

## BAASP \_\_\_\_\_ nº 2747

Notícias da AASP .....1 e 2

Notícias do Judiciário .....2 e 3

Suspensão dos Serviços Forenses e de Prazos ..... 3

Correição/Inspeção ..... 3

Ética Profissional ..... 3

Indicadores ..... 4

## Jurisprudência \_\_\_\_6121 a 6128

## Ementário \_\_\_\_\_2049 a 2052

## Encarte \_\_\_\_\_

Extensão, limites éticos e o alcance prático do art. 417 do CPC ..... 1 a 8

A reprodução, no todo ou em parte, de matéria publicada neste Boletim só é permitida desde que citada a fonte.

## Notícias da AASP

### ■ TAXA DE DESARQUIVAMENTO - ILEGITIMIDADE RECONHECIDA EM PRELIMINAR

A AASP ingressou, em 2009, com Mandado de Segurança (2009/0242213-9) contra a Portaria nº 6.431/2003 do TJSP, que estabelece o pagamento de taxa de desarquivamento de autos findos, por entender que o tema é de enorme importância à classe dos Advogados.

Em 2/8/2011, a Primeira Turma do STJ, ao julgar Recurso Especial interposto pela AASP contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo

que denegou a segurança, acolheu, por unanimidade, o incidente de inconstitucionalidade da referida Portaria, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Teori Albino Zavascki. Houve, assim, um reconhecimento preliminar acerca da ilegitimidade da exigência feita sem base em lei. Caberá, a seguir, à Corte Especial julgar o processo, quando, então, a AASP espera sejam reconhecidas as razões de direito que fundamentam a pretensão.

### ■ SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE DOCUMENTOS - CORREGEDORIA ATENDE PEDIDO DA AASP

Em deferência ao pedido da AASP, que constatou a necessidade de alteração imediata do subitem 7.2 do Capítulo XIX, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria (Provimento CG nº 29/2011), relativo ao sistema de distribuição de documentos nos Cartórios de Registro de Títulos e Documentos e de Registro Civil de Pessoa Jurídica, o Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça encaminhou Parecer ao Corregedor-Geral de Justiça, apresentando o seu posicionamento favorável ao pleito da Associação.

Em conclusão, o Corregedor-Geral, de acordo com os fundamentos expostos, conferiu a mudança do mencionado dispositivo, assegurando aos usuários dos citados serviços o direito de livre escolha do Cartório para apresentação de seus documentos ou requerimentos para registro no Estado de São Paulo. A nova determinação está publicada na página 2 desta edição (Provimento CG nº 19/2011).

### ■ PAGAMENTO DE HONORÁRIOS - CONVÊNIO ENTRE DEFENSORIA PÚBLICA E OAB-SP

O Gerente do Departamento de Assistência Judiciária da OAB-SP, em retorno ao ofício da AASP que continha informações sobre a disponibilização de créditos a Advogado inscrito no Convênio firmado entre a Defensoria Pública de São Paulo e a OAB-SP para prestação de Assistência Judiciária, comunicou que os Advogados foram informados sobre as datas para pagamento via e-mail, sendo que alguns avisos (mês de maio/2011) foram gerados pela Prodesp erroneamente, os quais posteriormente foram corrigidos.

### ■ PROCEDIMENTO DA 7ª VARA CÍVEL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO DESPRESTIGIA ADVOGADOS

Por meio de manifesto de associado, a AASP tomou conhecimento de que a 7ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo adotou a prática de intimar o Advogado para prestar contas nos autos, comprovando a efetiva entrega do numerário à parte, em caso de levantamento de depósitos judiciais. Em virtude do noticiado, a AASP oficiou à Juíza Substituta da referida Vara, solicitando esclarecimentos quanto à procedência do fato que desprestigia a classe dos Advogados.

### ■ REUNIÃO DA DIRETORIA

Realizou-se, em 22 de agosto, reunião da Diretoria da AASP, presidida por Arystóbulo de Oliveira Freitas e secretariada por Leonardo Sica.

Compareceram à reunião o 2º Secretário, Fernando Brandão Whitaker; o 1º Tesoureiro, Luiz Périssé Duarte Junior; o Diretor Cultural, Roberto Parahyba de Arruda Pinto; e o Assessor da Diretoria, Luís Carlos Moro.

## Notícias do Judiciário

### ■ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### Órgão Especial

##### Resolução nº 546/2011

Renumerar a Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional II-Santo Amaro, criada pelo art. 5º, inciso IV, da Lei Complementar nº 980, de 21/12/2005, já instalada, para 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional II-Santo Amaro.

Esta Resolução entrará em vigor a partir da data da instalação da 2ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional II-Santo Amaro.

(DJJe, TJSP, Administrativo, 5/8/2011, p. 6)

#### Corregedoria-Geral da Justiça

##### Provimento CG nº 18/2011

O Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Maurício da Costa Carvalho Vidigal, no uso de suas atribuições, Considerando que a manutenção de armas de fogo e munição nos prédios dos Fóruns do Estado representa perigo aos servidores e ao público em geral;

Considerando que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 134/2011, que dispõe sobre o depósito judicial de armas de fogo e munições e sua destinação;

Considerando que há necessidade de medidas urgentes no âmbito do Estado de São Paulo para retirada de

citadas armas dos Fóruns, sem prejuízo da correta apuração dos fatos; Considerando a disponibilidade do Governo do Estado de São Paulo, por meio da Secretaria Estadual da Segurança Pública, em recepcionar citadas armas e munições, até destinação final,

**Resolve:**

**Art. 1º** - Quando os Juízes de Direito do Estado de São Paulo decidirem, conforme a previsão do art. 1º, § 1º, da Resolução nº 134, de 21/6/2011, do Conselho Nacional de Justiça, pela permanência da arma à sua disposição até o final do processo, deverão providenciar o encaminhamento dela e de sua munição, após a realização de perícia, para a repartição policial indicada pela Secretaria Estadual da Segurança Pública, mantendo registro e cadastro da remessa.

**Art. 2º** - As armas e munições referidas no artigo anterior permanecerão na unidade policial indicada até o término do processo, quando, então, serão encaminhadas ao Comando do Exército para fins de cumprimento do art. 1º, *caput*, da Resolução nº 134/2011 do CNJ.

**Art. 3º** - Toda vez que, para realização de ato processual, houver necessidade de apresentação da arma ou da munição, o Juiz deverá requisitá-la com antecedência mínima de 10 dias.

**Art. 4º** - Este Provimento entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

(DJJe, TJSP, Administrativo, 8/8/2011, p. 21)

##### Provimento CG nº 19/2011

**Altera a redação do subitem 7.2 da Seção I do Capítulo XIX das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça.**

O Desembargador Maurício da Costa Carvalho Vidigal, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

Considerando o decidido no Processo nº 2011/42965 - Dicoge 1.2,

**Resolve:**

**Art. 1º** - O subitem 7.2 da Seção I do Capítulo XIX das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça passa a vigorar com a seguinte redação:

“7.2 - Os registros de títulos e documentos serão feitos independentemente de prévia distribuição, salvo quando os titulares de delegação, por consenso unânime e mediante autorização do Corregedor Permanente, estabelecerem Central de Atendimento e distribuição, mantida direta e pessoalmente pelos registradores da comarca, mas facultando-se ao usuário a escolha do registrador e a apresentação do título diretamente na unidade escolhida, vedada a compensação. Nas dependências da Central e no respectivo endereço eletrônico serão afixadas informações claras sobre a liberdade de escolha e apresentação do título diretamente ao registrador”.

**Art. 2º** - Este Provimento entrará em vigor em 60 dias contados da publicação.

(DJJe, TJSP, Administrativo, 9/8/2011, p. 4)

##### Provimento CG nº 20/2011

O Desembargador Maurício da Costa Carvalho Vidigal, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, Considerando o disposto no art. 7º, incisos XIII, XV e XVI, da Lei nº 8.906, de 4/7/1994;

Considerando o decidido pelo Eg. Conselho Nacional de Justiça, ao ensejo do Procedimento de Controle Administrativo nº 200710000015168, relatado pelo Exmo. Sr. Conselheiro Jorge Antonio Maurique;

Considerando a solicitação formulada pela Ordem dos Advogados do Brasil -

Seção de São Paulo, por sua Comissão de Direitos e Prerrogativas;

Considerando, ainda, o sugerido, exposto e decidido nos Autos do Processo nº 2011/25568 - Dicoge 2.1,

**Resolve:**

**Art. 1º** - O subitem 91.2 do item 91 do Capítulo II, Tomo I, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça passará a ter a seguinte redação:

“91.2 - Para a garantia do direito de acesso aos autos que não corram em Segredo de Justiça, poderá ser deferida ao Advogado ou Estagiário de Direito, regularmente inscritos na OAB, que não tenham sido constituídos Procuradores de quaisquer das partes, a carga rápida, pelo período de 1 hora, mediante controle de movimentação física, observadas as cautelas previstas no item 94-A e subitens 94-A.1, 94-A.2 e 94-A.3 dessas Normas, ainda que não se trate de prazo comum às partes, devendo o serventário proceder à prévia consulta ao sítio da Ordem dos Advogados do Brasil da Internet, à vista da Carteira da OAB apresentada pelo Advogado ou Estagiário de Direito interessado, com impressão dos dados obtidos, os quais deverão ser previamente conferidos pelo funcionário, antes da lavratura de tal modalidade de carga”.

**Art. 2º** - Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em sentido contrário.

(DJe, TJSP, Administrativo, 11/8/2011, p. 3)

## Suspensão dos Serviços Forenses e de Prazos

### ■ FERIADOS MUNICIPAIS

- Dia 29/8 - Leme.
- Dia 31/8 - Itaí.

- Dia 1º/9 - Brás Cubas e Mogi das Cruzes.

- Dia 2/9 - Presidente Venceslau.

(DJe, TJSP, Administrativo, 2/8/2011, p. 1)

(DJe, TJSP, Administrativo, 16/8/2011, p. 7)

## Correição/Inspeção

### ■ CORREIÇÕES FEDERAIS

- Dia 30/8 - 64ª, 65ª, 66ª e 67ª Varas do Trabalho de São Paulo.

- Dia 1º/9 - 1ª e 2ª Varas do Trabalho e o Distribuidor de Itapeverica da Serra.

## Ética Profissional

### ■ OAB - TRIBUNAL DE ÉTICA

Honorários - Condições de pagamento - Interpretação do § 3º do art. 22 do EAOAB - Aplicação apenas na inexistência de previsão contratual - Possibilidade de pagamento parcelado dos honorários - Aplicação dos Princípios da Moderação e Proporcionalidade - Notificação prévia à renúncia em decorrência da mora do cliente - Índice de atualização monetária aplicável para o pagamento de honorários em atraso - Possibilidade. O Advogado poderá contratar livremente com o seu cliente os honorários e as condições do respectivo pagamento, devendo, no entanto, observar os elementos do art. 36 do Código de Ética e Disciplina, que trata da moderação, e o art. 41 do mesmo Códex, que determina seja evitado o aviltamento de valores dos serviços profissionais. É recomendável que, no contrato de honorários a ser celebrado entre as partes, seja delimitado o escopo dos serviços a serem prestados e sejam estabelecidos os valores dos honorários, as condições e a forma de paga-

mento, cujos parâmetros mínimos e máximos de valor dos serviços, para os mais diversos procedimentos, estão previstos na Tabela de Honorários Advocáticos editada pela Ordem dos Advogados. Possibilidade de parcelamento dos honorários, que deve respeitar a duração da ação, podendo condicionar-se o pagamento dos honorários a acordos firmados entre as partes. Impossibilidade, no entanto, de o Advogado reter valor total das parcelas iniciais, até a satisfação do valor total dos honorários, em detrimento de seu cliente, havendo, neste caso, contrariedade aos princípios éticos. No caso de não pagamento dos honorários pelo cliente, deverá o Advogado notificar o cliente para adimplir sua obrigação e, na ausência do pagamento, renunciar ao mandato, comunicando o cliente da renúncia, lembrando-se de que, após a notificação da renúncia, o Advogado continuará responsável pelo processo pelo prazo de 10 dias. A partir do momento em que o cliente é constituído em mora, o índice de correção aplicável pode ser quaisquer dos índices oficiais, ou seja, os permitidos por lei. Como parâmetro, pode-se citar o IGPM/FGV, que é o índice utilizado para a atualização da Tabela de Honorários editada pela OAB-SP, ou, caso os honorários estejam *sub judice*, pode ser aplicada a Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais. Precedentes: E-3.596/2008, E-3.817/2009, E-1.501/1997, E-3.823/2009, E-1.845/1999, E-3.970/2010, E-3.835/2009 (Processo nº E-4.005/2011 - v.u., em 16/6/2011, parecer e ementa da Rel. Dra. Célia Maria Nicolau Rodrigues).

Fonte: site da OAB-SP, [www.oabsp.org.br](http://www.oabsp.org.br), em "Tribunal de Ética", "Ementário" - 543ª Sessão, de 16/6/2011.

## Indicadores

<b>Guia de Recolhimento das Despesas de Diligência - GRD</b> (desde 16/2/2009 - Comunicado CG nº 70/2009)				<b>Contribuição Previdenciária</b> - Tabela de contribuição dos segurados (empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso) - desde 1º/7/2011 - Portaria Interministerial nº 407/2011 c.c. o art. 90 do ADCT.			
Capital	R\$	15,13		<b>Salário de Contribuição</b>		Alíquota para fins de recolhimento ao INSS <sup>(1)</sup>	
Interior	R\$	12,12		até R\$ 1.107,52		8%	
Cada 10 km	R\$	6,02		de R\$ 1.107,53 até R\$ 1.845,87		9%	
<b>Mandato Judicial</b> - desde 1º/4/2011				de R\$ 1.845,88 até R\$ 3.691,74		11%	
Código 304-9 - Guia Gare				(1) Empregador doméstico: recolhimento da alíquota de 12%, somada à alíquota de contribuição do empregado doméstico.			
Lei Estadual nº 10.394/1970, alterada pela Lei nº 216/1974, art. 48, e Lei Federal nº 12.382/2011				<b>Salário Mínimo Federal</b> - R\$ 545,00 - desde 1º/3/2011 - Lei Federal nº 12.382/2011			
<b>Recursos Trabalhistas</b> - desde 1º/8/2011				<b>Salário Mínimo Estadual/São Paulo</b> - desde 1º/4/2011 - Lei Estadual nº 14.394/2011			
Ato nº 449/2011				1) R\$ 600,00*      2) R\$ 610,00*      3) R\$ 620,00*			
Recurso Ordinário	R\$	6.290,00		* Os pisos salariais mensais supramencionados são indicados conforme as diferentes profissões e não se aplicam aos trabalhadores que tenham outros pisos definidos em lei federal, convenção ou acordo coletivo, aos Servidores Públicos estaduais e municipais, bem como aos contratos de aprendizagem regidos pela Lei Federal nº 10.097/2000.			
Recurso de Revista	R\$	12.580,00		<b>Salário-Família</b> - Remuneração Mensal - desde 1º/1/2011 - Portaria Interministerial nº 407/2011			
Embargos	R\$	12.580,00		até R\$ 573,91		R\$ 29,43	
Recurso Extraordinário	R\$	12.580,00		de R\$ 573,92 até R\$ 862,60		R\$ 20,74	
Recurso em Ação Rescisória	R\$	12.580,00			junho	julho	agosto
<b>Cópias reprográficas</b> - Comunicado CG nº 18/2009				Taxa Selic	0,96%	0,97%	-
Justiça Estadual de São Paulo - Guia FEDTJ				TR	0,1114%	0,1229%	0,2076%
Simplex	R\$	0,40	Código 201-0	INPC	0,22%	0,00%	-
Autenticação	R\$	1,70	Código 221-6	IGPM	(-),18%	(-),12%	-
<b>Imposto de Renda</b> - Medida Provisória nº 528/2011				BTN+TR	R\$ 1,5536	R\$ 1,5553	R\$ 1,5572
Tabela para cálculo do Imposto de Renda na fonte e recolhimento mensal				TBF	0,9023%	0,9139%	1,0493%
Bases de cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parc. deduzir (R\$)		UFM (anual)	R\$ 102,02	R\$ 102,02	R\$ 102,02
até 1.566,61	-	-		Ufesp (anual)	R\$ 17,45	R\$ 17,45	R\$ 17,45
de 1.566,62 até 2.347,85	7,5	117,49		UPC (trimestral)	R\$ 22,02	R\$ 22,09	R\$ 22,09
de 2.347,86 até 3.130,51	15	293,58		SDA (Sistema da Dívida Ativa) - Municipal	2,2098	2,2202	2,2235
de 3.130,52 até 3.911,63	22,5	528,37		Poupança	0,6120%	0,6235%	0,7086%
acima de 3.911,63	27,5	723,95		Ufir	Extinta pela MP nº 1.973-67, de 26/10/2000 janeiro a dezembro/2000 R\$ 1,0641		
<b>Deduções:</b>							
a) R\$ 157,47 por dependente; b) pensão alimentar integral; c) R\$ 1.566,61 para aposentados, pensionistas e transferidos para a reserva remunerada que tenham 65 anos de idade ou mais; d) contribuição à Previdência Social; e) R\$ 2.958,23 por despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes (Lei nº 11.482/2007).							
<b>Custas Judiciais</b> - Vide Guia AASP de Custas Judiciais							
Os valores e os códigos constantes do Guia de Custas estão atualizados no site <a href="http://www.aasp.org.br">www.aasp.org.br</a> .							
<b>Taxa de desarmamento (Capital e Interior):</b>							
R\$ 15,00 (Processos arquivados no Arquivo Geral da Comarca da Capital e no arquivo da empresa terceirizada que atende às Comarcas e aos Foros Distritais do Interior).							
R\$ 8,00 (Processos arquivados nos Ofícios Judiciais do Estado).							
Guia Fundo Especial do Tribunal de Justiça - Código 206-2							
(DOE Just., 16/3/2005, Caderno 1, Parte I, p. 5)							

## Direito Processual Penal

**Recurso em Sentido Estrito - Artigo 1º da Lei nº 8.137/1990** - Extinta a punibilidade ante o parcelamento da dívida. Recurso ministerial para cassar a decisão. Recurso improvido (TJSP - 4ª Câm. de Direito Criminal; Recurso em Sentido Estrito nº 990.09.140196-0-Presidente Prudente-SP; Rel. Des. Paulo Antônio Rossi; j. 16/3/2010; v.u.).

### ■ ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Recurso em Sentido Estrito nº 990.09.140196-0, da Comarca de Presidente Prudente, em que é recorrente Ministério Público do Estado de São Paulo, sendo recorrido S. R. M. F.

Acordam, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento ao Recurso. v.u.", de conformidade com o Voto do Relator, que integra este Acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Euvaldo Chaib (Presidente) e Salles Abreu.

São Paulo, 16 de março de 2010

**Paulo Antonio Rossi**

Relator

### ■ RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, em face da r. decisão de fls. 220-221, pleiteando a cassação da decretação da extinção da punibilidade da recorrida S. R. M. F., que entendeu que o parcelamento antes do recebimento da denúncia é tido como forma de pagamento e autoriza o decreto de extinção da punibilidade do crime.

Alega o Ministério Público que o parcelamento do débito implica ape-

nas a suspensão da pretensão punitiva estatal, e não a extinção da punibilidade (fls. 223/226).

Na contraminuta, a Defesa opinou pelo não provimento do Recurso (fls. 237/245).

A r. decisão foi mantida pelos seus fundamentos (fls. 246).

Nesta Instância, o Parecer da Procuradoria, em seu Parecer, requer pelo provimento do Recurso (fls. 250-251).

É o relatório.

### ■ VOTO

Foi instaurado Inquérito Policial para apuração de Crime contra a Ordem Tributária.

Segundo informações da autoridade fazendária, o AAIM que deu origem ao Inquérito Policial foi parcelado, cujos pagamentos estão sendo feitos (fls. 218).

O MM. Juiz *a quo* julgou extinta a punibilidade da autora S. R. M. F. do fato delituoso, com base legal no art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, com relação ao Crime contra a Ordem Tributária.

Dessa decisão que recorre o Ministério Público.

Da análise dos Autos, verifica-se, *data venia* de eventual entendimento em contrário, não merecer ser reformada a r. decisão recorrida.

Com efeito, vê-se que o tema do

presente Recurso gira em torno da possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários quando o agente promove o parcelamento, a quitação do tributo ou contribuição social antes do recebimento da Denúncia.

Ressalte-se que, no caso em tela, a ré, ora recorrida, segundo informações da autoridade fazendária, o AAIM que deu origem ao Inquérito Policial foi parcelado e os pagamentos estão sendo feitos (fls. 218), o que levou o MM. Juízo *a quo* a rejeitar *de plano* a Denúncia ofertada pelo D. Ministério Público, o que fez com acerto.

O documento de fls. 218 nos dá conta de que o recorrido obteve o parcelamento administrativo do débito tributário em 10/10/2008, época anterior à do oferecimento da Denúncia, nele também mencionado que os pagamentos estavam sendo corretamente efetuados.

Ocorre que essa composição entre recorrente e Fisco importa na liquidação do crédito tributário original. É, por semelhança, considerada como pagamento do tributo, uma vez que a dívida fiscal se renova com o parcelamento e passa a constituir, para o Poder Público, crédito tributário diverso do anterior.

A propósito:

"*Habeas Corpus*. Crime do art. 1º,

inciso II, da Lei nº 8.137/1990 (Sonegação fiscal). Pretendida suspensão do Processo. Parcelamento da dívida junto ao Fisco estadual. Programa revigorar. Aplicação das disposições da Lei nº 10.684/2003. Posição das cortes superiores de que o parcelamento da dívida fiscal, mesmo após o recebimento da Denúncia, possibilita a extinção da punibilidade. Medida extrema afastada. Concessão da ordem para determinar a suspensão do Processo e do prazo de prescrição até o pagamento integral da dívida. O Em. Relator, em idêntica decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 10.565, São Paulo, j. 14/12/1999, assentou no mesmo sentido que '[...] o Direito Penal tem como função primordial a tutela de bens jurídicos fundamentais. O Princípio da Intervenção Mínima preconizado pelo Direito Penal moderno demonstra que este só está legitimado a atuar quando a sanção penal for instrumento indispensável para a proteção de um determinado bem jurídico (*ultima ratio*). No dizer de MUNOZ CONDE, a intervenção penal só se justifica 'quando fracassem as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito'. Daí dizer-se que o Direito Penal tem caráter subsidiário, atuando quando verificada a insuficiência da sanção civil, tributária, administrativa, previdenciária, etc. Insuficiente o Direito Administrativo, Tributário ou Previdenciário para coibir a evasão de tributos, o Estado lança mão do Direito Penal para fortificar sua atuação na regularidade da arrecadação tributária. A finalidade do legislador, ao incluir as ações praticadas contra o Fisco no rol dos ilícitos penais, foi, fundamentalmente, utilitarista: aumentar a arrecadação tributária. Celebrado o acordo de parcelamento, o contri-

buinte regulariza sua situação perante a Fazenda, não havendo mais legítimo interesse da Administração em instar o contribuinte. Com isso, o interesse na esfera penal desaparece. Não há, repito, mais interesse em dar continuidade à Ação Penal, pois seria inútil. Solucionada a questão pela via administrativa, torna-se sem sentido e onerosa a persecução penal. Além disso, a jurisprudência tem entendido que a expressão 'promover o pagamento' deve ser interpretada como qualquer manifestação concreta no sentido de pagar o tributo, incluído aí o parcelamento do débito. Ação Penal. Crime Tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da Denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei Federal nº 10.684/2003 c.c. art. 5º, inciso XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário' (HC nº 2004.022773-6-TJSC; Rel. Sólón d'Eça Neves)".

E, porque firmado entre as partes um acordo de vontades, a questão nem mesmo pode ser considerada como sendo de ordem tributária. Seu cunho é contratual, pertinente ao Direito das Obrigações, a ser solucionado na esfera cível em caso de eventual inadimplemento. O não pagamento dá lugar ao surgimento de nova dívida, porquanto extinta a anterior, enseja a promoção de nova inscrição do crédito (como Dívida Ativa), mas não afasta a ausência de justa causa para a ação penal nos casos em que o parcelamento haja sido deferido.

Com o parcelamento, o contribuinte abandona o estado de inadimplência, pode obter certidão negativa

de débito fiscal de que tratam os arts. 205 e ss. do CTN. Deferido o parcelamento, a época do pagamento do tributo desloca-se para adiante, para a data do pagamento das parcelas.

Extingue-se a dívida anterior, origina-se uma nova.

Este mesmo Tribunal de Justiça já decidiu que o parcelamento é uma transação livremente convencionada pelas partes, de sorte que não compete ao Judiciário substituir a vontade por elas manifestada: "os parcelamentos constituem atos jurídicos perfeitos, pois as partes ajustaram os seus interesses livremente" (ACi nº 44.769-2; Rel. Des. Vieira de Moraes). Em outro caso: "Ocorrida a novação e mesmo que o paciente não efetue mais quaisquer dos pagamentos ainda devidos, impraticável o seguimento da presente Ação Penal, pois a substituição da dívida, de à vista para a prazo, inviabilizou sua cobrança originária, devendo o Fisco, sentindo-se lesado, intentar novo procedimento para aquele recebimento" (HC nº 227.957-3/3; 4ª Câm. Criminal; Rel. Des. Otávio Henrique). Em outro, ainda: "O art. 34 da Lei nº 9.249/1995, norma benéfica retroativa, preceituou que o pagamento do tributo, inclusive acessórios, antes do recebimento da Denúncia, extingue a punibilidade. No caso, a Denúncia não foi recebida, ao passo que a primeira das 120 parcelas do débito fiscal não inscrito foi paga no dia 25/9/2008 (fls. 185), seguindo-se, nos vencimentos, outros pagamentos (fls. 185). Contribuinte e Secretaria do Estado dos Negócios da Fazenda transacionaram nos limites da legalidade discricionária, o que provocou relevantes efeitos jurídicos. Haja vista que, nos termos do inciso III do art. 156 do CTN, a transação extingue o crédito tributário. Em face da analogia, razoável admi-

tir que a concessão consubstanciada no parcelamento implica transação. Logo, não existe justa causa para a Ação Penal movida contra o paciente” (HC nº 246.534.3/2; 3ª Câ. Criminal; Rel. Des. Luiz Pantaleão).

Era, pois, de se reconhecer, como feito na r. decisão, a causa extintiva de punibilidade em favor da recorrida, decorrência do parcelamento de seu débito, anotando-se, ainda, que descabe qualquer outra discussão, ainda que versando sobre o subseqüente inadimplemento.

“Cumpra consignar que, em 30/5 do presente ano, veio a lume a Lei nº 10.684/2003, a qual, no art. 9º, deu nova disciplina aos efeitos penais (do parcelamento e) do pagamento do tributo, nos casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27/12/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do CP:

‘Art. 9º - É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27/12/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940 - CP, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º - A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º - Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios’ (grifei).

Pondera, então, a doutrina: ‘uma leitura apressada, feita sob a ótica da disciplina do antigo Refis, do novo § 2º do art. 9º, poderia levar à crença de se tratar de norma que

faz referência ao momento final do parcelamento, ou seja, que o final do parcelamento, implicando pagamento, levaria à extinção da punibilidade. Sim, o entendimento está correto, mas o dispositivo diz mais que isto. Em nosso entender, o dispositivo pode perfeitamente ser interpretado de forma a permitir que sempre que houver pagamento, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do Tributo.

Esta interpretação se assenta em 2 fundamentos. Primeiro deles: na disciplina anterior (do Refis), o § 3º expressamente atrelava a extinção da punibilidade ao pagamento das parcelas do parcelamento, *verbis*: ‘Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal’. A nova disciplina é bem diferente sob este aspecto; confira-se: ‘Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios’ (art. 9º, § 2º). O segundo deles reside na questão da igualdade: se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, num só ato, pagar integralmente o débito.

Tal qual ocorre relativamente ao parcelamento, a nova disciplina dos efeitos jurídico-penais do pagamento, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nesta situação, não importando, igualmente, o estágio processual (art. 5º, inciso XL, CF, art. 2º, CP) (HELOÍSA ESTELLITA, Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº 10.684/2003, in *Boletim IBCCrim*, SP, 9/2003, p. 2-3).

A nova disciplina, evidentemente mais benéfica ao réu, retroage para alcançar o presente caso (art. 5º, inciso XL, da CF), impondo à Corte o dever de outorgar de ofício a ordem, nos termos do art. 61, *caput*, do CPP:

‘Em qualquer fase do processo, o Juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício’.

Por tais razões, concedo *Habeas Corpus* de ofício, para declarar extinta a punibilidade do Crime imputado ao paciente, em virtude do pagamento do Tributo e acessórios na forma prevista pelo art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003”.

Além do mais, comprovado o pagamento das contribuições previdenciárias antes do oferecimento da Denúncia, inexistente justa causa para a instauração da Ação Penal.

A propósito:

“Processual Penal. Crime previsto pelo art. 168-A do CP. Denúncia. Rejeição por equivocada informação de inclusão do recorrido no Refis. Existência, contudo, de parcelamento de débito por ele obtido em data anterior ao oferecimento da peça acusatória. Desnecessidade de adimplemento total. Extinção da punibilidade.

Rejeitada a Denúncia com base no inciso III do art. 43 do CPP, posto equivocada a informação de adesão

ao Refis, há que se manter essa conclusão, porém, com fulcro no inciso II do mesmo dispositivo, uma vez que dos Autos se extrai que o recorrido já havia obtido parcelamento de débito antes do oferecimento da peça acusatória. Consonância com o entendimento prevalente do STJ”.

“Determina-se o trancamento de Ação Penal quando restar demonstrada a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/1995, que se dá pelo parcelamento da dívida em momento anterior ao recebimento da Denúncia, sendo desnecessário

o pagamento integral do débito para tanto. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal instaurada contra os pacientes, tendo em vista a extinção do débito fiscal pelo parcelamento” (STJ; 5ª T.; HC nº 13.047; Rel. Min. Gilson Dipp; DJ de 2/9/2002; p. 207).

“Concessão, de ofício, de *Habeas Corpus* em favor de V. O. S., para trancar o Processo nº 98.0063712-5, da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, com fulcro no inciso II do art. 43 do CPP, c.c. art. 654, § 2º, do CPP e art. 34 da Lei nº 9.249/1995. Preiu-

dicado o Recurso em Sentido Estrito interposto” (HC nº 1998.51.01.063712-7; 4ª T.; Rel. Juiz Rogério Carvalho; DJ de 6/1/2003).

Apresenta-se, pois, que correta a r. decisão recorrida em que julgo extinta a punibilidade, não estando a merecer qualquer reparo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo-se a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

**Paulo Antônio Rossi**

Relator

## Direito Previdenciário

**Administrativo - Ex-Servidor Público Federal - União homoafetiva - Pensão por morte - Possibilidade - Ausência de designação de beneficiário - Desnecessidade - Recurso e Remessa Necessária desprovidos - 1 - A União homoafetiva enseja direito à pensão por morte de servidor público. Há indicativos do STF e do STJ que já pronunciaram sobre o tema, manifestando tal possibilidade. Na linha de entendimento desta Corte, e na ausência de previsão legal, não cabe a negativa da pensão ao companheiro do ex-servidor falecido. 2 - O conjunto probatório dos Autos não deixa margem para dúvidas sobre a existência de União Estável entre o autor e o ex-servidor do Ministério da Fazenda, capaz de lhe assegurar a percepção da pensão por morte. 3 - Conforme reiterada jurisprudência de nossos Tribunais, a falta de designação expressa do companheiro como beneficiário do servidor não impede a concessão de pensão, se a União Estável restou comprovada por outros meios, o que, indubitavelmente, ocorreu na hipótese. 4 - Recurso e Remessa Necessária desprovidos. Sentença confirmada (TRF-2ª Região - 6ª T.; Ap/ReeNec nº 200751010014190-RJ; Rel. Des. Federal Frederico Gueiros; j. 25/4/2011; v.u.).**

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes Autos,  
Decide a 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao Recurso e à Remessa Necessária, nos termos do Relatório e Voto constantes dos Autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 2011

**Frederico Gueiros**

Relator

### RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária e Apelação Cível interposta pela União Federal em face de sentença que julgou procedente o pedido, condenando a ré a incluir o autor em folha de pensionistas como beneficiário da pensão por morte de A. C., bem como a efetuar o pagamento dos valores atrasados, a partir de 10/5/2004, data do óbito, acrescidos de correção monetária e juros de mora de 0,5% ao mês.

Alega a apelante, em síntese, que a União Estável contemplada pela CF em seu art. 226, § 3º, é aquela existente entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em Casamento. Aduz que o art. 217, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.112/1990 prevê, como beneficiários da pensão vitalícia, o companheiro ou companheira designado que comprove a União Estável como entidade familiar. Acrescenta que é inadmissível, no Direito pátrio, a concessão da pensão pleiteada entre 2 homens,

por relação homossexual. Ressalta a total inadmissibilidade da pretensão autoral no que se refere ao pagamento das parcelas vencidas, eis que, além da inexistência de amparo legal, não houve a necessária designação do autor por dependência econômica.

Contrarrazões a fls. 281/289.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do Recurso.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2011

**Frederico Gueiros**

Relator

## ■ VOTO

Conforme relatado, a hipótese é de Remessa Necessária e Apelação Cível interposta pela União Federal em face de sentença que julgou procedente o pedido, condenando a ré a incluir o autor em folha de pensionistas como beneficiário da Pensão por Morte de A. C., bem como a efetuar o pagamento dos valores atrasados, a partir de 10/5/2004, data do óbito, acrescidos de correção monetária e juros de mora de 0,5% ao mês.

Alega a apelante, em síntese, que a União Estável contemplada pela CF em seu art. 226, § 3º, é aquela existente entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em Casamento. Aduz que o art. 217, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.112/1990 prevê, como beneficiários da pensão vitalícia, o companheiro ou companheira designado que comprove a União Estável como entidade familiar. Acrescenta que é inadmissível, no Direito pátrio, a concessão da pensão pleiteada entre 2 homens, por relação homossexual. Ressalta a total inadmissibilidade da pretensão autoral no que se refere ao pa-

gamento das parcelas vencidas, eis que, além da inexistência de amparo legal, não houve a necessária designação do autor por dependência econômica.

Conheço do Recurso e da Remessa Necessária, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre assinalar a possibilidade de a união homoafetiva gerar o direito à pensão. Há indicativos do STF e do STJ que já pronunciaram sobre o tema, manifestando tal possibilidade. Na linha de entendimento desta Corte, e na ausência de previsão legal, não cabe a negativa da pensão ao companheiro do ex-servidor falecido.

Os direitos devem ser os mesmos reconhecidos à União Estável entre homem e mulher. Confirmam-se alguns precedentes desta Corte:

“Administrativo. Pensão estatutária por morte. Inépcia da inicial - não configurada. União homoafetiva. Inteligência do art. 226, § 3º, da Constituição da República/1988 e do art. 1.723 do CC/2002. Princípios fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, da Igualdade, da Não Discriminação, União Estável. Comprovação. Artigo 217, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.112/1990. Honorários advocatícios. Artigo 20, § 4º, do CPC. Fazenda Pública. Apreciação equitativa do Juiz.

1 - Vislumbrando-se a consonância da Exordial com o disposto no art. 282 do CPC, vez que a causa de pedir e o pedido encontram-se ao alcance do Julgador, não se configurando qualquer óbice quer para Defesa, com o regular desenvolvimento do Processo, quer para a apreciação judicial, não há falar em inépcia da Inicial.

2 - Improspera a alegação de que os documentos juntados pelo apelado não têm qualquer valor jurídico, pelo mero argumento de não serem autenticados, uma vez que a apelante não apontou qualquer fraude ou falta de autenticação que justificasse a existência de distorções no conteúdo do documento a ensejar dúvida acerca da autenticidade” (TRF-1ª Região; AC nº 199838000267190-MG, DJ de 9/10/2006).

3 - Há que se aplicar o direito à luz de diversos preceitos constitucionais, e não apenas atendo-se à interpretação literal do art. 226, § 3º, da CF, invocado pela recorrente, que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no Capítulo “Da Família”, sendo certo que não houve, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do Direito Previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do Direito (STJ; REsp nº 395.904; Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa; DJ de 6/2/2006).

4 - Conforme registrado pelo STJ no julgamento da AD nº 3300 MC-DF, o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, da Autodeterminação, da Igualdade, do Pluralismo, da Intimidade, da Não Discriminação e da Busca da Felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica

da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

5 - Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da Constituição Pátria, a união entre homossexuais como de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão (Revista do TRF-4ª Região, vol. 57/309-348, 210, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira, in STF, ADI nº 3300 MC-DF).

6 - A prova pré-constituída, configurada na documentação trazida aos Autos, irradia o direito líquido e certo do recorrido, como que se extrai da documentação produzida no Processo, que comprova que: o instituidor residia no mesmo endereço que o autor, quando do seu óbito (faturas de serviços de luz, IPTU, cota condominial); o ex-servidor efetuou doação ao requerente, em 8/10/2001, do imóvel em que viviam; designou expressamente o autor, na qualidade de seu companheiro há 21 anos, como o beneficiário de sua pensão estatutária, na forma prevista no art. 217 da Lei nº 8.112/1990 (termo de fls. 11), declarando-o como seu de-

pendente econômico e reconhecendo a União Estável desde o ano/1985.

7 - Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.500,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC e atento aos parâmetros das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º, eis que vencida a Fazenda Pública.

8 - Recurso da União desprovido e Remessa Necessária provida parcialmente" (REO/AC nº 2006.51.01.021811-7; Rel. Des. Poul Erik Dyrlyund; j. 31/3/2009).

"Processual Civil. Verba de caráter alimentar. Concessão de antecipação de tutela. Cabimento. Princípio da Dignidade Humana. Companheiro. Relacionamento homoafetivo. Comprovação. Pensão por morte. Requisitos preenchidos. Precedentes desta Corte. Recurso provido.

A jurisprudência de nossos Tribunais já deixou assentada a excepcionalidade do deferimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, como na espécie, em que se trata de verba alimentar, devendo se ter em mente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto constitucionalmente (CF, art. 1º, inciso III). Assim, impõe-se o deferimento da tutela antecipada para que seja imediatamente implementado o benefício de pensão por morte do servidor G. G. R. ao companheiro P. I. M. S.

O Juiz, no papel de pacificador das relações sociais, deve se adequar à realidade e às transformações observadas na sociedade, não podendo haver discriminações em razão da raça, cor, idade e, ainda mais, em razão da opção sexual, devendo ser observados, ao revés, os Princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III); da Igualdade, da Liberdade (art. 5º, *caput*) e da Não Discriminação (art. 3º, inciso IV).

Assim, a norma prevista no art. 226, § 3º, da Carta da República deve ser interpretada extensivamente, a ponto de reconhecer a relação homoafetiva como capaz de possuir todos os requisitos para a configuração de uma entidade familiar, como a estabilidade, fidelidade, afetividade e intenção de se tornar família.

De acordo com a jurisprudência, a inexistência de regra em relação à possibilidade da percepção de benefício de pensão por morte por companheiro homossexual de servidor público não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência dessa relação, devendo receber a adequada proteção jurídica.

Ademais, se o Sistema Geral da Previdência do país já estabelece procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual (Instrução Normativa - INSS nº 25) em respeito ao Princípio Isonômico, as disposições desse ato normativo podem e devem ser aplicadas, por analogia, aos servidores públicos federais (TRF-5ª Região; AC nº 200383000201948-PE; Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho; DJU de 6/12/2006).

O requisito indispensável ao reconhecimento do direito à pensão pretendida é a prova da convivência entre o autor e o *de cujus*, sendo que a União Estável caracteriza-se pela convivência duradoura, pública e contínua, tendo por objetivo a constituição da família.

As provas dos Autos são suficientes para comprovar a relação afetiva entre o autor e o falecido servidor, e as testemunhas demonstram que a convivência apresentava forma de entidade familiar.

O início do benefício deve ser fixado desde a data do óbito, na forma do art. 219 da Lei nº 8.112/1990.

Assim, comprovada a união estável como entidade familiar e presumida a dependência econômica entre os companheiros, é de ser reconhecido o direito à pensão por morte (art. 217, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.112/1990). Precedentes desta Corte.

Recurso provido para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido, habilitando P. I. M. S. ao recebimento da pensão por morte de G. G. R. (AC nº 2003.51.01.027432-6; Rel. Juiz Federal convocado Renato César Pessanha de Souza; j. 15/12/2008).

Na hipótese, verifica-se que o conjunto probatório contido nos Autos não deixa margem para dúvidas sobre a existência de União Estável entre o Sr. S. R. V. e o Sr. A. C., ex-

servidor do Ministério da Fazenda, capaz de lhe assegurar a percepção da pensão por morte, bem como da dependência econômica do autor”.

Com efeito, constam dos Autos, entre outros, os seguintes documentos hábeis a comprovar a alegada União Estável:

- recibo do pecúlio deixado pelo falecido em favor do autor (fls. 26);
- existência de conta-corrente conjunta (fls. 28);
- proposta de adesão a plano de saúde firmada pelo falecido em favor do autor (fls. 30);
- testamento público em que o falecido destinou seus bens ao autor (fls. 33/35);
- alteração contratual da firma denominada “V. C. C. P. S. Ltda. ME”, em que o autor e o falecido constam como únicos sócios (fls. 41-42).

Ademais, da leitura dos depoimentos das testemunhas, verifica-se que todas foram unânimes em

afirmar que o autor, Sr. S. R. V., e o falecido ex-Servidor, Sr. A. C., viviam juntos, há muitos anos, configurando União Estável, tendo esta perdurado até a data do óbito deste.

Anote-se, outrossim, que, conforme reiteradamente decidido no âmbito de nossos Tribunais, a falta de designação expressa do companheiro como beneficiário do servidor não impede a concessão de pensão, se a União Estável restou comprovada por outros meios, o que, indubitavelmente, ocorreu na hipótese.

Em razão disso, não cabe a negativa da pensão ao companheiro do ex-Servidor falecido.

Em face do exposto, nego provimento ao Recurso e à Remessa necessária.

É como voto.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 2011

**Frederico Gueiros**

Relator

## Direito Administrativo

**Apelação Cível - Ação Declaratória ou Ação Anulatória - Auto Infracional do Procon - Aplicação de multa - Controle do ato administrativo - Mérito administrativo - Controle de legalidade - Juros abusivos - Matéria com reserva de jurisdição - Pedido inicial procedente - Recurso não provido** - O auto de infração do Procon é ilegal quando invade matéria sujeita à jurisdição. A aferição de abusividade dos juros é de competência do Poder Judiciário. No caso em análise, o Auto de Infração lavrado pelo Procon deve ser anulado, uma vez que fundado em suposta abusividade dos juros, o que é reservado à jurisdição. **Apelação Cível - Ação Declaratória - Anulatória - Honorários Advocatícios - Valor Fixado - Arbitramento Razoável - Redução Honorária Negada - Recurso não provido.** O valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser consentâneo com o postulado da razoabilidade e subserviente à inteligência da norma contida no art. 20 do Código de Processo Civil (TJMS - 5ª T. Cível; ACi Ordinário nº 2006.001013-3/0000-00-Ponta Porã-MS; Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; j. 21/1/2010; v.u.).

### ■ ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos,

Acordam os Juízes da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao Recurso.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2010

**Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

Relator

### ■ RELATÓRIO

O Sr. Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso: o Estado de Mato Grosso do Sul, nos Autos

da Ação Declaratória (feito de nº 19.02.002647-0, da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, Estado de Mato Grosso do Sul) que lhe move o Banco ..., inconformado com a sentença de procedência do pedido contido na Petição Inicial, interpôs esta Apelação Cível.

Afirmou que o Auto de Infração lavrado pela Coordenadoria de Orientação e Defesa do Consumidor é válido, pois foi lavrado em obediência à legislação de regência.

Anotou que a cobrança de juros remuneratórios atingiu o patamar abusivo de 44,24% ao ano. Ainda, pediu a redução do valor dos honorários advocatícios fixados.

Nas contrarrazões (fls. 243 a fls. 252), o Banco pugnou pelo não provimento.

## ■ VOTO

O Sr. Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator): o Banco ..., sucedido pelo Banco ..., ajuizou Ação Declaratória (feito de nº 019.02.002647-0, da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã-MS) contra o Estado de Mato Grosso do Sul, com a alegação de que a multa administrativa aplicada pelo Procon está em dissonância com o ordenamento consumerista.

O Magistrado da Causa proferiu sentença (fls. 199): "Aguardando relacionar publicação para o DJ. Diante do exposto e por tudo mais que dos Autos consta, julga-se procedente o pedido formulado na Inicial para o fim de anular o Auto de Infração nº ... e, por conseguinte, desconstituir a multa imposta pelo Procon, e tornar definitiva a Tutela antecipada concedida. Em consequência, condena-se a parte vencida ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00, considerados os requisitos do art. 20, § 4º, do CPC, principalmente pela natureza e tempo da demanda, bem como a atividade profissional. Comunicações e anotações necessárias. Publique-se.

Registre-se. Intimem-se. Desnecessária a Remessa de Ofício. Defiro, desde já, o levantamento da caução. Por outro lado, indefiro o requerimento de desentranhamento de documentos formulado pela parte contestante, por entender que não houve quebra de sigilo bancário, ainda mais quando tais provas foram juntadas para demonstrar o alegado na Exordial. Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, arquivem-se".

O Estado apelou e afirmou que o Auto de Infração lavrado pela Coordenadoria de Orientação e Defesa do Consumidor é válido, porquanto foi lavrado em obediência à legislação consumerista e ao Princípio do Devido Processo Legal. Aduziu que a cobrança de juros remuneratórios atingiu o patamar de 44,24% ao ano, e pediu redução honorária.

É incontroverso que, em 25/3/2002, o Banco autor foi multado administrativamente pela Coordenadoria de Orientação e Defesa do Consumidor de Mato Grosso do Sul (Procon-MS), sob o fundamento de que cobrou juros extorsivos de N. M. e de que infringiu norma do CDC, conforme Auto de Infração de fls. 14.

Na Petição Inicial, o Banco autor alega que firmou Cédula de Crédito Bancário e emprestou R\$ 4.000,00 a N. S. M., quantia essa sujeita à incidência de juros remuneratórios de 3,1% ao mês, motivo pelo qual a norma prevista no art. 39, inciso V, do CDC não foi vulnerada ou infringida.

A despeito das argumentações expendidas pelo Estado de Mato Grosso do Sul, é certo que o Procon não pode interpretar e revisar contrato de consumo, sob pena de usurpar a competência do Poder Judiciário, razão pela qual o Auto de Infração

deve ser anulado. No caso em análise, o Procon entendeu que os juros são abusivos, o que é reservado à Jurisdição.

Em caso análogo, o Tribunal de Minas Gerais decidiu, *in verbis*:

"Ementa: Execução Fiscal. Multa aplicada pelo Procon. Abusividade de cláusula. Análise. Competência do Judiciário. CDA. Liquidez e certeza ilididos. A interpretação de cláusulas contratuais compete ao Poder Judiciário e se dará de acordo e em obediência à legislação pertinente" (TJMG - 2ª Câm. Cível; ACi e ReeNec nº 1.0713.05.052550-8/001.1; Rel. Des. Jarbas Ladeira; j. 22/8/2006).

Por fim, a pretensão recursal de redução do valor dos honorários advocatícios não deve ser provida, já que a quantia fixada a título de honorários advocatícios - R\$ 2.000,00 - é consentânea com a razoabilidade do art. 20 do CPC, consideradas as alíneas do § 3º, natureza da causa e trabalho desenvolvido por Advogado.

Posto isso, conheço do Recurso, mas nego-lhe provimento.

## ■ DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade, negaram provimento ao Recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Joanildo Sousa Chaves e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2010

## Direito Comercial

### 01 DESCONSTITUIÇÃO DE CONTRATO - PEDIDO DE FALÊNCIA POSTERIOR À PROPOSTURA DA AÇÃO

**Agravo de Instrumento - Direito Processual - Competência - Recurso interposto contra decisão do Juízo da 1ª Vara Empresarial que se declarou competente para apreciar ação que busca a desconstituição de contrato, restituição de valores e indenização por danos morais, não obstante tenha a falência da sociedade ré sido decretada após seu ajuizamento.**

1 - O art. 76 da Lei nº 11.101/2005 consagra, como regra geral, o Princípio da *Vis Attractiva* do Juízo falimentar. 2 - A própria Lei nº 11.101, porém, admite exceções, como a do art. 6º, § 1º, no sentido de que "terá prosseguimento no Juízo no qual estiver se processando a Ação que demandar quantia ilíquida". 3 - Caso presente que se enquadra na aludida exceção, vez que se cuida de demanda ajuizada antes da decretação da falência, em que se busca a declaração da nulidade de negócio jurídico, a devolução das quantias pagas pelo autor e a condenação dos réus em danos morais. 4 - Precedentes desta Corte. 5 - Recurso provido, para determinar a remessa dos Autos ao Juízo Cível de origem.

(TJRJ - 16ª Câm. Cível; AI nº 0034637-26.2010.8.19.0000-Rio de Janeiro-RJ; Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto; j. 10/5/2011; v.u.)

### 02 HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM FALÊNCIA - REFAZIMENTO DE CÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE

**Falência - Ações custodiadas - Restituição.**

Na impossibilidade de entrega das próprias ações, equivalente em dinheiro deve ser apurado pela cotação do dia da liquidação da corretora de valores mobiliários falida. Adoção da cotação à época da apresentação da habilitação de crédito. Inadmissibilidade. Falta de amparo legal. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJSP - 1ª Câm. de Direito Privado; AI nº 0417311-90.2010.8.26.0000-São Paulo-SP; Rel. Des. Rui Cascaldi; j. 29/3/2011; v.u.)

### 03 NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO - GARANTIA HIPOTECÁRIA PRESTADA POR SÓCIO QUE NÃO DETINHA PODER PARA TAL ATO

**Direito Comercial - Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada - Garantia assinada por sócio a empresas do mesmo grupo econômico - Excesso de poder - Responsabilidade da sociedade - Teoria dos Atos *Ultra Vires* - Inaplicabilidade - Relevância da boa-fé e da aparência - Ato negocial que retornou em benefício da sociedade garantidora.**

1 - Cuidando-se de Ação de Declaração de Nulidade de Negócio Jurídico, o litisconsórcio formado no polo passivo é necessário e unitário, razão pela qual, nos termos do art. 320, inciso I, do CPC, a Contestação

ofertada por um dos consortes obsta os efeitos da revelia em relação aos demais. Ademais, sendo a matéria de fato incontroversa, não se há invocar os efeitos da revelia para o tema exclusivamente de direito. 2 - Não há cerceamento de defesa pelo simples indeferimento de produção de prova oral, quando as partes, realmente, litigam exclusivamente em torno de questões jurídicas, restando incontroversos os fatos narrados na Inicial. 3 - A partir do CC/2002, o Direito brasileiro, no que concerne às sociedades limitadas, por força dos arts. 1.015, parágrafo único, e 1.053, adotou expressamente a *ultra vires doctrine*. 4 - Contudo, na vigência do antigo Diploma (Decreto nº 3.708/1919, art. 10), pelos atos *ultra vires*, ou seja, os praticados para além das forças contratualmente conferidas ao sócio, ainda que extravasassem o objeto social, deveria responder a sociedade. 5 - No caso em julgamento, o Acórdão recorrido emprestou, corretamente, relevância à boa-fé do banco credor, bem como à aparência de quem se apresentava como sócio contratualmente habilitado à prática do negócio jurídico. 6 - Não se pode invocar a restrição do contrato social quando as garantias prestadas pelo sócio, muito embora extravasando os limites de gestão previstos contratualmente, retornaram, direta ou indiretamente, em proveito dos demais sócios da sociedade fiadora, não podendo estes, em absoluta afronta à boa-fé, reivindicar a ineficácia dos atos outrora praticados pelo gerente.

(STJ - 4ª T.; REsp nº 704.546-DF; Rel. Min. Luís Felipe Salomão; j. 1º/6/2010; v.u.)

## Direito Constitucional

### 04 IPTU - PROGRESSIVIDADE - COBRANÇA - AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL

**Apelação - Ação Ordinária - IPTU, exercícios de 2006 a 2008 - Município de São José dos Campos.**

Alegada progressividade de alíquotas sem observância dos requisitos constitucionais [art. 182, § 4º, inciso II, c.c. art. 156, ambos da CF/1988]. Ocorrência. Lançamento efetuado com alíquotas progressivas amparado em legislação municipal anterior à promulgação da Emenda nº 269/2000. Sentença mantida. Recurso improvido.

(TJSP - 15ª Câmara de Direito Público; Ap nº 0023380-24.2010.8.26.0577-São José dos Campos-SP; Rel. Des. Rodrigues de Aguiar; j. 28/4/2011; v.u.)

### 05 LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - ABUSIVIDADE - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

**Apelações Cíveis - Matéria jornalística com imputação de crime - Erro na publicação da foto - Colisão entre direitos fundamentais: liberdade de imprensa e dignidade da pessoa humana (imagem) - Princípio da Concordância Prática - Caracterização de dano moral *in re ipsa* - Quantum indenizatório majorado - Princípio da Proporcionalidade e teoria do desestímulo - Recursos conhecidos - Improvido o da D. P. e parcialmente provido o de A. D. A. N. à unanimidade.**

1 - A jurisprudência dominante do STF é categórica em afirmar que o postulado da Dignidade da Pessoa Humana representa - considerada a

centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, inciso III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema do Direito Constitucional Positivo. 2 - O Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização, como consectário lógico do Princípio da Unidade Constitucional, é comumente utilizado para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos. 3 - A liberdade de informação e a de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. 4 - A indenização por dano moral deve ser fixada mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, observados o grau de culpa, a extensão do dano experimentado, a expressividade da relação jurídica originária, a capacidade econômica das partes e a finalidade compensatória e a pedagógica; ao mesmo tempo, o valor não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo a ponto de coibir a reiteração da conduta. 5 - Recursos conhecidos e improvido o da empresa D. P. e par-

cialmente provido o de A. D. A. N. à unanimidade.

(TJPA - 2ª Câmara Cível Isolada; ACi nº 2010.3.019025-5-Belém-PA; Rel. Des. Cláudio A. Montalvão Neves; j. 4/4/2011; v.u.)

### 06 TRANSPORTE PÚBLICO GRATUITO - PORTADOR DE DOENÇA CRÔNICA

**Constitucional - Transporte - Administração Pública - Concessão de passe livre - Portador de doença crônica - Direito.**

1 - O ordenamento jurídico confere direito à gratuidade do transporte público municipal aos portadores de doenças crônicas. 2 - Questão posta em Juízo que deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, posto que a gratuidade do transporte coletivo municipal constitui consectário do direito à saúde, à vida e à preservação da dignidade da pessoa humana.

(TJRJ - 5ª Câmara Cível; AI nº 0067280-37.2010.8.19.0000-Barra do Piraí-RJ; Rel. Des. Milton Fernandes de Souza; j. 10/5/2011; v.u.)

## Direito de Família

### 07 ALIMENTOS - PRISÃO DO DEVEDOR - SUSPENSÃO POR FALTA DE CONDIÇÕES MATERIAIS

**Alimentos - Prisão do pai devedor - Decreto de prisão suspensa.**

Ausência de prova da impossibilidade de pagar e de sua justificativa no prazo legal. Necessária a coação para impor o cumprimento da obrigação reconhecida. Agravo provido.

(TJSP - 10ª Câm. de Direito Privado; AI nº 994.09.282258-1-São Paulo-SP; Rel. Des. Maurício Vidigal; j. 22/6/2010; m.v.)

## 08 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - ADOÇÃO

**Infância e Juventude - Ação de Adoção c.c. Destituição do Poder Familiar - Negligência dos pais - Artigo 43 do ECA - Aplicabilidade - Vantagens para o menor adotando - Motivo relevante - Presença.**

Os laços de família e a presença dos pais biológicos são importantes ao menor, desde que aqueles sejam capazes de lhe proporcionar, dentre outros direitos, a vida digna e saudável. Para o deferimento da adoção, é necessária a demonstração dos benefícios ao adotando, bem como dos motivos que justificam a medida (art. 43 da Lei nº 8.069, de 13/7/1990 - ECA; art. 1.625 do CC/2002).

(TJMG - 3ª Câm. Cível; ACi nº 1.0024.06.909284-9/001-Belo Horizonte-MG; Rel. Des. Silas Vieira; j. 28/10/2010; v.u.)

## 09 INTERDIÇÃO - NOMEAÇÃO DE DESCENDENTE MAIS BEM QUALIFICADO COMO CURADOR

**Interdição - Curadoria provisória - Ordem do art. 1.775 do CC que não tem rigidez absoluta.**

Função que deve ser exercida por aquele que se mostrar mais apto, considerando-se o melhor interesse do interditando. Caso em que o neto possui melhores condições, pois, durante longo período, prestou adequadamente os cuidados necessários à sua avó. Preterição do filho que não mantinha contato próximo com a ge-

nitora (interditanda). É de ser prestigiada a relação de afetividade e cuidados materiais do neto em relação à sua avó. Recurso provido.

(TJSP - 6ª Câm. de Direito Privado; AI nº 0195630-48.2010.8.26.0000-São Paulo-SP; Rel. Des. Paulo Alcides; j. 24/2/2011; v.u.)

## Direito Penal

### 10 AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL - CRIME DE BAGATELA

**Apelação Criminal - Furto Simples - Admissão do Crime de Bagatela e absolvição do réu - Inconformismo do Ministério Público.**

Réu menor, primário e bem (capacete) avaliado em R\$ 50,00, que foi restituído à vítima. Ausência de grave violação ao sistema legal. Princípio da Insignificância corretamente imposto. Sentença absolutória mantida. Apelo improvido.

(TJSP - 2ª Câm. de Direito Criminal; Ap nº 0002100-29.2009.8.26.0416-Panorama-SP; Rel. Des. Almeida Sampaio; j. 16/5/2011; m.v.)

### 11 CONDUTA GRAVOSA DO APENADO - NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO - AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

**Agravo em Execução - Crimes sexuais - Estupro - Regime fechado - Alteração da data-base.**

Obrigatoriedade de audiência de justificação para oitiva do apenado diante do cometimento de falta grave. Artigo 118, inciso I e § 2º, da Lei

de Execução Penal e art. 5º, inciso LV, da CF. Preliminar acolhida. Provisamento do Recurso.

(TJRS - 7ª Câm. Criminal; Ag em Execução nº 70037776465-Cruz Alta-RS; Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta; j. 30/9/2010; v.u.)

### 12 CRIME CONTRA A HONRA - AUSÊNCIA DE CREDIBILIDADE RELATIVA À VERACIDADE DOS FATOS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

**Calúnia - Artigo 138 do CP - Sentença de improcedência da Ação Penal mantida - Provas contraditórias.**

Duas versões diferentes sobre os fatos, respaldadas em testemunhos colhidos sob o crivo do Contraditório. *In Dubio Pro Reo*. Sentença absolutória mantida. Apelação não provida. (TJSP - 4ª Câm. de Direito Criminal; Ap nº 990.10.396937-5-Santos-SP; Rel. Des. Eduardo Braga; j. 14/12/2010; v.u.)

## Direito Processual Civil

### 13 INEXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO - PROVA NEGATIVA - ÔNUS DO CREDOR - FALTA DE PROVAS

**Processual Civil - Cerceamento de defesa na Ação Cautelar - Esgotamento da produção de provas no Processo principal - Inocorrência de cerceamento - Representação processual - Nova Procuração - Ratificação dos atos - Possibilidade - Oitiva de testemunha não arrolada na Inicial - Rito Sumário - Ausência de arguição e contradita - Preclusão - Artigo 245 do CPC - Princípio da Identidade Física do Juiz - Mitigação - Inteligência do art. 132 do CPC - Sus-**

**tação e Declaratória de Anulação de Protesto - Afirmação de inexistência de negócio jurídico - Prova negativa - Ônus do credor - Falta de provas - Procedência das Ações - Recursos improvidos.**

Se na Ação Principal - em que a própria apelante afirmou não ter interesse na produção de outras provas - foi reconhecido o direito a ser protegido (o direito acautelado), a procedência da Ação Cautelar é inevitável, qualquer que fosse a prova testemunhal nela pretendida, porquanto, na via cautelar, inadmissível desconstituir o direito amplamente provado e reconhecido na Ação Principal. Nos termos do art. 662, parágrafo único, do NCCB, permite-se ao mandante a outorga de nova procuração ao mandatário, de modo a ratificar os atos até então praticados, permitindo a retroatividade dos efeitos do mandato. Consoante o art. 245 do CPC, a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos Autos, sob pena de preclusão, não sendo possível excluir o depoimento de testemunha arrolada após a Inicial (no Rito Sumário), ou suspeita, se durante a realização do ato o Procurador da parte interessada deixou de arguir a nulidade. O Princípio da Identidade Física do Juiz consiste no dever que tem o Magistrado que concluiu a audiência de instrução e julgamento de proferir a sentença de mérito no Processo Civil. Porém, a sentença pode ser proferida por Juiz diverso daquele que instruiu o feito nas hipóteses do art. 132, no exercício de cooperação, conforme entendimento consolidado na jurisprudência. Quando há a afirmação acerca da inexistência de negócio jurídico que ensejou o

apontamento de títulos para protesto, cabe à parte contrária, de forma exclusiva, o ônus da prova acerca da existência do negócio jurídico e, conseqüentemente, da lisura do apontamento para protesto, sob pena de se impor à parte contrária o ônus de produzir prova negativa ou diabólica, isto é, provar algo que não existe.

(TJMG - 9ª Câm. Cível; ACi nº 1.0480.05.073890-9/001-Patos de Minas-MG; Rel. Des. Tarcísio Martins Costa; j. 24/8/2010; v.u.)

**14** **REVOGAÇÃO DE MANDATO - LEVANTAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - POSSIBILIDADE**

**Processo Civil - Revogação de Mandato Judicial na fase recursal da Ação.**

Execução dos Honorários Advocatícios sucumbenciais promovida pelos antigos causídicos nos próprios Autos. Admissibilidade na espécie. Decisão reformada. Agravo provido.

(TJSP - 35ª Câm. de Direito Privado; AI nº 990.10.150360-3-São Paulo-SP; Rel. Des. Mendes Gomes; j. 31/5/2010; v.u.)

**15** **SENTENÇA ARBITRAL PROFERIDA EM SOLO BRASILEIRO - VALIDADE COMO TÍTULO PARA AÇÃO DE EXECUÇÃO**

**Processual Civil - Recurso Especial - Ação de Execução de Sentença Arbitral - Nacionalidade - Determinação - Critério territorial - Embargos de Declaração - Omissão, contradição ou obscuridade - Não indicação - Súmula nº 284-STF.**

1 - A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contra-

dição nas razões recursais enseja o não conhecimento do Recurso Especial. 2 - A execução, para ser regular, deve estar amparada em título executivo idôneo, dentre os quais, prevê o art. 475-N, a sentença arbitral (inciso IV) e a sentença estrangeira homologada pelo STJ (inciso VI). 3 - A determinação da internacionalidade ou não de sentença arbitral, para fins de reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais, conforme o disposto no art. 1º da Convenção de Nova Iorque (1958), promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 4.311/2002, razão pela qual se vislumbram no cenário internacional diferentes regulamentações jurídicas acerca do conceito de sentença arbitral estrangeira. 4 - No ordenamento jurídico pátrio, elegeu-se o critério geográfico (*ius solis*) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996). 5 - Na espécie, o fato de o requerimento para instauração do procedimento arbitral ter sido apresentado à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional não tem o condão de alterar a nacionalidade dessa sentença, que permanece brasileira. 6 - Sendo a sentença arbitral em comento de nacionalidade brasileira, constitui, nos termos dos arts. 475-N, inciso IV, do CPC e 31 da Lei da Arbitragem, título executivo idôneo para embasar a Ação de Execução da qual o presente Recurso Especial se origina, razão pela qual é desnecessária a homologação por esta Corte. 7 - Recurso Especial provido para restabelecer a decisão proferida à e-STJ fls. 60.

(STJ - 3ª T.; REsp nº 1.231.554-RJ; Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 24/5/2011; v.u.)

## Parecer

### EXTENSÃO, LIMITES ÉTICOS E O ALCANCE PRÁTICO DO ART. 417 DO CPC

#### I - A consulta

##### Decisão do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP

A consulta apresentada pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Direito da Associação dos Advogados de São Paulo ao Tribunal de Ética e Disciplina teve por objeto a extensão, os limites éticos e o alcance prático do disposto no art. 417 do CPC, que faculta às partes processuais a gravação da audiência.

Em particular, o interesse da consultante era saber sobre os aspectos éticos envolvidos na gravação não ostensiva de audiências em geral, na gravação de audiências de conciliação e na gravação dos atos processuais nos processos que correm em Segredo de Justiça.

O Parecer da escritura do Em. Relator, o Advogado e I. Professor Dr. Luiz Francisco Torquato Avolio, apontou inicialmente a sucessão de leis permissivas à gravação dos atos processuais (Lei nº 9.099/1995, Lei nº 8.952/1994, que deu nova redação ao art. 417 do CPC). Mais recentemente, inovação importante no Código de Processo Penal previu e prestigiou o método de gravação fonográfica para registro de todos os atos processuais (art. 405 do CPP).

Como se pode ver, e foi destacado pelo Em. Professor Avolio, trata-se de fenômeno técnico processual irrisível neste tempo de proliferação e barateamento das tecnologias

e de necessidade premente de agilização dos procedimentos, de resolução rápida e eficaz dos conflitos e de diminuição da sobrecarga do Judiciário. A conclusão do Em. Relator - prossigo - foi pela plena legalidade da gravação em todos esses atos processuais, exceto em audiências de mera conciliação.

Contudo, o aspecto ético sensibilizou o parecerista e a Turma de Ética Profissional. Encontrou aquelas restrições éticas na disciplina processual civil relativa aos meios de prova (art. 332 do CPC), que traz como valor relevante a legitimidade moral de tais meios. Teve por embaraço o nosso Código de Ética e Disciplina, que aponta como dever do Advogado portar-se na profissão de maneira honrada, nobre e digna, veraz e de marcada lealdade. Trouxe lições de EDUARDO COUTURE, quando em seu decálogo aponta a lealdade como dever para com o Juiz, "que ignora os fatos, e deve confiar no que tu dizes e que, quanto ao Direito, vez por outra, deve confiar no que tu dizes". Somou, finalmente, o dever de urbanidade para com os colegas e as autoridades.

Em sua linha expositiva, concluiu que:

1 - toda gravação deve ser previamente comunicada ao Juiz, que dará ciência às partes, principalmente aquelas relativas às audiências em Segredo de Justiça;

2 - será permitida a gravação de audiências preliminares e de conciliação

quando estiver em causa alguma decisão judicial sobre a fixação dos pontos controvertidos da lide, solução de questões processuais pendentes e determinação das provas (art. 331, § 3º, do CPC);

3 - a gravação nessas modalidades de audiências não será permitida quando tiverem por objeto meramente a conciliação.

Em síntese, o Parecer aprovado pelo Tribunal de Ética vai sustentar que, não obstante a manifesta legalidade, toda e qualquer utilização da gravação do ato processual deve ser comunicada previamente ao Juiz, como dever ético imperativo do Advogado. Não esclareceu, porém, o Parecer a solução para a hipótese de ser negado, pelo Magistrado, o exercício do direito profissional e processual de gravação do ato do processo.

A questão, a meu juízo, exige outros prismas de análise.

#### II - O Princípio da Publicidade dos Atos da Administração

A primeira perspectiva de análise diz respeito ao Princípio da Publicidade dos Atos Processuais. Desde logo adianto que neste campo não há necessidade de conhecimento prévio ou autorização para o acolhimento, afirmação ou o exercício de um direito de raiz constitucional.

Não é demais repetir que o Princípio da Publicidade encapsula a garantia a todo cidadão de conhecer e

documentar os atos da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, seja a administração exercida pelo Poder Executivo quanto aquela exercida pelo Poder Legislativo ou Judiciário, que no âmbito de sua atuação exercem todos poderes de administração.

Constitui o livre conhecimento e a livre comunicação dos atos processuais importante garantia política na atuação do Poder Jurisdicional, "sendo inseparável da ideia de democracia, expressando acima de tudo uma exigência de transparência nos assuntos públicos, sem a qual não seriam possíveis ou legítimos os controles populares sobre o exercício do poder".<sup>1</sup>

Como direito humano fundamental, ligado à ingente dignidade da pessoa humana, a liberdade expressa-se no direito à informação. Ninguém é livre se não detém o conhecimento circunstancial e amplo da realidade e dos valores para se posicionar perante o mundo. Esse direito à informação recebe nutrientes do Princípio constitucional da Publicidade dos Atos da Administração. Pode-se afirmar que todos os princípios constitucionais ligados à atividade da Administração Pública (Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário) estão unidos ou involucrados e ganham sentido e realização no Princípio da Publicidade. De nada vale atender a Administração à legalidade dos seus atos, de nada importa serem eles observadores do Princípio da Moralidade e da Impessoalidade, muito pouco significa o atendimento à eficiência

na atuação da Administração se sua ação não puder ser conhecida e seus atos checados e eventualmente documentados (direito de certidão, p. ex.) pelos diretamente interessados, mas também pelo homem comum, pelas instâncias sociais de controle da atividade estatal, pelas partes processuais ou por terceiros, como, por exemplo, a imprensa.

Como lapidarmente expressa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los não de ser exibidos em público. O povo precisa conhecê-los, pois este é o direito mínimo que assiste a quem é a verdadeira fonte de todos os poderes, consoante dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Constituição do país. O Princípio da Publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida".<sup>2</sup>

Por desatender, por exemplo, o governo norte-americano à ingente necessidade de publicidade dos atos da Administração é que a nação estadunidense passou por graves dissabores e riscos de esgarçamento institucional. LAURENCE TRIBE lembra casos de omissão de informação e publicidade ou informação distorcida ou errada dos atos do governo dos Estados Unidos da América do Norte em sucessos como *Watergate* e *Iran-Contra* e os danos dessa omissão resultantes: "*The resulting need is to impose pressure on government*

*to speak - and truthfully through judicially recognizing and enforcing rights of access to certain governmental institutions and proceedings, legislatively enacting suitably designed freedom of information statutes, and undertaking both legislative and executive declassification of documents needlessly deemed secret*".<sup>3</sup>

O direito à informação - do qual a publicidade é condição - constitui, assim, prerrogativa fundamental do cidadão, a compor o arco dos direitos da pessoa humana enquanto ente social. Porque vive em sociedade, o homem detém o direito e a liberdade de conhecer todos os atos e todos os fatos que interfiram em sua esfera de direitos e interesses. Trata-se do sentido positivo da dignidade da pessoa humana. Isto é, enquanto o sentido negativo diz respeito à não interferência estatal na esfera da individualidade de modo a frustrar o livre desenvolvimento da personalidade humana, o sentido positivo diz respeito à promoção pelo Estado de todas as condições para o adequado e completo e livre desenvolvimento do homem na busca de sua felicidade.<sup>4</sup> E uma dessas condições essenciais é a liberdade de informação.

Ao tratar do direito fundamental à informação, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina, como apoio em FERNAND TERROU, que a palavra informação "designa o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público), sob formas apropriadas, notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões".<sup>5</sup> Refinando mais

(1) ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48; (2) *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 13. ed., p. 46; (3) *American Constitutional Law*. Minnesota: The Foundation Press, 1988, p. 814; (4) Trata-se aqui dos denominados direitos humanos de segunda e terceira geração, com reconhecimento dos direitos humanos econômicos e sociais e também com os direitos ligados à solidariedade social; (5) *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 217.

o conceito, agora se louvando em ALBINO GRECO, ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA que “por informação se entende o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado”,<sup>6</sup> concluindo que a liberdade de acesso de todos é “direito individual consignado na Constituição, que resguarda também o sigilo da fonte”.<sup>7</sup>

Uma vez mais retocando o conceito, buscando agora apoio de HELY LOPES MEIRELLES, afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA que o Princípio da Publicidade “abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos como também da propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento de licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais”.<sup>8</sup>

Não é por outra razão que CARLOS ARI SUNDFELD afirma: “Como o Estado jamais maneja interesses, poderes ou direitos íntimos, tem o dever da mais absoluta transparência. Todo

o poder emana do povo (CF, art. 1º, § 1º). É óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem o direito de conhecer tudo o que concerne ao Estado, de controlar passo a passo o exercício do poder. À margem disso, qualquer pessoa atingida pelo Poder Público - isto é, que de qualquer modo seja destinatária, prejudicada ou atendida por ato estatal - tem o direito individual de conhecer esse ato, suas razões, sua base fática e jurídica. Em consequência, seja em nome da limpidez da atividade estatal, seja para garantia dos direitos individuais, o Estado tem o dever da publicidade”.<sup>9</sup> E conclui: “importa, então, deixar estabelecido que a ampla publicidade no aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos”.<sup>10</sup>

Com efeito, a Constituição consagra como princípio inafastável a publicidade. Excepcionou, porém, a publicidade vedando o direito à informação e à certidão apenas na específica hipótese de ser “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado [ex.: sigilo com relação aos planos militares, em tempo de guerra]. Excepcionou ainda a publicidade quando ela violar a intimidade de algum particular [ex.: sigilo, em relação a terceiros, dos dados clínicos de paciente internado em hospital público]”<sup>11</sup>, não se podendo opor, claro, o sigilo aos participantes ligados subjetivamente ou objetivamente ao segredo.

Essa exceção constitucional, como sói acontecer, há de ser interpretada de

modo absolutamente restritivo dentro do que a doutrina chama de “limites dos limites”,<sup>12</sup> ou ainda de “caráter restrictivo das restrições de direitos, liberdades e garantias”.<sup>13</sup>

Primeiramente deve-se considerar que a exceção a direitos fundamentais deve vir de maneira explícita no texto constitucional. Ensina CANOTILHO dever-se seguir uma adequada metódica interpretativa, que há de atender às seguintes indagações: 1 - trata-se de uma efetiva restrição do âmbito de proteção da norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?; 2 - existe uma autorização constitucional para essa restrição?; 3 - corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?; 4 - a lei restritiva observou expressamente os requisitos expressamente estabelecidos pela Constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial)?<sup>14</sup>

Há de ser posta atenção na proporcionalidade, expressa no Princípio da Proibição de Excesso, que pode ser sintetizado como a condição de que qualquer restrição a direitos, liberdades e garantias deve ser “adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”.<sup>15</sup>

Como sustenta JORGE MIRANDA, ao analisar as restrições a direitos fundamentais: “importa, contudo, considerar, com extremo cuidado, estas restrições para evitar que, a seu pretexto ou a pretexto de visões demasiado subjectivistas ou ideológicas com elas conexas, se vulnere a

(6) Op. loc. cit.; (7) Op. cit., p. 238; (8) Op. cit., p. 565; (9) *Fundamentos do Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editora, 1998, p. 164; (10) Op. cit., p. 165; (11) Op. cit., loc. cit.; (12) CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 6. ed., p. 449. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48; (13) JORGE MIRANDA, op. cit., p. 328; (14) CANOTILHO, op. cit., p. 454; (15) CANOTILHO, op. cit., p. 455.

ordem constitucional dos direitos, liberdades e garantias. As restrições - sejam explícitas, ou, por maioria de razão, implícitas - apenas podem ser recortadas a partir de uma correta interpretação objetiva e sistemática da Constituição; pressupõem reserva de Constituição; é dentro da Constituição, e não fora dela, que têm de se definir e legitimar".<sup>16</sup>

Colhidos esses ensinamentos e pondo-os em sinergia na busca de uma síntese a respeito da disciplina das exceções constitucionais a direitos, liberdades e garantias fundamentais, releva concluir que a exceção constitucional a um direito fundamental não pode negar-lhe a essência, há de ser expreso no texto constitucional e deve observar o Princípio da Proporcionalidade.<sup>17</sup>

Todo exercício de um poder estatal, portanto, deverá mostrar-se àqueles sujeitos ao poder e aos demais membros da comunhão social e política. Toda atuação e toda decisão do Judiciário, tanto quanto toda decisão de caráter administrativo, porque devem ser fundamentados, hão de ser tomados publicamente para conhecimento dos interessados em particular e dos cidadãos em geral, até porque o direito à informação é um direito de raiz constitucional, como exaustivamente até agora visto e repetido.

O que é feito à luz, com e para o conhecimento de todos, é necessariamente produzido debaixo de um vetor ético, com escrupulosa aderência à lei e a princípios jurídicos. Segredo, surdina, encontro às escondidas e à sombra, às portas fechadas, sempre marcam a conduta desviada,

a não retidão, a fuga à moralidade e à ética, o transbordar da maldade e da má-fé, a não vinculação da conduta ao direito, mas o brotar das idiosincrasias e dos preconceitos.

Na linha lógica e política do até agora exposto, será negar a publicidade, e publicidade ampla, exigir para qualquer do povo, e em especial para as partes envolvidas, para seu perfeito exercício e expressão, a condição prévia da comunicação ao Juiz para a documentação de ato processual público. Sem essa autorização, à luz do entendimento do Tribunal de Ética, já não poderá ser satisfeito o direito, a garantia constitucional que não é das partes processuais, mas garantia da própria jurisdição, de documentar e dar publicidade a atos do processo.

### III - O Princípio da Publicidade dos Atos do Processo

A Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional nº 45, acolheu de modo absoluto o Princípio da Publicidade dos Atos da Administração e, particularmente, do Poder Judiciário, sejam de natureza propriamente jurisdicional, sejam de natureza administrativa, sem qualquer distinção.

Dispôs o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal serem "todos os juízos dos órgãos do Poder Judiciário públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus Advogados, ou somente a estes", em casos nos quais a preservação do direito à inti-

midade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O inciso X é ainda mais incisivo e abrangente, com vinculação explícita ao Princípio da Publicidade e da Moralidade dos Atos da Administração, ao dispor que "as decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

O interesse em dar conhecimento ao público dos atos e termos processuais, do conteúdo argumentativo e lógico dos julgamentos é manifesto e exemplar na ampla publicidade oferecida pelo Supremo Tribunal Federal de seus julgamentos.<sup>18</sup> São transmitidos pela televisão de maneira ampla, pondo-se o Judiciário sob o crivo do escrutínio público. O poder não deve temer o cidadão.

Bem está que os dispositivos legais que preveem a possibilidade de gravação dos atos processuais não se circunscrevem ao sistema jurídico-processual. São encarecidos e iluminados desde o vértice constitucional. São conferidos pelos princípios constitucionais relativos à atuação da Administração Pública, ao direito de informação, aos princípios referentes à dignidade da pessoa humana. Sob esse ângulo, não se pode falar em contraposição entre legalidade e moralidade, entre a atuação legal do Advogado que empreende a gravação em audiência, porque há um permissivo legal, e a legitimidade e eticidade de sua atuação, em vista dos deveres de lealdade e urbanidade e boa-fé. Trata-se, a meu juízo, de visão simplista.

[16] Op. cit., p. 333; [17] Conferir também em JORGE MIRANDA, op. cit., p. 337 e ss; [18] O Supremo Tribunal Federal foi o pioneiro. O exemplo brasileiro de transmissão ao vivo de julgamentos pela Suprema Corte foi copiado pelo México e mais recentemente pela Corte Suprema Britânica, como se colhe no site do Supremo Tribunal Federal, em matéria de 30 de junho de 2011 (<http://www.stf.jus.br/portal/cns/verNoticiaDetalhe.asp?idContudo=183313>).

Não pode colidir em nenhum plano o direito/dever à publicidade dos atos processuais com a eticidade da conduta do Advogado que promove a gravação dos atos processuais, de maneira mais ou menos manifesta, com autorização plena e consciente do Juízo ou simplesmente debaixo da indubitável autorização legal e do consentimento de nossa estrutura jurídica e com o conforto de princípios constitucionais.

O que não pode - e isso fez o Tribunal de Ética - é criar uma norma jurídica onde ela não existe e assim violar o Princípio da Legalidade com a ótica reversa de que tudo que não é permitido é proibido, ao menos no plano jurídico e no plano ético.

Parece indisputável que tudo que faz transcender, transportar da sala de audiência, das entranhas do Poder Judiciário o que nele se desenvolve de bom ou de mau, de positivo ou de negativo, de acertos ou de erros, é legal, é jurídico, é justo, é ético.

#### IV - Entre a Legalidade e a Eticidade

A experiência jurídica, como lembra REALE, é sempre uma aguda experiência ética, ou seja, uma experiência do bem e da conduta humana segundo a ideia do bem. Sendo a ética uma experiência que atualiza valores e sendo o Direito o repositório dos valores essenciais e fundamentais ao convívio de determinado agrupamento humano, toda manifestação jurídica será, *ipso juris* e *ipso facto*, uma experiência ética. Não existem dois mundos intransfusos e distintos, um do jurídico e outro do ético. Interpenetram-se a ponto de se não distinguirem.

Daí por que a cada instante não necessita o titular do direito subjetivo de comunicar ou indagar, aos devedores de acato a esse mesmo direito, aos prestamistas desse direito, o exercício do mesmo. Sintetiza REALE afirmando que "o Direito, como experiência humana, situa-se no plano da Ética, referindo-se a toda a problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório".<sup>19</sup>

A norma moral e a norma jurídica apresentam o mesmo arranque ético. Partem do mesmo ponto. Encontram-se debaixo da mesma constelação axiológica. Diferenciação se dará no plano da coercibilidade, de sua heteronomia, na criação diferenciada de posições subjetivas de seus titulares e das pretensões que dessas posições nascem e a possibilidade de impositivamente se exigir o respeito ao Direito. Não são, portanto, produzidas por matéria-prima distinta. Pode-se, portanto, falar que o legal é moral e o moral é legal, no exato sentido de que, se houve a consagração jurídica de determinado valor, pelo consenso social de uma democracia representativa, essa norma encontra-se embebida eticamente.

Se - e aqui ingressa a questão do direito natural tão caro a WELZEL, SCHMIDT e RADBRUCH no escrito Direito injusto direito nulo<sup>20</sup> - a norma jurídica viola abertamente valores fundamentais do homem e da convivência humana, o material deixa de ter propriedade jurídica por uma espécie de falência múltipla ética, porquanto não se pode destacar, como adverte REALE, o fenômeno jurídico da trilogia fato-valor-norma. O Direito não vale. Sofre de defeito congênito.

#### V - Os Fundamentos do Parecer

O notável Parecer do colega Luiz Francisco Torquato Avolio apresenta como argumento o fato de não ser a gravação meio ou modo de prova dos fatos alegados pelas partes. Observo que, com relação a estes (aos fatos e sua prova), detêm os Ministros do Direito (Advogados, Magistrados, membros do Ministério Público) o dever mais absoluto de lealdade e transparência. Não podem os Advogados desvirtuar os fatos, iludir as provas e falsear a realidade. Aliás, tal dever de lealdade e transparência, segundo penso, compete primariamente ao Judiciário no que toca à sua atuação na Administração da Justiça, no trato com os fatos trazidos a Juízo e às provas que os reproduzem.

A argumentação do I. Professor Relator parte do pressuposto, correto, de estar a disciplina da prova revestida e definida pelo Princípio da Eticidade dos meios de sua produção e introdução no processo. É verdade. Não se pode negar o argumento. A jurisdição há de desenvolver-se orientada por um vetor ético a definir-lhe o caráter de uma jurisdição justa.

Ora, seguindo neste aspecto, o enfrentamento da questão está fora de foco. A gravação da audiência não se relaciona - ao menos necessariamente - com os fatos históricos trazidos e reproduzidos no processo e sua documentação por intermédio da prova a ele já congregada ou a trazer na audiência.

Não se desenvolve a gravação em audiência para a constituição da prova dos fatos alegados pelas partes e que dão sustentação às pretensões apresentadas e à refutação a elas opostas pelo réu. Não terá a grava-

[19] *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 37;

[20] *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971, passim.

ção a finalidade de constituir essa prova. Aliás, não serve ela de meio de prova. Daí por que eventual gravação de transigência da parte do direito posto e oposto em Juízo em nada contende com o direito material sustentado pelas partes.

Observe-se que o fenômeno da transação em Juízo, do acordo judicial, a abertura de mão de parte do direito material para fins de composição, é do dia a dia forense e nem por isso o Juiz, quando não exitosa a proposta de acordo, desconhece o direito material das partes e as provas trazidas ao seu livre e fundamentado convencimento. A gravação, portanto, não faz prova do direito material.

A gravação poderá, isto sim, servir de prova de qualquer irregularidade processual grave. E, com relação a essa utilidade da gravação, não vejo como restringir a atuação das partes, de seus Advogados e/ou do público em geral no desempenho e aprumo da atividade jurisdicional, que inclusive poderão socorrer-se dos órgãos corretores.

Deve-se, ainda, referir a distinção entre legalidade e eticidade, averiguando no que se conciliam, no que se tocam, o que contém uma da outra e no que se afastam.

Essa questão já foi de algum modo abordada acima, ao ser colhida a lição do Professor MIGUEL REALE e sua concepção tridimensional da experiência jurídica.

Afirmava JELLINEK constituir-se o Direito no mínimo ético, no sentido de consagrar os valores morais mínimos sem os quais a vida social

não seria possível de conformar-se e desenvolver-se.<sup>21</sup> A indagação fundamental no terreno do Direito e da moral é sobre o conteúdo ético de uma norma jurídica e se há identificação de uma carga ética superior e transcendente a essa já ínsita na norma jurídica, capaz de vincular os sujeitos à determinada disciplina jurídica. Em outras palavras, a indagação fundamental é se o Advogado, para além do estabelecido na legislação, deteria ônus e deveres para com a administração da Justiça superiores e de maior abrangência do que os deveres havidos na legislação processual e em seu Estatuto.<sup>22</sup>

#### VI - Conclusão Provisória

##### A Gravação como Exercício de uma Prerrogativa e como Dever do Advogado. Nenhum Impedimento Legal ou Ético

Penso que a resposta somente pode ser no sentido de que o Advogado não detém nenhum dever ético para com a administração da Justiça que suplante seu dever ético para com a defesa intransigente dos direitos fundamentais de seu cliente e com a ordem jurídica.

Parece líquido que o Advogado que grava a audiência, com ou sem ciência ou autorização judicial (o que, a meu juízo, é absolutamente irrelevante), está orientado no mais legítimo interesse e guarnecido da mais sólida reserva jurídica para ação em defesa dos direitos essenciais da pessoa humana. Desde o prisma constitucional a respeito do

direito à informação e à publicidade dos atos processuais, como mostrado atrás, passando pelas práticas especialmente dos Tribunais Superiores, caminhando pela tendência das normas processuais em seu irresistível movimento de acolhimento dos meios técnicos de comunicação e divulgação dos atos do processo, tendo tudo isso como pano de fundo, fica bem posto que a gravação que se faça de audiência judicial por qualquer homem do povo ou, principalmente, pelas partes processuais e seus representantes não pode constituir uma ilegalidade ou aflição a preceitos éticos da profissão.

Ainda que houvesse tal colidência ou fricção, prevaleceria como valor maior o direito de defesa. O direito de fixar os atos processuais e seu correto desenvolvimento por intermédio de gravação para confrontar o descerto de uma ata de audiência, a infidelidade de uma transcrição de estenotipia, a omissão judicial no gravar no termo o protesto ou o requerimento do Advogado evidentemente tem prevalência. Na colidência entre dois valores, certamente despontará e preponderará aquele de maior hierarquia, não havendo qualquer fiapo de dúvida de que o valor de maior expressão é aquele ligado aos direitos fundamentais do cidadão.

Aliás, é dever ético do Advogado agir intransigentemente pela regularidade da forma dos atos processuais e pelo direito do cliente vertido em Juízo, nesse sentido cumprindo o papel de forte e consistente tripé da jurisdição, pondo-se como elemento essencial à

(21) REALE, entretanto, entende haver normas jurídicas sem conteúdo ético, mas sendo mera construção normativa orientada pela utilidade de sua disciplina. Op. cit., passim;

(22) No entanto, PAULO LOBO entende que o atual Código de Ética, mais do que regras meramente deontológicas, envolve verdadeiramente regras jurídicas, dotadas de positividade e coercitividade (cf. PAULO LOBO, *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2007, p. 192 e ss.).

correta e justa administração da Justiça estatal. No que diz com o cliente, valem as palavras de Ivan Ramos, trazidas por Glenda Rose Gonçalves-Chaves,<sup>23</sup> segundo as quais “o sentimento de amparo e a expectativa do cliente quanto ao regular desenvolvimento da demanda, portanto a confiança inspirada pelo Advogado, devem ser claramente relacionados quanto aos meios e ao empenho que respectivamente ele empregará e dedicará na defesa do cliente, portanto, não propriamente quanto aos resultados de seu trabalho, pois ao cliente deve ficar sempre claro e expresso que a advocacia é uma atividade de meios e não de resultado” (*Do dever de urbanidade no Código de Ética e Disciplina da OAB*, p. 151, in SÉRGIO FERRAZ; ALBERTO DE PAULA MACHADO (Coord.). *Ética na advocacia: estudos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 123-160).

“Portanto - adita Glenda Rose Gonçalves-Chaves - o dever de urbanidade atém-se ao atuar do Advogado em face do cliente, compreendendo o zelo, a transparência, o cuidado, o preparado do profissional, que perpassa desde o momento inicial da consulta até o final da demanda ou da conciliação”.

Aliás, precisamente isso é o que grava nosso Código de Ética quando estabelece como dever do Advogado, em especial quando trabalha na condição de Defensor nomeado, conveniado ou dativo, “comportar-se com zelo, empenhando-se para que o cliente se sinta amparado e tenha a expectativa de regular desenvolvimento da demanda” (art. 46 do Código de Ética).

No que se refere ao tratamento dos colegas e autoridades e funcio-

nários do Juízo, deve o Advogado tratá-los com respeito e discrição, mas mantendo sua independência (art. 44 do Código de Ética), evidentemente independência à luz da lei. De outro lado, de nenhum modo como o registro de atos processuais, por qualquer forma, se fere o dever de urbanidade do Advogado para com os atores processuais, expresso na lhanza de sua conduta, na gentileza, afabilidade e elegância no exercício do múnus profissional. Não me parece ser o Advogado indelicado, deselegante ou desleal quando registra os atos da audiência, por escrito ou por áudio, com ou sem ciência do Juízo.

Por fim, entre os direitos e prerrogativas da profissão do Advogado - que tocam mesmo os deveres com que desempenhará seu múnus -, é basilar, a constituir mesmo a pedra de esquina, o direito à liberdade da profissão. Essa liberdade há de medir-se, por evidente, dentro da lei. Tudo que não está proibido expressamente ao exercício profissional nem se põe em colidência com qualquer princípio penal, processual ou constitucional superior é permitido ao Advogado. Liberdade do exercício pleno da profissão é liberdade de registro e documentação dos atos processuais, por intermédio de obtenção de xerocópia ou certidão, por meio de registro escrito ou de documentação magnética do ato processual. Aliás, este último, como se viu, se põe na linha mesma das modificações na lei processual em geral e penal em particular.

Demais, o Advogado há de comportar-se na expectativa jurídica e na boa-fé de que o Magistrado irá respeitar a lei e observar os princípios

todos norteadores de sua atuação dentro do processo. Não faz o mínimo sentido ético ou jurídico partir da pressuposição de que o Magistrado pode descumprir a lei (proibindo a gravação do ato processual), por isso comunicando-lhe previamente e buscando sua autorização para a gravação do ato processual. Tudo assim para, desatendida a legislação e os princípios constitucionais (com a negativa do registro), passar o profissional para o protesto em audiência e eventual ingresso com mandado de segurança ou qualquer outra medida processual arguindo a nulidade do ato em virtude da não autorização judicial.

Ora, o Advogado exercerá seu múnus com plena liberdade e dentro das coordenadas legais e na ambiência generosa dos princípios processuais e constitucionais que garantem o cidadão em face do Estado. No rol de direitos apresentado pelo art. 7º de nosso Estatuto Profissional, o que se depreende é o exercício autônomo e afirmativo de sua liberdade profissional - debaixo e sob o conforto da lei -, sem qualquer dependência ou sentido de subserviência e acato à manifestação daqueles vinculados subjetivamente aos direitos do Advogado.

Em outras palavras, sem qualquer condição a ser imposta pelo sujeito do dever subjetivo de obediência e respeito, deve-se atender aos direitos profissionais dos Advogados. Assim o ingresso nas salas de sessões dos Tribunais, nas salas de audiências e demais recintos, em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes

[23] *A advocacia e o dever de urbanidade. Aspectos teóricos e jurisprudenciais*, <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1964/a-advocacia-e-o-dever-de-urbanidade/1>, acesso 5/7/2011.

especiais. Este último condicionamento é interessante porque de um lado afirma não haver qualquer tipo de exigência para exercício do direito subjetivo do Advogado e também, de outro lado, quando tal condicionamento existe, ele é previsto expressamente pela lei. O direito de dirigir-se diretamente aos Magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada; o direito de usar da palavra, pela ordem, em qualquer Juízo ou Tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas; o direito de reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer Juízo, Tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento; o direito de examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos, ou de examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, são todos direitos assegurados pela lei e cuja realização ou atualização independe de qualquer autorização judicial.

Evidentemente que não pode ele ter tolhida sua liberdade profissio-

nal e maltratado seu direito/dever de bem defender seu constituinte pelo condicionamento de ser o ato processual gravado apenas depois de cientificado o Magistrado e com sua autorização prévia. E tal temática não se relaciona com o dever do Magistrado de presidir e velar pela regularidade das audiências nem pelo dever de urbanidade insculpido nos arts. 45 e ss. de nosso Código de Ética.

Primeiramente, a presidência dos trabalhos havidos no foro e a regularidade dos atos do processo, ambas incumbências do Magistrado, indissolúvelmente se relacionam com a observância da lei e dos princípios processuais e constitucionais aplicados ao processo e vertidos e materializados no procedimento. O Juiz deverá velar pela regularidade e legalidade dos atos processuais e, nesse sentido, deve ser comunicado apenas se houver algum impedimento ao exercício de qualquer desses direitos, entre os quais se inclui necessariamente o direito de registro por qualquer meio do próprio ato, dentro do âmbito do dever de publicidade e divulgação do que se passa nas entranhas do Poder Judiciário. A consulta ao Magistrado, nessa ordem de ideias, deve ser na hipótese de estar a se impedir o exercício legítimo de um direito, e não - como quer fazer crer o Parecer da Turma Deontológica - no caso de se exercer espontânea e legitimamente o próprio direito. Trata-se de uma inversão de ótica.

## VII - Conclusão

### Em Forma Articulada

Por essas razões, em síntese, a meu juízo:

1 - Não constitui ilegalidade a

gravação de ato processual em qualquer grau de jurisdição;

2 - Não constitui violação ética do Advogado a realização de gravação sem comunicação ou autorização judicial, sendo, no entanto, de elegância o Advogado comunicar à parte adversa e ao Magistrado que está a registrar o ato processual, sendo esta providência meramente, e se tanto, de etiqueta, e não mandatória. A gravação de audiência sem ciência do Magistrado não contende nem com o universo da lei, nem com o universo da ética;

3 - O Advogado exerce direito profissional ao realizar a gravação judicial de ato processual, isto independente de cientificação e autorização do Magistrado;

4 - A gravação de ato processual independe da natureza do ato processual que se desenvolve: se em segredo ou não de justiça. No caso de sigilo e segredo (aqui sinônimos), o Advogado que gravou o ato processual ou a audiência, tanto quanto o deve com os documentos em cópia dos autos processuais, há de observar o maior cuidado e é responsável por sua manutenção em sigilo (art. 26 do Código de Ética).<sup>24</sup> Trata-se de sigilo compartilhado. As partes podem documentar os atos e termos processuais, mas não os podem dar a conhecer a terceiros, respondendo pela violação de segredo no plano civil e penal;

5 - É lícito ao Advogado utilizar gravação de atos processuais - com ou sem ciência e/ou autorização judicial - para instruir recursos cujo objeto seja a irregularidade do próprio ato do processo e seu desenvolvimento.

Esse o meu Parecer, salvo melhor juízo.

**David Teixeira de Azevedo**

[24] Como afirma Santo Agostinho: "O que sei por confissão, sei menos do que aquilo que nunca soube".

**AASP**Associação dos Advogados  
de São Paulo

# AASP Cursos

Boletim AASP nº 2747

## Programação Cultural - 6 a 29 de setembro de 2011

### JORNADA DE ATUALIZAÇÃO EM DIREITO INDIVIDUAL E PROCESSUAL DO TRABALHO (PAINEL)

**COORDENAÇÃO**Dr. Candy Florêncio Thomé  
Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho  
Dr. Rodrigo Garcia Schwarz**PROGRAMA**Temas atuais: Direito Individual do Trabalho.  
O assédio moral nas relações de emprego.  
Dr. Candy Florêncio ThoméEstabilidade.  
Dr. André CremonesiTerceirização.  
Dr. Ronaldo Lima dos Santos  
Mediação:  
Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho  
Dr. Rodrigo Garcia SchwarzTemas atuais: Direito Processual do Trabalho.  
Competência da Justiça do Trabalho.  
Juiz Marcos Neves FavaAudiência trabalhista.  
Dr. Otávio Pinto e SilvaPenhora de salários, benefícios previdenciários e cadernetas de poupança na execução trabalhista.  
Dr. Davi Furtado Meirelles  
Mediação:  
Dr. Candy Florêncio Thomé  
Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho**6 set**

terça-feira, às 18h45

Modalidades: presencial e Internet.

R\$ 30,00 R\$ 40,00 R\$ 50,00  
associados estudantes de graduação não associados

### AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO E COBRANÇA DE ALUGUÉIS (PAINEL)

**EXPOSIÇÃO**

Dr. Rogerio Licastro Torres de Mello

**10 set**

sábado, às 9 h

Modalidades: presencial e Internet.

R\$ 25,00 R\$ 30,00 R\$ 40,00  
associados estudantes de graduação não associados

### O PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL

**COORDENAÇÃO**

Dr. Marcelo Vieira von Adamek

**INTRODUÇÃO**

Por que precisamos de um novo Código Comercial e por qual razão não seria possível reformar o Código Civil? Os problemas atuais residem apenas na Lei ou, sobretudo, no seu descumprimento pelas autoridades públicas? Uma nova codificação ou a consolidação das leis esparsas?

**PROGRAMA****12 set** Dr. Modesto CarvalhosaDr. José Alexandre Tavares Guerreiro  
Dr. Eduardo Secchi Munhoz (debatedor)**13 set** Dra. Paula Andrea Forgioni  
Dr. Paulo Cezar Aragão  
Dr. Marcelo Vieira von Adamek (debatedor)**14 set** Dr. Calixto Salomão Filho  
Dr. Fábio Ulhoa Coelho  
Dr. Rodrigo R. Monteiro de Castro (debatedor)  
segunda a quarta-feira, às 19 h  
Modalidades: presencial e Internet.R\$ 80,00 R\$ 90,00 R\$ 120,00  
associados estudantes de graduação não associados

### RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: QUESTÕES ATAUIS E CONTROVERTIDAS

**COORDENAÇÃO**Dr. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior  
Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho**PROGRAMA****13 set** Responsabilidade civil na terceirização.  
Dra. Yone FreddianiResponsabilidade da administração na terceirização de serviços.  
Dr. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior**14 set** Responsabilidade civil e defesa de direitos e interesses transindividuais.  
Procurador Luís Fabiano de AssisResponsabilidade civil do empregador por desvio funcional e acúmulo de funções.  
Dr. Cléber Alves Bastazini**15 set** Responsabilidade civil pela perda de uma chance.  
Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas FilhoResponsabilidade civil pelo exercício abusivo do direito de greve.  
Dr. Edson Gramuglia

terça a quinta-feira, às 19 h

Modalidades: presencial e telepresencial.\*

\*Transmissão via satélite para as cidades:

Bagé, Barueri, Cachoeira do Sul, Canoas, Erechim, Espumoso, Farroupilha, Franca, Guaratinguetá, Itaquí, Lajeado, Montenegro, Palmeira das Missões, Porto Alegre, Rio Grande, Rio Pardo, Rosário do Sul, Santa Cruz do Sul, Santa Maria, Santo Ângelo, São Gabriel, Sarandi, Sertãozinho, Sobradinho, Sorocaba, Tapejara, Tramandaí, Uruguaiana e Venâncio Aires.

R\$ 70,00 R\$ 80,00 R\$ 105,00  
associados estudantes de graduação não associados

### TEMAS POLÊMICOS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL (PAINEL)

**PROMOÇÃO**Associação dos Advogados de São Paulo - AASP  
Ordem dos Advogados do Brasil - ESA do Rio Grande do Sul**EXPOSIÇÃO**Dr. Arodi de Lima Gomes  
Dr. Eduardo Lemos Barbosa**PROGRAMA**- Responsabilidade civil: Enunciado nº 331 do TST.  
- Responsabilidade civil por acidente aéreo.**16 set**

sexta-feira, às 14 h

Modalidades: presencial e telepresencial.\*

\*Transmissão via satélite para a cidade: Porto Alegre.

R\$ 25,00 R\$ 30,00 R\$ 40,00  
associados estudantes de graduação não associados

### RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: ATUALIDADES (PAINEL)

**EXPOSIÇÃO**

Dr. Rogerio Licastro Torres de Mello

**17 set**

sábado, às 9 h

Modalidades: presencial e Internet.

R\$ 25,00 R\$ 30,00 R\$ 40,00  
associados estudantes de graduação não associados

### QUESTÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

**COORDENAÇÃO**

Dr. Rogerio Licastro Torres de Mello

**PROGRAMA****26 set** Divórcio consensual e litigioso: breves apontamentos.  
Dr. Rui Guimarães Piceli**27 set** Alimentos: ação e execução.  
Dr. Rogerio Licastro Torres de Mello**28 set** Guarda, regime de visitas e alienação parental.  
Dr. Rogerio Licastro Torres de Mello  
Dr. Rui Guimarães Piceli

segunda a quarta-feira, às 9 h

Modalidades: presencial e telepresencial.

R\$ 60,00 R\$ 70,00 R\$ 90,00  
associados estudantes de graduação não associados

### EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA: PRIMEIRAS REFLEXÕES

**COORDENAÇÃO**

Dr. Marcelo Vieira von Adamek

**PROGRAMA****28 set** A disciplina legal.  
Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França  
Dr. Fábio Ulhoa Coelho  
Dr. Marcelo Vieira von Adamek (debatedor)**29 set** Os principais pontos controvertidos.  
Dr. Francisco Satiro de Souza Júnior  
Dr. José Alexandre Tavares Guerreiro  
Dr. Walfrido Jorge Warde Júnior (debatedor)

quarta e quinta-feira, às 19 h

Modalidades: presencial e telepresencial.

R\$ 50,00 R\$ 60,00 R\$ 80,00  
associados estudantes de graduação não associadosPrograma completo dos cursos e inscrições no site: [www.aasp.org.br](http://www.aasp.org.br)tel (11) 3291 9200 • fax (11) 3291 9272 • e-mail: [cursoft@asp.org.br](mailto:cursoft@asp.org.br) • horário de atendimento: das 8 às 20 h