária do Plenário.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 25.2.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Compareceu o Senhor Ministro Teori Zavascki para julgar processo a ele vinculado.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza – Secretária da Primeira Turma

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

EMPRESA PÚBLICA DEVE PAGAR FGTS A OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO SE O ESTATUTO ADOTA O REGIME PESSOAL DA CLT

Tribunal Superior do Trabalho
Recurso de Revista n. 74000-08.2008.5.23.0007
Órgão julgador: 7a. Turma
Fonte: DEJT, 14.02.2014
Relator: Ministra Delaíde Miranda Arantes

1 – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Revela-se inservível ao cotejo julgado oriundo do STF, na forma do art. 896, “a”, da CLT. Recurso de revista não conhecido.

2 – EMPRESA PÚBLICA. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 2.1 – O reclamado, empresa pública, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto, entre outras, às obrigações traba-

lhistas, consoante determina o art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Nesse cenário, o regime a que se submetem seus trabalhadores é o da CLT e, por isso mesmo, o vínculo jurídico que se firma tem natureza contratual. Ocorre que, na dicção do art. 37, II, da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Não obstante a denominação “cargo em comissão” aparentemente só diga respeito a quem ocupe cargo e não emprego, ou seja, àqueles não regidos pela CLT, tem-se que se dirige, na realidade, a todos aqueles que ostentam ocupação transitória e são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Conjugam-se a exceção do inciso II com a previsão do inciso V ambos do art. 37 da Constituição Federal. No caso, o reclamante foi contratado para ocupar cargo em comissão, exercendo a função de assistente da Presidência, sem a aprovação em concurso público e, após o exercício por quase quatro anos, foi exonerado *ad nutum*. Ora, diante da possibilidade de exercício de função de confiança sem a prévia aprovação em concurso público e o atrelamento ao regime da CLT, o contrato firmado entre as partes não pode ser tido como nulo e o reclamante faz jus às verbas trabalhistas decorrentes da extinção contratual havida. Em sendo assim, não há de se falar em afronta ao art. 37, II, da Constituição Federal.

2.2 – Julgados paradigmáticos oriundos do STF, de Turmas do TST e do TRT da 23.a. Região desatendem o art. 896, “a”, da CLT, revelando-se, portanto, inservíveis a cotejo. Recurso de revista não conhecido.

3 – OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PARTIDÁRIAS. O Tribunal Regional não analisou o tema, o que atrai o óbice previsto na Súmula 297, I e II, do TST, ante a ausência do devido prequestionamento. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º TST-RR-74000-08.2008.5.23.0007, em que é Recorrente CENTRO DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE MATO GROSSO – CEPROMAT e Recorrido (...).

O Tribunal Regional do Trabalho da 23.a. Região afastou a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho e deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para declarar a existência de vínculo de emprego entre as partes e condenar o reclamado ao pagamento de verbas trabalhistas.

Inconformado, o reclamado interpõe recurso de revista, com fulcro no art. 896, “a” e “c” da CLT.

O recurso de revista foi admitido.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista.

1.1 – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O reclamado insiste, preliminarmente, na incompetência da Justiça do Trabalho para examinar o feito, pois a relação havida entre as partes ostenta índole administrativa. Traz aresto a confronto.

Revela-se inservível ao cotejo julgado oriundo do STF, na forma do art. 896, “a”, da CLT.

NÃO CONHEÇO do recurso de revista, pela preliminar.

1.2 – EMPRESA PÚBLICA. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O Tribunal Regional, a respeito do tema em epígrafe, entendeu:

“O autor foi contratado pelo réu, empresa pública, em 24.05.2004, sem prévia aprovação em concurso público, para ocupar cargo em comissão, exercendo a fun-

ção de assistente da Presidência, conforme Portaria nº 49/2004, cópia lançada à fl 11.

Foi exonerado ‘ad nutum’ em 07.02.2008, nos termos da Portaria nº 12/2008, jungida aos autos à fl 12.

Pois bem.

O estatuto da empresa ré, carreado aos autos às fls. 130/136, dá notícia de que o regime de pessoal adotado pela empresa pública ré é o celetista (capítulo XII, item 1 – aprovado pelo Decreto nº 48/1999).

Não obstante a previsão contida no referido estatuto, alegou a defesa que a natureza da contratação era jurídico-administrativa, portanto, firmada com supedâneo na exceção constitucional prevista no art. 37, II, da CF/88, que permite a contratação excepcional, sem concurso público, para o provimento de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, *verbis*:

‘Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração’ (Grifo meu)

O cargo em comissão possui como característica principal a precariedade, conforme se extrai do inciso II do art. 37 da CF/88, em sua parte final, havendo expressa previsão constitucional quanto à possibilidade de exoneração *ad nutum*. Em tais hipóteses, não obstante a permanência do cargo, seu exercício é sempre caracterizado pela precariedade, estando o detentor do cargo sempre sujeito à exoneração.

Não se pode olvidar que a administração indireta encontra-se obrigada a respeitar, dentre princípio do concurso público para fins de provimento de seus cargos efetivos, conforme dispõe o art. 37, II, da

CF/88 (acima transcrito), cuja interpretação deve ser realizada em consonância com o art. 173, §1º, da Constituição, que dispõe:

‘Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre.

I – (...)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’ (Grifei)

Extraio da interpretação dos dispositivos destacados que mesmo estando a empresa pública obrigada à observância do concurso público, poderá instituir em seu quadro de pessoal cargos e funções em comissão, estas sempre exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo (art. 37, V, da CF) e aqueles, de livre nomeação e exoneração, contudo, sempre sujeitos ao regime fixado pelo ato constitutivo ou estatuto de pessoal.

Acerca da matéria, é elucidativo o escólio de Hely Lopes Meirelles:

‘Os empregados das empresas prestadoras de serviço público ficam sujeitos a concurso público, salvo para os cargos ou funções de confiança (art. 37, II). A admissão dos empregados das empresas que explorem atividade econômica, as quais devem ter regime jurídico similar das empresas privadas, dependerá do estatuto a ser aprovado, na forma da redação do §1º do art. 173 da CF/88.’

E prossegue o renomado autor:

‘(...) que, quando explorar atividade econômica, deverá operar sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais, que, em qualquer hipótese, o regime de seu pessoal é o da legislação do trabalho.’

Como demonstrado, o critério constitucionalmente estabelecido, não dispôs, portanto, identidade de tratamento entre os cargos comissionados da administração direta e indireta. Neste ponto, repise-se, a regra estabelecida é sempre a prevista no ato que regulamenta o regime de pessoal da empresa pública, de onde se observa que se o regime jurídico é o das empresas privadas, com observância obrigatória das regras trabalhistas para seus empregados (celetista), este será o regime a ser observado também quanto aos comissionados, não obstante, a natureza precária do cargo (emprego) ocupado.

Importante destacar que a própria Constituição Federal no ADCT, em seu §2º do art. 19, prevê a possibilidade de existência terminológica de ‘emprego em comissão’ ou ‘emprego de confiança’, haja vista o entendimento de que apenas para a iniciativa pública é indicada a terminologia ‘cargo em comissão’, diante do que se conclui inexistir qualquer inviabilidade de existência do instituto para as empresas públicas de natureza privada.

Deste modo, embora seja possível a contratação precária de assistentes pela ré, para os cargos em comissão (empregos em comissão), portanto, sem submissão ao concurso público, estes serão regidos pelas normas celetistas, conforme expressamente previsto no ato constitutivo (art. 20 do estatuto da ré – CEPROMAT – fl. 35).

Neste sentido a jurisprudência:

‘VÍNCULO EMPREGATÍCIO – EMPREGADO PÚBLICO EXERCENDO EMPREGO EM COMISSÃO – REGIME JURÍDICO DA CLT – LEI MUNICIPAL Nº 971/90. A Lei Municipal 971/90 adotou como regime único dos servidores as disposições contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas. O Reclamante foi admitido para trabalhar como empregado público, para exercer em comissão cargo de chefe de divisão. Nos termos do art. 37, inciso II, da Carta Magna, para o exercício de emprego público em comissão é desnecessário o concurso para validade do ato, não havendo dúvida que a relação existente entre as partes era de vínculo empregatício em comissão. Tendo em vista ter o Muni-

cípio optado pelo regime jurídico da CLT, nada impede que existam empregos em comissão de livre nomeação e exoneração.’ (Acórdão Inteiro Teor de 2a. Turma nº RR-3805415/1997, de 18 Dezembro 2001 – TST-Nº Recurso nº RO-7242/1995-000-09.00, Magistrado Responsável Ministro José Luciano de Castilho Pereira)

Ante a natureza celetista da contratação levada a efeito, é competente a Justiça do Trabalho para o julgamento da ação em que o trabalhador busca o reconhecimento da relação empregatícia e o adimplemento das parcelas trabalhistas devidas (art. 114 da CF/88), não havendo que se cogitar em incompetência desta Especializada, conforme proclamado nas contrarrazões ao apelo, não sendo a hipótese de aplicação da decisão proferida na ADIn 3 395-6, haja vista tratar-se de empresa pública regida pelas normas celetistas, conforme exposto alhures.

Os documentos carreados com a inicial às fls. 13/21 dão notícia de que a vindicada efetuava o depósito do FGTS (fl. 13) do autor, além de proceder ao pagamento de valores relativos ao vale transporte e auxílio alimentação, fatos que, somados à anotação da CTPS obreira (fl. 23), ainda que no campo de anotações gerais, acerca do provimento de cargo em comissão, corrobora a tese de existência de vinculação empregatícia entre as partes.

Diante destas razões, reconhecida a prestação de serviços pela ré, forçoso reconhecer que o vínculo havido entre as partes, embora precário, na forma de emprego em comissão (ou cargo em comissão), possui natureza celetista.

Deste modo, reformo a sentença para reconhecer a existência de vínculo empregatício entre as partes no período informado na exordial (24/05/2004 a 07/02/2008) e incontroverso nos termos da defesa.”

O reclamado aduz ser nula a contratação sem a observância do requisito de prévia aprovação em concurso público. Diz que os cargos comissionados tem natureza administrativa e, por isso mesmo, é inviável reconhecer, no caso, vínculo empregatício e direto a verbas trabalhistas. Aponta violação dos arts. 37, II, da Constituição Federal. Traz arestos a confronto.

Tem-se que o reclamado, empresa pública, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto, entre outras, às obrigações trabalhistas, consoante determina o art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Nesse cenário, o regime a que se submetem seus trabalhadores é o da CLT e, por isso mesmo, o vínculo jurídico que se firma tem natureza contratual.

Ocorre que, na dicção do art. 37, II, da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Não obstante a denominação “cargo em comissão” aparentemente só diga respeito a quem ocupe cargo e não emprego, ou seja, àqueles não regidos pela CLT, tem-se que se dirige, na realidade, a todos aqueles que ostentam ocupação transitória e são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Conjugam-se a exceção do inciso II com a previsão do inciso V ambos do art. 37 da Constituição Federal.

No caso, o reclamante foi contratado para ocupar cargo em comissão, exercendo a função de assistente da Presidência, sem a aprovação em concurso público e, após o exercício por quase quatro anos, foi exonerado *ad nutum*.

Ora, diante da possibilidade de exercício de função de confiança sem a prévia aprovação em concurso público e o atrelamento ao regime da CLT, o contrato firmado entre as partes não pode ser tido como nulo e o reclamante faz jus às verbas trabalhistas decorrentes da extinção contratual havida.

Em sendo assim, não há de se falar em afronta ao art. 37, II, da Constituição Federal.

De outra parte, os julgados oriundos do STF, de Turmas do TST e do TRT da 23.a Região desatendem o art. 896, “a”, da CLT, revelando-se, portanto, inservíveis a cotejo.

NÃO CONHEÇO do recurso de revista, no particular.

1.3 – OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PARTIDÁRIAS

O reclamado alega que não pode preaver determinação de devolução de contribuição efetuada a partido político. Indica afronta aos arts. 37, *caput*, da Constituição Federal e 31, III, da Lei 9.096/95.

O Tribunal Regional não analisou o tema, o que atrai o óbice previsto na Súmula 297, I e II, do TST, ante a ausência do devido questionamento.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 12 de Fevereiro de 2014.

DELAÍDE MIRANDA ARANTES

Ministra Relatora

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

É VEDADA A ACUMULAÇÃO DE CARGO MILITAR COM O MAGISTÉRIO

Superior Tribunal de Justiça

Recurso em Mandado de Segurança n.

44.550 – DF

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DJe, 24.02.2014

Relator: Ministro Humberto Martins

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR DISTRITAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. MILITAR E MAGISTÉRIO. VEDADA PELO ART. 142, § 3º, II, APLICÁVEL POR FORÇA DO ART. 42, § 1º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. CIÊNCIA DURANTE O PRAZO QUINQUENAL. LIMITE TEMPORAL PARA SINDICAR E COIBIR ACUMULAÇÃO ILÍCITA E INCONSTITUCIONAL. NÃO APLICÁVEL. PRECEDENTE.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem pleiteada em prol da acumulação dos cargos de policial militar com o de magistério, com base na alegação de sua constitucionalidade e licitude, bem como de decadência no prazo de revisão.

2. Por via de regra, é vedado aos servidores militares, dentre eles especificamente os policiais dos Estados e do Distrito Federal, a acumulação de cargos públicos, conforme dicção do art. 142, § 3º, II, combinado com o art. 42, § 1º, todos da Constituição Federal. Precedentes: RMS 28.059/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16.10.2012; e RMS 32.031/AC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24.11.2011.

3. A ciência da acumulação se deu por meio de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, cuja decisão, datada de 10.3.2009 (fls. 54-55), determinou a apuração por parte das autoridades; em suma, no caso, não há falar na ocorrência de fluência do prazo quinquenal.

4. “A acumulação ilegal de cargos públicos, expressamente vedada pelo art. 37, XVI, da Constituição Federal, caracteriza uma situação que se protraí no tempo, motivo pelo qual é passível de ser investigada pela Administração a qualquer tempo, a teor do que dispõe o art. 133, *caput*, da Lei 8.112/90” (MS 20148/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 18.9.2013).

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). LUCAS AIRES BENTO GRAF (Procuração *ex lege*), pela parte RECORRIDA: DISTRITO FEDERAL

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por (...), com fundamento no art. 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim ementado (fl. 229, e-STJ):

“MANDADO DE SEGURANÇA – ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM A CONDIÇÃO MILITAR – IMPOSSIBILIDADE – INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 37, XVI, “b”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. A Constituição Federal veda a acumulação de cargos públicos, exceto nas hipóteses do art. 37, XVI, “a”, “b” e “c”. As exceções não aproveitam os militares, considerando que a Constituição Federal, em seu art. 142, é expressa ao definir quais os dispositivos do art. 37 são extensíveis aos militares, não existindo tal ressalva com relação à cumulação de cargos públicos. Por outro lado, o art. 142 também é expresso quanto à impossibilidade de o militar permanecer na ativa em caso de posse em cargo ou emprego público, o que, em última análise, significa proibir a acumulação de cargo civil com a atividade militar. Segurança denegada.”

Contra o acórdão acima foram interpostos embargos de declaração que foram rejeitados nos termos da seguinte ementa (fl. 263, e-STJ):

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – REJEIÇÃO À RAZÃO TELEOLÓGICA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS É ESCLARECER A SENTENÇA OU ACÓRDÃO COMPLEMENTANDO-OS QUANTO A EVENTUAIS PONTOS OMISSOS, CONTRADITÓRIOS OU OSCURO. INEXIS-

TENTE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC, É DE SER NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.”

Nas razões do recurso ordinário (fls. 272-316, e-STJ), descreve a recorrente que teve instaurado, contra si, processo administrativo com o fito de determinar sua opção entre o cargo de policial militar ou de professora da rede distrital de educação. Defende que possui direito adquirido à acumulação de cargos, pois já o faz por cerca de dez anos. Também, que a referida acumulação seria lícita. Alega que a autoridade coatora seria incompetente, já que a ilicitude somente seria sindicável pelo Comandante-Geral da Polícia Militar.

Ainda, postula que o STF considera lícita a acumulação dos cargos de policial militar e de professor, com base na ADI 1541 e RE 579.720/MG. Faz um histórico do direito à acumulação de cargos e alega que sua pretensão é amparada pela Lei 7.289/84. Por fim, alega que a sua posse no cargo do magistério ocorreu há cerca de dez e que foi ultrapassado o lapso quinquenal para revisão do ato, previsto no § 2º do art. 178 da Lei Complementar Distrital n. 840/2011 (equivalente ao art. 54 da Lei n. 9.784/99).

Contrarrazões nas quais se alega que as exceções previstas no art. 37, XVI, da Constituição Federal não são aplicáveis aos servidores militares, pois o dispositivo não figura no rol do art. 142, § 3º, VIII, da Carta Constitucional. Alega que, mesmo superado tal óbice, a acumulação não seria possível, pois o cargo de policial militar não seria de natureza técnica (fls. 326-342, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal, sem ementa, que opina pelo não provimento do recurso ordinário (fls. 353-357, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.550-DF (2013/0412031-3)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR DISTRITAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. MILI-

TAR E MAGISTÉRIO. VEDADA PELO ART. 142, § 3º, II, APLICÁVEL POR FORÇA DO ART. 42, § 1º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. CIÊNCIA DURANTE O PRAZO QUINQUENAL. LIMITE TEMPORAL PARA SINDICAR E COIBIR ACUMULAÇÃO ILÍCITA E INCONSTITUCIONAL. NÃO APLICÁVEL. PRECEDENTE.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem pleiteada em prol da acumulação dos cargos de policial militar com o de magistério, com base na alegação de sua constitucionalidade e licitude, bem como de decadência no prazo de revisão.

2. Por via de regra, é vedado aos servidores militares, dentre eles especificamente os policiais dos Estados e do Distrito Federal, a acumulação de cargos públicos, conforme dicção do art. 142, § 3º, II, combinado com o art. 42, § 1º, todos da Constituição Federal. Precedentes: RMS 28.059/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16.10.2012; e RMS 32.031/AC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24.11.2011.

3. A ciência da acumulação se deu por meio de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, cuja decisão, datada de 10.3.2009 (fls. 54-55), determinou a apuração por parte das autoridades; em suma, no caso, não há falar na ocorrência de fluência do prazo quinquenal.

4. “A acumulação ilegal de cargos públicos, expressamente vedada pelo art. 37, XVI, da Constituição Federal, caracteriza uma situação que se protraí no tempo, motivo pelo qual é passível de ser investigada pela Administração a qualquer tempo, a teor do que dispõe o art. 133, *caput*, da Lei 8.112/90” (MS 20148/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 18.9.2013).

Recurso ordinário improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Deve ser negado provimento ao recurso ordinário.

De plano, não assiste razão à impetrante quando alega que somente poderia sofrer processo administrativo por acumulação ilegal de cargos por parte da Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal. Ora, se ela possui dois vínculos funcionais, submetidos a duas autoridades, claro se mostra que qualquer uma delas poderia iniciar processo administrativo por acumulação ilegal.

A vedação à acumulação, como regra geral, de outros cargos públicos por servidores militares decorre do teor do art. 142, § 3º, II da Constituição Federal, que transcrevo:

“Art. 142. (...)

(...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(...)

II – o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei;”

As disposições do art. 142, §§ 2º e 3º são aplicáveis aos servidores militares do Distrito Federal e dos Estados, por força do art. 42, § 1º, todos da Constituição Federal de 1988.

O tema é pacificado no Superior Tribunal de Justiça, no tocante à ilicitude de acumulação dos cargos militares com o magistério.

Neste sentido:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. POLICIAL MILITAR E PROFESSOR DA REDE PÚBLICA ESTADUAL. INTEGRANTE DAS FORÇAS ARMADAS. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 142, § 3º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. É vedado aos integrantes das Forças Armadas, dentre eles os policiais militares estaduais, a cumulação de cargos, conforme dicção do art. 142, § 3º, II, da Constituição Federal.

2. Esta Corte, ao interpretar os arts. 37, II, e 142, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, decidiu que a proibição de cumulação de cargos reflete-se apenas nos militares que possuem a função tipicamente das Forças Armadas. Por isso, entendeu que os militares profissionais da saúde estão excepcionados da regra. Precedente: RMS 22.765/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 23/08/2010.

3. Inviável o exercício simultâneo dos cargos de policial militar e professor da rede pública estadual, em decorrência da vedação contida no art. 142, § 3º, II, da Constituição Federal, apesar da compatibilidade de horários.

4. Recurso ordinário conhecido e improvido.”

(RMS 28.059/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4.10.2012, DJe 16.10.2012.)

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DO CARGO PÚBLICO DE POLICIAL MILITAR COM O DE PROFESSOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o cargo público de técnico, que permite a acumulação com o de professor nos termos do art. 37, XVI, b, da Constituição Federal, é o que exige formação técnica ou científica específica. Não se enquadra como tal o cargo ocupado pelo impetrante, de Policial Militar.

2. Recurso ordinário desprovido.”

(RMS 32.031/AC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.11.2011, DJe 24.11.2011.)

Por fim, a alegação de decadência não prospera, já que o prazo decadencial foi aberto com a ciência inequívoca da acumulação por parte da autoridade, como bem frisa o Tribunal de origem:

“Por outro lado, ainda que a Lei 9784/99 tenha definido um prazo decadencial para que a Administração Pública anule ‘atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários’ (art. 54), no caso não se caracterizou a perda da oportunidade. Conforme os

documentos juntados aos autos, a instauração de processo administrativo para a análise de acumulação de cargos surgiu a partir de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do DF, que culminou em determinação para que a Secretaria de Educação investigasse o caso, nos termos da decisão proferida na sessão do dia 10/03/2009 (fl. 36).

O fato de ambas as instituições – Polícia Militar e Secretaria de Educação – integrarem o mesmo ente político não faz presumir, de forma alguma, que o Distrito Federal soubesse da situação e, conseqüentemente, que a sua inércia tenha permitido a decadência do direito de exigir da impetrante a opção por um dos cargos. O marco inicial para a contagem do prazo, em tese, somente nasceria com a ciência da situação.

Aliás, ainda de acordo com os documentos, é possível perceber que, quando da posse no cargo de professor da Carreira Magistério Público do DF, em 23 de janeiro de 2004, a impetrante declarou que não incidia em ‘acumulação de cargos, emprego ou função pública civil ou militar’ (fl. 38), não obstante o ingresso na Polícia Militar do DF tenha ocorrido em 1990 (fls. 19, 25 e 42).”

Não sendo este o entendimento, cabe anotar outro fundamento – em atenção ao parecer do Parquet federal – que relembra ter a Primeira Seção fixado que a acumulação inconstitucional de cargos é mácula que se posterga no tempo, não sendo aplicável o prazo quinquenal para sua revisão.

Neste sentido:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. OFENSA. INEXISTÊNCIA. NULIDADE DO ATO DE REDISTRIBUIÇÃO DO CARGO PÚBLICO FEDERAL. MATÉRIA QUE NÃO É OBJETO DA IMPETRAÇÃO.

EXAME. IMPOSSIBILIDADE. DECA-DÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. LITISPENDÊNCIA. SEGURANÇA DENEGA.

1. A acumulação ilegal de cargos públicos, expressamente vedada pelo art. 37, XVI, da Constituição Federal, caracteriza uma situação que se protraí no tempo, motivo pelo qual é passível de ser investigada pela Administração a qualquer tempo, a teor do que dispõe o art. 133, *caput*, da Lei 8.112/90.

2. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ‘atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo’ (ADI 1.247 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, STF, Tribunal Pleno, DJ 8/9/95).

3. Verificada a existência de acumulação ilegal de cargos públicos e não solucionada a questão pelo servidor até o fim do procedimento administrativo disciplinar contra ele instaurado, não resta à Administração outra alternativa do que a aplicação da pena de demissão do cargo público, nos termos do art. 133, § 6º, da Lei 8.112/90.

(...)

7. Segurança denegada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios.”

(MS 20148/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 11.9.2013, DJe 18.9.2013.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

TRIBUTÁRIO

INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS JUROS DE MORA EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA

Superior Tribunal de Justiça

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.238.127/RS

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DJe, 18.03.2014

Relator: Ministro Og Fernandes

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS TRABALHISTAS DECORRENTES DE RESCISÃO. APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. REGIME DE COMPETÊNCIA. JUROS DE MORA. ISENÇÃO.

1. “O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ” (REsp 1.118.429/SP, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 14/5/2010).

2. A Primeira Seção desta Corte, apreciando o REsp 1.089.720/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28/11/12, consolidou entendimento no sentido de que: (I) a regra geral é a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora (art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 4.506/1964), inclusive quando fixados em reclamações trabalhistas; (II) há isenção de IR: a) quando o pagamento for realizado no contexto de rescisão do contrato de trabalho e b) quando a verba principal for igualmente isenta ou fora do âmbito do imposto, aplicando-se o princípio do *accessorium sequitur suum principale*.

3. Hipótese em que o recorrido, por

força de decisão judicial, recebeu, acumuladamente, verbas trabalhistas decorrentes de rescisão de contrato de trabalho.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques

Presidente

Ministro Og Fernandes

Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional contra decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial aos fundamentos de que: i) “o Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado”; e ii) “não incide imposto de renda sobre os juros moratórios legais vinculados a verbas trabalhistas reconhecidas em decisão judicial” (e-STJ, fls. 537/538).

Sustenta a Fazenda Nacional, em síntese, que nem toda verba concedida em reclamação trabalhista possui natureza rescisória apta a afastar a incidência do imposto de renda (e-STJ, fls. 543/545).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): A controvérsia dos autos gira em torno de duas questões, quais sejam: i)

incidência de imposto de renda sobre parcelas atrasadas pagas acumuladamente; e ii) incidência de imposto de renda sobre os juros moratórios vinculados a verbas trabalhistas decorrentes de rescisão de contrato de trabalho e reconhecidas judicialmente.

O regimental não merece prosperar.

A Primeira Seção desta Corte, em 24 de março de 2010, no julgamento do REsp 1.118.429/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que o “Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado”, não sendo “legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente” (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 14/5/2010).

A propósito, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – OFENSA AO ART. 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO EM ATRASO – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

[...]

4. Em se tratando de benefício previdenciário pago a destempo e acumuladamente, a incidência do imposto de renda deve observar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos. Entendimento consolidado em recurso repetitivo (REsp 1.118.429/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24.3.2010, DJe 14.5.2010).

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1227624/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/8/2013, DJe 14/8/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DO

IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO (ART. 6º, INCISO V DA LEI 7.713/88). ISENÇÃO LEGAL QUE ABRANGE TANTO OS JUROS INCIDENTES SOBRE AS VERBAS INDEMNIZATÓRIAS E REMUNERATÓRIOS QUANTO OS JUROS INCIDENTES SOBRE PARCELAS NÃO ISENTAS. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EDCL NO RESP. 1.227.133/RS, REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, DJE 02.12.2011. ILEGITIMIDADE DE COBRANÇA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PARCELAS ACUMULADAS COM PARÂMETROS NO MONTANTE GLOBAL PAGO EXTEMPORANEAMENTE. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA: RESP.1.118.429/SP, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 14.05.2010. DESNECESSIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO DIANTE DA AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DE LEI. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

[...]

4.A Primeira Seção, decidiu que o Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente (REsp. 1.118.429/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, submetido ao rito dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC e Resolução 8/STJ, DJe 14.5.2010).

[...]

6. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.

[...]

(AgRg no AREsp 235.610/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 5/2/2013)

De outra parte, quanto ao tema da incidência de imposto de renda sobre os juros de mora, este foi apreciado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.227.133/RS, sob o rito do art. 543-C do CPC, no qual ficou definido que não incide imposto de renda sobre juros de mora pagos em reclamatória trabalhista, **no contexto da despedida ou rescisão do contrato de trabalho**. É o que se constata da ementa que abaixo se segue transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL NA EMENTA DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

– Havendo erro material na ementa do acórdão embargado, deve-se acolher os declaratórios nessa parte, para que aquela melhor reflita o entendimento prevalente, bem como o objeto específico do recurso especial, passando a ter a seguinte redação: “RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JUROS DE MORA LEGAIS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. VERBAS TRABALHISTAS. NÃO INCIDÊNCIA OU ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA.

– Não incide imposto de renda sobre os juros moratórios legais vinculados a verbas trabalhistas reconhecidas em decisão judicial.

Recurso especial, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, improvido.” Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

(EDcl no REsp 1227133/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 2/12/2011)

Entretanto, o julgado acima fixou tese apenas na hipótese em que não incidem juros de mora, **no contexto da perda do emprego**, não firmando tese a respeito da regra geral sobre a incidência ou não do imposto de renda sobre juros de mora.

Em razão disso, foi afetado à Primeira Seção do STJ o REsp 1.089.720/RS de relatoria do em. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10/10/2012, DJe 28/11/2012, o qual fixou interpretação para o precedente firmado em recurso representativo de controvérsia – REsp 1.277.133/

RS, bem como, consolidou entendimento sobre a regra geral da incidência do imposto de renda sobre os juros de mora e fixou as exceções.

No julgamento do REsp 1.089.720/RS, a Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que:

i) a regra geral é a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora, a teor do art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei 4506/64, inclusive em reclamatórias trabalhistas;

ii) exceção 1 – os juros de mora pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (perda do emprego) gozam de isenção de imposto de renda, independente da natureza jurídica da verba principal, isto é, ainda que a verba principal não seja isenta (tese já pacificada no REsp 1.277.133/RS, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC);

iii) exceção 2 – os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do imposto de renda são isentos de imposto de renda, mesmo quando pagos fora da circunstância da perda de emprego, em conformidade com a regra do “*accessório segue o principal*”.

Transcreve-se a ementa do julgado para melhor esclarecimento:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284/STF. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA – IRPF. REGRA GERAL DE INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA. PRESERVAÇÃO DA TESE JULGADA NO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA RESP. N. 1.227.133 – RS NO SENTIDO DA ISENÇÃO DO IR SOBRE OS JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE PERDA DO EMPREGO. ADOÇÃO DE FORMA CUMULATIVA DA TESE DO *ACCESSORIO SEQUITUR SUUM PRINCIPALE* PARA ISENTAR DO IR OS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE VERBA ISENTA OU FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IR.

1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar

o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula n. 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

2. Regra geral: **incide o IRPF sobre os juros de mora**, a teor do art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 4.506/64, **inclusive quando reconhecidos em reclamatórias trabalhistas, apesar de sua natureza indenizatória** reconhecida pelo mesmo dispositivo legal (matéria ainda não pacificada em recurso representativo da controvérsia).

3. Primeira exceção: **são isentos de IRPF os juros de mora** quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não. Isto é, **quando o trabalhador perde o emprego**, os juros de mora incidentes sobre as verbas remuneratórias ou indenizatórias que lhe são pagas são isentos de imposto de renda. A isenção é circunstancial para proteger o trabalhador em uma situação sócio-econômica desfavorável (perda do emprego), daí a incidência do art. 6º, V, da Lei n. 7.713/88. Nesse sentido, quando reconhecidos em reclamatória trabalhista, **não basta haver a ação trabalhista, é preciso que a reclamatória se refira também às verbas decorrentes da perda do emprego, sejam indenizatórias, sejam remuneratórias** (matéria já pacificada no recurso representativo da controvérsia REsp. n.º 1.227.133 – RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011).

3.1. Nem todas as reclamatórias trabalhistas discutem verbas de despedida ou rescisão de contrato de trabalho, ali podem ser discutidas outras verbas ou haver o contexto de continuidade do vínculo empregatício. A discussão exclusiva de verbas dissociadas do fim do vínculo empregatício exclui a incidência do art. 6º, inciso V, da Lei n. 7.713/88.

3.2. **O fator determinante para ocorrer a isenção do art. 6º, inciso V, da Lei n. 7.713/88 é haver a perda do emprego e a fixação das verbas respectivas, em juízo ou fora dele.** Ocorrendo isso, **a isenção abarca tanto os juros incidentes sobre as verbas indenizatórias e remuneratórias quanto os juros incidentes sobre as verbas não isentas.**

4. Segunda exceção: **são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR**, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego), consoante a regra do “*accessorium sequitur suum principale*”.

5. Em que pese haver nos autos verbas reconhecidas em reclamatória trabalhista, não restou demonstrado que o foram no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância de perda do emprego). Sendo assim, é inaplicável a isenção apontada no item “3”, subsistindo a isenção decorrente do item “4” exclusivamente quanto às verbas do FGTS e respectiva correção monetária FADT que, consoante o art. 28 e parágrafo único, da Lei n. 8.036/90, são isentas.

6. **Quadro para o caso concreto onde não houve rescisão do contrato de trabalho:**

1 Principal: Horas-extras (verba remuneratória não isenta) = Incide imposto de renda;

1 Acessório: Juros de mora sobre horas-extras (lucros cessantes não isentos) = Incide imposto de renda;

1 Principal: Décimo-terceiro salário (verba remuneratória não isenta) = Incide imposto de renda;

1 Acessório: Juros de mora sobre décimo-terceiro salário (lucros cessantes não isentos) = Incide imposto de renda;

1 Principal: FGTS (verba remuneratória isenta) = Isento do imposto de renda (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 8.036/90);

1 Acessório: Juros de mora sobre o FGTS (lucros cessantes) = Isento do imposto de renda (acessório segue o principal).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp 1.089.720/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 28/11/2012)

Na hipótese dos autos, verifica-se que o caso concreto refere-se à incidência do imposto de renda sobre os juros de mora relativos a verba trabalhista decorrente de rescisão de contrato de trabalho e reconhecida em decisão judicial (e-STJ, fl. 434).

Dessa forma, **não incide** a regra geral constante no art. 16, XI e parágrafo único, da Lei n. 4.506/64, nos termos do entendimento firmado no REsp 1.089.720/RS acima citado.

No ponto:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA. VERBAS PREVIDENCIÁRIA PAGAS EM ATRASO. APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. REGIME DE COMPETÊNCIA.

1. A Primeira Seção desta Corte, apreciando o REsp 1.089.720/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28/11/12, consolidou entendimento no sentido de que: (I) a regra geral é a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora (art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei 4.506/1964), inclusive quando fixados em reclamatórias trabalhistas; (II) há isenção de IR: a) quando o pagamento for realizado no contexto de rescisão do contrato de trabalho e b) quando a verba principal for igualmente isenta ou fora do âmbito do imposto, aplicando-se o princípio do *accessorium sequitur suum principale*.

2. “O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado.

Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago temporaneamente. Precedentes do STJ.” (REsp 1.118.429/SP, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, Rel. Ministro

Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 14/05/2010) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1328608/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/9/2013, DJe 17/9/2013)

PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO ACUMULADAMENTE. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE COMPETÊNCIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

1. O STJ, no julgamento do REsp 1.118.429/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24.3.2010, DJe 14.5.2010, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, decidiu que o imposto de renda incidente sobre os benefícios previdenciários pagos a destempe e acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado.

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.089.720/RS, da relatoria do eminente Ministro Mauro Campbell Marques, julgado pela Primeira Seção em 10.10.2012, com acórdão publicado em 28.11.2012, firmou orientação de que, em regra, incide imposto de renda sobre os juros de mora, inclusive quando recebidos em virtude de reclamatória trabalhista, ressalvadas duas hipóteses: a) os juros de mora, sendo verba acessória, seguem a mesma sorte da verba principal – *accessorium sequitur suum principale*; e b) os juros mora recebidos em decorrência de rescisão do contrato de trabalho por perda de emprego, indiferentemente da natureza da verba principal, não são tributados pelo imposto de renda.

3. Ficam ressalvados da tributação pelo imposto de renda o benefício previdenciário em causa e também os juros de mora respectivos, se integrarem a faixa de isenção, fato a ser observado no momento da liquidação do julgado pela instância ordinária.

4. Não se aplica a Lei 12.350/10, que acresceu o art. 44 à Lei n.

7.713/88, por não ter sido objeto do recurso especial, caracterizando inovação recursal em sede de agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 349.859/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 27/11/2013)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

CIVIL E COMERCIAL

Admissível a manutenção do nome de casada após o divórcio

Apelação Cível. Ação de divórcio. Manutenção do uso do nome de casada. Possibilidade. 1. Já se encontra sedimentado o entendimento jurisprudencial de que não mais se verifica a culpa pela dissolução do matrimônio para fins de apuração dos direitos daí decorrentes. 2. Logo, como atributo da sua personalidade, pode a virago permanecer fazendo uso de seu nome de casada, já que assim optou. Princípios da imutabilidade do nome e da segurança jurídica. Apelo desprovido.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70057748014 - 8a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl - Fonte: DJ, 07.03.2014).

NOTA BONIJURIS: *Sobre o tema, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal que “a regra geral é a manutenção do nome adquirido pelo casamento, somente podendo ser retirado com o consentimento do titular (daquele que modificou o nome quando da celebração do matrimônio). Ou seja, adquirido o sobrenome pelo casamento (ou pela união estável), haverá imediata incorporação à personalidade do titular, somente podendo lhe ser retirado com a sua anuência. Ocorre, com isso, uma absoluta e completa desvinculação da culpa pela dissolução do matrimônio com a manutenção do nome de casado”. Explicitam, ainda, que “esta solução foi prestigiada pela disciplina da dissolução do casamento imposta pela Emenda Constitucional 66/10, que, facilitando a obtenção do divórcio, afastou a possibilidade de discussão de culpa pela ruptura da conjugalidade e terminou por tornar não recepcionado pelo novo sistema constitucional o art. 1.578 do Código de 2002 que, outrora, permitia, ainda que em caráter*

excepcional, a perda do sobrenome de casado. Assim, nos divórcios consensuais ou litigiosos, o cônjuge que mudou o nome optará se permanece, ou não, utilizando o sobrenome de casado, não mais sendo possível retirá-lo contra a sua vontade. A solução merece aplausos porque o nome é direito de personalidade e, como tal, incorpora-se à personalidade de quem o modificou pelo casamento. Assim, passa a ser nome próprio, e não mais do outro consorte.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 242/243)

Casal é indenizado por cancelamento da viagem de lua de mel

Responsabilidade Civil. Pacote turístico de lua de mel. Passagens aéreas não reservadas. Viagem frustrada. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade solidária entre as requeridas. Dano moral configurado. 1. A operadora de viagens responde solidariamente pela má prestação do serviço, consistente na não localização das reservas dos bilhetes aéreos, tendo em vista que o pacote turístico foi adquirido diretamente na empresa CVC, estando nele incluído o transporte aéreo contratado e oferecido pela operadora de turismo. 2. Falha na prestação do serviço que não pode ser imputada a terceiro. A alegação da ré TRIP Linhas Aéreas de que as reservas não foram confirmadas em razão de recusa da operadora de cartões de crédito não veio comprovada. Há, a sua vez, prova nos autos em sentido contrário, estando as parcelas do pacote turístico sendo descontadas nas faturas do cartão de crédito do demandante. 3. Dano moral que se configura ante a frustração da viagem de lua de mel dos demandantes, conforme prova dos autos, que efetivamente causou abalo psicológico aos requerentes dada à especialidade da data e a expectativa de comemorar o casamento por meio de turismo, frustrada pela má prestação de serviço das rés. 4. *Quantum* indenizatório fixado em R\$ 3.500,00 para

cada autor que não merece reparo, pois adequado aos parâmetros adotados pelas Turmas Recursais em situações análogas. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 71004516514 - 1a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Marta Borges Ortiz - Fonte: DJ, 20.02.2014).

Cliente não pode ser responsabilizado por perda total de veículo em test drive

Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Revendedora de veículos. Veículo cedido a consumidor em potencial para realização de ‘test drive’. Condutor que perde o controle do veículo e colide contra ônibus. Danos materiais de elevada monta no automotor em teste. Inexistência de termo subscrito pelo potencial consumidor assumindo eventuais riscos ou prejuízos decorrentes do ‘teste drive’. Teoria do risco do empreendimento. Risco criado, como ferramenta de ‘marketing’, que deve ser suportado pela revendedora. Veículo seminovo. Irrelevância. Manifestação recursal conhecida e desprovida. Se, em suas estratégias de ‘marketing’, as revendedoras de veículos passaram a utilizar-se do chamado ‘test drive’ como uma ferramenta para atrair, seduzir e conquistar clientes, fornecendo ao potencial comprador uma experiência pré-consumo e, com isso, incrementando a porcentagem de êxito nas vendas e na consequente obtenção de lucro, pelo revés da moeda resulta-lhe como justo suportar o ônus pelos riscos que cria ao confiar o veículo ao adquirente em perspectiva.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2013.067196-4 - 2a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Trindade dos Santos - Fonte: DJ, 24.02.2014).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos considerações de Rizzato Nunes, quando, ao tratar do princípio do risco da atividade econômica, afirma: “Quem quiser, portanto, se estabelecer produzindo pneus, abrindo bancos, vendendo produtos e serviços, pode fazê-lo, mas corre o risco da atividade. É por isso que, quando se vai estudar*

responsabilidade civil objetiva na Lei n. 8.078, vê-se que ela foi estabelecida de forma clara e precisa, impedindo qualquer possibilidade daquele fabricante, produtor, prestação de serviço etc. se esquivar. Esse risco fará com que aquele que vai ao mercado oferecer produtos e serviços assumam integralmente a responsabilidade por eventuais danos que seus produtos e serviços possam causar aos consumidores, assim como, repita-se, impede que, mediante cláusula contratual, ele seja repassado ao consumidor.

É preciso que se afirme esse princípio do risco com todas as letras: a decisão de empreender é livre; o lucro decorrente dessa exploração é legítimo; o risco é total do empreendedor. Isso implica que, da mesma forma como ele não repassa o lucro para o consumidor, não pode, de maneira alguma, passar-lhe o risco (Curso de direito do consumidor. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107).”

Correntista não pode ser impedido de realizar depósito na boca do caixa

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Prestação de serviços bancários. Recusa da funcionária em realizar a operação financeira solicitada pela autora ante a disponibilização de tal procedimento nos caixas eletrônicos. Negativa vedada. Opção do consumidor. Prática abusiva. Arts. 39, IX, do código consumerista e 3º, caput, da Resolução n. 3.694, do Banco Central do Brasil. Atendimento conduzido de forma grosseira e vexatória. Obrigação de compensar configurada. Danos morais devidos. Fixação do quantum. Observância do binômio razoabilidade/proporcionalidade. Inversão do ônus sucumbencial. Sentença reformada. Recurso provido. I - Afigura-se prática abusiva a recusa da funcionária do banco requerido na prestação do serviço almejado pela Autora, sob a alegação de que os caixas eletrônicos estão aptos a realizar o procedimento requisitado, diante dos dispositivos constantes

dos arts. 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor, e 3º, caput, da Resolução n. 3.694, do Banco Central do Brasil. Se o consumidor opta por fazer uso de atendimento pessoal em agência bancária, em regular horário de funcionamento, com o escopo de depositar numerário em conta bancária, em vez de utilizar-se de caixa eletrônico, não pode o funcionário do estabelecimento bancário (“caixa”), negar-se em atender o cliente, sobretudo de maneira rude e humilhante, segundo se depreende das provas carreadas aos autos. Dessa forma, respondendo a instituição financeira pelos atos de seus funcionários ou prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (arts. 932, III, e 933, do CC/02) e, tratando-se de responsabilidade civil de natureza objetiva, que prescinde de culpa ou dolo (art. 14 do CDC), configurada está a obrigação de compensar pecuniariamente os prejuízos imateriais sofridos pela Requerente. II - Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, servindo como medida punitiva, pedagógica e inibidora.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.077140-5 - 6a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Joel Figueira Júnior - Fonte: DJ, 25.02.2014).

Seguradora deve provar a má-fé do segurado para afastar dever de cobertura

Apelação Cível. Ação de ressarcimento de danos causados em acidente de veículos. Rito sumário. Apelo do requerido. Demanda cognitiva subjacente julgada improcedente. Ausência de interesse recursal. Provimento do apelo que não proporcionará nenhum resultado útil e prático. Art. 499 do CPC. “Falece à ré interesse de recorrer pelo mérito, por isso que é vencedora e não sucumbente. Com efeito, o pressuposto dos pressupostos do recurso é a sucumbência. O

vencedor não pode recorrer, dizendo que quer perder. É por isto que o art. 499 do CPC só defere o recurso à parte vencida [...]; nunca, entretanto, ao vencedor da demanda, que não pode ter interesse na reforma da decisão [...]” (AC. Un. Da 1a. Câmara. Cív. Do TJPR, de 3.4.84, na Ap. 1.530/83, rel. Des. Nunes do Nascimento, PJ 10/94, in Código de Processo Civil nos Tribunais, Artigos 486 a 645, de Darcy A. Miranda et alii, Ed. Jurídica Brasileira, 6a. ed., São Paulo-SP, 1992, pág. 2.514)” (Apelação Cível nº 2011.047423-0, de Turvo, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, julgado em 29/11/2011). Insurgência não conhecida. Apelo da autora. Pretendida concessão do benefício da justiça gratuita. Penúria econômica não demonstrada. Insurgente que, ademais, procedeu ao recolhimento do preparo. Benesse denegada. Mérito. Fraude contra a seguradora não comprovada. Boa-fé que se presume. Laudo pericial elaborado unilateralmente pela seguradora demandada, apontando incongruências no tocante às avarias de ambos os veículos. Necessidade de considerar que, não raras vezes, um acidente de veículos produz resultados aparentemente incompreensíveis. Abalroamento que não ocorreu de maneira frontal, mas, sim, perpendicularmente, visto que o choque aconteceu em uma curva. Inconteste colisão secundária do veículo segurado, contra um poste de energia elétrica situado na tangência da curva. Dever de indenizar configurado. Sentença reformada. Pleito julgado procedente. Inversão dos ônus sucumbenciais. Recurso conhecido e provido.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.024869-0 - 4a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Luiz Fernando Boller - Fonte: DJ, 10.03.2014).

Titular do registro pode exigir que licenciado acompanhe mudança nos padrões da marca

Recurso Especial. Processo Civil. Propriedade industrial. Marca. Licença de uso. Proteção legal. Alteração conceitual da marca. Necessidade de adequação do

licenciado aos novos padrões. 1. Não há julgamento *extra petita* quando a decisão judicial permanece adstrita ao pedido e causa de pedir manifestados pelo autor na inicial. 2. O Tribunal *a quo* não é obrigado a enfrentar questão que lhe foi submetida apenas nos embargos de declaração, situação em que a parte não objetiva corrigir imperfeições do julgado, mas levar questão nova ao exame tardio do Tribunal. 3. A marca é mais que mera denominação: traz em si o conceito do produto ou serviço que a carrega; possui feição concorrencial, distinguindo-a dos concorrentes; facilita o reconhecimento e a captação de clientes; diminui o risco para a clientela, que conta com a padronização dos produtos, serviços, atendimento e demais atributos que a cercam. 4. A licença de uso gera o compromisso, *ex lege*, de o licenciador zelar pela integridade e reputação da marca. É da essência da própria marca que o uso por terceiros deve respeitar-lhe as características, pois a inobservância dos traços distintivos desvirtua a sua existência. 5. A não observância dos padrões dos produtos e serviços pela licenciada para o uso da marca demonstra o uso indevido e autoriza a tutela inibitória para impedir a utilização. 6. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

(STJ - Rec. Especial n. 1387244/DF - Ac.

unânime - 3a. T. - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJ, 07.03.2014).

IMOBILIÁRIO

CDC não pode ser aplicado aos contratos de locação

Apelação Cível. Ação de despejo cumulada com cobrança - Pedido de minoração da multa moratória prevista em 10% para 2%, consoante disposto no CDC - Impossibilidade - Ausência de relação consumerista entre as partes - Lei específica que trata dos contratos de locações. Honorários - Pedido de minoração - Fixação adequada - Manutenção. 1. “Não é possível a redução da multa moratória prevista em 10% no

contrato de locação para o percentual máximo de 2% da lei consumerista sob o argumento de violação ao art. 52, § 1º, do CDC, uma vez que, conforme jurisprudência do STJ, o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locativos, incidindo a Súmula 83 do STJ” (STJ, Rel.Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, AgRg no AREsp 143946/SP, Pub. 28/06/12). 2. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1043630-3 - 11a. Câm.

Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Ruy Muggiati - Fonte: DJ, 10.02.2014).

É possível usucapir imóvel localizado em área de fronteira

Ação de usucapião extraordinário. Sentença que consolidou o domínio da área usucapienda nas mãos dos autores. Insurgência do INCRA. Terra de fronteira. Possibilidade de usucapir. Inexistência de presunção de domínio público. “Esta Corte Superior possui entendimento de que a circunstância do imóvel objeto do litígio estar situado em área de fronteira não tem, por si só, o condão de torná-lo de domínio público. A ausência de transcrição no ofício imobiliário não conduz à presunção de que o imóvel se constitui em terra devoluta, cabendo ao Estado o encargo de provar a titularidade pública do bem. Precedentes” (AgRg no REsp 611.577/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3a. Turma, j. 20/11/2012, DJE 26/11/2012). Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1067126-6 - 18a. Câm. Cív.

- Ac. unânime - Rel.: Des. Luiz Cezar Nicolau - Fonte: DJ, 19.02.2014).

Indevida indenização por danos estruturais em imóvel antigo adquirido nessas condições

Apelação Cível. Ação de indenização por dano material e moral julgada improcedente. Alegação de que, ao pactuar contrato de compra e venda, o apelado teria omitido a infestação de

cupins no madeiramento do telhado, comprometendo sua estrutura, bem como a precariedade da rede elétrica, colocando em risco a segurança e integridade física dos moradores do imóvel. Ausência de substrato probatório capaz de evidenciar a efetiva existência das irregularidades apontadas. Ônus da prova que competia à apelante. Art. 333, inc. I, do CPC. Insurgente que, em verdade, promoveu a reforma da edificação, impossibilitando a constatação dos vícios. Ausência de qualquer elemento de prova no sentido de que a segurança dos moradores teria sido colocada em risco. Prova testemunhal que demonstra, ao contrário, a inexistência de comprometimento do telhado. laudo pericial que apenas destaca o desgaste normal da edificação, que já contava com mais de 20 anos no momento da respectiva alienação. Dever de indenizar não constatado. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.068413-3 - 4a. Câm.

Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Luiz Fernando Boller - Fonte: DJ, 27.02.2013).

Locador não pode reter bens do locatário como garantia do pagamento de alugueres atrasados

Processual Civil e Civil. Agravo de instrumento. Locação. Alugueres em atraso. Retenção de bens. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 5º, XXII, da CF. Tutela antecipada. Requisitos presentes. Concessão. Recurso conhecido e não provido. 1. É inadmissível ao locador a retenção de bens do locatário, para garantia de pagamento de alugueres em atraso, sob pena de se lhe admitir a autotutela dos seus direitos, em afronta ao direito de propriedade constitucionalmente garantido. 2. Demonstrada, por prova inequívoca, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se, nos termos do disposto no art. 273 do CPC, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na petição inicial.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1135110-3 - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Fábio Haick Dalla Vecchia - Fonte: DJ, 17.02.2014).

Loja térrea não pode eximir-se do pagamento de taxa condominial quando o pagamento é expressamente previsto na convenção condominial

Apelação Cível. Ação revisional de taxas condominiais c/c repetição do indébito. Sentença de procedência. Recurso do demandado. Sala comercial localizada no piso térreo. Pretendida redução de taxas condominiais conforme o uso. Impossibilidade. Critério de rateio expresso na convenção do condomínio. Divisão correspondente à fração ideal do terreno de cada unidade, devendo ser proporcional a ela. Inteligência do art. 1.336 do CC e do ART. 12, § 1º, da Lei nº 4.591/64. Prova testemunhal que atesta a utilização dos serviços pela apelada. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2010.032142-4 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Sérgio Izidoro Heil - Fonte: DJ, 13.02.2014).

Para fins de pagamento de taxa condominial é irrelevante conclusão da obra ou concessão de habite-se

Apelação Cível. Ação de cobrança. Despesas condominiais. Insubstância jurídica da alegação defensiva. Sentença de procedência mantida. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Prova pericial despicienda. Recurso conhecido e desprovido. O dever de contribuir para as despesas do condomínio na proporção da fração ideal decorre do fato de o condômino integrar o universo condominial, o que torna irrelevante o fato de a construção ainda estar em fase de finalização ou de não ter sido concedido o “habite-se.”

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2011.072200-7 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Joel Figueira Júnior - Fonte: DJ, 10.12.2013).

PROCESSO CIVIL

Constitui erro grosseiro a interposição de agravo regimental contra decisão colegiada

Processual Civil. Agravo Regimental Interposto contra decisão proferida por órgão colegiado. Recurso manifestamente incabível. Erro grosseiro. 1. Por expressa previsão legal, somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática. 2. A interposição de agravo regimental contra decisão colegiada constitui erro grosseiro, desautorizando a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 3. Agravo regimental não conhecido.

(STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração. na Reclamação n. 2162/PR - 3a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz - Fonte: DJ, 05.03.2014).

Impetrante pode desistir do mandado de segurança, sem anuência da parte contrária, mesmo após a prolação da sentença

Administrativo e Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Servidor público. Mandado de Segurança. Pedido de desistência da ação, após a prolação de sentença de mérito. Art. 267, VIII, do CPC. Possibilidade. Questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal com base no art. 543-B do CPC. Agravo regimental improvido. I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 669.367/RJ, Relatora p/ acórdão a Ministra Rosa Weber, submetido ao regime de repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que o impetrante pode desistir de Mandado de Segurança, nos termos do art. 267, VIII, do CPC, a qualquer tempo, sem anuência da parte contrária, mesmo após a prolação de sentença de mérito. II. Agravo Regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1127391/DF - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Assusete Magalhães - Fonte: DJ, 11.03.2014).

NOTA BONIJURIS: *A respeito do tema: “Processual Civil. Mandado de Segurança. Desistência após a sentença de mérito. Possibilidade.*

1. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 669367, julgado em 02/05/2013, reconhecida a repercussão geral, definiu que é plenamente admissível a desistência unilateral do mandado de segurança, pelo impetrante, sem anuência do impetrado, mesmo após a prolação da sentença de mérito. 2. Indeferir o pedido de desistência do mandamus para supostamente preservar interesses do Estado contra o próprio destinatário da garantia constitucional configura patente desvirtuamento do instituto, haja vista que o mandado de segurança é instrumento previsto na Constituição Federal para resguardar o particular de ato ilegal perpetrado por agente público. 3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.405.532/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 18/12/2013).”

Modificação do valor fixado em indenização, por meio de recurso especial, é possível quando se mostrar irrisório ou exagerado

Processo Civil e Civil. Agravo no Agravo em Recurso Especial. Acidente de trânsito. Ação de compensação por danos morais. Alteração do valor fixado. Incidência da súmula 7/STJ. 1. É possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 2. Agravo não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 420083/SC - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJ, 10.03.2014).

Penhora em dinheiro na execução fiscal não pode ser substituída por fiança bancária

Processual Civil e Tributário. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. Execução fiscal. Inadmissibilidade de substituição da penhora em dinheiro por carta de fiança bancária. ERESP. 1.077.039/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 12.04.2011. Alegação de que o débito da execução originária já foi em sua maior parte extinto em ação anulatória. Inovação recursal. Perda de objeto do recurso fazendário que não se verifica. Agravo regimental desprovido. 1. Na execução fiscal, realizada a penhora em dinheiro, é incabível a sua substituição por outro bem, mesmo por fiança bancária, nos termos do art. 15, I da LEF. EREsp. 1.077.039/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 12.04.2011). 2. Agravo Regimental desprovido.

(STJ - Ag. Regimental nos

Embs. de Declaração no Rec. Especial n.

1173483/PR - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.:

Min. Napoleão Nunes Maia Filho - Fonte: DJ, 10.03.2014).

Possibilidade de execução individual de sentença coletiva

Ação Cautelar Incidental - Pretendida outorga de efeito suspensivo à recurso extraordinário - Ausência de plausibilidade jurídica da postulação de direito material deduzida na causa principal - Título judicial consubstanciador de sentença coletiva - Efetivação executória individual - Possibilidade jurídica - Recurso de agravo improvido. Possibilidade de execução individual de sentença proferida em processo coletivo. - O fato de tratar-se de ação coletiva não representa obstáculo para que o interessado, favorecido pela sentença coletiva, promova, ele próprio, desde que integrante do grupo ou categoria processualmente substituídos pela parte autora, a execução indi-

vidual desse mesmo julgado. Doutrina. Precedentes.

(STF - Ag. Regimental na Ação Cautelar n.

3345/PR - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min.

Celso de Mello - Fonte: DJ, 06.03.2014).

NOTA BONIJURIS: Cabe destacar o ensinamento de *Mônica Cecílio Rodrigues* (*Da Inadequação do artigo 475-B do Código de Processo Civil para Cumprimento Individual de Determinadas Sentenças Coletivas*, *in* *Repertório de Jurisprudência IOB nº 21/2010, vol. IIII/681*), que expende, sobre o tema, precisa lição: *“A sentença, em ações coletivas, esclarecerá os direitos e as obrigações, reconhecendo o dano, declarará a coletividade prejudicada, determinará nexos causal e, por via de consequência, condenará o responsável ao dever de indenizar, às vezes, não determinando ‘quantum’; e, se for o caso de ressarcimento, a direito individual homogêneo, caberá liquidação e execução individual da sentença coletiva, como permitem os arts. 97 e seguintes da Lei nº 8.078/1990 (...).”*

Tribunal Regional Federal deve dirimir controvérsia entre juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal

Previdenciário e Processual Civil. Conflito de competência. Juízo federal e juízo estadual investido de jurisdição federal. Incidência da súmula 3/STJ. 1. Incidência, à hipótese, da Súmula 3/STJ, *verbis*: “compete ao tribunal regional federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal”. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Ag. Regimental no Confl. de

Competência n. 129941/SP - 1a. S. - Ac.

unânime - Rel.: Min. Sérgio Kukina - Fonte:

DJ, 11.03.2014).

PENAL E PROCESSO PENAL

Aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho cujo valor do tributo elidido é inferior a dez mil

Penal e Processual Penal. Agravo Regimental em Recurso Especial. Descaminho. Art. 334 do Código Penal. Princípio da insignificância. Não incidência. Valor dos tributos iludidos superior a R\$ 10.000,00. Parâmetro estabelecido em recurso representativo da controvérsia. Portaria 75/2012, do Ministério da Fazenda. Inaplicabilidade. Agravo regimental improvido. I. Conforme entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial repetitivo representativo da controvérsia, em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002 (STJ, REsp 1.112.748/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, terceira seção, DJe de 13/10/2009). II. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “tal parâmetro não está necessariamente atrelado aos critérios fixados nas normas tributárias para o ajuizamento da execução fiscal, regida pelos critérios de eficiência, economicidade e praticidade e não sujeita a um patamar legal absoluto, mas decorre de construção jurisprudencial erigida a partir de medida de política criminal em face do grau de lesão à ordem tributária que atribua relevância penal à conduta, dada a natureza fragmentária do Direito Penal” (STJ, AgRg no AREsp 321.051/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, DJe de 06/12/2013). Em igual sentido: STJ, AgRg no AREsp 242.049/

PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, quinta turma, DJe de 13/12/2013. Restou afastada, nos aludidos precedentes, a aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, quando o valor do tributo iludido é superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), restando afastada, para tal fim, em consequência, a Portaria 75, de 22/03/2012, do Ministério da Fazenda. III. Agravo Regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1395342/PR - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Assusete Magalhães - Fonte: DJ, 11.03.2014).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos precedentes do STJ sobre o tema: Agravo Regimental. Recurso especial. Penal. Descaminho. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. 1. O Excelso Pretório, no julgamento do Habeas Corpus n.º 92.438/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, firmou compreensão no sentido de considerar aplicável o princípio da insignificância nos casos em que o valor dos tributos sonogados seja inferior ou igual ao montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do art. 20, caput, da Lei n.º 10.522/02, alterado pela Lei n.º 11.033/04. 2. A existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso não impedem a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes desta Corte e do eg. STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento' (STJ, AgRg no Resp 1246604/PR, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, DJe de 22/08/2012).*

Hipóteses de extinção da ação penal por meio de *habeas corpus*

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Processual penal. Trancamento da ação penal. Art. 90 da Lei 8.666/1993. Ausência de justa causa. Não ocorrência. Inviabilidade de análise de fatos e provas na via do *habeas corpus*. Proce-

dimento licitatório julgado regular pelo tribunal de contas estadual. Inpediência entre as instâncias administrativa, civil e penal. Ausência da notificação prévia prevista no art. 514 do CPP. Procedimento reservado aos delitos funcionais típicos. Recurso ordinário improvido. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal, de forma prematura, pela via do *habeas corpus*, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade. 2. A inicial acusatória narrou de forma individualizada e objetiva as condutas atribuídas ao recorrente, adequando-as, em tese, aos tipos descritos na peça acusatória. 3. Não há como avançar nas alegações postas na impetração, que, a rigor, pretende o julgamento antecipado da ação penal, o que configuraria distorção do modelo constitucional de competência, cabendo ao juízo natural da instrução criminal, com observância ao princípio do contraditório, proceder ao exame das provas. Além disso, para o deslinde da controvérsia relativa à ausência de superfaturamento nas obras, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de *habeas corpus*. 4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a instância criminal não se vincula às conclusões obtidas no procedimento de tomada de contas, cujo escopo é substancialmente distinto dos processos de persecução criminal. Precedentes. 5. Não há falar em nulidade do processo em face da não observância do disposto no art. 514 do CPP, pois é da jurisprudência desta Corte que o referido dispositivo processual se reserva às hipóteses em que se imputa a prática de crimes funcionais típicos, o que não é o caso do art. 90 da Lei de Licitações. Precedentes. 6. Recurso ordinário improvido.

(STF - Rec. Ordinário em *Habeas Corpus* n. 117209/RJ - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Teori Zavascki - Fonte: DJ, 11.03.2014).

Instalação de escuta em banheiro do presídio não viola direito à intimidade e privacidade do apenado

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Nulidade dos elementos de prova coletados por meio de interceptação ambiental realizada em presídio. 3. Violação dos direitos fundamentais de intimidade e privacidade. Não ocorrência. Inexistência de garantias absolutas. Aplicação do postulado da proporcionalidade. 4. Sentença de pronúncia baseada em outras provas. Ausência de demonstração de prejuízo concreto. 5. *Habeas corpus* não conhecido. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. A comunicação - e se está examinando a comunicação entre pessoas presas - merece respeito, devendo ser resguardado o direito fundamental à intimidade. No entanto, na ordem constitucional pátria não existem garantias ou direitos absolutos, que possam ser exercidos a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. No plano da realidade concreta, diante de situações de incompatibilidade entre dois

ou mais direitos fundamentais, mostra-se imperiosa a efetiva compreensão e aplicação do postulado da proporcionalidade ou razoabilidade. 3. Na espécie - em que, ao que tudo indica, os crimes foram praticados por organização criminosa especializada no tráfico de drogas, contando com a participação e auxílio de agentes penitenciários, motivados os réus pela disputa por pontos de venda de entorpecentes -, a autoridade policial e o Poder Judiciário, embora necessariamente julgados pelo Direito, devem ter sua atuação menos obstada, sendo necessária exegese que combine os direitos do acusado aos princípios, também constitucionais e fundamentais, da integridade estatal, da promoção do bem de todos e da segurança pública. Precedentes. 4. Além disso, não demonstrou a defesa o efetivo prejuízo decorrente do procedimento adotado pela autoridade policial, pois além de o vaso sanitário em que posicionado o gravador estar fixado no exterior das celas, sendo as conversas desenvolvidas espontaneamente e em voz alta entre os acusados, que não estavam sozinhos no local, o teor das comunicações não foi relevante para a prolação da sentença de pronúncia, que se baseou, notadamente, nos depoimentos das testemunhas e nas interceptações telefônicas. Precedentes. 5. *Habeas corpus* não conhecido.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 251132/RS - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze - Fonte: DJ, 06.03.2014).

Ocupação lícita, primariedade e residência fixa não impedem a prisão cautelar

Habeas Corpus. Processual Penal. Prisão preventiva. Tráfico de drogas. Garantia da ordem pública. Periculosidade do agente. Condições subjetivas do paciente. Irrelevância no caso. Ordem denegada. 1. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, ante a

periculosidade do agente (= integrante de uma organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas). 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a primariedade, a residência fixa e a ocupação lícita não possuem o condão de impedir a prisão cautelar, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre no caso. 3. Ordem denegada.

(STF - *Habeas Corpus* n. 119826/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Teori Zavascki - Fonte: DJ, 11.03.2014).

NOTA BONIJURIS: Art. 312/CPP: “*A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*”

Pena não pode ser reduzida abaixo do mínimo legal

Apelação Criminal. Crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida (art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003). Crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), desclassificado para a conduta de usuário (art. 28 da Lei n. 11.343/2006). Sentença condentória. Recurso da defesa. Preliminar. Inépcia da denúncia. Alegada imprecisão da exordial. Inviabilidade. Requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal preenchidos. Presença de elementos suficientes para a viabilização da defesa técnica. Inexistência de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Crime de porte de arma de fogo com numeração raspada. Pretensão absolutória. Tese de insuficiência probatória. Materialidade comprovada pela apreensão da arma. Autoria demonstrada pelo conjunto probatório, especialmente pelas palavras dos policiais que efetuaram o flagrante, comprovando que a arma pertencia ao réu. Pleiteado o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Não acolhimento. Dosimetria.

Pedido para minoração da pena na segunda fase devido ao reconhecimento da atenuante da menoridade. Impossibilidade. Proibição da redução da pena abaixo do mínimo legal inteligência da súmula 231 do STJ. Pena mantida. Recurso conhecido em parte e, nesta, desprovido.

(TJ/SC - Ap. Criminal n. 2012.037879-7 - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Volnei Celso Tomazini - Fonte: DJ, 25.02.2013).

Prazo prescricional do crime de deserção militar

Habeas Corpus. Penal militar. Paciente que cometeu duas deserções (art. 187 do CPM). Prescrição da pretensão punitiva quanto à primeira. Ocorrência. Incidência da regra prescricional do art. 125 do CPM. Ordem concedida. Liminar confirmada. 1. A jurisprudência consolidada nesta Corte firmou-se no sentido de que (a) a prática de novo crime de deserção não interfere na contagem do prazo prescricional do delito de deserção antecedente; e (b) a regra do art. 132 do Código Penal Militar aplica-se somente aos desertores foragidos. Precedentes. 2. O paciente, desertor, apresentou-se voluntariamente em 16/09/2008, momento em que a prescrição da pretensão punitiva passou a ser regulada pela regra geral prevista no art. 125 do CPM. O crime de deserção (art. 187 do CPM) tem pena máxima de 2 anos de detenção. Desse modo, a teor do disposto no art. 125, VI, do Código Penal Militar, o prazo prescricional para o crime é de 4 (quatro) anos, o qual deve ser reduzido à metade, por exigência do art. 129 do CPM, já que o paciente era menor de 21 anos à data do fato, conforme atesta a inicial acusatória. Considerando que a última causa interruptiva foi o recebimento da denúncia em 16/01/2009 (art. 125, § 5º, I, do CPM), transcorreram mais de 2 anos desde aquela data, necessários para a consumação da prescrição. 3. *Habeas corpus* concedido para declarar a extinção da pretensão punitiva estatal.

(STF - *Habeas Corpus* n. 118427/RJ - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Teori Zavascki - Fonte: DJ, 11.03.2014).

Réu preso durante a instrução criminal não deve aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória em liberdade

Processual Penal - Recurso em Sentido Estrito - Decisão de pronúncia - Existência de meros indícios de autoria - Materialidade do crime - Requisitos legais para a pronúncia preenchidos - Denúncia irrepreensível - Decisão que determinou a permanência de réu preso - Garantia da ordem pública - Recurso não provido - Sentença mantida incólume 1. A decisão recorrida, ao pronunciar o réu, deve ater-se à demonstração clara dos requisitos do art. 413 do Código de Processo Penal, quais sejam, a existência de indícios suficientes de autoria e da materialidade do crime. 2. Convencido o magistrado da existência de tais condições, não resta outra opção a não ser pronunciar o réu, levando-o ao julgamento perante o júri. 3. Não é razoável permitir-se que o réu, preso preventivamente ao longo de toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença, se persistem os motivos da segregação cautelar. Precedentes. 4. Recurso em sentido estrito conhecido e não provido.

(STJ - Agravo em Rec. Especial n. 454632/PI - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz - Fonte: DJ, 27.02.2014).

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

Agente penitenciário é indenizado por condição degradante de trabalho

Agravo de Instrumento. Agente penitenciário. Prescrição bienal. Adicional de insalubridade. Agentes biológicos. Condições degradantes de trabalho. Indenização por dano moral. Rescisão indireta - justa causa. Honorários advocatícios. Desprovimento. Diante da ausência de violação dos dispositivos invocados não há como admitir o

recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - Ag. de Instrumento em Rec. de Revista n. 41800-62.2009.5.17.0141 - 6a. T. - Ac.

unânime - Rel.: Min. Aloysio Corrêa da Veiga -

Fonte: DJ, 07.03.2014).

Empregador não pode acessar mensagens enviadas por empregados por meio do MSN durante o horário de trabalho

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Danos morais. Indenização. Comunicação eletrônica. Programa de mensagem instantânea (MSN). Acesso ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas pelos empregados. Ofensa ao direito à intimidade. Violação do sigilo da correspondência. Abuso do poder diretivo. 1. Hipótese em que o Colegiado de origem concluiu que o acesso, por parte do empregador, ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas pelos reclamantes via MSN, não enseja o pagamento de indenização por danos morais, registrando que “o direito ao sigilo da correspondência assegurado constitucionalmente não pode servir de arrimo para que o trabalhador troque diariamente por tempo considerável correspondência via MSN com colega de serviço, pois a máquina colocada à sua disposição tem como objetivo a atividade profissional”. 2. Violação do art. 5º, X e XII, da Carta Magna, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos moldes do art. 896, “c”, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. Danos morais. Indenização. Comunicação eletrônica. Programa de mensagem instantânea (MSN). Acesso ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas pelos empregados. Ofensa ao direito à intimidade. Violação do sigilo da correspondência. Abuso do poder diretivo. 1. O empregador, no âmbito do seu poder diretivo (art. 2º da CLT), pode adotar medidas a fim de assegurar o cumprimento pelos empregados do seu compromisso de trabalho e de proteger a sua propriedade. Deve fazê-lo,

contudo, sempre respeitando os direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais está incluído o direito à intimidade. 2. No caso dos autos, é incontroverso que o empregador, na tentativa de recuperar determinado documento, acessou um dos computadores utilizados no ambiente de trabalho e, na oportunidade, fez a leitura das mensagens trocadas entre os reclamantes via MSN, sem a autorização dos mesmos. 3. Tais fatos evidenciam que o poder diretivo foi exercido de forma abusiva, mediante a utilização de práticas que importaram em ofensa ao direito à intimidade e ao sigilo da correspondência, assegurados nos arts. 5º, X e XII, da Carta Magna. 4. Com efeito, a comunicação via MSN - ainda que estabelecida durante o horário de trabalho, por meio de computador fornecido pela empresa -, por ostentar natureza estritamente pessoal, é inviolável, não sendo possível o exercício, pelo empregador, de qualquer tipo de controle material, ou seja, relativo ao seu conteúdo. 5. Nesse contexto, em que os atos praticados pelo empregador não se encontravam dentro de seu poder diretivo, traduzindo-se em violação dos direitos de personalidade dos reclamantes, resta configurado o dano moral passível de indenização. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 4497-

69.2010.5.15.0000 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Hugo Carlos Scheuermann - Fonte: DJ, 07.03.2014).

Empresa é indenizada por dano moral decorrente de conduta desrespeitosa do empregado

Dano moral. Pessoa jurídica. Possibilidade. A pessoa jurídica é titular de direitos de personalidade e, assim, pode sofrer dano moral, sendo que este se limita a questões objetivas (repercussão negativa no âmbito comercial). É nesse sentido o entendimento consubstanciado na Súmula 227 do C. Superior Tribunal de Justiça. No caso em análise, exsurge dos autos a conduta ilícita do

Reclamante (reconvindo) ao proferir insultos e xingamentos direcionados aos demais trabalhadores e prepostos da Ré, tirar a camisa no meio ambiente de trabalho e pisar em cima, e pretender macular a imagem de sua empregadora perante outras empresas concorrentes que desempenhavam suas atividades em local próximo por meio de gritos e palavras de baixo calão. Tal conduta não se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as relações laborais, rompendo a fidúcia inerente ao contrato de trabalho. Reputa-se configurado o dever de indenizar por parte do Reclamante (reconvindo) à Reclamada (reconvinte).

(TRT - 9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 07438-2012-872-09-00-0 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Luiz Celso Napp - Fonte: DJ, 07.03.2014).

Grafia errônea do nome em carta de preposto não configura irregularidade a justificar revelia

Recurso de Revista. Revelia. Carta de preposição. Obrigatoriedade. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que imponha o dever de comprovar formalmente a condição de preposto, pois o § 1º do artigo 843 da CLT faculta ao empregador fazer-se substituir pelo gerente ou por qualquer preposto que tenha conhecimento dos fatos, cujas declarações obrigarão o preponente, não exigindo a apresentação de carta de preposição. Em razão do silêncio normativo a respeito da necessidade de apresentação da carta de preposição, “a praxe trabalhista consagrou tal obrigatoriedade em razão das consequências que a atuação do preposto em audiência pode acarretar ao empregador”. À luz dessas premissas, entende a doutrina que o não comparecimento do preposto à audiência, sem o respectivo documento que o habilite a atuar em nome do empregador, enseja a suspensão do processo, a fim de que, no prazo assinalado pelo Juízo, seja sanada a irregularidade de representação do polo passivo da demanda, nos termos

do disposto no artigo 13 do CPC. No presente caso, incontroverso o fato de que o Juízo de primeiro grau, diante da ausência da carta de preposição, conferiu ao preposto da Reclamada prazo para a juntada do documento, sob pena de confissão. A Reclamada juntou a carta de preposição, no prazo assinado, porém, com erro material quanto ao sobrenome do preposto, motivo pelo qual o juiz, ao verificar a existência da carta de preposição do mesmo preposto em outro processo que teve a audiência realizada no mesmo dia, a inexistência de má-fé e a presença do “animus” de defesa, concedeu novo prazo para a regularização. A abertura de novo prazo para apresentação da carta de preposição insere-se no poder discricionário do julgador, conforme previsto no art. 765 da CLT, que estabelece que o julgador possui ampla liberdade na condução do processo e tem o dever de velar pela rápida solução da causa. Complementando essa norma, também emerge o art. 130 do CPC, cuja disciplina segue no sentido de que cabe ao Juiz determinar as provas necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou protelatórias. Ora, se não há previsão legal quanto à obrigatoriedade da apresentação da carta de preposição, e o Julgador, no uso de seu poder discricionário, ao verificar que se tratava de erro material e que não existiu má-fé por parte da empresa, decidiu conceder novo prazo para regularização, não há falar em aplicação da pena de revelia. Recurso de Revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 1522-86.2011.5.06.0001 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria de Assis Calsing - Fonte: DJ, 14.02.2014).

NOTA BONIJURIS: *Esposando o mesmo entendimento: “Recurso de Revista. Preliminar de nulidade por cerceio de defesa. Carta de preposição. Ausência. Irregularidade de representação. Pena de confissão ficta. Inexistindo previsão legal*

quanto à comprovação formal de investidura de preposto pelo empregador, impõe-se que a não observância da formalidade, por si só, não importa a decretação de irregularidade de representação, não acarretando, conseqüentemente, os efeitos do art. 844 da CLT.

Entendimento contrário importa cerceamento do direito constitucional à ampla defesa. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 130000-59.2003.5.15.0093, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6a. Turma, DEJT 7/4/2009.)”

Reembolso de medicamentos não compõe base de cálculo de contribuições previdenciárias

Processual Civil. Recurso Especial. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência de vício no acórdão recorrido. Tributário. Contribuição previdenciária (Regime Geral da Previdência Social). Custeamento de despesa do empregado com medicamento. Não incidência de contribuição previdenciária. Ausência de ampliação ou violação da norma isentiva. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O art. 28, § 9º, “q”, da Lei 8.212/91 estabelece que não integra o salário de contribuição o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa. No caso concreto, a empregadora (ora recorrida), ao invés de efetuar o desembolso das despesas com medicamentos, via folha de pagamento, impõe ao empregado a aquisição do medicamento e efetua (o empregador) o pagamento de forma direta ao estabelecimento farmacêutico.

Nesse contexto, não há falar em ampliação ou violação da norma isentiva, pois, como bem observado pelo Tribunal de origem, “embora não conste na folha de pagamento, trata-se em verdade de forma de reembolso dos valores despendidos pelos empregados com medicamentos”, sendo que tal sistema “apenas evita etapas do moroso procedimento interno de reembolso via folha de pagamento, que, com certeza, seria mais prejudicial ao empregado”. 3. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1430043/PR - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJ, 10.03.2014).

Trabalhador recebe indenização por doença diversa da alegada na inicial

Recurso de Revista. 1. Sexta-parte. Quinquênio. Art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo. Empregado de sociedade de economia mista. Não extensão. A decisão proferida pelo Tribunal *a quo* merece reforma para se adequar à jurisprudência pacificada desta Corte Superior, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial Transistória nº 75 da SDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. 2. Danos morais. Doença ocupacional. Julgamento *extra petita*. Não configuração. O reclamante busca na petição inicial reparação por danos morais, alegando ter sofrido “trauma acústico ocasionado por seu ambiente laborativo”. O Regional adequou a situação fático-probatória apresentada nos autos ao livre convencimento motivado do julgador (artigo 131 do CPC), reconhecendo o direito do reclamante à indenização por danos morais de acordo com o apurado pela perícia, artrose no joelho esquerdo. Essa situação não implica em julgamento *extra petita*. Em realidade, o julgador procedeu ao enquadramento jurídico com base na prova produzida e dentro dos limites da lide. Constatada doença profissional que tem relação de causalidade com as atividades laborais e presentes

os requisitos da responsabilidade civil, necessário reconhecer o direito à indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e não provido. 3. Honorários advocatícios. Requisitos. Indenização por perdas e danos. No direito processual trabalhista prevalece o princípio de que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios se dá apenas nos casos previstos na Lei nº 5.584/70, não se tratando de reparação por prejuízos, nos termos dos artigos 402 e 404 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - Rec. de Revista n. 1560-88.2010.5.02.0084 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Dora Maria da Costa - Fonte: DJ, 21.02.2014).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Administração pública deve indenizar cidadão por acidente de trânsito causado por buraco não sinalizado na pista

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Acidente de trânsito causado por buraco na pista. Omissão do poder público no dever de fiscalizar e manter as condições da via pública. Responsabilidade subjetiva do ente público. Ausência de causas excludentes de ilicitude. Culpa caracterizada. Dever de indenizar. *Quantum* indenizatório razoavelmente fixado no *decisum*. Sentença mantida. Recurso desprovido. O Município que não sinaliza a presença de obstáculo na via pública deve responder pela indenização dos danos materiais e morais causados ao condutor do veículo que passava pelo local e, não tendo a oportunidade de desviar, acabou colidindo e sofreu danos, inclusive corporais.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.080747-0 -

2a. Câ. Dir. Públ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Sérgio Roberto Baasch Luz -

Fonte: DJ, 25.02.2014).

Crítérios diferenciados para promoção de militares, em razão do gênero, não afrontam o princípio da igualdade

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Militar. Requisitos para seleção ao curso de formação. Promoção. Diferença entre homens e mulheres. Quadro de vagas apartado. Possibilidade de preterição. Inexistência. Amparo legal. Competência constitucional. Diferenciação positiva entre homens e mulheres. Concretização da igualdade. Precedentes do STF. Ausência de direito líquido e certo. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao *mandamus* ajuizado contra o Edital n. 01/2013, que fixa regras ao processo seletivo para o curso de formação de sargentos da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul. O recorrente alega que o item III violaria o princípio da igualdade entre homens e mulheres, fixada no art. 5º, I, da Constituição Federal, uma vez que requer menor tempo de serviço às últimas para inscrição. 2. O próprio Edital n. 01/2013 fixa quantitativo diferenciado de vagas para homens e para mulheres no seu item 1.3, apartando, portanto, dois conjuntos para o curso, não havendo como avariar, em qualquer hipótese, possível preterição de homens por mulheres. 3. Ainda que não fosse assim, a Constituição Federal autoriza - por meio do art. 42, § 1º, e do seu art. 142, § 3º, que os Estados e o Distrito Federal fixem normas locais sobre carreira e sistemas de promoção, o que, no caso, foi feito pela Lei Complementar n. 53/90, na redação dada pela Lei Complementar n. 157/2011, cujo art. 15-B estabelece requisitos diferenciados de promoção para militares homens e mulheres. 4. O Supremo Tribunal Federal já apreciou matéria similar e concluiu que o estabelecimento de critérios diferenciados para promoção de militares, em razão das peculiaridades de gênero,

não ofende o princípio da igualdade. Precedentes: ED no AI 786.568/RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, publicado no DJe em 16.9.2011 e no Ementário vol. 2588-02, p. 286; AgR no RE 597.539/RJ, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, publicado no DJe em 29.5.2009 e no Ementário vol. 2362-09, p. 1729; AgR no AI 586.621/RJ, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, publicado no DJe em 12.12.2008 e no Ementário vol. 2345-05, p. 957. Recurso ordinário improvido.

(STJ - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 44576/MS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJ, 24.02.2014).

NOTA BONIJURIS: *Assevera Alexandre José Paiva da Silva Melo: “Este é o critério básico da concretização da igualdade: ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’. Essa enunciação permite antever um traço essencial da igualdade: não ter caráter absoluto. É que a percepção de desigualdades existentes no mundo dos fatos e a determinação dos tratamentos cabíveis às realidades faticamente desiguais guardam íntima conexão com o objeto a ser regrado e com o momento histórico em que o objeto está inserido. (...) Pois bem, visto o caráter não absoluto da igualdade, a expressão constitucional ‘sem distinção de qualquer natureza’ deve ser entendida como a vedação ao estabelecimento de discriminações (no sentido de preconceitos ou injustiças), a partir de quaisquer qualificativos atribuíveis às pessoas. Dentro da pluralidade de significados do termo distinção, o que fica proibido é o estabelecimento de meras diferenciações. E, por certo, tais diferenciações (as distinções que atendem aos critérios acima abordados) poderão considerar quaisquer atributos das pessoas relacionadas à sexualidade, à cor da pele, ao credo religioso, às posses*

econômicas (importante em matérias tributária), etc. É curioso observar a diferença entre as maneiras como os textos constitucionais de 1969 e 1988 (inciso I) se referem à igualdade de gênero. Enquanto que o texto de 1969 fala de igualdade perante a lei sem distinção de sexo, o inciso primeiro de 1988 adota redação mais precisa: igualdade de obrigações e direitos entre homens e mulheres. Talvez o texto de 1988 adote redação mais rigorosa para fortalecer a igualdade que não se respeitava. O maior rigor não deve ser, contudo, ser mal interpretado: a igualdade não é absoluta. A parte final do inciso já enuncia várias diferenciações entre homens e mulheres, e a própria ideia de igualdade inserida no caput aceita a constituição legal de outras diferenciações, na medida em que homens e mulheres têm condições biológicas distintas. O que é inaceitável é a constituição de discriminações em razão da condição de indivíduos homem e mulher. A Constituição Federal de 1988, contudo, não ignora que historicamente existem favorecimentos não razoáveis a um ou outro gênero (diferença de remuneração entre homens e mulheres, por exemplo), e, assim, o preceito do inciso primeiro contém também um comando dirigido ao Estado para que adote políticas públicas que eliminem tais discriminações.” (Alexandre José Paiva da Silva Melo, Art. 5º, caput e incisos I, II e III. In: Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80-81.)

Dívida da Fazenda Pública não se submete à imputação de pagamento prevista no art. 354/CC

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC não

configurada. Pagamentos administrativos. Imputação de pagamento. Critério de cálculo. Reexame de provas. Súmula 7 do STJ. Art. 354 do Código Civil. Inaplicabilidade às dívidas da fazenda pública. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido. I. Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. II. Conforme a jurisprudência do STJ, a “análise dos cálculos oferecidos pela contadoria do Tribunal, em específico para apuração do *quantum debeatur*, não pode ser feita na via do recurso especial, uma vez que demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, encontrando óbice no enunciado sumular n.º 07 desta Corte” (STJ, AgRg no REsp 1.183.073/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, DJe de 07/03/2012). III. É inaplicável a regra da imputação de pagamentos, prevista no art. 354 do Código Civil, às dívidas da Fazenda Pública, à exceção do precatório complementar. A propósito: STJ, AgRg no REsp 1.199.536/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), quinta turma, DJe de 22/05/2013; STJ, AgRg no REsp 1.345.610/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, DJe de 19/12/2012; STJ, EDcl no AgRg no AREsp 231.041/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, DJe de 19/2/2013. IV. Agravo Regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1169561/PR - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Assusete Magalhães - Fonte: DJ, 11.03.2014).

NOTA BONIJURIS: *Art. 354/CC: “Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.”*

Remuneração recebida de boa-fé por servidor público não deve ser restituída

Administrativo. Servidor público estadual. Percepção de remuneração correspondente à carga horária de 40 (quarenta) horas semanais. Realização, entretanto, de jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais. Erro imputável à administração pública. Valores percebidos de boa-fé. Devolução indevida. Precedentes desta corte de justiça. Restituição dos valores descontados indevidamente. Manutenção da sentença. Consectários legais. Adequação em sede de reexame necessário. Aplicação do novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a Lei n. 11.960/2009. Recurso desprovido e remessa parcialmente provida. “[...] A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp. 1.244.182/PB, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, na sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento de que os valores pagos em decorrência de errônea ou inadequada interpretação de lei, ou ainda de erro da Administração, não estão sujeitos à repetição, tendo em vista a boa-fé do servidor público ou do beneficiado, que não contribuiu para a realização do pagamento considerado indevido” (EDcl no REsp n.1197826/RJ, Min. Og Fernandes) (Mandado de Segurança n. 2013.067175-1, rel. Des. Luiz César Medeiros, Grupo de Câmaras de Direito Público, julgado em 11-12-2013).

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.024062-5 - 3a. Câ. Dir. Públ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Cesar Abreu - Fonte: DJ, 25.02.2014).

Valor do pedágio não deve variar conforme o contato de eixos dos veículos com o solo das rodovias

Uniformização da interpretação da lei federal. Princípio da segurança jurídica. Jurisprudência dominante. Administrativo. Pedágio. Tráfego com eixos suspensos. Tarifas diferenciadas. Impossibilidade. Agravo provi-

do. 1. Recurso Especial com fundamento na alínea “c” do artigo 105 da Constituição Federal. Demonstrada a divergência com a Jurisprudência dominante do STJ. 2. A Jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que não se pode criar critério de tarifação de pedágio levando em conta o efetivo contato dos eixos dos veículos com o solo das rodovias. Nessa linha os Acórdãos paradigmas de fls. 1.712/1.715, o REsp 1.103.168/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 27/04/2009, AgRg no REsp 1.062.621/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 03/12/2009, REsp 1.077.298/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 03/06/2009. 3. Princípio da Segurança Jurídica. Cabe ao STJ a uniformização da interpretação da Lei Federal. Jurisprudência dominante, no sentido de que o número de eixos em uso não pode ser adotado como critério para a cobrança de tarifas de pedágio diferenciadas. Precedentes: AREsp 438.336-SP. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/12/2013, REsp 1.144.584 - RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 09/04/2013, e da minha relatoria, o REsp n. 1.206.348/RS, Segunda Turma, DJe 04/02/2011. 4. Não se configura ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil: quando o Tribunal de origem julga integralmente a lide e soluciona a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 5. Recurso Especial com fundamento na alínea “a” não conhecido, pois o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do conjunto fático-probatório, bem como interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7 do STJ. 6. Agravo Regimental provido para conhecer do Agravo e dar provimento ao Recurso Especial.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 154888/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJ, 07.03.2014).

Vedada a acumulação do magistério com cargo de policial militar

Administrativo. Processual Civil. Servidor distrital. Acumulação de cargos. Militar e magistério. Vedada pelo art. 142, § 3º, II, Aplicável por força do art. 42, § 1º, todos da Constituição Federal. Precedentes. Ciência durante o prazo quinquenal. Limite temporal para sindicar e coibir acumulação ilícita e inconstitucional. Não aplicável. Precedente. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem pleiteada em prol da acumulação dos cargos de policial militar com o de magistério, com base na alegação de sua constitucionalidade e licitude, bem como de decadência no prazo de revisão. 2. Por via de regra, é vedado aos servidores militares, dentre eles especificamente os policiais dos Estados e do Distrito Federal, a acumulação de cargos públicos, conforme dicção do art. 142, § 3º, II, combinado com o art. 42, § 1º, todos da Constituição Federal. Precedentes: RMS 28.059/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16.10.2012; e RMS 32.031/AC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24.11.2011. 3. A ciência da acumulação se deu por meio de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, cuja decisão, datada de 10.3.2009 (fls. 54-55), determinou a apuração por parte das autoridades; em suma, no caso, não há falar na ocorrência de fluência do prazo quinquenal. 4. “A acumulação ilegal de cargos públicos, expressamente vedada pelo art. 37, XVI, da Constituição Federal, caracteriza uma situação que se protraí no tempo, motivo pelo qual é passível de ser investigada pela Administração a qualquer tempo, a teor do que dispõe o art. 133, *caput*, da Lei 8.112/90” (MS 20148/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 18.9.2013). Recurso ordinário improvido.

(STJ - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 44550/DF - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJ, 24.02.2014).

TRIBUTÁRIO

Atualização monetária do débito tributário é realizada por meio da taxa Selic

Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Violação dos arts. 467, 468, 471, 473 e 474 DO CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Juros de mora. Termo inicial. Súmula 188/STJ. Taxa Selic. Cômputo dos juros de mora. Aplicação a partir da vigência da Lei 9.250/95. Entendimento da primeira seção. Ausência de cumulatividade com correção monetária e juros de mora. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. Não há contradição em afastar a alegada violação do art. 535 do CPC e, ao mesmo tempo, não conhecer do mérito da demanda por ausência de prequestionamento, desde que o acórdão recorrido esteja adequadamente fundamentado. 3. Na restituição de indébito tributário, os juros de mora devem incidir a partir do trânsito em julgado da sentença (artigo 167, parágrafo único, do CTN). Súmula 188/STJ. 4. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.111.189-SP, firmou o entendimento de que se aplica a taxa Selic, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do débito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária. 5. Agravo Regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 263585/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJ, 07.03.2014).

Base de cálculo de PIS e Cofins é composta por juros e correção na venda de imóveis

Processual Civil. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC 118/2005. Tema já julgado pelo regime criado pelo art. 543-C, CPC, e da resolução STJ 08/2008 que instituíram os recursos representativos da controvérsia. PIS e Cofins. Receitas financeiras (juros e correção monetária) provenientes de contratos de venda de imóveis. Receitas oriundas do exercício das atividades empresariais porque inerentes aos contratos. Conceito de faturamento. Incidência. 1. Tanto o STF quanto o STJ entendem que para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09.06.2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento. Tema já julgado pelo recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.269.570-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012 e em repercussão geral pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011. 2. A 1a. Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que as receitas provenientes das atividades de construir, alienar, comprar, alugar, vender imóveis e intermediar negócios imobiliários integram o conceito de faturamento, para os fins de tributação a título de PIS e Cofins, incluindo-se aí as receitas provenientes da locação de imóveis próprios e integrantes do ativo imobilizado, ainda que este não seja o objeto social da empresa, pois o sentido de faturamento acolhido pela lei e pelo Supremo Tribunal Federal não foi o estritamente comercial. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.420.729 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 27.03.2012; REsp. n. 1.210.655 / SC, Pri-

meira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 26.04.2011; AgRg no REsp. n. 1.318.183 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.06.2012; AgRg no REsp. n. 1.238.892 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 03.05.2012; ERESP 179.723/MG, 1a. S., Min. Garcia Vieira, DJ de 25.10.2000; ERESP 149.026/AL, 1a. Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2002; AGA 512.072/SP, 1a. T., Min. José Delgado, DJ de 01.12.2003; RESP. 652.371/PE, 2a. T., Min. Castro Meira, DJ de 04.10.2004; AGRESP. n. 640295/PB, 1a. T., Min. Luiz Fux, DJ de 22.11.2004; RESP. n. 662.397/ PE, 2a. T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 01.02.2005. 3. No julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e definiu que a noção de faturamento deve ser compreendida no sentido estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.10.2006), pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10.10.2006) e pelo RE n. 527.602/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 05.08.2009), sendo que nesse último ficou estabelecido que somente são excluídos do conceito de faturamento “os aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida pela empresa”. 4. Sendo assim, se a correção monetária e os juros (receitas financeiras) decorrem diretamente das operações de venda de imóveis realizadas pelas empresas - operações essas que constituem os seus objetos sociais - tais rendimentos devem ser considerados como um produto da venda de bens e/ou serviços, ou seja, constituem faturamento, base de cálculo das contribuições PIS e Cofins,

pois são receitas inerentes e acessórias aos referidos contratos e devem seguir a sorte do principal. 5. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1432952/PR - 2a. T.

- Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJ, 10.03.2014).

Galvanoplastia se sujeita ao ISSQN

Processual Civil e Tributário. Galvanoplastia. Prestação de serviço por encomenda. Incidência do ISSQN. 1. A galvanoplastia, como serviço relativo a bens de terceiros, ainda que compo-nha etapa intermediária no processo de industrialização do bem, sujeita-se ao ISSQN. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido.

(STJ - Ag. Reg. no Agr. em Rec. Especial n.

330870/SC - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min.

Herman Benjamin - Fonte: DJ, 12.03.2014).

Incidência de imposto de renda sobre juros de mora fixados em reclamatória trabalhista

Tributário. Impostos de renda sobre juros de mora. Incidência. Verbas trabalhistas. Manutenção do contrato de trabalho. RESP 1.089.720/RS. 1. A Primeira Seção desta Corte, apreciando o REsp 1.089.720/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28/11/12, consolidou entendimento no sentido de que: (I) a regra geral é a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora (art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei 4.506/1964), inclusive quando fixados em reclamatórias trabalhistas; (II) há isenção de IR: a) quando o pagamento for realizado no contexto de rescisão do contrato de trabalho e b) quando a verba principal for igualmente isenta ou fora do âmbito do imposto, aplicando-se o princípio do *accessorium sequitur suum principale*. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n.

1422269/RS - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min.

Sérgio Kukina - Fonte: DJ, 11.02.2014).

NOTA BONIJURIS: *Sobre o tema:*

“A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EDcl no REsp 1.227.133/RS, Rel. p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Focha, DJe 2/12/11, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento no sentido de que “não incide Imposto de Renda sobre os juros de mora decorrentes do pagamento a destempo de verbas trabalhistas devidas no contexto de rescisão de contrato de trabalho, tendo em vista sua finalidade de recomposição do patrimônio afetado pelo pagamento extemporâneo da dívida, conforme a isenção prevista no art. 6º, inciso V da Lei 7.713/88.” Nesse julgado, fixou-se a compreensão de que não incide o imposto de renda sobre os juros de mora apenas no contexto da perda de emprego.”

Recolhimento de ISS previsto no Decreto-Lei 406/68, art. 9º, § 1º, não é aplicável ao serviço notarial, cartorário e de registro público

Tributário. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. ISS. Serviços notariais. Art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68. Agravo não provido. 1. “É firme o entendimento no sentido de que não se aplica aos serviços de registros públicos, cartorários e notariais a sistemática de recolhimento de ISS prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68, uma vez que a interpretação da referida legislação federal deve ser feita nos limites da decisão com efeitos *erga omnes* proferida na ADIN 3.089/DF pelo Supremo Tribunal Federal “(EDcl no AgRg no AREsp 268.238/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/8/13). 2. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec.

Especial n. 414790/RS - 1a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima - Fonte: DJ, 07.03.2014).

Valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins

Tributário. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Incidência de ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Súmula 68 e 94/STJ. Agravo não provido. 1. “Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o valor do ICMS deve compor a base de cálculo do PIS e da Cofins, pois integra o preço dos serviços e, por conseguinte, o faturamento decorrente do exercício da atividade econômica” (EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/3/13). 2. “A repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do art. 543-B do CPC, não enseja o sobrestamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça” (AgRg no REsp 1.334.109/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/6/13). 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec.

Especial n. 430892/SP - 1a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima - Fonte: DJ, 06.03.2014).

Vedada compensação tributária entre pessoas jurídicas distintas

Tributário. Compensação entre precatórios e débitos tributários. Impossibilidade. Precedentes. Agravo improvido. A compensação tributária somente é permitida entre tributos e contribuições da mesma natureza, sendo proibida a compensação de créditos entre pessoas jurídicas distintas. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec.

Especial n. 457802/RS - 2a. T. - Ac. unânime

- Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJ, 07.03.2014).

DISPOSIÇÕES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, REDUÇÃO DE ENCARGOS SETORIAIS E MODICIDADE TARIFÁRIA

DECRETO Nº 8.203, DE 7 DE MARÇO DE 2014

Altera o Decreto nº 7.891, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, *caput*, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013,

DECRETA:

Art. 1º O Decreto nº 7.891, de 23 de janeiro de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-A.

III – neutralizar a exposição contratual involuntária das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo, decorrente da compra frustrada no leilão de energia proveniente de empreendimentos existentes realizado em dezembro de 2013.

§ 1º A ANEEL homologará o montante mensal de recursos da CDE a ser repassado pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras, nos termos dos incisos I, II e III do *caput*, considerando o resultado do processo de contabilização, no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, a partir das operações de janeiro de 2013, e a diferença entre o preço de liquidação de diferenças médio mensal e a respectiva cobertura tarifária.

§ 10. Os recursos de que trata o inciso III do *caput* serão repassados da CDE às concessionárias de distribuição para a competência de janeiro de 2014.” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de março de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF
Edison Lobão

(*D.O.U. ed. extra de 07.03.2014, col. I, p. 1*)

Tribunal de Justiça de São Paulo (III)*

Súmula 100

Código de Defesa do Consumidor

O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

Súmula 99

Cooperativa de trabalho médico

Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas.

Súmula 98

Câmaras Reservadas de Direito Empresarial

A competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial abrange apenas os processos distribuídos após sua instalação, ressalvada a prevenção estabelecida no art. 102 do Regimento Interno.

Súmula 97

Obesidade mórbida

Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.

Súmula 96

Negativa de cobertura do procedimento

Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

Súmula 95

Negativa de fornecimento de medicamento

Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

Súmula 94

Seguro de saúde

A falta de pagamento da mensalidade não opera, per se, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora.

Súmula 93

Cirurgia cardíaca

A implantação de “stent” é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à Lei 9.656/98.

Súmula 92

Plano de saúde

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário (Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça).

Súmula 91

Estatuto do Idoso

Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária.

Súmula 90

Home care

Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de “home care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

Súmula 89

Processo de natureza penal

Não se conhece de exceção de suspeição oposta por procurador da parte, em processos de natureza penal, sem que tenha sido instruída com procuração com poderes especiais, como prevê o artigo 98 do Código de Processo Penal.

Súmula 88

Julgamento da causa

Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa.

Súmula 87

Infração administrativa

As infrações administrativas estabelecidas na Lei 8.069/90 consomem-se com a mera realização da conduta prevista no tipo legal, independentemente da demonstração concreta de risco ou prejuízo à criança ou ao adolescente.

Súmula 86**Crime contra o patrimônio**

Em se tratando de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, a ausência de exames e laudos técnicos sobre armas não prejudica o reconhecimento da materialidade do ilícito se outros elementos de prova puderem atestá-la.

Súmula 85**Ato infracional**

O julgamento da ação para apuração da prática de ato infracional prejudica o conhecimento do agravo de instrumento ou do “habeas corpus” interposto contra decisão que apreciou pedido de internação provisória do adolescente.

Súmula 84**Laudos da equipe técnica**

O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica.

Súmula 83**Medida socioeducativa**

A maioria civil não importa em extinção da execução da medida socioeducativa.

Súmula 82**Juízo Criminal Comum**

Compete ao Juízo Criminal Comum processar e julgar ação na qual se imputam ao réu crimes cuja soma das penas máximas ultrapassa o limite de 02 (dois) anos previsto no art. 61 da Lei 9.099/95.

Súmula 81**Aplicação de pena**

Compete ao Juízo do Juizado Especial Criminal executar seus julgados apenas quando a pena aplicada é de multa ou restritiva de direitos, sendo irrelevante o fato de o réu estar preso em razão de outro processo.

Súmula 80**Deslocamento da competência**

Não se viabiliza o deslocamento da competência do Juizado Especial Criminal para o Juízo Comum, enquanto não esgotada a jurisdição do primeiro, oferecida a denúncia e frustrada a tentativa de citação pessoal (Lei 9.099/95, art. 66, parágrafo único).

Súmula 79**Localização do réu**

Não se viabiliza o restabelecimento de competência

justificadamente declinada pelo Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal, à vista da não localização do réu (Lei 9.099/95, art. 66, parágrafo único), quando de sua superveniente localização, ante a caracterização da “perpetuatio jurisdictionis”.

Súmula 78**Juízo da Fazenda Pública**

Não desloca a competência ao Juízo da Fazenda Pública o ingresso de pessoa jurídica de direito público em ação em que se discute matéria de caráter privado, cujo resultado não lhe interesse direta e juridicamente.

Súmula 77**Relação de consumo**

A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no do domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos.

Súmula 76**Imóvel**

É da competência do foro da situação do imóvel, o processamento e julgamento de ação de rescisão contratual c.c. reintegração de posse ajuizada pela CDHU, ante o prescrito no art. 95 do CPC.

Súmula 75**Protesto de título cambial**

Em se tratando de sustação de protesto de título cambial, precedida por ação análoga oriunda de discussão sobre a mesma relação jurídica subjacente, presente a conexão, justifica-se a distribuição por dependência para processamento e julgamento conjunto das demandas, em ordem a evitar decisões conflitantes.

Súmula 74**Reintegração de posse de veículo**

Diverso o período da mora, sem identidade na causa de pedir, não se justifica distribuição por dependência (art. 253, II, do CPC) da nova ação de reintegração de posse de veículo objeto de arrendamento mercantil, em relação à ação possessória anterior, extinta sem exame de mérito.

Súmula 73**Juízo Cível**

Compete ao Juízo Cível julgar as ações envolvendo pessoas jurídicas de direito privado, ainda que exerçam funções típicas da administração pública, salvo em se tratando de matéria de direito público.

Súmula 72**Ação declaratória e executiva**

Há conexão entre ação declaratória e executiva fundadas no mesmo título.

Súmula 71**Inventário**

A competência para o processamento de inventário ou arrolamento em razão do foro do domicílio do autor da herança é relativa.

Súmula 70**Execução de alimentos**

Em execução de alimentos, prevalece sobre a competência funcional do Juízo em que formado o título executivo judicial, a competência territorial do domicílio do credor da prestação alimentar executada, com vistas à facilitação do acesso à justiça.

Súmula 69**Juízo da Família e Sucessões**

Compete ao Juízo da Família e Sucessões julgar ações de guarda, salvo se a criança ou adolescente, pelas provas constantes dos autos, estiver em evidente situação de risco.

Súmula 68**Juízo da Infância e da Juventude**

Compete ao Juízo da Infância e da Juventude julgar as causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes, ainda que pessoa jurídica de direito público figure no polo passivo da demanda.

Súmula 67**Denúnciação da lide**

Não se admite denúnciação da lide em relação à União tratando-se de ações relacionadas ao fornecimento de medicamentos e insumos de competência da Justiça da Infância e da Juventude. – Revogada (Sessão administrativa do Órgão Especial de 06/11/2013 – DJE de 07/11/2013, p. 23)

Súmula 66**Direito à saúde**

A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município.

Súmula 65**Vaga em unidade educacional**

Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Súmula 64**Direito da criança**

O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança.

Súmula 63**Unidade educacional**

É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território.

Súmula 62**Penhor**

Na recuperação judicial, é inadmissível a liberação de travas bancárias com penhor de recebíveis e, em consequência, o valor recebido em pagamento das garantias deve permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º da referida lei.

Súmula 61**Recuperação judicial**

Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular.

(Fonte: <https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/downloadNormasVisualizar.do?cdSecaodownloadEdit=8&cdArquivodownloadEdit=88>)

* Outras súmulas do TJSP serão publicadas nas próximas edições

MAIS DE UM, INCLUSO OU INCLUÍDO E ABREVIATURAS FEMININAS

Maria Tereza de Queiroz Piacentini | linguabrasil@linguabrasil.com.br

Licenciada em Letras e mestra em Educação pela UFSC

Revisora da Constituição de Santa Catarina em 1989

Qual o correto: Mais de uma pessoa foi ou foram? Sávio

Quando o sujeito é formado com a expressão “mais de um”, a concordância verbal se faz da seguinte maneira:

- 1) Mais de um > verbo no singular
- 2) Mais de um + se (indicando reciprocidade) > verbo no plural
- 3) Mais de um + mais de um > verbo no plural

Exemplos:

- 1) Mais de uma pessoa já me disse isso.
- 2) No programa de tevê, ao vivo, mais de um candidato se ofenderam e quase se pegaram no tapa.
- 3) Mais de um deputado, mais de um senador já disseram a mesma coisa.

Qual a diferença entre incluso e incluído, se é que há diferença. N.A.

A palavra *incluído* tem a função de adjetivo ou de particípio do verbo incluir. *Incluso* é adjetivo.

Quando o particípio exprime apenas o estado, sem estabelecer nenhuma relação temporal, ele se confunde com o adjetivo. Como adjetivo, *incluído* é sinônimo de *incluso*, e neste caso ambos têm flexão no feminino e plural:

- A fatura está inclusa (ou incluída).
- O imposto já foi incluído (ou incluso).
- Quando todos estiverem incluídos (ou inclusos), faremos a soma.
- As fotos inclusas (ou incluídas) não devem ser publicadas.

Na situação de particípio apenas, usado então com o verbo *ter* ou *haver*, só se emprega *incluído*, que fica invariável:

Tenho incluído você em minhas orações.

Amanhã já teremos incluído todos os dados no sistema.

Qual a abreviatura que devemos usar para “ministra”, min.^a? Márcio F.

As palavras *ministro* e *ministra* têm a mesma abreviatura: **min.** Neste feminino não é necessário acrescentar um *a* à abreviatura do nome masculino. Segue-se a regra de que os substantivos que fazem o feminino com a troca do *o* pelo *a* conservam a mesma abreviatura para os dois gêneros. É o caso também, entre outros, de:

- advogado/advogada – **adv.**
- brasileiro/brasileira – **bras.**
- católico/católica – **catól.**
- deputado/deputada – **dep.**
- engenheiro/engenheira – **eng.**
- senador/ senadora – **sen.**

A letra *a* sobreposta é quase exclusividade dos títulos terminados em *R*, como *professor*, *doutor* e *senhor*, cujo feminino se faz com o acréscimo de um *a* tanto na forma por extenso como na abreviada:

- professora – **profa.** ou prof.^a
- doutora – **dra.** ou dr.^a
- senhora – **sra.** ou sr.^a

Já a abreviatura de *diretor* – **dir.** – não tem o correspondente “dira.” pela impropriedade estética.