

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Repositório de jurisprudência autorizado pelos Registros ns. 8/85
do Supremo Tribunal Federal e 18/91 do Superior Tribunal de Justiça.

ANO XXIX — 2º trimestre 2003 — N. 102
Florianópolis — SC
2004

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral
do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,
a cargo da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações,
com circulação nacional.

Os colaboradores da Revista Jurisprudência Catarinense,
conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica,
e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal
pelo raciocínio expandido em seus trabalhos.

Todos os trabalhos publicados nesta Revista são cópia fiel dos expedientes
recebidos na Diretoria de Documentação e Informações.

Diretor: Des. Jorge Mussi

Comissão de Jurisprudência:

Des. Anselmo Cerello — Presidente

Des. Antônio do Rêgo Monteiro Rocha – Coordenador

Des. Fernando Carioni

Des. Salim Schead dos Santos

(de acordo com a Portaria n. 107/2004)

Diretor de Documentação e Informações:

Almir Tadeu Peres

Expediente: Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti — 7º andar

Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208

Caixa Postal 427

CEP 88020-901 — Florianópolis — SC

Encomendas e pedidos:

Telefone/Fax (48) 221-1153

E-mail: divdoc@tj.sc.gov.br

Tiragem: 2.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 — Trimestral

repositório autorizado sob n. 8/85—STF e 18/91—STJ

periodicidade irregular de 1891 a 1972

1. Direito — Periódico. I. Tribunal de Justiça de Santa
Catarina.

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	13
SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	23
DOCTRINA CIVIL	
O negócio jurídico no novo Código Civil Brasileiro — José Carlos Moreira Alves, Ministro do STF	33
Ordem da vocação hereditária — Norberto Ungaretti, Desembargador aposentado do TJSC e professor da UFSC	55
Ensino do Direito: a caminhada para a educação jurídica — Adelcio Machado dos Santos, Advogado, Professor e Presidente do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina	71
JURISPRUDÊNCIA CIVIL	
TRIBUNAL PLENO	
Ação Direta de Inconstitucionalidade	91
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Apelações Cíveis.....	97
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Agravos de Instrumento	103
Apelações Cíveis.....	115
Conflito de Competência.....	137
<i>Habeas Corpus</i>	139

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Agravos de Instrumento	143
Apelações Cíveis.....	152
CÂMARA CIVIL ESPECIAL	
Agravos nos Agravos de Instrumento	179
Embargos de Declaração.....	193
DOCTRINA COMERCIAL	
Legitimidade <i>ad causam</i> a ação de dissolução parcial de sociedade limitada — Renato Lisboa Altemani, Bacharel em Direito pela UFSC, Assessor Especial na Vice-Presidência do TJSC e Ricardo Alexandre da Silva, Bacharel em Direito pela UFSC e Advogado em Curitiba/PR.....	199
JURISPRUDÊNCIA COMERCIAL	
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravos de Instrumento	221
Apelações Cíveis.....	224
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravos de Instrumento	239
Apelações Cíveis.....	251
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravo de Instrumento	285
Apelações Cíveis.....	292
DOCTRINA DE DIREITO PÚBLICO	
A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido — Reinaldo Pereira e Silva, Procurador do Estado de Santa Catarina, Professor da UFSC e UNISUL.	325
O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam: o caso da comunidade indígena nawa do Parque Nacional Serra do Divisor — Acre — David Wilson de Abreu Pardo, Juiz Federal no Estado do Acre e mestre em Direito pela UFSC	341
JURISPRUDÊNCIA DE DIREITO PÚBLICO	
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO	
Mandados de Segurança	357
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO	

Apelações Cíveis.....	371
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO	
Apelações Cíveis.....	403
Apelação Cível em Mandado de Segurança.....	435
Embargos de Declaração.....	439
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO	
Agravos de Instrumento.....	451
Apelações Cíveis.....	459
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança.....	479
DOCTRINA PENAL	
Direito Penal e Mídia — Edmundo José de Bastos Júnior, Professor da UFSC, da Escola Superior da Magistratura/SC e da Escola Superior da Magistratura Federal/SC.....	487
A Lei n. 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal — Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais.....	505
JURISPRUDÊNCIA PENAL	
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL	
Apelações Criminais.....	547
<i>Habeas Corpus</i>	556
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL	
Apelações Criminais.....	571
<i>Habeas Corpus</i>	599
Recurso Criminal.....	601
CÂMARA ESPECIAL	
Apelações Criminais.....	605
CÂMARA DE FÉRIAS CRIMINAL	
<i>Habeas Corpus</i>	617
PARECERES	
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA	627
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	653
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Agravos Regimentais.....	683
Recurso Extraordinário.....	689

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Instrumento	693
Recurso Especial	698
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança	701

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedidos de Suspensão de Liminar	707
Pedidos de Suspensão de Execução de Sentença	718

2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embargos de Declaração	727
Medidas Cautelares Incidentais	729
Recursos Especiais	740

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Sentenças	747
-----------------	-----

NOTICIÁRIO

Abertura do Ano Judiciário e Cerimônia de Posse dos novos dirigentes do TJSC	823
Mutirão de conciliação e cidadania	835
Prioridade na tramitação dos processos judiciais	836
Protocolo unificado	836
Protocolo Judicial Expresso	837

RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA 841**ÍNDICE NUMÉRICO** 851**ÍNDICE POR ASSUNTO** 859**ÍNDICE ONOMÁSTICO** 891

APRESENTAÇÃO

*C*lássicos, define o escritor italiano Ítalo Calvino, são livros que chegam a nós trazendo as marcas que deixaram na cultura. Perseguindo este ideal, chegamos ao número 102 de nossa revista de jurisprudência e já dando mostras de sua renovação, revelada pela ampliação da pesquisa científica, caracterizada pelo implemento de trabalhos doutrinários de renomados especialistas, cultores da ciência jurídica de todo o País, sem abandonar o ensejo para o concurso dos pesquisadores locais.

Também tivemos nossa preocupação voltada para o Ministério Público de segundo grau, colhendo significativos pareceres dos mais proeminentes representantes do Parquet. Bem como, a revista também colaciona pareceres dos Procuradores do Estado de Santa Catarina e do município de Florianópolis.

É claro que não se pode carrear para uma revista toda a produção literária e jurisprudencial de um tribunal; contudo, a amostragem composta de acórdãos selecionados e estudos doutrinários revela-se suficiente para refletir a imagem, a personalidade de nossa Corte de Justiça, sendo, portanto, imprescindível, pois, como nos ensina o saudoso mestre Helly Lopes Meirelles: “O direito é — para nós — instrumento de trabalho e não tertúlia acadêmica. É, simultaneamente, teoria, realidade e vivência [...] Não compreendemos o direito divorciado da lei e da orientação dos tribunais”.

Dir-se-á que em face do avanço da informática todo este trabalho estaria prejudicado ou até mesmo perderia sentido e razão de ser.

Contudo, tenhamos bem presente o que nos revela Bill Gates, uma das mais caracterizadas vozes a respeito desta matéria: “Os nossos filhos terão computadores [...] antes, porém, deverão ter livros,

pois sem livros não saberão escrever, nem mesmo sua própria história”.

Também tencionamos dar à nossa revista uma dimensão internacional por meio do encaminhamento de exemplares às bibliotecas de universidades e de tribunais dos países de língua latina.

Enfim, nosso propósito é a busca incessante para uma efetiva e significativa melhoria em todas as dimensões deste instrumento revelador do perfil de nosso Tribunal

Para tanto, nos anima o pensamento lapidariamente esculpido por São Francisco de Assis: “Se fizeres o necessário, farás o possível, e se fizeres o possível, farás, também, o impossível”.

*Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (junho de 2004)

TRIBUNAL PLENO

Sessões: 1ª e 3ª quartas-feiras do mês — Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h — Local: Auditório do Tribunal Pleno

Presidente

Des. JORGE MUSSI

Primeiro Vice-Presidente

Des. ANSELMO CERELLO

Segundo Vice-Presidente

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Terceiro Vice-Presidente

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPARG RUBIK

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'ÊÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. NICANOR Calírio DA SILVEIRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 10h — Local: 10º andar

Des. JORGE MUSSI — Presidente
Des. ALBERTO Luiz da COSTA — Corregedor-Geral da Justiça
Des. ANSELMO CERELLO — 1º Vice-Presidente
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. PEDRO MANOEL ABREU — 2º Vice-Presidente
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — 3º Vice-Presidente
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. FERNANDO CARIONI

SEÇÃO CIVIL

Sessões: última quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: Auditório do Tribunal Pleno

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. NICANOR Calírio DA SILVEIRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ
(substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
(substituindo o Des. José MAZONI FERREIRA)
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO
(substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)
Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
(substituindo o Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU
Des. NICANOR Calírio DA SILVEIRA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO
(substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES — Presidente
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
(substituindo o Des. José MAZONI FERREIRA)
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ
(substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)
Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
(substituindo o Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES — Presidente
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ
(substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: 2º andar

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN — Presidente
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
(substituindo o Des. José MAZONI FERREIRA)
Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
(substituindo o Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: sextas-feiras — Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h — Local: *Hall Superior*

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO — Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Dr. DIONÍZIO JENCZAK
(substituindo o Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES — Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO
(substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. José TRINDADE DOS SANTOS — Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — Presidente

Des. FERNANDO CARIONI

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: quintas-feiras — Horário: das 9h30min às 12h, com reinício às 14h —
Local: *Hall Superior*

Des. VOLNEI Ivo CARLIN — Presidente

Des. VANDERLEI ROMER

Des. NICANOR Calírio DA SILVEIRA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — Presidente

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Sessões: última quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA — Presidente

Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Dr. NEWTON JANKE
(substituindo o Des. José GASPAS RUBIK)
Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER
(substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras — Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h —
Local: 2º andar

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA — Presidente
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Dr. NEWTON JANKE
(substituindo o Des. José GASPAS RUBIK)
Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER
(substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras — Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h —
Local: *Hall Superior*

Des. SÉRGIO Torres PALADINO — Presidente
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 10h — Local: *Hall Superior*

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — Presidente
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA
(substituindo o Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA)
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL

COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA — PORTARIA N. 143/04-GP

Membros titulares:

Des. Anselmo Cerello — Presidente
Des. Pedro Manoel Abreu
Des. José Trindade dos Santos
Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

Des. Volnei Ivo Carlin
Des. José Antônio Torres Marques
Membros suplentes:
Des. Sérgio Torres Paladino
Des. Rui Francisco Barreiros Fortes
Des. Salim Schead dos Santos
Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:
Dr. Domingos Afonso Krieger Filho, titular
Dr. Mario César Bertoncini (suplente)

**COMISSÃO PERMANENTE DO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO
JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA — PORTARIA N.
110/04-GP**

Des. Anselmo Cerello — Presidente
Des. Wilson Augusto do Nascimento
Des. Rui Francisco Barreiros Fortes
Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi
Des. Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu
Desa. Salete Silva Sommariva
Juiz Victor José Sebem Ferreira

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE REGIMENTO INTERNO — PORTARIA N.
109/04-GP**

Des. Anselmo Cerello — Presidente
Des. Newton Trisotto
Des. Luiz César Medeiros
Des. José Volpato de Souza
Des. Vanderlei Romer
Juiz Newton Janke

COMISSÃO PROVISÓRIA DE JURISPRUDÊNCIA — PORTARIA N. 107/04-GP

Des. Anselmo Cerello — Presidente
Des. Antônio do Rêgo Monteiro Rocha
Des. Fernando Carioni
Des. Salim Schead dos Santos

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO E REMOÇÃO NA
ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO — PORTARIA N. 520/02-GP**

Des. Anselmo Cerello — Presidente
Des. Sérgio Torres Paladino (suplente)
Juízes Substitutos de Segundo Grau:
Dr. Nilton João de Macedo Machado (titular)
Dr. Jaime Ramos (titular)
Dr. José Carlos Cartens Köehler (suplente)

Dr. Jorge Henrique Schaefer Martins (suplente)

Representantes do Ministério Público:

Dr. André Carvalho (titular)

(a suplência não está preenchida)

Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:

Dr. Giovani Rodrigues Mariot (titular)

Dr. Darci Manoel Gonçalves (suplente)

Representantes do Colégio Notarial:

Dr. Sérgio Ivam Margarida (titular — afastado por impedimento)

Dr. Murilo Krobek (em exercício da titularidade)

Representantes do Colégio Registral:

Dra. Gleci Palma Robeiro Mello (titular)

Dr. Jordan Fabrício Martins (suplente)

COMISSÃO PROVISÓRIA DE GESTÃO DE INFORMATIZAÇÃO — CGINFO — PORTARIA N. 118/04-GP

Des. Newton Trisotto — Presidente

Juiz Dinart Francisco Machado

Juiz Luiz Henrique Martins Portelinha

Juiz Odson Cardoso Filho

Juiz Emanuel Schenkel do Amaral e Silva

Juiz Paulo Roberto Fróes Toniazzo

Juiz Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. JAIME RAMOS

Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Dr. NEWTON JANKE

Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA

Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Dr. DIONÍSIO JENCZAK

Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL

Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ

Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

Dra. SORAYA NUNES LINS BIANCHINI

Dr. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Dr. LUIZ HENRIQUE MARTINS PORTELINHA

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

CLÁUDIA NICOLAZZI MEDEIROS DA CUNHA DALPIZZO

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

SÉRGIO GALLIZA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

**SÚMULAS DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

SÚMULA 1

Alienação fiduciária em garantia. Se, vendida a coisa garantida fiduciariamente, há saldo devedor, pode o credor, por ele, executar o avalista do título emitido em garantia do pagamento da quantia mutuada.

Publicação: DJE n. 5.190, de 29-11-78, p. 1.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 1, da Capital; Lei n. 4.728/66, art. 66, §§ 4º e 5º, e Dec.-Lei n. 911/69, arts. 2º, 5º e 6º.

Florianópolis, 22 de novembro de 1978.

Eduardo Luz, Presidente; Osny Caetano, Relator. Geraldo Gama Salles, Nelson Konrad, Rid Silva, Reynaldo Alves, Nauro Collaço, Walberto Schmitz, Procurador do Estado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Cerqueira Cintra e foi voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Ayres Gama.

SÚMULA 2

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Ilegitimidade de causa. Inocorrência.

Comprovada indubitavelmente a compra e venda do veículo, ainda que não efetuada a transferência do certificado de registro na repartição competente, responde o novo proprietário pelos danos causados a terceiro.

Publicação: DJE n. 5.654, de 14-10-80, p. 3.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 3, de Biguaçu; RE n. 83.360/PR; Apelação Cível n. 10.370, de Chapecó; Apelação Cível n. 11.200, de Lages; Apelação Cível n. 13.186, de Tubarão; Apelação Cível n. 13.254, de São Lourenço do Oeste; Apelação Cível n. 14.874, de São José.

Florianópolis, 10 de setembro de 1980.

Geraldo Gama Salles, Presidente; Osny Caetano, Relator designado. Nelson Konrad, Reynaldo Alves, Wilson Antunes, Hélio Mosimann, Protásio Leal, Aluizio Blasi, João Martins.

SÚMULA 3

Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida por juiz de primeiro grau. Peças que devem ser obrigatoriamente trasladadas. Deficiência no traslado. Conversão do agravo em diligência.

Serão obrigatoriamente trasladadas as peças consideradas necessárias.

A simples falta de alguma das peças indispensáveis à formação do agravo não importa no não conhecimento do recurso, podendo o relator, por despacho, convertê-lo em diligência.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 4, de Campos Novos; Código de Processo Civil: arts. 523, parágrafo único, e 557; Agravo de Instrumento n. 715, de Ibirama; Agravo de Instrumento n. 768, de Itajaí; Agravo de Instrumento n. 850, de Joinville; Agravo de Instrumento n. 965, de Tijucas; Agravo de Instrumento n. 1.339, de Maravilha; Agravo de Instrumento n. 1.585, de Joinville.

Florianópolis, 12 de novembro de 1980.

Geraldo Gama Salles, Presidente; Hélio Mosimann, Relator designado. Osny Caetano, Napoleão Amarante, Ernani Ribeiro, Protásio Leal, Aluizio Blasi, Nelson Konrad, Reynaldo Alves, Wilson Antunes, Ary Flaviano de Macedo, Procurador.

SÚMULA 4 (Revogada)

Competência. Feito concluído. O juiz que iniciou a audiência e concluiu a instrução, com o encerramento dos debates, mesmo transferido por promoção ou remoção, será o competente para julgar a lide.

Publicação: DJE n. 5.690, de 4-12-1980, p. 3.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 5, da Capital; Conflito de Competência n. 69, de Sombrio; Conflito Negativo de Competência n. 108, de Trombudo Central; Conflito Negativo de Competência n. 115, de Blumenau; Conflito Negativo de Competência n. 123, de Santa Cecília; Agravo de Instrumento n. 963, de São Miguel do Oeste.

Florianópolis, 12 de novembro de 1980.

Geraldo Gama Salles, Presidente; Nelson Konrad, Relator designado. Reynaldo Alves, Osny Caetano, Wilson Antunes, Napoleão Amarante, Nauro Collaço, Ernani Ribeiro, João Martins.

INCIDENTE DE REVISÃO E CANCELAMENTO DE SÚMULA NOS AUTOS DO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA N. 159, DA COMARCA DA CAPITAL

Súmula. Revisão e cancelamento de seu enunciado. Art. 132 do CPC. Súmula 4. Decisões desta eg. Casa, identificando-se com a Súmula 4, reformadas pelo Excelso Pretório. Cancelamento do verbete sumular e desnecessidade de formulação de nova Súmula.

Florianópolis, 9 de setembro de 1981.

Geraldo Gama Salles, Presidente; Nauro Collaço, Relator. Ernani Ribeiro, Protásio Leal, Aluizio Blasi, Nelson Konrad, Reynaldo Alves, Osny Caetano, Hélio Mosimann.

SÚMULA 5

Renovada a alegação de prescrição no recurso de apelação, a matéria é devolvida ao Tribunal, ainda que a sentença não a tenha enfrentado.

Publicação: DJE n. 6.310, 17-6-83, p. 6.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 6, da Capital; art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC; art. 162 do Código Civil; STF, 1ª Turma, RE n. 88.038 –1/GO, j. 18-12-79, DJU de 25-2-80.

Florianópolis, 13 de abril de 1983.

Eduardo Luz, Presidente; Reynaldo Alves, Relator.

SÚMULA 6

A prescrição decorrente da relação de emprego de natureza estatutária abrange apenas as prestações anteriores não compreendidas no quinquênio previsto na lei, salvo se negado, pela administração, o direito que se insere na relação jurídica antes daquele prazo, hipótese em que a prescrição atinge o próprio direito postulado.

Publicação: DJE n. 6.310, 17-6-83, p. 6.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 6, da Capital; RE n. 92.879/SP, j. 19-8-80 (RTJ 100/1.276).

Florianópolis, 13 de abril de 1983.

Eduardo Luz, Presidente; Reynaldo Alves, Relator.

SÚMULA 7

A ação declaratória é meio processual hábil para se obter a declaração de nulidade do processo que tiver corrido à revelia do réu por ausência de citação ou por citação nulamente feita.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 10, de Blumenau; RE n. 97.589-6 (RT 588/244); Jurisprudência Catarinense vol. 36, p. 145; art. 741, I, do Código de Processo Civil; art. 567 do Código de Processo Civil; art. 485, IV, do Código de Processo Civil.

Florianópolis, 11 de agosto de 1986.

May Filho, Presidente; Norberto Ungaretti, Relator.

SÚMULA 8

A correção monetária incide sobre os créditos habilitados em concordata preventiva, nos termos da Lei n. 6.899, de 8-4-81.

Referência: Pedidos de Uniformização de Jurisprudências n. 14, de Xanxerê, e RTJ 120/860, 121/1.160 e 122/798; JC 57/58.

Florianópolis, 14 de junho de 1989.

Thereza Tang, Presidente; Nestor Silveira, Relator.

SÚMULA 9

É admissível, na ação de consignação em pagamento, a discussão sobre o *quantum* da dívida.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 18, de São Domingos.

Florianópolis, 14 de junho de 1989.

Thereza Tang, Presidente; Nestor Silveira, Relator.

SÚMULA 10 (Revogada)

Ação executiva. Agente financeiro do BNH. Competência da justiça local. Para as execuções especiais, movidas por agentes financeiros do BNH, ainda que delas decorra eventual reflexo sobre os recursos do Sistema Financeiro da Habitação, competente é a Justiça Estadual, por não figurar a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 13, de Joinville; DJSC de 11-3-86, p. 26 e 27; Conflito de Jurisdição n. 6.706-2/Santa

Catarina, julgado pelo STF em 4-5-88; Constituição Federal de 1988, art. 109.

Florianópolis, 13 de setembro de 1989.

May Filho, Presidente; Wilson Guarany, Relator.

SÚMULA 11

Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do ajuizamento da ação.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 21, da Capital; Lei n. 6.899, de 8-4-81, art. 1º, §§ 1º e 2º; Código de Processo Civil, art. 20 e parágrafos; Súmula 14 do STJ; Apelação Cível n. 24.186, de Itapiranga; Apelação Cível n. 28.809, de Criciúma; Apelação Cível n. 33.810, de Santo Amaro da Imperatriz; Apelação Cível n. 34.420, da Capital; Agravo de Instrumento n. 3.480, de Gaspar; Agravo de Instrumento n. 3.607, da Capital.

Florianópolis, 14 de novembro de 1990.

Napoleão Amarante, Presidente; Nestor Silveira, Relator.

SÚMULA 12

A competência para o julgamento das ações decorrentes da união estável entre o homem e a mulher é da Vara da Família, Órfãos e Sucessões, onde houver.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 32, da Capital; Constituição Federal de 1988, § 3º do artigo 226.

Florianópolis, 18 de novembro de 1994.

Rubem Córdova, Presidente; Álvaro Wandelli, Relator.

SÚMULA 13

As ações anulatórias de lançamento e declaratórias de inexistência de relação jurídico-tributária devem ser propostas no juízo do foro competente para conhecimento da execução fiscal pertinente, por força de conexão por prejudicialidade.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 96.000768-7, da Capital; arts. 94, 99 e 100, IV, letra a, do Código de Processo Civil.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 1997.

Francisco Oliveira Filho, Presidente; Anselmo Cerello, Relator.

SÚMULA 14

O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial.

Publicação: DJE n. 10.197, p. 30, em 23-4-1999.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 96.010326-0, de São Miguel do Oeste; CPC, art. 585, II, com redação dada pela Lei n. 8.953/94; Apelação Cível n. 97.002488-6, de Brusque; REsp n. 108.259/RS (97/0089149-6), do Superior Tribunal de Justiça.

Florianópolis, 5 de abril de 1999.

Napoléon Amarante, Presidente; Nilton Macedo Machado, Relator.

SÚMULA 15

Não constituindo o documento essencial à propositura da execução fiscal (CPC, 183; Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º), não é lícito ao juiz determinar, de ofício, que o credor comprove ter notificado o devedor do lançamento do tributo.

Publicação: DJE 11.239, 24-7-2003, p. 1.

Referências: Pedido de Uniformização de Jurisprudência em Agravo de Instrumento n. 2001.005889-8, de Balneário Camboriú; CPC, art. 183; Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º.

Florianópolis, 12 de setembro de 2002.

João Martins, Presidente; Newton Trisotto, Relator.

SÚMULA 16

A multa cominatória a que se referiam os artigos 916 e seguintes do Código Civil revogado (objeto dos artigos 408 e seguintes do Novo Código Civil), incide sobre o valor da obrigação principal, corrigido, acrescido dos juros impostos na sentença, quando o litígio versar sobre seguro habitacional.

Publicação: DJE n. 11.178, 28-4-2003, p. 20.

Referência: Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 2001.013630-9, suscitante: egrégia Segunda Câmara Civil.

Florianópolis, 9 de abril de 2003.

Carlos Prudêncio, Presidente; Orli Rodrigues, Relator designado para o acórdão.

DOCTRINA CIVIL

O NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

José Carlos Moreira Alves*

SUMÁRIO: 1. O negócio jurídico e os demais atos jurídicos lícitos. 2. A estrutura da disciplina do negócio jurídico. 3. Alterações nas disposições gerais. 4. A representação. 5. Inovações nos preceitos sobre condição, termo e encargo. 6. Os defeitos do negócio jurídico. 7. A invalidade do negócio jurídico.

1. O negócio jurídico e os demais atos jurídicos lícitos — É na disciplina dos negócios jurídicos que o novo Código Civil Brasileiro, no tocante à sua Parte Geral, apresenta maiores alterações em face do Código Civil de 1916.

Ao redigir o projeto deste, no final do século XIX, não contava CLÓVIS BEVILÁQUA com os subsídios que, alguns anos mais tarde, viria a ministrar a doutrina germânica para a distinção, em categorias, dos atos jurídicos lícitos. Em 1899, a diferença entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito ainda se apresentava, até na obra dos mais eminentes romanistas e civilistas alemães, de maneira pouco precisa. REGELSBERGER, que nessa época se destaca no particular, não vai além destas palavras:

“Sie scheiden sich wieder in zwei Arten, je nachdem die Rechtsfolge positiv angestrebt ist oder eintritt, auch wenn sie ausserhalb der Absicht des Handelnden lag. Die Handlungen der ersten Art sind die Rechtsgeschäfte. Für die andern fehlt eine anerkannte Bezeichnung. Man kann sie rechtsgeschäfts ähnliche Handlungen nennen” (Eles dividem-se, de novo, em duas espécies, conforme se aspira positivamente ao efeito jurídico, ou este ocorre ainda fora da

* *Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ministro do Supremo Tribunal Federal.*

vontade do agente. Os atos da primeira espécie são os negócios jurídicos. Para outros falta uma denominação reconhecida. Pode-se dar-lhes o nome de *atos semelhantes a negócios jurídicos*¹).

Não havia, ainda, estudo mais aprofundado dessas espécies de atos jurídicos lícitos. Faltava maior precisão à linha divisória entre essas duas figuras; suas conseqüências careciam de exame.

Outro é o panorama nos dias que correm. Graças aos esforços, inicialmente de MANIGK² e de KLEIN³, e, depois, dos mais autorizados juristas que se ocuparam com esse problema, poucos são os que, atualmente, negam a distinção conceitual dessas duas espécies de atos jurídicos lícitos⁴. É certo que ainda não está escoimada de imprecisões e de incertezas a construção doutrinária da categoria que REGELSBERGER denominava *atos semelhantes a negócios jurídicos*⁵, e que, hoje, geralmente é designada pela expressão *atos jurídicos em sentido estrito*. Atos há que, para alguns, são negócios jurídicos, e, para outros, atos jurídicos em sentido estrito. Ainda é casuística a aplicação, ou não, a esta categoria, das normas que disciplinam aquela. Apesar desses percalços, não se pode negar que atos jurídicos há a que os preceitos que regulam a vontade negocial não tem inteira aplicação.

Atento a essa circunstância, o novo Código Civil brasileiro, no Livro III de sua Parte Geral, substituiu a expressão genérica *ato jurídico*, que se encontra no Código de 1916, pela designação específica *negócio jurídico*, pois é a este, e não necessariamente àquele, que se aplicam todos os preceitos ali constantes. E, no tocante aos

1 Pandekten, erster Band, § 129, p. 475.

2 Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau, 1901; Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin, 1907; e Das rechtswirksame Verhalten, Berlin, 1939.

3 Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, München, 1912.

4 A propósito do desenvolvimento desses estudos, vide Soriano Neto, A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima, separata, Recife, 1957; Mirabelli, L'atto non negoziale nel diritto privato italiano, Napoli, 1955; Panuccio, Le dichiarazioni non negoziali di volontà, Milano, 1966; Castro y Bravo, El negocio jurídico, p. 21-50, Madrid, 1967; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 9º, p. 104 e seguintes.

5 Ob. cit., § 129, p. 475. Igualmente, Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, erster Band, zweiter Halbband, § 137, IV, 2, a, 14ª ed., Tübingen, 1955.

atos jurídicos lícitos que não negócios jurídicos, abriu-lhes um título, com um artigo único, em que se determina que se lhes apliquem, no que couber, as disposições disciplinadoras do negócio jurídico. Seguiu-se, nesse terreno, a orientação adotada, a propósito, no artigo 295 do Código Civil português de 1967.

Assim, deu-se tratamento legal ao que já se fazia, anteriormente, com base na distinção doutrinária que corresponde à natureza das coisas.

Ambas as normas — a do artigo 295 do Código Civil português de 1967 e a do artigo 185 do novo Código Civil brasileiro — esgotam a disciplina das ações humanas que, por força do direito objetivo, produzem efeitos jurídicos em consideração à vontade do agente, e não simplesmente pelo fato objetivo dessa atuação. Quando ocorre esta última hipótese, já não há falar em ato jurídico, mas sim — e é dessa forma que o considera o direito — em fato jurídico em sentido estrito (são os atos-fatos jurídicos da doutrina germânica)⁶

2. A estrutura da disciplina do negócio jurídico — Ao ordenar as normas concernentes ao negócio jurídico, o Código novo afastou-se do sistema adotado no Código de 1916, como se vê do quadro comparativo seguinte:

6 Expressão divulgada no Brasil especialmente por Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo II, 3ª ed., § 209, 1, p. 372, Rio de Janeiro, 1970. Outras denominações são, também, utilizadas pelos autores. Assim, Ennecerus-Nipperdey, *ob. cit.*, § 137, IV, 2, b, p. 579 — que consideram pleonástica a expressão atos-fatos (Tathandlungen), *ibidem*, nota 25 — preferem a denominação Realakte (Pontes de Miranda, porém, *ob. cit.*, § 21, 1, p. 373/4, considera os atos reais — também denominados atos naturais ou atos meramente externos — como espécie do gênero atos-fatos jurídicos). A designação atos meramente externos (rein äussere Handlungen), para indicar os atos-fatos jurídicos, se encontra em Manigk (cfe. Ennecerus-Nipperdey, *ob. cit.*, § 137, IV, 2, p. 579, nota 25). Meros atos jurídicos é como os denomina Cariota Ferrara (*El negocio jurídico*, trad. Albaladejo, p. 3 1, Madrid, 1956).

Código Civil de 1916	O novo Código Civil
Cap. I — Disposições gerais	Cap. I — Disposições gerais
Cap. II — Dos defeitos dos atos jurídicos	Cap. II — Da representação
Cap. III — Das modalidades dos atos jurídicos	Cap. III — Da condição, do termo e do encargo
Cap. IV — Da forma dos atos jurídicos e da sua prova	Cap. IV — Dos defeitos do negócio jurídico
Cap. V — Das nulidades	Cap. V — Da invalidade do negócio jurídico

Do confronto, verifica-se que, embora conservando o mesmo número de capítulos — cinco —, o novo Código não só modificou a ordem de colocação, mas também retirou um que está no Código de 1916 (“Da forma dos atos jurídicos e da sua prova”), acrescentando, em contrapartida, outro que neste não se acha (“Da representação”).

Exclusão e inclusão explicam-se facilmente.

Retirou-se o capítulo “Da forma dos atos jurídicos e da sua prova”, porque se entendeu que a maior parte do seu conteúdo, que é referente à prova, diz respeito, em rigor, aos fatos jurídicos em sentido amplo, e não apenas aos negócios jurídicos. Daí a razão por que, no novo Código, o Título V do Livro III da Parte Geral — que se intitula “Dos fatos jurídicos” — é dedicado todo à prova. Quanto às normas concernentes à forma do negócio jurídico, e cuja *sedes materiae* no Código de 1916 se encontra também no capítulo ora excluído, foram elas colocadas, no novo, nas “Disposições gerais”, onde se estabelecem os preceitos gerais sobre os requisitos de validade do negócio jurídico, um dos quais é *a forma prescrita ou não defesa em lei*.

Incluíram-se, por outro lado, em capítulo próprio, na Parte Geral do novo Código, regras genéricas sobre representação legal e voluntária, suprimindo-se, dessa forma, omissão do Código de 1916.

Na ordem de matérias observada, no tocante ao negócio jurídico, pelo novo Código, prevaleceu, afinal, no seio da Comissão Elaboradora de seu Anteprojeto, o sistema originariamente proposto no Projeto parcial relativo à Parte Geral: não se segue a tricotomia *existência-validade-eficácia* do negócio jurídico, posta em particular relevo, no Brasil, por PONTES DE MIRANDA, no seu

Tratado de Direito Privado. À objeção de que a sistemática que veio a preponderar seria antiquada, antepôs-se-lhe a demonstração de que a observância daquela tricotomia, que para efeito de codificação se reduziria à dicotomia *validade-eficácia*, conduziria a discrepâncias desta ordem: a) no capítulo “Da validade dos negócios jurídicos”, tratar-se-ia apenas dos casos de *invalidade* do negócio jurídico (nulidade e anulabilidade); b) no capítulo “Da eficácia dos negócios jurídicos”, não se abrangeriam todos os aspectos da eficácia, mas apenas uma parcela deles (os impropriamente denominados *elementos acidentais* do negócio jurídico). Ademais, a disciplina da condição e do termo antes das normas sobre a nulidade e a anulabilidade — como se encontra no Projeto — tem largo apoio doutrinário, especialmente entre os autores alemães da segunda metade do século XIX e do século XX como, a título exemplificativo, REGELSBERGER⁷, WENDT⁸, WAECHTER⁹, ARNDTS¹⁰, ENNECCERUS-NIPPERDEY¹¹, LANGE¹². A colocação de matérias seguida, no particular, pelo novo Código justifica-se se se atentar para a circunstância de que, depois de se estabelecerem os requisitos de validade do negócio jurídico, trata-se de dois aspectos ligados à manifestação de vontade: a interpretação do negócio jurídico e a representação. Em seguida, disciplinam-se a condição, o termo e o encargo, que são autolimitações da vontade (isto é, uma vez apostos à manifestação de vontade, tornam-se inseparáveis dela). Finalmente, a parte patológica do negócio jurídico: defeitos e invalidade.

3. Alterações nas disposições gerais — Ao contrário do que ocorre no Código de 1916, com relação ao ato jurídico, o novo não

7 *Ob. cit.*, §§ 151 a 158 (p. 556 a 580) e §§ 174 a 176 (p. 631 a 641).

8 *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, §§ 50 a 58 (p. 128 a 155) e §§ 59 a 61 (p. 158 a 170).

9 *Pandekten, I (Allgemeiner Theil)*, Leipzig, 1880, §§ 75 a 80 (p. 364 a 403) e § 84 (p. 420 a 440).

10 *Lehrbuch der Pandekten*, 14^a ed., Stuttgart, 1889, §§ 66 a 74 (p. 94 a 118) e § 79 (p. 130 a 132).

11 *Ob. cit.*, §§ 193 a 210 (p. 837 a 861) e §§ 202 a 204 (p. 861 a 893).

12 *BGB Allgemeiner Teil*, 9^a ed., München und Berlin, 1967, §§ 45 a 48 (p. 283 a 302 e p. 304 a 314).

definiu o negócio jurídico, atento à diretriz de se retirarem de seu bojo princípios de caráter meramente doutrinário¹³.

Em contrapartida, não têm símile, no Código de 1916, os artigos 106, 110, 111 e 113 do novo.

O artigo 106 — que deriva do Projeto de Código de Obrigações de 1965¹⁴ — contempla a hipótese de impossibilidade do objeto do negócio jurídico quando da sua celebração, e estabelece que esta, se relativa, não invalida o negócio jurídico, o mesmo sucedendo se, ainda quando absoluta, cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

Da reserva mental trata o artigo 110¹⁵, que a tem por irrelevante, salvo se conhecida do destinatário, caso em que se configura hipótese de ausência de vontade, e, conseqüentemente, de inexistência do negócio jurídico.

O artigo 111 preceitua quando o silêncio importa anuência, o que se verifica toda a vez em que as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. No Brasil, a fonte remota desse dispositivo acha-se no artigo 2º do Projeto de Código das Obrigações de 1941, e a próxima no artigo 2º, segunda parte, do Projeto de Código das Obrigações de 1965¹⁶.

Em ambas essas tentativas anteriores de reforma do Código de 1916 — artigos 66 e 23, respectivamente — já se acha a norma que, no novo, consagra-se no seu artigo 113, e que diz respeito à interpretação: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Boa-fé, nesse dispositivo, não é a boa-fé subjetiva, mas, sim, a boa-fé objetiva, que se situa no terreno das relações obrigacionais e do

13 Por isso mesmo, as disposições preliminares do Livro III (Dos fatos jurídicos) da Parte Geral do Código Civil de 1916 — artigos 74 a 80 — não foram reproduzidas no novo.

14 Artigo 6º, que reza: “A impossibilidade do objeto não invalida a declaração se relativa, ou quando cessar antes de realizada a condição a que esteja subordinada”.

15 Obrigações, de 1941, cujo teor é o seguinte:

16 Seus textos são, respectivamente: “Artigo 2º — O silêncio importa anuência, quando, segundo os costumes ou as circunstâncias do caso, como tal deva ser interpretado”; e

negócio jurídico em geral, e se caracteriza como regra de reta conduta do homem de bem no entendimento de uma sociedade em certo momento histórico, não se fundando, pois, na vontade das partes, mas se ligando ao dever de cooperação que nessas relações se exige. É, portanto, algo exterior ao sujeito, e que, no concernente à interpretação, relaciona-se com a hermenêutica integradora, possibilitando que o conteúdo do negócio jurídico seja integrado por deveres que não decorrem da declaração de vontade, mas que se caracterizam como secundários, anexos ou instrumentais, como, por exemplo, o dever do vendedor de tudo fazer para que a coisa vendida a ser entregue ao comprador chegue íntegra a este.

A par dessas inovações, em dois dos seus dispositivos — os de n. 105 e 112 — corrigem-se preceitos semelhantes que se encontram nos artigos 83 e 85 do Código de 1916, e que, de longa data, eram objeto de crítica. Com efeito, como acentua EDUARDO ESPÍNOLA¹⁷, esse artigo 83, em sua segunda parte, não tem sentido, por não haver reproduzido com exatidão, o artigo 700 do Código Civil português de 1867, sua fonte remota. Daí a alteração introduzida pelo novo Código, que, no artigo 105, reza: “A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum”. Por outro lado, ao preceituar ele, no artigo 112, que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, visou a deixar bem explícito que a regra determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante, consoante observa EDUARDO ESPÍNOLA, ao interpretar o artigo 85 do Código de 1916:

“São precisamente o respeito à boa-fé e à confiança dos interessados, e a conseqüente responsabilidade do autor que, no caso de interpretação judicial do ato jurídico, mandam atender, em

17 Manual do Código Civil Brasileiro, Parte Geral, Dos fatos jurídicos, vol. III, parte primeira, 2ª ed., n. 43, p. 159-60, Rio de Janeiro, 1929.

regra, à intenção consubstanciada na declaração, ao invés de procurar o pensamento íntimo do declarante.

“Nesse sentido devemos compreender o artigo 85 do nosso Código Civil, exatamente como os intérpretes compreendem o artigo 133, do Código Civil alemão, ainda que este manda investigar a vontade real (...ist der wirkliche wille zu erforschen...), imprecisão de linguagem que aquele evitou”¹⁸.

4. A representação — O novo Código, suprimindo lacuna do de 1916, reservou, na Parte Geral, um capítulo para os preceitos gerais sobre a representação legal e a voluntária.

Seguindo a orientação do Código Civil de 1916, o novo disciplina essa matéria no capítulo concernente ao mandato, uma vez que, em nosso sistema jurídico, a representação é da essência desse contrato¹⁹. Por isso, preceitua o artigo 120: “Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária, são os da Parte Especial deste Código”. O que é, aliás, reprodução do artigo 43 do Projeto de Código das Obrigações de 1965, que, nesse particular, afastou-se do Projeto de Código de Obrigações de 1941, onde a disciplina da representação voluntária se exauria na seção respectiva, integrante da Parte Geral²⁰.

Nesse capítulo do novo Código, destaca-se o artigo 117, que se refere ao *negócio consigo mesmo*, declarando-o anulável, salvo se o permitir a lei ou o representado. O tratamento agora dado ao autocontrato segue a mesma linha de orientação que foi trilhada pelo artigo 261 do atual Código Civil português, que, assim, supriu a lacuna do anterior, de 1867. Digno de menção, também, o disposto no seu artigo 119, *caput*, o qual reza: “É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interes-

18 *Ob. Cit.*, n. 48, p. 178.

19 Dispõe o artigo 653:

20 Na exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, firmada por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, lê-se, a propósito: “O instituto da representação foi libertado da sua condição servil ao mandato, deixando-se à disciplina deste contrato apenas as relações entre as próprias partes contratantes. “A representação, seja qual for a sua origem, legal ou convencional, obedecerá a princípios uniformes, que devem resguardar a boa-fé de terceiros, obrigados a tratar com interposta pessoa”.

ses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem, com aquele tratou”.

5. Inovações nos preceitos sobre condição, termo e encargo — O Código Civil de 1916, sob o título “Das modalidades dos atos jurídicos”, trata da condição, do termo e do encargo (*modus*). Afastando-se do seu modelo, no tocante à Parte Geral, que foi o BGB. Este, aí, ocupa-se apenas da condição e do termo, por não reconhecer, certamente, caráter de generalidade ao *modus*, que somente pode ser aposto aos negócios gratuitos. Diversa, porém, era a sistemática observada pelos pandectistas germânicos, que estudavam o *modus* na Parte Geral. REGELSBERGER, analisando o conteúdo do negócio jurídico, examina o encargo (*modus*), e salienta, de início:

“Von den Nebenbestimmungen kommt die Auflage in Verbindung mit Rechtsgeschäften verschiedener Art vor und ist darum unter den allgemeinen Lehren zu erörtern” (Das determinações acessórias apresenta-se o modo em ligação com negócios jurídicos de vária espécie, e é, por isso, de se examinar entre as doutrinas gerais)²¹.

Nesse sentido orientou-se o novo Código, abandonando, porém, por impróprio, o título “Das modalidades do ato jurídico”.

No que diz respeito à condição, procurou ele aperfeiçoar o Código de 1916, corrigindo-lhe falhas e suprimindo-lhe lacunas. No artigo 121 (que corresponde em parte ao 117 do Código de 1916), a inclusão da frase “derivando exclusivamente da vontade das partes” serve para afastar do terreno das condições em sentido técnico as *condiciones iuris*. Substituiu-se a fórmula empregada pelo artigo 115 do Código de 1916 — “São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não veda expressamente” — por esta, mais exata: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”. Ao tratar das condições que invalidam o negócio jurídico e das que se têm por inexistentes, o novo Código, nos artigos 123 e 124, corrige falhas de há muito observadas no Código de 1916, além de tornar expresso que as condições incompreensíveis ou contraditórias

21 *Ob. Cit.*, § 166, p. 603.

são causas de invalidade do negócio a que foram apostas. Ao disciplinar a eficácia da condição resolutiva, no artigo 128, ele inova, com relação ao Código de 1916, ao estabelecer que, se ela for aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, “a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé”. Ademais, suprime-se, no novo Código, a referência que o parágrafo único do artigo 119 do Código de 1916 faz à condição resolutiva tácita, que não é condição em sentido técnico, pois esta só se configura se aposta ao negócio jurídico: ademais, a denominada condição resolutiva expressa — que é, propriamente, a condição resolutiva — opera, como qualquer outra condição em sentido técnico, *ipso iure*. Em seu artigo 130, o novo Código estendeu à condição resolutiva — o que se impunha para a proteção da parte que, enquanto pende essa condição, é titular de direito expectativo²² — a regra (limitada no Código de 1916 à hipótese de condição suspensiva)²³ de que ao titular de direito eventual é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo.

No tocante ao termo, estabeleceu-se, no § 3º do artigo 132, o princípio de que os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência. Seguiu-se, no particular, a orientação que já se encontrava no artigo 63, § 3º, do Projeto de Código das Obrigações de 1941, que se inspirara no Código das Obrigações da Suíça (artigo 77, 3).

Preenchendo lacuna do Código de 1916, o novo contém preceito (artigo 137) sobre o encargo ilícito ou impossível com o seguinte teor:

“Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico”.

6. Os defeitos do negócio jurídico — Ao tratar dos defeitos do negócio jurídico, o novo Código apresenta várias inovações em

22 Como salienta Radke (*Anwartschaften und Anwartschaftrechte des bürgerlichen Rechts*, p. 7, Borna-Leipzig, 1913):

23 O artigo 121 do Código Civil brasileiro dispõe:

face do Código de 1916. Dois institutos — o estado de perigo e a lesão — que não se encontram neste, têm assento naquele. Demais, alterações se introduziram na disciplina do erro, do dolo, da coação, e da fraude contra credores. O tratamento da simulação foi inteiramente reformulado, sendo deslocado para o capítulo V (“Da invalidade do negócio jurídico”).

O estado de perigo, de que trata o artigo 156 do novo Código, era objeto do artigo 121 do Projeto de CLÓVIS BEVILÁQUA²⁴ — é certo que em termos algo diversos, e com solução diferente: o negócio jurídico presumia-se nulo por vício da vontade, enquanto não ratificado, depois de passado o perigo —, e foi suprimido pela Comissão Revisora, sem que saibam os motivos que a isso a conduziram²⁵. Em virtude dessa lacuna, que também ocorre em vários sistemas jurídicos, a doutrina, no Brasil, não é uníssona sobre a solução a ser dada a essa hipótese, seguindo as vacilações dos autores franceses e italianos. ESPÍNOLA²⁶ chega, até, a afirmar que o artigo 138 do BGB resolve, na Alemanha, esse caso, quando, em verdade, esse dispositivo se refere, propriamente, ao instituto da lesão²⁷, em que se não configura perigo de vida. Tratando-se de estado de perigo, o novo Código, no seu artigo 171, II, declara anulável o negócio jurídico, e, ao contrário do que sucede no direito italiano (artigo 1.447, 2ª parte), que determina que o juiz, ao rescindir o negócio, pode, segundo as circunstâncias, fixar compensação eqüitativa à outra parte pelo serviço prestado, não estabelece regra semelhante, o que implica dizer que o prestador do serviço só se ressarcirá se se configurar hipótese de enriquecimento sem causa.

No tocante à lesão, o novo Código brasileiro se afastou do sistema alemão e do italiano, e, portanto, do adotado pelo Código Civil português, que se orientou por ambos, já que observou a con-

24 Eis o teor do artigo 121 do Projeto de Clóvis Beviláqua:

25 Cfe. Espínola, ob. cit., vol. III, parte primeira, p.378.

26 Ob. cit., ibidem.

27 De feito, como salienta Riezler (Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, p. 480 e segs., München und Berlin, 1910), a segunda parte do § 138 do BGB — que é a que interessa — diz respeito a negócio usurário (Wuchergeschäft). Trata-se, no caso, da usura real.

ceituação daquele, mas preferiu a solução deste. Assim, na linha do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 (de cujo artigo 31 deriva o seu artigo 157²⁸), não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido — como sucede no direito italiano e no português, e que, por isso mesmo, não deveriam admitir se evitasse a anulação se, modificado o contrato, desaparecesse o defeito —, mas, sim, em proteger o lesado, tanto que, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem de conhecê-lo, na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure.

Em matéria de erro, inova ele em vários pontos, com relação ao Código de 1916. O artigo 138 adotou o critério da cognoscibilidade do erro pela outra parte, como se verifica no Código italiano (artigo 1.428), seguido nesse ponto pelo Código Civil português de 1967 (artigo 247º). É silente, porém, no tocante à necessidade de o erro, em que incide o declarante, ser escusável, à semelhança do que ocorre com o Código de 1916, que a doutrina, apesar de seu silêncio, entende ser indispensável para a sua caracterização: assim, entre outros, CLÓVIS BEVILÁQUA²⁹, EDUARDO ESPÍNOLA³⁰, ORLANDO GOMES³¹, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA³² e SÍLVIO RODRIGUES³³. Por outro lado, ao enumerar os casos em que há erro substancial, o novo Código, em seu artigo 139, supre omissão do Código de 1916 (o erro que diz respeito à identidade da pessoa a quem se refere a declaração de vontade), e determina que, tanto nesse caso, quanto na hipótese de erro

28 Eis o teor do artigo 31 do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941: “Artigo 31 — É anulável a declaração pela qual uma pessoa, sob premência de necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcionada ao proveito resultante da prestação oposta. “§ 1º — Não se decreta a invalidade do ato, se é oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concorda com a redução do proveito.

29 Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed., § 51, p. 232, Rio de Janeiro, 1972.

30 Sistema do Direito Civil Brasileiro, Parte Geral, vol. II, n. 297, p. 275-6, Rio de Janeiro; e Manual do Código Civil Brasileiro, Parte Geral, Dos Fatos Jurídicos, vol. III, parte primeira, 2ª ed., n. 55, p. 207-8, Rio de Janeiro, 1929.

31 Introdução ao Direito Civil, n. 314, p. 389, Rio de Janeiro.

32 Instituições de Direito Civil, vol. I, n. 89, p. 364, Rio de Janeiro.

33 Dos Defeitos dos Atos Jurídicos, vol. I, 2ª ed., n. 46, p. 94 e segs., São Paulo, s/data.

sobre qualidade essencial dessa mesma pessoa, é mister, para ser substancial, que a falsa identidade ou qualidade essencial tenha influído, de modo relevante, na declaração de vontade. Contempla, também, o mesmo dispositivo, no inciso III, o erro de direito, nos moldes do Código italiano (artigo 1.249, 4). No artigo 140, corrige a impropriedade do artigo 90 do Código de 1916, substituindo *falsa causa* por *falso motivo*; e o artigo 143 é expresso no sentido de que o erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração da vontade. É de notar-se, finalmente, que o novo Código, na esteira do de 1916, atribui o mesmo efeito (a anulabilidade) ao erro-motivo, não tratando das duas figuras separadamente. Por isso, seu artigo 144 se dirige a ambas as espécies de erro, e não apenas ao erro-obstáculo, à semelhança do disposto no artigo 1.432 (combinado com o artigo 1.433, no particular) do Código Civil italiano. Estabelece ele: “O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”.

Manteve o novo Código, no concernente ao dolo, a distinção — acolhida pelo Código de 1916, que, nesse ponto, se afastou do BGB — entre *dolus causam dans* e *dolus incidens*, somente considerando o primeiro como vício da vontade, e, portanto, como capaz de acarretar a anulabilidade do negócio jurídico. Nessa seção, aliás, introduziu poucas alterações, a saber: no que diz respeito ao dolo de terceiro, e na destinação que faz, quanto ao dolo de terceiro, entre representante legal e voluntário. Merece destaque o disposto no artigo 150: “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização”³⁴.

No que concerne à coação, o novo Código apresenta algumas alterações de relevo, embora, à semelhança do que se verifica no de 1916, não aluda à coação física absoluta (caso de inexistência do negócio jurídico por ausência de vontade), mas discipline apenas a *vis compulsiva*. Não foi adotada a tese de

34 A propósito, no tocante ao Código de 1916, vide Espínola, *ob. cit.*, vol. III, parte primeira, n. 77, p. 309 e 310.

ESPÍNOLA³⁵, que aplaude a orientação do Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS — seguida pelo Código Civil argentino —, segundo a qual ambas as espécies de coação, como se dá com as duas modalidades de erro, acarretam a anulabilidade. O novo Código, em seu artigo 151, exige que o dano temido seja iminente e considerável, não mais contendo as expressões finais do artigo 98 do Código de 1916: “igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido”. Admite-se, por outro lado, coação, ainda que o dano diga respeito a pessoa que não pertença à família do coato. E se altera substancialmente a disciplina da coação exercida por terceiro. No Código de 1916, a coação, nesse caso, sempre vicia o negócio jurídico. Pelo sistema do novo, o negócio subsiste, se a coação decorrer de terceiro, sem que dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a quem aproveite, mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos do coato³⁶.

O último dos defeitos de cuja disciplina trata o novo Código é a *fraude contra credores*. Manteve ele a anulabilidade como consequência da fraude contra credores, embora reproduza, no artigo 162, a regra do artigo 110 do Código de 1916, na qual PONTES DE MIRANDA³⁷ identifica hipótese de ineficácia relativa. Algumas inovações são dignas de realce: ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação pauliana, atribuída que foi, também, aos credores cuja garantia se tornar insuficiente³⁸; e admitiu-se que o adquirente dos bens do devedor insolvente, se o preço for inferior ao corrente, poderá conservá-los, se depositar em juízo o que lhes corresponda ao valor real³⁹.

7. A invalidade do negócio jurídico — Consoante orientação já adotada no Código de 1916, o novo não acolhe a distinção entre anulabilidade e rescindibilidade. No início dos trabalhos da Comissão elaboradora do seu Anteprojeto, manifestou-se um de seus membros — o Prof. COUTO E SILVA — favorável a essa distinção, entendendo que o estado de perigo e a lesão deveriam acarretar,

35 *Ob. cit.*, vol. III, parte primeira, n. 95, p. 373.

36 Artigo 155.

37 Tratado de Direito Privado, vol. IV, 2ª ed., § 496, 3, p. 466.

38 Artigo 158, § 1º.

39 Artigo 160, parágrafo único.

não a anulabilidade do negócio jurídico, mas, sim, sua rescindibilidade. A esse propósito, naquela oportunidade assim me manifestei:

“Finalmente, é de opinião, o Prof. Couto e Silva de que, nos artigos 168 e 169 do Anteprojeto (artigos 156 e 157 do novo Código), relativos ao estado de perigo e à lesão, se deveria mudar a expressão *anulável por rescindível*.

“Não me parece deva ser acolhida a proposta. Aliás, a simples substituição de um termo por outro não bastaria, sendo necessária a inclusão da disciplina da ação rescisória, tal como — por exemplo — se encontra nos Códigos Civis da Itália de 1865 e de 1942, e no Projeto do Código das Obrigações do Prof. Caio Mário da Silva Pereira.

“Sou dos que entendem que não há razão de fundo para que se escolha, em nosso direito, a distinção entre a anulabilidade e a rescindibilidade quanto ao estado de perigo e à lesão. São muito elucidativas estas ponderações de Chironi e Abello (*Trattato de Diritto Civile Italiano*, vol. I, p.498):

‘3° — L’invalidità del negozio dà origine ad um’azione, che è dalla legge detta di *nullità* o di *rescissione*, sebbene questa seconda denominazione sia più specialmente riservata a significare la pretesa d’annullamento che ha causa nel vizio nato de *lesione*. Ma differenza assoluta tra i due termini non v’è, e la legge li ricorda entrambi meglio per ragioni d’ordine storico che per altro, poichè la nullità e la rescissione d’un atto conseguono dall’invalidità sua a ragion d’un vizio che gli era inerente fin dal tempo di sua nascita: [...]’

“Atualmente, os maiores defensores, na Itália, da distinção se limitam, em última análise, a defendê-la com dois argumentos, dos quais um é de natureza substancial, e o outro, de natureza legal:

‘1°) O vício que dá margem à anulabilidade ataca a parte íntima do negócio jurídico, enquanto, em se tratando de rescindibilidade, acentua Barassi (*Teoria della ratifica del Contratto Annulabile*, p. 174, n. 87): ‘Ma pur essendosi sviluppato l’organismo del negozio giuridico, che anatomicamente è perfetto nelle sue parti, motivi speciali che hanno la loro ragion d’essere al *di fuori dell’atto*

e che sorgono simultaneamente coll'irrompere della dichiarazione di volontà nel campo del diritto, ponno dare all'agente, cui que, motivi concernono, um diritto di *rescindere* il negozio giuridico considerando non fatto ciò che fu fatto nei rapporti col coagente'; e

'2º) Os efeitos diversos da anulabilidade e da rescindibilidade estabelecidos no Código Civil'.

"Desses argumentos só é de analisar-se o primeiro, pois o segundo é consequência de se admitir, ou não, a distinção baseada naquele.

"E esse argumento substancial não é exato, para justificar diferença de tratamento. Os próprios civilistas italianos não estão bastante seguros dele, como o demonstram estas palavras de Candian (*Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, p. 481, n. 336):

'Geralmente la rescindibilità non è collocata nel quadro della invalidità; e ciò, più o meno dichiaratamente, perchè non sarebbe determinata da mancanza o vizio di presupposti od elementi costitutivi del negozio. Essa viene pertanto, da taluni autori, asseguata alla categoria delle cause di inefficacia; e da altri, non meno autorevolmente, esclusa da quella inefficacia come da quella della invalidità, e considerata come facente parte a se atesso. A me parrebbe invece che la classificazione qui proposta sia plausibile. A bem guardare, il fatto al quale l'ordinamento consente di reagire con l'azione di rescissione induce una anomalia in alcuno degli elementi costitutivi del negozio: o sotto il profilo della causa, in quanto lo scopo viene, nel concreto caso, raggiunto per via anormale, cioè con necessitata e immoderata sproporzione fra la quantità del dato e quella del ricevuto; oppure sotto il profilo della volontà, in quanto è turbato, al di là del limite tollerato dall'ordinamento, il processo della formazione autonoma dell'atto di volontà da parte del soggetto iugulato; oppure, più probabilmente, sotto il profilo della combinata anomalia dell'uno e dell'altro elemento'.

"E Messineo — ardoroso defensor da distinção —, para distinguir os vícios de que resulta a rescisão dos vícios da vontade, tem de apelar, no final das contas, para os termos do Código Civil italiano, e, não, para diferença de substância:

'C) Non si può concepire la rescissione neppure come vizio della volontà di una parte (violenza), sebbene il pericolo o il

bisogno abbiano agito da motivo determinante e l'origine lontana (artigo 1.674 segg. Cód. Francese) del rimedio in questione deponga per tale concezione (59). La rescissione non era un vizio della volontà già nel codice italiano abrogato (art. 1529 segg.), perchè era legata non ad alcun presupposto del genere, sibbene alla sproporzione fra le prestazioni. Non può esser vizio oggi, ancorchè una delle figure di rescissione sia legata all'influenza, che, sull'animo del contraente, ha esercitato lo stato di pericolo (1447) e, nell'altra figura, incida lo stato di bisogno.

'Secondo si è notato (*retro*, Capitolo II, n. 19), neppure nel nuovo código, è violenza in senso técnico, il timore — il quale non sia provocato da una persona (minaccia) — del pericolo attuale di un danno grave, nè è violenza il fatto di dover soggiacere a una necessità, che stimoli a concludere um contratto (60)' (*Dottrina Generale dei Contratto*, p. 464).

"Por outro lado, estabelecendo o Código Civil brasileiro atual — princípio que foi mantido no Anteprojeto — que a fraude contra credores é vício que acarreta a anulabilidade, seria incoerente considerar a lesão e o estado de perigo — vícios da manifestação de vontade que se aproximam do dolo e da coação — causas de rescindibilidade.

"Preferi, pertanto, não introduzir no nosso direito essa distinção, que surgiu na França por motivos históricos e em termos diversos dos atuais, que desapareceu depois da revolução francesa quando esses motivos feneceram, e que ressurgiu no Código Napoleão, passando daí a outros Códigos. Por isso, reconhece Messineo (*Dottrina Generale del Contrato*, p. 465), que 'storicamente il rimedio della rescissione e quello dell'annullamento sono vicini; anzi in certo momento, sono stati insieme fusi', e, em nota, esclarece:

'Il termine *rescissione* e la corrispondente figura giuridica derivano a noi dal diritto consuetudinario francese, dove le azioni dette di *reseissione* (per dolo, violenza, o lesione), erano distinte dalle azioni di annullamento. Le prime, essendo fondate su testi romani, non potevano aver corso nei paesi di diritto *coutumier*, senza che il sovrano, all'uopo richiesto, rilasciasse speciali autorizzazioni (che erano dette appunto *lettres de rescission!*, a mesão

deita cancelleria del Parlamento e chá avevano forza rescissoria in ordine al contratto. La Rivoluzione, abolendo te cancellerie del Parmentata ha abolito de lettere regie di rescissione ed è venuta cosi a *unificará*, indirettamente, *il rimedio dell'annulamento con quello della rescissione*.

[...]

‘Non vi è dubbio, quindi, che la rescindibilità, Á, storicamente, una sottospecie di invalidità, per quanto non identificabile con la nullità; tuttavia non è lontana — negli effetti — doll’annullabilità (per un’assimilazione da un certo punto di vista: 1.757 terzo comma)’.

“A orientação por mim adotada encontra precedente, no nosso país, no *Anteprojeto de Código de Obrigações* de Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, onde, no artigo 31, se lê:

‘Artigo 31 — É anulável a declaração pela qual uma pessoa, sob premência de necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcionada ao proveito resultante da prestação oposta.

‘§ 1º — Não se decreta a invalidade do ato se é oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concorda com a redução do proveito.

‘§ 2º — Aprecia-se a desproporção ao tempo em que se realizou o ato’.

“E o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, no Anteprojeto de Código de Obrigações (o que foi mantido no Projeto revisto), depois de estabelecer no artigo 75 (relacionado com a lesão e o estado de perigo) que

‘A declaração de vontade portadora de alguns dos defeitos mencionados nos artigos 62 e 64 poderá ser *rescindida* a pedido do prejudicado, *até dois anos da data de sua emissão*’.

‘Ao tratar da prescrição e da decadência, dispõe no artigo 198, § 3º:

‘Artigo 298. Prescreve:

[...]

‘§ 3º — Em três anos:

[...]

‘II — O direito de invalidar os negócios jurídicos, nos casos em seguida indicados, contado o prazo:

[...]

‘b) no de erro, dolo, lesão ou estado de perigo, no dia em que se realizou o ato’”.

Duas são as gradações de invalidade a que alude o novo Código: a nulidade e a anulabilidade.

Os casos de nulidade estão discriminados nos artigos 166 e 167. O inciso III do artigo 166 (“quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”) é preceito novo; dá-se relevância jurídica, nesse caso, ao motivo. Também não consta do Código de 1916 o preceito do artigo 166, VI, do Projeto, o qual reza: “Quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Trata-se de negócio *in fraudem legis*, a respeito de cuja sanção há três posições defensáveis: a) o ato em fraude à lei é ineficaz, e, portanto, inoponível ao terceiro prejudicado; b) a ele se deve cominar a mesma sanção que a lei burlada pela fraude impõe ao ato que a viola frontalmente; c) o ato fraudulento é nulo. O novo Código adotou a terceira dessas soluções, e que — como salienta ALVINO LIMA⁴⁰ — é a dominante. Ao disciplinar a simulação, no artigo 167, apartou-se o novo Código inteiramente do sistema observado pelo de 1916. A simulação, seja a relativa, seja a absoluta, acarreta a nulidade do negócio simulado. Se relativa, subsistirá o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma. Não mais se distingue a simulação inocente da fraudulenta; ambas conduzem ao mesmo resultado: nulidade do negócio simulado, e subsistência do dissimulado, se for o caso. Essa, aliás, a consequência —

40 A fraude no Direito Civil, p. 314, São Paulo, 1965.

segundo a melhor doutrina⁴¹ — que resulta do artigo 103 do Código de 1916, que não considera defeito a simulação inocente. Enfim, o novo Código, ressaltando os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado admite, como decorrência mesma da nulidade, que a simulação possa ser invocada pelos simuladores em litígio de um contra o outro, ao contrário do que reza o artigo 104 da Codificação de 1916.

Ainda com relação à nulidade, o artigo 169 — que também é novo — explicita que o negócio jurídico nulo não é susceptível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo, mas admite-se sua conversão (o Código de 1916 é omissivo a respeito) *ex vi* do artigo 170, que preceitua: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

No tocante à anulabilidade, as diferenças entre sua disciplina no Código novo e no de 1916 são, em geral, de somenos importância. Para atender à melhor técnica, substituiu-se o termo *ratificação* por *confirmação*⁴². Num ponto, porém, a divergência é capital: no Código de 1916, os prazos para a anulação do negócio

41 A esse respeito, escreve Espínola (*ob. cit.*, vol. III, parte primeira, n. 127, p. 470 e 471): “A única interpretação plausível do artigo 103, tendo em vista o histórico de sua elaboração e os princípios universais do direito, é a seguinte: “A lei não condena o emprego da simulação, em qualquer das hipóteses e por qualquer dos processos de que fala o artigo 102, ‘se não houve intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei’. “Daí, necessariamente, as seguintes conseqüências: “1ª — Existe uma simulação que as partes podem empregar, porque a lei a não condena; é a simulação inocente, isto é, que se não propõe a fins fraudulentos. “2ª — Uma vez que a simulação inocente é admitida por lei, não se pode recusar às partes o direito de demonstrar que a empregaram na constituição de determinado ato jurídico. “3ª — Demonstrado que houve simulação inocente, segue-se irrefragavelmente que o ato simulado, que as partes só na aparência quiseram, se anula, se considera inexistente. “4ª — Anulado o ato simulado, ou nenhuma relação subsiste entre as partes, porque efetivamente nenhum negócio quiseram formar (simulação absoluta); ou subsistem as relações decorrentes do ato dissimulado, isto é, daquele ato que elas realmente quiseram constituir, ocultando-o sob a aparência do ato simulado (simulação relativa). [...]”

42 Artigo 169.

jurídico são de prescrição; no novo Código — como declara expressamente o artigo 178 —, são de decadência⁴³.

43 Nesse sentido, também, o artigo 179, que reza: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato”.

ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Norberto Ungaretti*

Sob a denominação “Da Ordem da Vocação Hereditária” abre-se o Capítulo I do Título dedicado pelo novo Código Civil à sucessão legítima (arts. 1.829 a 1.644). Não houve, nessa disposição da matéria, nenhuma mudança em relação ao Código anterior (arts. 1.603 a 1.619). Onde houve mudanças, e significativas, foi nas disposições sobre a matéria.

Começam pela ordem da sucessão legítima, aparecendo, em primeiro lugar, os descendentes, tal como era antes, mas agora em concorrência com o cônjuge sobrevivente, estabelecendo o art. 1.829, I, que a sucessão defere-se “aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

A regra, pois, é que o cônjuge divide a herança com os descendentes, salvo as hipóteses expressamente mencionadas. Na prática, entretanto, as exceções incidirão mais do que a própria regra, como facilmente se percebe. Assim, o cônjuge *não concorre* com os descendentes quando casado no regime da comunhão universal de bens ou no regime da separação obrigatória, tendo o legislador aqui se enganado na remissão ao art. 1.640, pois o certo seria mencionar o art. 1.641, cujo parágrafo único enumera os casos em que é obrigatória a celebração do casamento sob o regime da separação de bens. *Não concorre* também

* *Desembargador aposentado do TJSC e professor da UFSC.*

quando o regime for o da comunhão parcial e o falecido não tiver deixado bens particulares. A norma faz sentido porque, se o falecido não deixou bens particulares, ou seja, se os bens que deixou foram somente os adquiridos depois do casamento e, portanto, comuns, o sobrevivente já terá participação neles por força da meação, sendo desnecessário, então, que concorra com os descendentes do falecido nos bens da herança. Vale lembrar que, no regime da comunhão parcial de bens, pode haver bens particulares mesmo entre os adquiridos depois do casamento, se incomunicáveis por disposição da lei (art. 1.659).

Resumindo, no que talvez devesse ter sido, por mais precisa e didática, a redação do dispositivo: *o cônjuge somente concorre com os descendentes se o regime for o da comunhão parcial de bens e o falecido tiver deixado bens particulares.*

Omitiu-se o Código, como se verifica pela redação do transcrito inciso I do art. 1.829, em relação à hipótese de casamento celebrado sob o novo regime de bens, o de “participação final nos aquestos” (arts. 1.672 a 1.686). Parece claro, entretanto, que, neste caso, não haverá igualmente concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, por clara e inequívoca analogia com o regime da comunhão universal de bens. É que aquele novo regime, pela sua natureza e estrutura, também é de comunhão, tanto que dispõe o art. 1.685: “Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código”.

A concorrência, a que se refere o transcrito art. 1.829, I, dar-se-á em todos os bens herdados pelos descendentes do falecido ou somente nos bens particulares?

Para se entender melhor a questão, é preciso considerar, antes de mais nada, que o art. 1.829 está falando de herança, e não de meação. Meação é outra coisa. Meação é a parte do sócio sobrevivente no patrimônio de uma sociedade de dois e que se dissolveu pela morte de um, sendo tal patrimônio de titularidade igual por parte de ambos os sócios, ou seja, cada um tem metade, donde decorre o nome “meação” (metade). A metade do patrimô-

nio que toca ao cônjuge sobrevivente, então, é a meação, e a outra metade, que vai para os herdeiros, é a herança.

Assim, no caso específico de que estamos tratando, ou seja, concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido quando for da comunhão parcial o regime de bens e o *de cujus* tiver deixado bens particulares, é de ver que o(a) viúvo(a) já tem a meação dos bens comuns, pois o regime é de *comunhão*; comunhão parcial, mas comunhão. Logo, haverá patrimônio comum a ser dividido (embora, é óbvio, não necessariamente, mas se não houver patrimônio algum não haverá herança, e aí não teríamos porque discutir este assunto...). A pergunta é: além da meação, o cônjuge sobrevivente vai concorrer na totalidade da herança recebida pelos descendentes do falecido ou a concorrência vai se limitar aos bens particulares?

Embora a omissão do Código, impõe-se, a nosso ver, a resposta pela última alternativa, ou seja, a concorrência vai limitar-se aos bens particulares.

Se não for assim, a lei estará privilegiando os casados no regime da comunhão parcial de bens em relação aos que o forem pelo regime da comunhão universal, uma vez que neste simplesmente não há concorrência alguma com descendentes, ou seja, o sobrevivente recebe a sua meação e mais nada. Mesmo que o falecido tenha deixado muitos e/ou valiosos bens particulares (bens recebidos por doação gravada com cláusula de incomunicabilidade, por exemplo), o(a) viúvo(a) não tem nesses bens qualquer participação, recebendo apenas e tão-somente a sua meação nos bens comuns. Ao passo que, se não prevalecer a interpretação que estamos dando ao disposto no art. 1.829, I, o casado na comunhão parcial de bens será muito mais favorecido, porque receberá, além da sua meação, uma parte na outra parte (herança) e mais uma parte dos bens particulares.

Ora, isso seria, além de discriminatório e injusto, contrário ao espírito dos dois regimes de bens, pois, para efeitos sucessórios, torna a comunhão parcial muito mais ampla do que a comunhão universal, o que é evidentemente contraditório e ilógico, já que, como se sabe, “parcial” diz respeito à parte e “universal” diz respeito à totalidade.

Como está redigido o art. 1.829, I, aliás, e qualquer que seja a interpretação que se lhe dê, a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, no caso específico do regime da comunhão parcial de bens, já será muito mais favorável ao sobrevivente do que a dissolução pela separação judicial ou pelo divórcio, pois, nesta última hipótese, o cônjuge que não é proprietário dos bens particulares neles não terá qualquer participação, ao passo que, havendo morte, a participação será nos bens comuns, acrescida da concorrência com os descendentes nos bens particulares.

Pelo menos isso, e não se pode negar que seja assim, tal a clareza da lei.

Agora, querer acrescentar ainda a participação na herança recebida pelos descendentes, ou seja, na outra meação, é criar situação que injustificadamente privilegia os casados nesse regime e dá a eles, no caso de morte de um dos cônjuges, vantagens e direitos superiores àqueles inerentes aos princípios e às bases em que se estrutura a comunhão parcial de bens.

Não se pode esquecer, ademais, que no regime da comunhão parcial de bens, freqüentemente, os bens particulares são mais valiosos do que os comuns, como no caso, por exemplo, da herança recebida por um dos cônjuges e que, naquele regime, não se comunica ao patrimônio do outro (quantos casais existem que o só ou o mais que tem são bens herdados?) o que significa que, neles participando por morte do cônjuge, o que lhe sobreviver já estará bem contemplado, além da meação nos bens comuns.

Examinadas as hipóteses de concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, vejamos agora em que bases, do ponto de vista quantitativo, ela se verifica. Sobre o assunto dispõe o art. 1.832: “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

Em regra, assim, o cônjuge sobrevivente tem direito a uma parte igual àquela que receberem os que sucederem por cabeça, mas haverá um piso, ou seja, um mínimo, se o descendente do

falecido com que o sobrevivente concorrer for também seu descendente. Exemplo típico: mãe ou pai concorrendo com filhos.

Como este é um trabalho sem pretensões, não considerando apequenamento recordar, para melhor compreensão do texto, noções elementares do direito sucessório (o que o leitor certamente já percebeu), parece oportuno lembrar o que é sucessão por cabeça e sucessão por estirpe. Suceder por estirpe é suceder em grupo, suceder por cabeça é suceder individualmente. Assim, por exemplo, se João possuía os filhos Pedro e Manoel, e, quando João morreu, Manoel já era morto, tendo deixado os filhos Antônio, José e Luís, a herança de João vai ser dividida em duas partes iguais: uma para seu filho Pedro e outra a ser partilhada entre seus três netos, representando o pré-morto. Diz-se, então, que Pedro herdou por cabeça e seus sobrinhos herdaram por estirpe, porque herdaram em grupo, dividindo entre si uma quota igual à que o tio recebeu.

Sendo assim, quase sempre se herda por cabeça. Só se herda por estirpe quando os herdeiros estão no exercício do direito de representação, ou seja, representando alguém que já morreu na sucessão daquele de quem o referido “alguém” teria sido herdeiro legítimo.

Exemplificando, então, a primeira hipótese mencionada no art. 1.832: morreu Mateus deixando viúva e cinco filhos. O regime era o da comunhão parcial de bens e o falecido deixou bens particulares. Sendo assim, ela concorre com os filhos (art. 1.829, I). Supondo que a herança seja no valor de R\$ 100.000,00, e devendo a viúva receber um quinhão “igual ao dos que sucederem por cabeça”, divide-se a herança em tantas partes quantos sejam os herdeiros e mais uma, isto é, no caso do exemplo dado, em seis partes, cabendo uma a cada um dos cinco filhos e outra à viúva. Isto daria quinhões individuais e iguais no valor de R\$ 16.670,00, faltando, no total, R\$ 0,02 (dois centavos), “diferença” esta que, para evitar querelas, o autor deste trabalho se compromete a pagar a quem de direito, à vista e em espécie...

Se, porém, os cinco filhos deixados por Mateus também o forem de sua viúva, então esta terá uma quarta parte da herança,

ou seja, R\$ 25.000,00, dividindo-se os restantes R\$ 75.000,00 entre os cinco filhos, o que daria R\$ 15.000,00 para cada um.

E se houver descendentes comuns e não comuns? Nesse caso, fica afastado o direito do cônjuge à quarta parte da herança, pois o que a lei diz é que o seu quinhão não poderá “ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. “*Dos* herdeiros” e não “*de* (alguns) herdeiros”. Logo, não sendo ascendente *dos* (de todos os) herdeiros com que concorrer, não terá direito àquele privilégio.

A não se entender assim, como se entenderia, sem agressão à lógica e ao bom senso? É claro que o cônjuge não terá *sempre* direito à quarta parte da herança; fosse esta a intenção do legislador, não haveria a ressalva: “se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Por outro lado, se fosse para dividir primeiro a herança e depois encontrar a quarta parte apenas nos bens herdados pelos descendentes comuns, então os descendentes não comuns é que ficariam livres da concorrência, e neste caso restaria desatendido o art. 1.829, I, que a impôs entre o cônjuge sobrevivente e *todos* os descendentes do falecido.

Concorre ainda o cônjuge com outra classe de herdeiros: os ascendentes, conforme estabelece o art. 1.829, II. Esta é outra novidade do Código atual, decorrendo, assim como no caso anterior, do fato de que o cônjuge foi incluído entre os herdeiros necessários (art. 1.854).

A esta matéria, reporta-se também o art. 1.837, assim redigido: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Ascendentes em primeiro grau são os pais, que ficarão, então, com dois terços da herança, cabendo ao cônjuge sobrevivente o terço restante. Se sobreviverem ao falecido apenas o pai ou apenas a mãe, aumenta a participação do(a) viúvo(a), que passa a ser em metade do acervo hereditário, o que também ocorrerá se o ascendente ou ascendentes sobreviventes forem de grau maior do que o primeiro, ou seja, se o falecido não deixou pai nem mãe mas deixou avó ou avós, ou até, somente bisavós, hipótese remota mas não impossível.

No caso de os ascendentes do falecido serem seus avós, estes recebem, como visto, a metade da herança. E se forem três estes avós, por exemplo, o avô e a avó maternos e o avô paterno, a parte que lhes cabe não será dividida por três, mas por dois, uma para os avós maternos e a outra para o avô paterno, nisso não havendo novidade em relação ao Código anterior. A regra está no art. 1.836, § 2º:

“Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna”. É o caso: igualdade em grau = todos são ascendentes do falecido em segundo grau; diversidade em linha = uns são da linha materna e os outros da linha paterna.

Esclareça-se que a concorrência do cônjuge com os ascendentes independe do regime de bens e do fato de serem tais bens comuns ou particulares.

Consideramos que não foi feliz o legislador ao instituir, nos termos em que o fez, a concorrência do cônjuge também com os ascendentes. Pelo menos, deveria ter sido tal participação atenuada, ou excluída mesmo, no caso de o falecido ter sido casado no regime da comunhão universal de bens e em havendo patrimônio comum. O cônjuge, além da meação, fica com os benefícios previdenciários e com os seguros, valendo ressaltar a crescente expansão da rede de previdência privada e do uso do seguro em grupo. Os ascendentes, ao contrário, não são contemplados com coisa alguma após a morte do descendente, no qual, entretanto, às vezes muito investiram, afora os trabalhos e ônus, de variada natureza, decorrentes da criação e educação, e justamente quando, já idosos, sentem aumentar seus gastos e diminuir suas forças e rendimentos, além de haverem perdido o socorro que muitas vezes lhes dava o falecido. É claro que existirão situações em que o patrimônio do casal foi adquirido em grande ou até maior parte pelo esforço do cônjuge sobrevivente, mas isso já está coberto pela meação nos mesmos bens.

Haverá, é óbvio, opiniões em sentido diferente da que estamos manifestando, e nisso não há solução mais razoável ou menos razoável do ponto de vista estritamente jurídico, porque é matéria em cuja consideração entram razões e sentimentos de

outra ordem. De qualquer forma, se tivéssemos o hábito do testamento, ou se, por uma questão apenas cultural, não encarássemos com tanta indiferença ou desconfiança as alternativas oferecidas por esse instituto, de prática milenar, para se prevenir eventuais distorções (sempre verificáveis diante do caso concreto) a influírem no processo sucessório das pessoas naturais, esta e outras possibilidades, capazes, em tese, de gerar injustiças, poderiam ser corrigidas ou atenuadas.

A abordagem do problema da concorrência entre cônjuge e descendentes e ascendentes acabou por nos fazer adiantar as considerações cabíveis em torno dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, o qual recebe sozinho a herança do falecido, ou seja, sem concorrentes, no caso de ter chegado a sua vez na ordem da vocação hereditária, na qual ele figura como terceiro colocado, nos termos do art. 1.829, segundo o qual a sucessão legítima defere-se: *III – ao cônjuge sobrevivente*”.

Aqui, como dito, ele não concorre com ninguém, nem seu direito hereditário tem qualquer relação com regime de bens. É que, à falta de descendentes e ascendentes, chegou a sua vez entre os herdeiros legítimos.

Entretanto, não só neste caso, o de ter chegado a sua vez de herdar, mas também no caso de concorrência com descendentes ou ascendentes, o cônjuge tem seu direito condicionado às hipóteses do art. 1.830: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Portanto, estando separado judicialmente o casal à data do óbito (quando se inicia o processo sucessório), não há falar em direitos hereditários do cônjuge. A hipótese de divórcio não está mencionada no dispositivo, pela óbvia razão de que, depois do divórcio, não há cônjuge, mas ex-cônjuge, e ex-cônjuge não participa, a título nenhum, da sucessão legítima. No caso de separação de fato há menos de dois anos (sempre se tomando como data-base aquela em que ocorreu o óbito), nenhuma restrição sofre o direito do cônjuge, mas, se a separação contar mais de

dois anos, ele será afastado da sucessão, “salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Esta prova deve ser feita, em princípio, não nos autos do inventário, mas em processo à parte, pelas chamadas vias ordinárias. Nada impede, entretanto, que, sendo documental, possa ser apresentada ao Juiz do inventário e por este considerada, ouvidos, naturalmente, os demais interessados. Seria o caso, por exemplo, da inicial de uma ação de oferta de alimentos em que o ofertante, informando que deixou a residência do casal, diz que o fez simplesmente porque deseja reconstituir sua vida com outra pessoa, em nada culpando seu cônjuge por esta situação. Ou uma carta ou declaração de que constem afirmações do mesmo gênero. Enfim, se o cônjuge sobrevivente dispõe de qualquer prova documental no sentido de que a ruptura da vida em comum deu-se sem culpa dele, esta prova pode perfeitamente ser acolhida no Juízo do inventário, desnecessário, assim, um procedimento à parte.

Ainda que, como se verifica, tenha sido favorecido pelo novo Código Civil, que o alçou à condição de herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente perdeu pelo menos uma vantagem que o Código anterior lhe conferia: o chamado usufruto viual. Este incidia quando o regime do casamento não fosse o da comunhão universal e consistia no usufruto, enquanto durasse a viuvez, da quarta parte dos bens do falecido, se houvesse herdeiros descendentes, e à metade, se os herdeiros fossem apenas ascendentes.

O que permanece, e agora independentemente do regime de bens, é o direito real de habitação consagrado no art. 1.831, assim redigido: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Na vigência do Código revogado, o direito real de habitação desaparecia se o(a) viúvo(a) contraísse novas núpcias (art. 1.611, § 2º). O texto novo silencia a respeito, pelo que parece razoável concluir que, se casar outra vez, o sobrevivente não perde o direito

real de habitação que adquiriu pela morte do ex-cônjuge. Trata-se, entretanto, de matéria polêmica, pois se poderá objetar que, o(a) viúvo(a) casando-se outra vez, um terceiro, o novo cônjuge passará a desfrutar de direito real de habitação em imóvel alheio e sem necessidade de pagamento de aluguel ao proprietário, o que não seria justo. Todavia, não se poderá impedir que o titular do direito real de habitação admita outra ou outras pessoas como residentes em sua companhia, muito menos se for aquele(a) com quem eventualmente reconstituir sua vida; e por este fato seu direito não pode ser afetado. Vista a questão sob outro ângulo, dir-se-ia que, com o novo casamento, o cônjuge já passou a ter quem o ampare, inclusive materialmente, não sendo necessário nem justo, portanto, que continue a desfrutar de um bem que não é seu e cuja fruição está interdita a quem seja seu legítimo dono. Tal argumento, entretanto, perde força diante do fato de que, hoje, não há prescrição legal do dever de um cônjuge sustentar o outro. Enfim, o problema está aberto à discussão e para ele a jurisprudência haverá de encontrar adequada solução. Nosso entendimento, entretanto, é o manifestado linhas atrás, ou seja, o de que o novo casamento (assim como a união estável) não afeta o direito real de habitação, porque este direito se incorporou ao patrimônio do que o adquiriu, por disposição expressa da lei, nas condições por ela estabelecidas, e a perda de tal direito não está determinada no caso de que se trata. Impõe-se considerar, entretanto, que se o titular do direito vier a adquirir, a qualquer título, outro imóvel residencial, deve liberar aquele em que habitava, para que seus proprietários o utilizem como lhes convier.

O direito real de habitação de que trata o comentado art. 1.831, convém sublinhar, independe da participação do cônjuge na herança, empregada esta palavra, no texto da lei, em sentido amplo (embora sem a desejável precisão técnica), e, pois, abrangendo também a meação. Isso se conclui pela consideração de que, em caso contrário, o direito real de habitação deixaria de existir se o cônjuge não fosse também herdeiro, e, por outro lado, não faria sentido a amplitude que o legislador desejou conferir ao referido benefício: “[...] qualquer que seja o regime de bens”. Assim, o que quer que o cônjuge sobrevivente tenha recebido em razão da morte do *de cujus*, seja por via da meação, seja por via da

herança, não impede que ele tenha assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. O falecido pode até ter deixado outros bens imóveis, mas se havia um só residencial, sobre este recairá o direito real de que se cuida. Se o cônjuge, pois, recebeu veículos, ações, dinheiro, objetos de arte etc., ainda assim terá o direito real de habitação relativamente ao imóvel residencial da família, mesmo que a propriedade deste tenha cabido a outrem, e desde que seja o único daquela natureza a inventariar. É natural e conveniente que, na divisão dos bens, dado o princípio da comodidade da partilha, caiba ao cônjuge sobrevivente, quanto seja possível, o imóvel em que residia com o falecido, mas, se assim não sucedeu, está ele amparado pelo direito real de habitação, o que significa que ali poderá residir (apenas residir, mas não alugar ou ceder a terceiros, pois não se trata de usufruto) sem precisar pagar aluguel a quem seja o proprietário do imóvel.

Colocam-se em quarto lugar entre os herdeiros legítimos os colaterais até o quarto grau. O parentesco na linha colateral ia até o sexto grau (art. 331 do Código de 1.916), mas, para efeitos sucessórios, somente até o quarto grau (art. 1.612). Com o novo Código, a limitação no quarto grau foi trazida para o próprio parentesco na linha oblíqua (art. 1.592). Assim, colaterais de quinto ou maiores graus não são considerados parentes para efeitos jurídicos, porque para efeitos afetivos e genealógicos a lei, é óbvio, não pode impor critérios, nada impedindo assim que consideremos “primos”, por exemplo, os tetranetos dos irmãos de nossos tetravós... Mas não para a lei que restringe muito o parentesco nessa linha. Exemplos de colaterais de quarto grau: os chamados “primos-irmãos” (aqueles cujos pais ou mães são irmãos), o irmão do avô (chamado “tio-avô”), o neto do irmão.

Na linha colateral, tal como na linha descendente (não, entretanto, na ascendente), existe o direito de representação. Limita-se, porém, aos sobrinhos, ou primeiros sobrinhos (como se chamava no direito canônico), não se estendendo aos parentes conhecidos como sobrinhos-netos. Assim, se morreu uma pessoa cujos herdeiros são os colaterais (pela inexistência de descenden-

tes, ascendentes e cônjuge) e esta pessoa deixou dois irmãos e quatro sobrinhos, filhos de um outro irmão que morreu antes, a herança será dividida em três partes, uma para cada irmão do falecido e outra para os quatro sobrinhos. Se os sobrinhos, porém, eram cinco, e um deles morreu antes do tio, deixando também filhos, tais filhos, sobrinhos-netos do *de cujus*, nada herdarão. Sobre o tema é clara a disposição do art. 1.840: “Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos”. Aos filhos de irmãos: não, portanto, aos netos de irmãos.

Embora não tenha lugar na ordem da sucessão legítima, porque ordem pressupõe hierarquia, precedência ou preferência, o que não é o caso, o companheiro ou companheira pode suceder nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições a que se refere o art. 1.790.

É a seguinte a redação desse dispositivo: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Antes de examinarmos as diferentes hipóteses aí contempladas, convém termos presentes três coisas: 1º) o direito sucessório instituído pelo art. 1.790 é sobre os bens adquiridos *onerosamente* e apenas os que o forem *na vigência da união estável*, convido esclarecer que a aquisição não precisa ter sido feita pelos dois, bastando que tenha sido onerosa; 2º) tal direito não se confunde com o referente à meação, que incidirá necessariamente sobre os referidos bens, pois se aplicam, no caso, as regras sobre o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros (art. 1.725 c/c art. 1.660); 3º) o companheiro ou companheira, nos bens a que se refere o dispositivo, concorre com todos os herdeiros, variando a extensão (quantificação)

dessa concorrência. Se não houver concorrentes, herda a totalidade da herança.

A hipótese do inciso I é igual à que já vimos quando tratamos do art. 1.832. Não há dificuldade. Se existem três filhos comuns, sendo estes os herdeiros do *de cujus*, a companheira ou companheiro tendo direito a uma quota igual àquela que cada um deles vier a receber, divide-se a herança por quatro partes, uma para cada filho e uma para ele ou ela. Exemplo: herança no valor de R\$ 100.000,00, quatro partes de R\$ 25.000,00 cada uma.

A hipótese do inciso II é de serem herdeiros filhos apenas da pessoa falecida. Nesse caso, o companheiro ou companheira receberá metade do que receber cada um dos filhos. Na mesma herança de R\$ 100.000,00, havendo dois filhos, cada um recebe R\$ 40.000,00 e o companheiro ou companheira, R\$ 20.000,00.

A hipótese do inciso III é a da concorrência com outros parentes sucessíveis, ou seja, com ascendentes, cônjuge ou colaterais, e nesse caso toca-lhe um terço da herança. A possibilidade de concorrência do companheiro ou companheira com o cônjuge do(a) falecido(a) não deve ser excluída, pois o novo Código admite que possa haver união estável “no caso de a pessoa casada se achar separada de fato” (art. 1.723, §1º) e, conforme já vimos, se a separação de fato durar mais de dois anos, sendo que “essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente” (art. 1.830), então teremos possível a união estável de uma pessoa cujo cônjuge, de quem estava separada de fato, pudesse vir a ser seu herdeiro e, assim, nas condições especificadas no artigo, vir a concorrer na sucessão do *de cujus* com a pessoa com quem este convivia. Nossa opinião é a de que o Código, na parte em que tratou da união estável, cometeu um erro, porque se ela aspira à sua conversão em casamento, conforme o texto constitucional que trata da matéria (art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”), os conviventes deverão estar livres para casar-se, daí decorrendo que união estável não deveria existir senão entre pessoas desimpedidas para se casarem. Mas o legislador do Código

Civil não entendeu assim, e o que está disposto sobre a matéria é o que referimos.

Finalmente, a hipótese do inciso IV: não havendo parentes sucessíveis, o companheiro ou companheira herda sozinho. Parentes sucessíveis, ou seja, parentes com direitos sucessórios garantidos pela lei. Por exemplo: a relação biológica pai-filho é parentesco, sem dúvida nenhuma, mas para o Direito tal parentesco somente estará apto a produzir efeitos se a filiação for decorrente do casamento ou, caso contrário, se houver o necessário reconhecimento, voluntário ou forçado, ou, pelo menos, que haja, ainda que em âmbito limitado, prova judicial da referida relação (art. 1.705).

Tudo parece explicado, no referente ao art. 1.790. Mas faltou indagar (e, naturalmente, responder à indagação...): e se alguns dos descendentes do *de cujus* forem comuns e outros não? Ou seja, na hipótese mais freqüente: se ele deixou filhos com a esposa e com a companheira, como se procederá, à vista da redação dos incisos I e II? Vejamos um exemplo. O falecido deixou bens adquiridos onerosamente na constância da união estável em que vivia, no valor de R\$ 240.000,00. A companheira tem direito, desde logo, à meação, no valor de R\$ 120.000,00. É também este, pois, o valor da herança (referentemente àqueles bens, é evidente; se houver mais bens, neles não terá a companheira nenhuma participação, a título algum). O falecido tinha seis filhos, sendo três da esposa de quem era divorciado e três da companheira. Os primeiros devem perder mais em favor da mãe, que terá uma parte igual a cada um deles, e os segundos deverão dividir alguma com ela também, mas perderão menos, porque ao invés de uma parte igual à de cada um deles, ela terá direito apenas à metade. Em princípio, sendo seis filhos e havendo uma herança de R\$ 120.000,00, cada um receberia R\$ 20.000,00. Mas cada um deles tem que perder alguma coisa em favor da concorrente. Então, os primeiros, os filhos comuns, perdem cada um R\$ 5.000,00, recebendo, pois, quotas individuais de R\$ 15.000,00. Os três, em conjunto, perderão R\$ 15.000,00, que serão entregues à mãe deles. Assim, ficará atendida a lei (art. 1.790, I): ela recebeu uma parte igual (“uma quota equivalente”) à de cada um dos filhos comuns

com que concorreu. Quanto aos outros três, com os quais ela concorre em proporção menor, cada um deles receberia também R\$ 20.000,00, mas vai perder R\$ 2.857,15, ficando, pois, com R\$ 17.142,85. A metade desta importância é R\$ 8.571,42. Multiplicando-se R\$ 2.857,15 por três, tem-se R\$ 8.571,45. Ficou atendida a lei: a companheira recebeu metade do que coube a cada um dos descendentes do falecido que não eram também descendentes dela (art. 1.790, II). Ah, sim: há uma diferença de R\$ 0,03 (três centavos), o que, se espera, não seja objeto de nenhuma reclamação...

O Código anterior relacionava ainda, entre os herdeiros legítimos, os Municípios, o Distrito Federal e a União (art. 1.603, V). Continuam tais entes a recolher a herança de quem não tem outros sucessores, mas não integram mais aquela relação, sendo contemplados separadamente no art. 1.844, assim redigido: “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizado nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

A dúvida que o dispositivo sugere é se, não havendo nenhum dos herdeiros relacionados no art. 1.829, a herança vai para o Estado ou será deferida ao companheiro.

Se a intenção do legislador foi, em tais casos, beneficiar o companheiro, como parece mais razoável e justo, deve sem demora alterar o referido dispositivo, porque, do modo como dispôs, neste e em outros artigos que lhe são correlatos, não disse o que supostamente pretendeu dizer.

O art. 1.819, que abre o capítulo referente à herança jacente, estabelece o seguinte: “Falecendo alguém sem deixar testamento, nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e a administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância”.

Condição, pois, para recolher a herança vacante é ser herdeiro legítimo, coisa que o companheiro não é, pois não figura na relação do art. 1.829.

Por outro lado, a referência a “cônjuge ou companheiro”, feita no art. 1.844, deve ser entendida como cônjuge ou companheiro com direito à sucessão, tal como ocorre com os parentes: “parentes sucessíveis”, expressão esta que não poderia abranger cônjuges e companheiros por não serem estes considerados parentes, mas, se para os parentes a lei exige a condição de sucessível, não haveria porque dispensá-la em relação a cônjuges e companheiros.

Assinala-se que o falecido pode ter deixado cônjuge não sucessível. Seria o caso, por exemplo, do casal separado de fato há mais de dois anos, sem que a separação tivesse ocorrido por culpa do *de cuius*. Este teria deixado cônjuge, mas cônjuge não sucessível, ou seja, sem direito sucessório (art. 1.830). Portanto, pode-se falar em cônjuge sucessível, porque há, como visto, o cônjuge não sucessível. Da mesma maneira, pode-se falar em companheiro sucessível, e este é o companheiro nas condições do art. 1.790.

Assim, a melhor leitura, leitura sistêmica, inclusive, do art. 1.844, é que a herança é deferida ao Estado se não houver cônjuge, companheiro ou parente em condições legais de ser herdeiro, valendo lembrar que o testamento é o recurso posto pela lei à disposição das pessoas justamente para, também, prevenir ou corrigir situações de inconveniência ou injustiça criadas pela aplicação da norma geral ao caso concreto, sem contar que o legislador pode e deve, a qualquer tempo, melhorar sua obra, quase sempre bem inspirada, mas muitas vezes mal formulada...

ENSINO DO DIREITO: A CAMINHADA PARA A EDUCAÇÃO JURÍDICA

Adelcio Machado dos Santos*

Resumo

O mundo globalizado e aproximado pela informática está estabelecendo novos paradigmas. O obsoletismo e o natural conservadorismo dos estudiosos do Direito fazem com que se observe, com perplexidade, tal panorama. Após alguns anos da assinatura da Portaria MEC n. 1.886/94, que fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, assim como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pode-se afirmar, surpreendentemente, que ela se ocupa mais com os resultados negativos do que com os positivos no dito processo de modernização do ensino jurídico. Dos bancos acadêmicos saem muito mais profissionais do que o mercado de trabalho está apto a absorver. Entretanto, protesta-se carência de capacitados operadores do Direito. Tal fato pode ser creditado, em

* *Advogado, Mestre em Relações Internacionais e Especialista em Direito e Negócios Internacionais e em Direito Civil, Professor de Direito Internacional, Presidente do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina.*

grande parte, ao caráter positivista do ensino de graduação que está em vigência. Destarte, observa-se a importância de considerar que os estudantes de Direito, os educadores em todas as áreas jurídicas e, por consequência, suas profissões, ponderem sobre o conjunto de aptidões exigidas ao jurista coevo, com o intuito de que este evolua da matriz normativa positivista para a interdisciplinaridade, impregnado de humanismo, partindo da simples memorização de códigos para a Filosofia do Direito, do ensino de leis, para o ensino da justiça.

Introdução

Dentre os Cursos de Graduação, o de Direito exerceu pioneirismo no Brasil. Desde 1827, quando foram autorizados os cursos jurídicos pelo Imperador D. Pedro I, para operar em São Paulo e em Olinda, até o presente, centenas de outros cursos foram criados e estão produzindo milhares de bacharéis a cada semestre.

Nem todos os graduados são absorvidos pelo mercado de trabalho. E esta crescente demanda pelo ensino jurídico deverá ter como correspondente uma reflexão mais profunda, sobre a metodologia do aprendizado, sobre a constituição dos formadores e sobre as alternativas apresentadas ao concluinte do Bacharelado.

O mundo globalizado e aproximado pela informática está estabelecendo novos paradigmas. O obsolescência e o natural conservadorismo dos estudiosos do Direito fazem com que se observe com perplexidade tal panorama.

É digno de consideração que os estudantes de Direito, os educadores em todas as áreas jurídicas e, por consequência, seus ofícios, ponderem sobre o conjunto de aptidões exigidas ao operador contemporâneo, com o intuito de que este evolua da matriz normativa positivista para a interdisciplinaridade, impregnado de humanismo, partindo da simples memorização de códigos

gos para a Filosofia do Direito¹, do ensino de leis, para o ensino da justiça.

A conjuntura atual

Arruda Jr. (1989), em diagnóstico ainda atual, já argumentava que se configura evidente singular composto de “crises” abrangendo o conjunto das três entidades, a saber: Curso de Graduação em Direito, *corpo docente* e *corpo discente*. Crises estas que são expressas por meio de algumas constatações prontamente presentes no senso comum, tais como:

- crise do ensino, “inadequado”;
- crise de identidade dos bacharéis em direito em face do mercado de trabalho, “saturado”;
- crise do Poder Judiciário, “congestionado”, “burocratizado”;
- crise da própria noção de justiça, “desprestigiada”, “questionada”.

Não se pode deixar de lembrar, conforme enfatiza Hironaka (2003), que após alguns anos da promulgação da Portaria MEC n. 1.886/94, que fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, assim como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pode-se afirmar, surpreendentemente, que ela se ocupa mais com os resultados negativos do que com os positivos no dito processo de modernização do ensino jurídico.

Afinal, ainda na opinião de Hironaka (2003, p. 42), “hoje, em lugar de se comemorar as conquistas da reformulação obrigatória de currículos de graduação e pós-graduação, de seleção de docentes e discentes, da infra-estrutura de cada instituição de

1 De acordo com Severino (*apud* Nalini, 1998, p. 6) “em pelo menos três aspectos tem sido anotada como relevante a contribuição da filosofia para a educação. O primeiro considera o homem o sujeito fundamental da educação. A função da filosofia da educação será integrar conteúdos das ciências humanas, com vistas a uma visão integrada do homem. O segundo parte do pressuposto de que a educação é prática social. A filosofia fará refletir sobre os fins da educação e responder à indagação: ‘Para que educar?’ vinculando o agir com os valores a perseguir. E o terceiro concerne à consciência, o *locus* privilegiado das ilusões, dos equívocos e do falseamento da realidade. Ela pode conduzir à legitimação de interesses de certos grupos, como se foram universais, ou à educação de conteúdos tidos por verazes e válidos, quando são meramente ideológicos”.

ensino superior, dos procedimentos e métodos adotados nos cursos, o que temos diante de nós é uma coleção de fracassos. É triste e é constrangedor falar de fracassos em vez de sucessos, no nosso percurso universitário; mas não cabe maquiagem a realidade, exatamente porque nosso centro de atenção e interesse é o de discutir, com a máxima seriedade, o tema da qualidade do ensino jurídico”.

Há de ser lembrado que a gestação da cultura universitária foi extensa, apresentando no seu desenrolar alguns atropelos, conforme enfatiza Bittar (2001).

De acordo com o doutrinador supra-aludido, para que o atual perfil da educação superior se instaurasse, configurou-se imprescindível a ruptura de determinados dogmas, a vitória sobre algumas resistências sociais.

Aquela época possuiu, em seu prole, o momento e o contexto social. Agora, uma vez que não apenas o mercado e as transações se reacendem aos poucos, o ensino distancia-se do modelo paternalista em que se encontrava, quando o mestre, na maioria das vezes instruído da didática, do sacerdócio e da pregação, era considerado o senhor da verdade revelada.

A admissão da leitura de Aristóteles no Ocidente, posteriormente múltiplos expurgos, especialmente por meio de Alberto Magno e Tomás de Aquino, cristalizou esse processo de formação da cultura universitária, que demandava autonomia, mas que para isso exigia maior sedimentação da constituição filosófica e científica dos espíritos (Bittar, 2001).

O ensino do Direito, na opinião de Rodrigues (2000), faz parte do pensamento de todos que, conectados ao mundo jurídico, querem uma democracia ativa para o Brasil. Neste, as inquietações com o ensino jurídico têm-se voltado notadamente para os problemas didático-pedagógicos, mais apropriados ao ensino do Direito, e de matriz curricular mais acertada.

Depreende-se do entendimento de Rodrigues (2000), no que se refere à realidade do ensino jurídico no Brasil, que este não forma, não prepara bacharéis da maneira como deveria.

Dos bancos acadêmicos saem muito mais profissionais do que o mercado de trabalho está apto a absorver. Entretanto, pro-

testa-se que faltam bons profissionais. Tal fato pode ser creditado, em grande parte, ao paradigma do positivismo imperante no ensino de graduação implementado.

Medina (2003) afirma que a Ordem dos Advogados do Brasil tem responsabilidade bem determinada no campo do ensino jurídico, e por isso, não lhe permitindo ser indiferente, na forma como ele é aplicado ou às reformas que nele tenham pretensão de inserir. De maneira especial, diz o autor, partindo da vigência do atual Estatuto, a Ordem direcionou sua atenção para o ensino do Direito, buscando, com isso, não só acompanhá-lo com veemência, mas, ao mesmo tempo, concorrer para o seu desenvolvimento, com decidido comprometimento. Destarte, é legítimo e constitucional o Exame da Ordem. Mais: é imprescindível, visto que o art. 48 da LDB separou a formação acadêmica do exercício de qualquer ofício. Por conseguinte, merecem aplausos os esforços e as preocupações da corporação em relação aos cursos de graduação.

O ensino jurídico existente atualmente, segundo Rodrigues (2000), está caracterizado pelo tradicionalismo e pelo conservadorismo. Isso deve-se à inclinação de analisar os fatos apenas pelo seu lado operacional e útil, tanto no pensamento como na cultura jurídica brasileiros.

Tal ensino ignora as necessidades sociais, já que está restrito à apreciação da legitimidade e da validade das normas, não levando em conta a questão de sua eficácia e legitimidade. Este fato faz mister a atenção à Política do Direito, destacando-se, no labor doutrinário, o Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo.

O tradicionalismo do ensino, infenso à metodologia e à didática, ensejou superestimação do aprendizado, relevando a decoreba, e o exercício operacional de uma teoria ficou esquecido. O tipo de aula predominantemente utilizada continua sendo a aula-conferência. Ademais, os próprios alunos contribuem para tal conjuntura, ao desprezarem matérias essenciais para a formação do jurista, à guisa de exemplo a Filosofia e a Sociologia do Direito.

A demanda pelos cursos de Direito

Na concepção de Martinez (2003), no decurso de seu desenvolvimento histórico, o ensino jurídico no Brasil atravessou três fases distintas. Essa demarcação conecta-se com os três períodos de relevo na realidade política brasileira, em face da supremacia dos modelos de Estado Liberal, Estado Social e Estado Neoliberal.

A primeira fase tem como ponto de partida o incremento do paradigma liberal ainda no Brasil Império. Num segundo momento, o contexto histórico será o do Estado Social juntamente com os governos autoritários. Complementando esse processo, observa-se uma terceira etapa demarcada, em princípio, pela promulgação da Constituição Federal de 1988, e com o surgimento da Portaria n. 1.886/94 do MEC. A tentativa de alterar o modelo de ensino jurídico gerou intensos conflitos. Contudo, judicialmente, ficou mantida a vigência da Portaria.

Melo Filho (*apud* Martinez, 2003) assevera que as estatísticas dadas a lume, em 1993, ofereciam a informação de que o mercado de faculdades de Direito compreendia 186 cursos no Brasil, os quais conservavam a mesma composição curricular tradicional desde a reforma do ensino, datada de 1973. Como consequência dessa política, deparamos com “a existência de um ensino reprodutor, deformador e insatisfatório na preparação de bacharéis para um mercado profissional saturado”.

Impende concordar com Junqueira (1999), para quem a existência de uma grande demanda pelos cursos de Direito explica a possibilidade de se oferecer um produto de baixa qualidade, oneroso e similar aos oferecidos por outras empresas nesse mesmo mercado.

No entanto, em que pese a vultosa cifra de cursos, poucos projetos apresentam novidades ou buscam novos paradigmas.

De acordo com a autora, os Cursos de Graduação em Direito não devem prosseguir sobrevivendo de modo indefinido nessa lógica. Considerando a experiência obtida, há demonstração de

que a taxa de evasão é muito grande: as disputadas vagas para o ingresso na educação superior são, no segundo e no terceiro anos, abandonadas por estudantes que não têm aptidão intelectual para cumprir as exigências de um curso superior — a menos que a qualidade deste permaneça ainda mais em declínio — ou recursos financeiros para pagar as elevadas mensalidades dos estabelecimentos particulares, que recrutam seus alunos precisamente na classe média-baixa da população.

Os escassos alunos que, com amplos sacrifícios pessoais, chegam ao final do curso, sentem-se decepcionados ao constatarem que seus diplomas pouco significam e que, ao terem sido profissionalizados para tudo (dentro da visão generalista dos Cursos de Graduação do Direito), eles não dispõem de passaporte para ingresso na classe dominante. Ao optarem pelo curso, tais alunos esquecem que os membros da classe dominante não chegaram lá graças ao diploma, mas por outros quesitos socioeconômicos existentes antes e ao lado da educação escolar.

Não obstante, o diploma constitui o precípuo escopo do aluno de Direito, e ele procura no curso uma formação geral que lhe abra, imagine ele, o portal da classe dominante.

Encontrando-se os cursos de Direito saturados, há um desvio dos egressos para o mercado parajurídico, que os absorve em razão do caráter pretensamente generalista que lhes foi ministrado. Observa-se que a crise do ensino não é simplesmente pedagógica. É, antes de tudo, um problema político.

É possível observar, na atualidade, a necessidade de intensas discussões sobre os projetos pedagógicos dos Cursos de Graduação em Direito, para viabilizar uma matriz curricular mais flexível, que, igualmente, sincronize as realidades sociais e regionais. Torna-se necessário, também, que se admita, a par da aula-conferência, que é imprescindível em virtude de fatores histórico-culturais, outras alternativas de metodologias e técnicas didático-pedagógicas que tornem viável a implantação de uma educação participativa.

Com o estabelecimento da educação jurídica, que objetiva o desenvolvimento de uma visão crítica do fenômeno jurídico,

aumentará a qualificação e a dedicação do corpo docente, a exigir maior dedicação do corpo discente.

No entanto, existem controvérsias no que diz respeito à questão da substituição da aula-conferência por diferentes maneiras didático-pedagógicas, porém mais participativas. De qualquer forma, o controle do conteúdo continuará sendo de responsabilidade do mestre. Em uma conferência didática, já que os alunos não participam de forma ativa, um professor crítico e consciente do seu papel fruirá a possibilidade de efetuar abordagem interdisciplinar do objeto, demonstrando suas diferentes visões e antinomias, proporcionando a compreensão da totalidade do tema em estudo.

Planejar cuidadosamente, requerendo mais qualidade do corpo docente, é uma questão importante, porém perigosa. Se a habilidade do docente estiver restrita a uma qualificação dogmática, ela servirá somente como reforço para o *status quo*. O docente que dispõe de domínio total do conteúdo dogmático tem aptidões para ser um bom professor, no entanto nunca será um educador. Para ser um bom mestre, é necessário também possuir noções de didática.

Releva, igualmente, colimar duas constatações importantes: grande parte dos egressos dos cursos de direito não trabalha no mercado jurídico, e, sim, naquele que vários doutrinadores denominam “parajurídico”, sendo a maioria absorvida pelo Estado e não pela livre iniciativa. Como não poderia deixar de ser, o devaneio latino do cargo público se faz presente nesta problemática.

O ensino jurídico é produzido em etapas concomitantes: a primeira diz respeito ao método de abordagem do fenômeno jurídico; a segunda ao objeto que é transmitido, e a terceira refere-se à metodologia didático-pedagógica pela qual se transmite o objeto.

Os pontos principais dessa trilogia são o método e o objetivo do conhecimento. Que objeto se almeja conhecer e qual a melhor maneira de conhecê-lo? E para concretizar mudanças verdadeiras nesse âmbito, não bastam reformas. Faz-se mister a troca do paradigma predominante na Ciência do Direito.

Em seus mais diversos matizes, o positivismo e o jusnaturalismo têm sido, no ensino jurídico brasileiro, as duas antíteses nas quais se têm centrado as discussões acadêmicas.

Desde o ocaso do Império, o positivismo é reputado como a doutrina dominante, sendo o retorno ao direito natural a forma frequente pela qual os juristas têm tentado enfrentar as contínuas crises do Direito.

Doutrina antimetafísica, no Brasil, o positivismo tem-se fixado, à apreciação do conjunto normativo positivado pelo Estado, e, com isso, não consegue ultrapassar o direito posto, apenas reproduzi-lo.

Ideário metafísico, o jusnaturalismo prescinde o Direito da sociedade e o coloca em nível ideal. O cariz metafísico do jusnaturalismo, por tentar abranger o Direito fora da realidade social, tendo-o como padrão de julgamento do direito positivo, não apresenta condições de apreendê-lo em sua totalidade.

A apreciação da questão da metodologia da ciência do Direito, quando se exprime a crise do ensino jurídico, é basilar, pois não é suficiente mudar a forma de ensinar o Direito, e, sim, a maneira de assimilá-la, para que se possa então conhecê-lo. É indispensável modificar a teoria jurídica para poder colocá-lo a serviço da democracia e da justiça social.

A partir de novos enfoques sobre o Direito, pode-se reconsiderar o ensino jurídico. Não se pode mudar estruturalmente o ensino do Direito a não ser revolucionando a própria teoria jurídica dominante. Torna-se imprescindível implodir a estrutura existente e construir uma nova.

O senso comum e os preconceitos instituídos, que assinalam o padrão de normalidade, buscam descaracterizar o discurso limítrofe, evidenciando-o como ideológico e irreal. Posto, todo paradigma procura distorcer aquilo que se lhe contesta, como forma de autopreservação. No entanto, a sua unilateralidade e a sua univocidade põem a descoberto a sua própria irrealidade.

A metodologia de ensino do Direito reflete a lógica do que se entende por Direito. Há conexão entre a didática arcaica e a concepção positivista do fenômeno jurídico.

Quiçá seja o momento de partir para uma luta imaginária, tentando o aproveitamento efetivo de novas propostas não conectadas ao reformismo instituído. As expectativas de alteração fidedigna do ensino jurídico atualmente ministrado talvez só possam trilhar esse caminho.

Historicamente, o ensino jurídico no Brasil foi marcado por estar desvinculado inexoravelmente da realidade social e por suas sucessivas crises e reformas. Essas se restringiram essencialmente à questão curricular, nunca tendo logrado o efeito aspirado.

Para novas pesquisas sobre o assunto, Rodrigues (2000) recomenda alguns pontos de referência, porém não pretende solucionar problemas do ensino de Direito no Brasil, até porque, o autor acredita ser um problema bastante complexo. Este procura traçar perspectivas que, quem sabe, possam se tornar soluções para a questão do ensino jurídico.

O autor provoca a discussão para uma questão que tem limitado a liberdade das instituições de educação superior na programação de cursos, mediante critérios pedagógicos, inclinados à preparação de graduados, destinados ao mercado de trabalho com a precisa qualificação, levando em conta os processos evolutivos de transformação nas técnicas e nos instrumentos de trabalho. O Estado não pode adotar os critérios empresariais para a avaliação dos serviços públicos. As políticas com intuito de avaliar a Educação devem sempre considerar as metas de Justiça Social.

Regulamentação profissional é serviço público, visto que, em última análise, visa à proteção da sociedade civil, constituindo, destarte, instrumental de proteção à coletividade.

A função dos estágios, na educação de estudantes de Direito, deve ser merecedora de uma especial atenção no método de formação profissional, sobretudo se for levado em consideração o valor social do bacharel em Direito na prática judicial dos conflitos civis.

A partir do momento em que o aluno ingressa num estágio em um núcleo de atividades interdisciplinares, em organismos oficiais do Estado, em procuradorias, em cartórios ou em outros locais com atividades afins, haverá o incentivo das atividades diri-

gidas e abertas de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, bem como o dos procedimentos judiciários.

O ensino jurídico, na medida em que está condicionado pelo ambiente positivista, ajuíza interesses restritos relacionados à sociedade, e não elabora padrões de qualidade que permitem ao aluno do curso de graduação de Direito pensar a sociedade na dimensão jurídica de seus problemas.

A praxe do ensino jurídico não estimula a percepção e a compreensão normativa da vida social no seu processo de mudanças. No entanto, transmite um conhecimento abstrato e dogmático, desvinculado das suas referências de realidade.

A exigência de habilitação profissional, mediante formação escolar metódica e obtenção do diploma, constitui uma necessidade. No entanto jamais se deve desconsiderar a separação entre formação acadêmica e exercício funcional, na forma do art 48 da LDB. Portanto, o curso de graduação não é apenas técnica, mas é toda uma formação. Em outras palavras, uma educação jurídica e não apenas ensino.

Os alunos não devem apenas decorar os códigos, mas devem, isto sim, aprender a pensar os códigos, colimando a compreensão jurídica dos fatos sociais. Pensar os códigos representa para o conteúdo dos currículos jurídicos uma verdadeira revolução, não apenas didática, mas de perspectivas. Com isso poderão, quem sabe, melhorar o próprio currículo e o aprendizado acadêmico.

Essa atuação é louvável, porém as reivindicações só poderão merecer aceitação na medida em que, ao solucionarem os problemas da classe reivindicante, não acarretarem desnecessários impedimentos ou desequilíbrios no contexto social do trabalho. Não devem produzir ilegítima limitação ao direito de todos, ainda que respaldadas normativamente. Não é a posse do diploma que faz uma atividade ética.

A educação brasileira ainda não está pronta; encontra-se em construção. Não existe um paradigma pronto e plenamente viável, mas o modelo tradicional em vigência não tem suprido as exigências sociais e culturais brasileiras nas últimas décadas, quais sejam, a estruturação de uma nova escola pública com um

currículo e prática pedagógica plausíveis para corresponder às expectativas da sociedade brasileira, totalmente coesa com o projeto de reorganização da classe pedagoga, e ainda com o projeto de reestruturação social. Eis por que a relevância de os Cursos de Graduação em Direito deverem apropriar-se da cultura gerada em outros setores acerca do projeto pedagógico ou do projeto político-pedagógico, não no sentido formal de produção de documentos para as gavetas, mas sim de elaborar diretrizes para a condução da realidade, evitando o improviso.

A questão da metodologia de ensino, a ser utilizada em sala de aula, é o outro grande debate existente na República no tocante à decantada “crise” do ensino do Direito. A maioria dos especialistas defende a necessidade de substituição da aula magistral por formas de aulas mais participativas.

Na opinião de Ferreira Sobrinho (1997), os Cursos de Graduação em Direito, observadas as exceções de estilo, municiam o modelo de como não deve ser a educação superior. Professores fazem a leitura de fichas empoeiradas, de forma enfadonha, sugerindo estar a Ciência Jurídica congelada no tempo. Ao que tudo indica, diagnostica o doutrinador aludido, os grandes nomes do Direito determinaram que suas obras fossem embalsamadas, de modo que não sofressem a ação predadora do tempo.

Por sua vez, os estudantes fazem anotações sem emoção em cadernos igualmente desbotados, olhar distante, como se o ato de assistir aula fosse inosso. Surge, assim, uma estranha atmosfera que envolve professores e alunos em um atuar letárgico, como se de repente a vida começasse a desfilar em câmera lenta.

O paradigma vigente, portanto, padece de uma enfermidade que começa no plano docente e termina na própria sociedade, na medida em que ela, em última análise, recebe de volta os estudantes bacharelados.

No entanto, a maior lesão ocorre no nível universitário, uma vez que o Curso de Graduação também receberá, em seus quadros docentes, aqueles profissionais que foram por ela formados à luz do paradigma superado.

Verifica-se, pois, um círculo vicioso: a instituição não educa à luz do novo e recebe o que educou (Ferreira Sobrinho, 1997).

Uma solução estrutural dos problemas atuais do ensino na área do Direito exige, necessariamente, mutação radical do próprio ordenamento político-econômico da República. Sonhar com o novo e lutar pela sua realização já é o primeiro passo para a sua concretização. Marginalidade e utopia talvez sejam o início de um novo caminho.

A implementação de uma nova proposta curricular exige, necessariamente, acentuada flexibilidade metodológica, não só com relação às técnicas de ensino, como também em relação à utilização e desenvolvimento do instrumental de percepção e compreensão do Direito. Destarte, releva a necessidade de uma política de ensino jurídico que incentive harmoniosamente as potencialidades do docente e do aluno, de tal forma que o processo ensino-aprendizagem, muito mais do que a construção de um universo verbal, fosse a solução de muitos problemas dos Cursos de Graduação em Direito.

Deve-se optar por um ensino eminentemente crítico, de modo que o estudante tenha condições de examinar uma determinada realidade, a fim de emitir seu alvitre. Decorar trechos de livros não levará a nada, salvo a uma demonstração da capacidade de memorização, o que é muito pouco para quem pretende ter uma visão crítica daquilo que estuda nos bancos escolares (Ferreira Sobrinho, 1997).

A visão crítica do Direito, recolhida na educação superior, deverá acompanhar o bacharel em todos os instantes de sua vida na advocacia, no Ministério Público, na Magistratura e na docência. Sem crítica consciente não é possível falar honestamente de saber enraizado. Se houve assimilação de determinado tema também haverá a possibilidade de o assimilador discuti-lo de forma fluente.

Nalini (1998) exalta que o operador do Direito, chamado a fazer incidir a norma no mundo real, deve ser fruto de uma formação consistente. O sistema de memorização do direito positivo codificado, mediante preleções a cargo de docentes desestimulados, mal remunerados e com o interesse voltado a outras ocupações, em definitivo não está funcionando.

Considerações finais

A absorção do conhecimento de cada geração inibe que o ensino jurídico siga dando respostas mortas a perguntas vivas, encastelando-se no formalismo das normas legais em atrito e dissonância com a evolução social e científica. Ademais, os cursos jurídicos não devem limitar-se a encontrar pequenas respostas, devem formular grandes e novas perguntas, pois é no momento em que o saber jurídico se renova pelo conhecimento de cada geração, que o ensino jurídico cumpre plenamente seu papel.

Contudo, isso não quer dizer que o estudante curse a educação superior exclusivamente para a obtenção do diploma. Deve ter a preocupação com a efetiva qualificação profissional, pois, como certificação escolar, o diploma tem muito pouco a ver com a capacidade efetiva de quem o conquista. Sabe-se que ele, muitas vezes, representa credencial vazia de conteúdo e nem sempre funciona.

Posições de relativa importância são realmente assimiladas no exercício da função e não na instituição escolar. O conhecimento técnico relevante é obtido na prática; apenas os princípios gerais podem ser ensinados em instituições escolares.

Muitos países adotaram regimes democráticos, ensejando participação popular na formulação de políticas sociais. Tal ato gerou avanço nas áreas da saúde, educação e acesso à justiça. O inegável avanço educacional não suprimiu o déficit quanto aos problemas sociais, visto que muitas mazelas se mantêm.

Esse contexto propiciou a expansão de programas de mestrado e doutorado, originalmente destinados à preparação do magistério da educação superior.

De outro vértice, de escassa valia se reveste permitir a todos os brasileiros o acesso ao diploma escolar superior em uma estrutura social que não proporciona oportunidades. O Brasil, é chavão proclamar, hospeda intolerável grau de iniquidades sociais, não somente pela dominação política, ideológica e cultural, mas também pela omissão dos formados em nível superior, os quais se

esquecem que um diploma constitui-se em um instrumento de luta pela justiça social, e não apenas instrumento um laboral.

Importa concordar com Ferreira Sobrinho (1997), para o qual faz-se mister o melhoramento do ensino, de maneira geral, e, o de Direito, em particular. Todavia, doutrina o causídico aludido, tal melhoramento não será emanado apenas de discursos bombásticos pronunciados em congressos e similares.

A educação, diz Ferreira Sobrinho (*op. cit.*), precisa ser planejada, “não nos inúmeros e burocráticos planos governamentais e departamentais, mas no sentido de que os professores comecem a mudar alguma coisa dentro da sala de aula. O ensino precisa ser revisto de dentro para fora, isto é, da sala de aula para os colóquios teóricos. A discussão haverá de assentar na realidade e não nas peripécias mentais de certos indivíduos que parecem ter todo o tempo do mundo para discutir teoricamente enquanto não exibem nada que tenham produzido em termos práticos”.

No quadro social, político e econômico brasileiro uma série de fenômenos vêm contribuindo para a crise do ensino jurídico, avultando as mutações processadas no seio da República nos derradeiros anos, ensejando, ainda, intensa produção legislativa. Utopicamente, imagina-se que a elaboração legislativa possa romper nós políticos. Outrossim, clangore-se a mutação verificada no âmbito da própria sociedade internacional.

Novos instrumentos de controle social, cada vez mais complexos, têm surgido: a ciência e a tecnologia são hoje as suas formas mais efetivas. Vive-se na era da cibernética e da informática, mas o conhecimento e o ensino do Direito continuam na era da dogmática.

Impende concordar com Rodrigues (2000), para quem esses fatos fazem com que cada dia se exija do operador do Direito uma visão ampla, e não apenas legalista, para que ele possa participar ativamente no processo social global, deixando de ser um mero militante a serviço das atividades forenses. Modificaram-se as exigências com relação à práxis funcional do causídico, mas o ensino do Direito não acompanhou essa evolução. Continua inerte, estacionado no tempo, não tendo, em muitas situações, superado o século XVIII, ainda reproduzindo as idéias de

que a simples positivação dos ideais do liberalismo é suficiente para gerar a democracia, assim como positivismo constitui o modelo epistemológico adequado para a produção do conhecimento jurídico.

A conjuntura vivida pelo ensino do Direito reveste-se de extrema complexidade, demandando múltiplas tentativas de explicá-la, muitas vezes por meio de fórmulas ingênuas e simplistas. A incompreensão de tantas interfaces, que atinge diversas instâncias e níveis, constitui uma das questões cêntricas da ineficiência das respostas aos reptos.

Outra questão, não menos grave, reside na negação de seus elementos próprios, internos, qualificando-a como mera consequência de uma crise político-econômica. Também não o seu oposto, ou seja, a visão da crise do ensino jurídico meramente como uma crise interna e desvinculada das questões políticas, econômicas, sociais e culturais. A persecução de um entendimento da atual conjuntura do ensino do Direito exige uma análise integral e sistematizada que permita compreender essa realidade.

Outrossim, cumpre citar Nalini (*op. cit.*), para quem o bacharel deste novo milênio deve ser uma criatura essencialmente ética, atenta a cada fato da realidade, consciente da necessidade de enfrentar questões que não são explicadas pelos códigos, chamada a ouvir, a conciliar, a aproximar partes antagônicas e a cooperar com a realização concreta do justo.

Se não dispuser de talento para descobrir-se protagonista de uma nova cena jurídica, urge que se lhe propicie a habilitação para adversar o repto. A ênfase do aprendizado deve ser outorgada às matérias humanísticas, não apenas às disciplinas operacionais. A dogmática de pouco lhe servirá para vivenciar uma carreira, cuja formação vem sofrendo contínuas mutações.

O sentido único do Direito, neste umbral de milênio, é o do respeito aos direitos fundamentais do ser humano. Esse projeto axiológico é essencial para que a sociedade se exteriorize como comunidade ética. Já proclamou-se que a criatura humana é a medida de todas as coisas e, em torno da sua realização integral, até a plenitude possível, e deve orientar todas as políticas, inclusive a da formação do bacharel. Faz-se mister aplicar as preleções

proclamadas pelo Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagundes, que vislumbra o porvir da educação jurídica. Só recentemente o Direito se abre às virtualidades da transcendência, urgindo esforços para resgate do tempo.

Contudo, se o Direito, na sua totalidade, não estiver a serviço da Justiça, todos os esforços serão ineficazes.

Referências bibliográficas

- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Ensino jurídico e sociedade*. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Metodologia do ensino jurídico e avaliação em direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Ensino jurídico no Brasil: desafios para o conteúdo de formação profissional*. In: Anuário Abedi/Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Faculdades de direito ou fábrica de ilusões?* Rio de Janeiro: IDES: Letra Capital, 1999.
- MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *Manual de educação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. *A OAB e os padrões de qualidade no ensino jurídico*. In: Anuário Abedi/Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- NALINI, José Renato. *O futuro das profissões jurídicas*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- RODRIGUES, Horácio W. (org.). *O Ensino do direito, os sonhos e as utopias*. In: Rodrigues W. (org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Boiteux, 2000.
- RODRIGUES, Horácio W. (org.). *As novas diretrizes curriculares e a reforma pedagógica dos cursos jurídicos*. In: Rodrigues W. (org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Boiteux, 2000a.

JURISPRUDÊNCIA CIVIL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1999.016655-4, DE PINHALZINHO

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Constitucional. Controle concentrado de constitucionalidade. Lei municipal de diretrizes orçamentárias. Vinculação a exercício financeiro determinado. Norma de caráter temporário. Vigência esgotada. Perda do objeto. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

A lei municipal de diretrizes orçamentárias é dirigida a exercício financeiro específico, possuindo, assim, caráter temporário. Esgotada sua vigência, perde o objeto a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra dispositivo que a integra.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1999.016655-4, da comarca de Pinhalzinho, em que é requerente o Prefeito Municipal de Pinhalzinho e requerida a Câmara de Vereadores do município de Pinhalzinho:

ACORDAM, em Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, por votação unân-

nime, extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Custas de lei.

I — Relatório

O Prefeito Municipal de Pinhalzinho ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Câmara de Vereadores do Município, alegando a inconstitucionalidade do § 4º do artigo 4º da Lei n. 1.305/99, que possui a

seguinte redação: “§ 4º. O valor global do orçamento da administração direta não poderá ser superior ao obtido pela média dos meses de janeiro a julho do corrente ano, multiplicando por 12 (doze) acrescentado mais 10% (dez por cento)”.

De início, ressaltou a competência da Corte para o julgamento do feito e a sua legitimidade ativa *ad causam*.

Narrou que em 24 de junho de 1999 enviou à Câmara o Projeto de Lei n. 032/99, dispondo sobre “Diretrizes para Elaboração da Lei Orçamentária para o Exercício Financeiro de 2000”. O projeto foi aprovado em 7 de julho de 1999 com as Emendas Substitutiva n. 1 e Aditiva n. 2, emendas estas que foram vetadas no dia 23 de julho daquele ano. Os vetos, porém, foram rejeitados por maioria simples. Entendendo que as emendas eram inconstitucionais, não sancionou a lei, que foi promulgada pelo Presidente da Câmara de Vereadores em 13 de setembro.

Disse que o dispositivo impugnado não explicita qual média será utilizada como parâmetro para estabelecer o valor global do orçamento. Afirmou que o Poder Legislativo estaria extrapolando sua função de fiscalizador da aplicação dos recursos públicos, impedindo que o Chefe do Poder Executivo exerça sua atribuição de gerir tais recursos.

Requeru a medida liminar para suspender os efeitos do dispositivo legal atacado, a notificação da Câmara de Vereadores para prestar informações, a oitiva da Procura-

doria-Geral de Justiça e, ao final, a procedência da ação, para declarar inconstitucional o § 4º do art. 4º da Lei n. 1.305/99.

Valorou a causa e juntou documentos (fls. 12 a 29).

A medida liminar foi deferida em aresto da lavra do saudoso Des. Eder Graf (fls. 39 a 48).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se requerendo a notificação do Presidente da Câmara de Vereadores e a citação do Procurador do Município para oferecer a defesa da norma invecivada.

Notificado, o Presidente da Câmara de Vereadores prestou informações, sustentando que as emendas feitas pelo Poder Legislativo à Lei de Diretrizes Orçamentárias seguiram orientação do Tribunal de Contas do Estado, além de atenderem aos preceitos da Constituição Federal e da Lei Orgânica do Município e harmonizarem-se com o Plano Plurianual. Após manifestar-se sobre o mérito, afirmou que a demanda perdeu o objeto, pois, com a concessão da medida liminar, acabou sendo aprovada a proposta orçamentária idealizada pelo Poder Executivo.

Em seguida, o Procurador da Câmara de Vereadores exibiu defesa da norma, reiterando os termos das informações prestadas pelo Presidente do Poder Legislativo municipal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou seu parecer, posicionando-se pela extinção do processo sem julgamento do mérito, ante a perda do objeto, e, em caráter sucessivo, pela procedência da ação.

É o relatório.

II — Voto

Examinou ação direta de inconstitucionalidade deflagrada pelo Prefeito Municipal de Pinhalzinho, que entende inconstitucional o § 4º do artigo 4º da Lei n. 1.305/99, que dispõe que o valor global do orçamento da administração direta daquele Município não poderá ser superior à média dos meses de janeiro a julho de 1999, multiplicada por doze e acrescida de 10%.

O ataque é dirigido a dispositivo constante de lei de diretrizes orçamentárias municipal, vinculada a exercício financeiro determinado, tendo, dessarte, natureza transitória. Na hipótese em comento, a lei é de 1999 e regula o exercício financeiro de 2000, já tendo, portanto, esgotado sua vigência.

Conforme tem reiteradamente se pronunciado a jurisprudência, em sede de controle concentrado de constitucionalidade a revogação da lei ou o decurso do prazo de sua vigência subtrai o objeto da ação. É o que ocorre com frequência no questionamento judicial de disposições normativas de caráter orçamentário, conforme se extrai de julgados da Corte:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 969, de 24-8-99, do município de Morro da Fumaça, que dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o ano de 2000. Lei de vigência temporária. Pleno esgotamento de sua eficácia. Perda do objeto. Extinção do processo.

“A cessação superveniente da vigência da norma estatal impugnada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, enquanto fato jurídico que se revela apto a gerar a extinção do processo de fiscalização abstrata, tanto pode decorrer da sua revogação pura e simples como do esaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário” (RTJ 154/397)” (ADIn n. 1999.022152-0, de Urussanga, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 21-5-2003).

“Ação direta de inconstitucionalidade – Lei de vigência temporária – Perda do objeto – Extinção do processo.

“A cessação dos efeitos da lei – *in casu*, de vigência temporária, pois restrita a orçamento fiscal – conduz à extinção do processo relativo à ação aforada pelo Ministério Público visando exclusivamente à declaração da sua inconstitucionalidade (ADIn n. 2.290, Min. Moreira Alves; ADIn n. 612, rel. Min. Celso de Mello)” (ADIn n. 2000.019554-5, de Itaiópolis, rel. Des. Newton Trisotto, j. 16-4-2003).

“Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Municipal n. 1.262, de 30-11-1998, do município de Pinhalzinho, que dispõe sobre diretrizes orçamentárias para o ano de 1999 – Lei de vigência temporária – Perda de objeto – Extinção do feito” (ADIn n. 1998.017849-5, de Pinhalzinho, rel. Des. João Martins, j. 15-5-2002).

“Ação direta de inconstitucionalidade – Lei municipal orçamentária – Eficácia limitada ao ano de 2000 – Medida cautelar deferida – Perda do objeto – Processo extinto.

‘Cessados os efeitos da lei, resta sem objeto o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, impondo-se a extinção do processo, ainda que deferida a liminar’ (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1997.000366-8, de Lages, relator designado Des. Newton Trisotto, j. em 7-4-99)” (ADIn n. 2000.002144-0, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Gaspar Rubik, j. 21-11-2001).

“Ação direta de inconstitucionalidade – Lei que estima receita e despesas para o exercício de 1999 – Medida liminar deferida – Vigência temporária – Perda do interesse de agir – Processo extinto.

“Desaparecendo a eficácia operativa da norma jurídica de vigência limitada, a qual não produziu eficácia em face de provimento jurisdicional *initio litis*, o advento de novo exercício financeiro anual implica na falta de interesse de agir, com a subsequente extinção do processo” (ADIn n. 1999.005897-2, de Barra Velha, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 20-12-2000).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 1.457/91, que estima a receita e fixa a despesa. Norma legal de vigência temporária. Exaurimento de sua eficácia. Prejudicialidade da ação.

‘A cessação superveniente da eficácia da lei argüida de inconstitucional inibe o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade’ (Min. Celso de Mello)” (ADIn n. 58, de Canoinhas, rel. Des. José Roberge, j. 4-7-1996).

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, também já decidiu:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 1.848/91, do Rio de Janeiro (art. 34). Lei de diretrizes orçamentárias. Natureza jurídica. Norma legal de vigência temporária. Pleno exaurimento de sua eficácia jurídico-normativa. Prejudicialidade da ação.

“A lei de diretrizes orçamentárias possui destinação constitucional específica e veicula conteúdo material próprio, que, definido pelo art. 165, § 2º, da Carta Federal, compreende as metas e prioridades da administração pública, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Mais do que isso, esse ato estatal tem por objetivo orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

“A ordinária vinculação da lei de diretrizes orçamentárias a um exercício financeiro determinado define-lhe a natureza essencialmente transitória, atribuindo-lhe, em consequência, eficácia temporal limitada. Esse ato legislativo – não obstante a provisoriedade de sua vigência – constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo sistema orçamentário brasileiro.

“Objeto do controle concentrado de constitucionalidade somente pode ser o ato estatal de conteúdo normativo, em regime de plena vigência. A cessação superveniente da vigência da norma estatal impug-

nada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, enquanto fato jurídico que se revela apto a gerar a extinção do processo de fiscalização abstrata, tanto pode decorrer da sua revogação pura e simples como do esaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário” (ADIn n. 612/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 3-6-1993).

Assim, a lei municipal de diretrizes orçamentárias é dirigida a exercício financeiro específico, possuindo caráter temporário. Esgotada sua vigência, perde o objeto a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra dispositivo que a integra.

No caso vertente, conforme já explicitado, encerrado o exercício financeiro de 2000, ao qual se refere o preceito combatido, resta inócua a pretendida análise de constitucionalidade.

Em face do exposto, extingo o processo sem julgamento do mérito por falta de interesse processual, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, extinguiram o processo sem julgamento do mérito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Anselmo Cerello, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Souza Varella, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 15 de outubro de 2003.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N 2001.024956-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Dionízio Jenczak

Embargos de terceiro — Companheiro na união estável — Falta de intimação da penhora — Nulidade a partir desta, exclusive — Preliminares — Indicação de dispositivo legal — Julgamento extra petita — Provimento parcial do recurso.

“O dispositivo aludido no art. 458, III, do CPC, é a conclusão do decisum, não o ‘dispositivo legal’ em que ela se funda, cuja menção expressa não é requisito essencial” (Adroaldo Fabrício Furtado, in JTARS 48/330).

Não se pode argüir julgamento extra petita quando se tratar de questão de ordem pública, a qual poderá e deverá ser conhecida ex officio pelo julgador.

“A idéia de família para o Direito brasileiro sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Com a Constituição de 1988 esse conceito ampliou-se, uma vez que o Estado passou a reconhecer ‘como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Isto significa uma evolução no conceito de família. Até então, a expressão da lei jurídica só reconhecia como família aquela entidade constituída pelo casamento. Em outras palavras, o

conceito de família se abriu, indo em direção a um conceito mais real, impulsionada pela própria realidade”.

Portanto, conclui-se que as questões referentes à proteção dos bens imóveis da família não necessitam que os conviventes sejam legalmente casados, autorizando aos companheiros procederem a qualquer forma de resguardo dos bens inerentes ao casal.

“Recaindo a penhora sobre bem de raiz, a intimação do cônjuge, ressalvada a hipótese de comparecimento espontâneo, é imprescindível, sob pena de anular-se a execução, a partir da penhora, exclusive” (Min. Sálvio de Figueiredo).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.024956-1, da comarca da Capital, em que é apelante Renata Santos Crespo Santiago, sendo apelado Wanderley Flor de Jesus:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas de lei.

I — Relatório

Wanderley Flor de Jesus interpôs embargos de terceiro contra Renata Santos Crespo Santiago, apensados aos autos de execução em que esta contende com Rosana Domingues, asseverando que mantém relação de união estável com a executada por mais de vinte anos, sendo do conhecimento da exequente, pois efetuou um pagamento diretamente a seu irmão, da parcela da compra e venda do imóvel, portanto torna-se necessária a sua citação para proceder o seu direito de defesa. Sustenta que a petição inicial do

processo de execução é inepta por faltar-lhe cálculo discriminado da dívida, impossibilitando a ampla defesa. Por derradeiro, alega que houve quitação integral do preço ajustado da transação de compra e venda do imóvel, sendo efetuado o pagamento das duas primeiras parcelas e as restantes foram abatidas das reformas necessárias, após uma enchente ocorrida.

Colacionou diversos documentos.

Houve o arquivamento administrativo do feito, ante a inércia do embargante.

Em resposta, a embargada afirma ser desnecessária a citação do companheiro na união estável, conforme jurisprudência, e que, sobre a quitação dos valores, a matéria já se encontra amplamente debatida nos autos principais, e, finalmente, que o interesse do presente feito é protelatório.

Sentenciando, o MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido, anulando o processo de execução a partir da penhora, inclusive, em face

de o embargante não ter sido intimado.

Interpostos embargos de declaração, estes não foram conhecidos.

Inconformada, a parte vencida protocolou recurso de apelação, argumentando que a decisão contém obscuridade porque não houve indicação de qualquer dispositivo legal, assim como, de jurisprudência sobre a obrigatoriedade da intimação do convivente. Considera, também, que possui contradição porque no corpo da sentença se afirma que a falta de intimação do companheiro acarreta a nulidade do processo de execução, sendo que, na parte dispositiva, decreta-a dos atos a partir da penhora, inclusive os que não foram sanados nos embargos declaratórios.

Aduz a recorrente que a sentença é nula posto haver obscuridade e contradição supramencionadas, e que houve julgamento *extra petita*, em face de não haver pedido de nulidade por falta de intimação da penhora. No mérito, argumenta que não há necessidade de intimação do convivente, por haver somente expectativa de direito à meação do imóvel penhorado; que a penhora restaria hígida, somente anulando-se os atos posteriores a ela. Finalmente, que as demais teses argüidas pelo ora recorrido, em sua peça vestibular, são incabíveis para análise em sede de embargos de terceiro.

Devidamente preparados, e sem as contra-razões, ascenderam os autos a este eg. Tribunal de Justiça.

II — Voto

Pugna a apelante que seja apontado qual o dispositivo legal que determina a intimação de companheiro da penhora efetuada sobre imóvel.

Ora, com relação a esse tópico, é inatendível o reclamo sob evidência, visto que é sabido que a exigência contida no inciso III do art. 458 do CPC, que coloca “o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeteram”, como requisito fundamental da sentença, não impõe a imprescindibilidade de consignação do artigo, parágrafo ou inciso legal, mas, sim, a conclusão do magistrado, justificando a decisão da lide nos moldes ditados.

Nesse sentido a jurisprudência esclarece:

“O dispositivo aludido no art. 458, III, do CPC, é a conclusão do *decisum*, não o ‘dispositivo legal’ em que ela se funda, cuja menção expressa não é requisito essencial” (TARS, rel. Des. Adroaldo Fabrício Furtado, *in* JTARS 48/330).

“O dispositivo legal não é requisito essencial da sentença” (JTJ 155/122).

No tocante ao argumento de que houve julgamento *extra petita*, posto que o ora apelado não requereu o ato profligado em sua petição inicial, também não prospera.

É consabido que a nulidade por falta de intimação do cônjuge da penhora realizada em bem imóvel é matéria de ordem pública, e, em consequência, o Poder Judiciário

poderá declará-la *ex officio*, ou seja, não necessita de pedido expresso da parte.

"[...] A existência de litisconsórcio necessário na hipótese do art. 669, § 1º, do CPC, torna imprescindível a 'intimação' regular do cônjuge, sob pena de nulidade *pleno jure*, que independe de arguição de interessados, o que dá legitimidade ao cônjuge-executado para alegá-la" (RSTJ 10/409 e STJ 657/190) [...] "(Ap. Cív. n. 1998.013156-1, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 2-9-99, DJ de 5-10-99).

No mérito, é certo que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrário em contrato escrito (art. 5º da Lei n. 9.278/96), a qual veio a consolidar o que a jurisprudência já vinha adotando.

De outro lado, comprovou-se satisfatoriamente que à época da transação imobiliária já se havia estabelecido uma convivência nos moldes daquela preconizada pela Constituição Federal, como espécie de família.

Frisa-se que a Constituição de 1988 conferiu especial proteção a essa entidade, que é tratada como uma peculiar sociedade.

Assim, não é só um direito individual que se entremostra em discussão, mas o de uma pequena coletividade, uma "instituição social de

pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável ou descendência" (Hélio da Silva Nunes. O bem de família e sua evolução jurisprudencial. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT 785, março 2001, p.144 a 150).

Sobre essa inovação do conceito de família, constante da Carta Magna, leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

"A idéia de família para o Direito brasileiro sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Com a Constituição de 1988 esse conceito ampliou-se, uma vez que o Estado passou a reconhecer 'como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes', bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Isto significa uma evolução no conceito de família. Até então, a expressão da lei jurídica só reconhecia como família aquela entidade constituída pelo casamento. Em outras palavras, o conceito de família se abriu, indo em direção a um conceito mais real, impulsionada pela própria realidade" (Direito de família: uma abordagem psicanalítica, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31).

Álvaro Villaça Azevedo, em sua obra "Bem de família", ed. RT, 1999, p. 159, comentando o art. 1º da Lei n. 8.009/90, explana:

"A palavra casal implica, no texto, o sentido de cônjuges, sendo certo que a locução entidade familiar tem o significado que se estampa nos

§§ 3º e 4º do art. 226 da Constituição da República.

“Realmente, entidade familiar tanto pode ser a união estável, protegida como forma de constituição de família, como a comunidade formada por qualquer dos pais e de seus descendentes”.

Portanto, conclui-se que para as questões referentes à proteção dos bens imóveis da família não é necessário que os cônjuges sejam legalmente casados, autorizando aos companheiros procederem a qualquer forma de resguardo dos bens inerentes ao casal.

In casu, obrigatoriamente, quando se realizar penhora de bem imóvel pertencente aos companheiros, mostra-se necessária a intimação do outro companheiro, sob pena de nulidade.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, comentando o art. 669 e seu parágrafo único, afirmam:

“A Lei n. 8.953/94, que alterou a norma, fala corretamente na intimação do cônjuge do devedor, qualquer que seja o regime de bens do casamento.

“Ainda que os bens imóveis sejam daqueles que não se comunicam em virtude do regime de bens do casamento (CC 263 I a XXIII), o cônjuge deve ser intimado da penhora que pesa sobre o bem de propriedade do outro, porque a lei não permite alienação ou a oneração real de bem de raiz sem a autorização do outro (CC 235 I e 242 II). A lei pretende possibilitar que o cônjuge do

devedor ofereça embargos e livre sua meação” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, São Paulo, RT, p. 1.064).

Contudo a decisão merece uma ressalva no tocante à nulidade da penhora inclusive, posto que no ato da constrição judicial não houve qualquer irregularidade, restando esta hígida. Portanto, somente os posteriores à assinatura da depositária que poderão ser considerados nulos.

“Embargos do devedor — Execução — Penhora — Falta de intimação do cônjuge — Nulidade — Art. 669, CPC, § 1º.

“Processual civil. Execução. Embargos do devedor. Penhora de bem imóvel. Falta de intimação do cônjuge do executado. Nulidade *pleno iure*. Cassação da sentença. ‘Recaindo a penhora sobre bem de raiz, a intimação do cônjuge, ressalvada a hipótese de comparecimento espontâneo, é imprescindível, *sob pena de anular-se a execução, a partir da penhora, exclusive*’ (RSTJ 5/498, rel. Min. Sálvio de Figueiredo). A teor do art. 669, § 1º, do CPC, a falta de intimação do cônjuge do executado, importa em nulidade *pleno iure*, que vicia irremediavelmente o processo, independentemente de arguição de eventuais interessados, podendo e devendo ser apreciada até de ofício. Sentença cassada” (Ap. Cív. n. 0228-1/93, 2ª T. Recursos Cíveis, rel. Des. Juiz Nelson Schaefer, DJSC, em 8-7-93, p. 10) (sem grifo no original).

III — Decisão

A Câmara, após debates e votação, decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 6 de maio de 2003.

*Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Dionízio Jenczak.
Relator.*

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.025889-7, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Monteiro Rocha

Agravo de instrumento — Menor internado em estabelecimento municipal — Situação irregular — Guarda e responsabilidade — Indeferimento — Prejuízo manifesto — Bom relacionamento do menor com a família substituta — Interlocutório reformado — Recurso provido.

Nada existindo que desabone a conduta moral daquele que postula guarda e responsabilidade de menor e havendo entre este e aquele relacionamento afetivo, defere-se, mesmo que provisoriamente, ao último família substituta, evitando-se que ele seja mais um interno de estabelecimentos que possuem numerosas crianças e adolescentes em situação irregular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.025889-7, da comarca de São José, em que é agravante I. C. C.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por I. C. C. contra a decisão do Juízo da Vara de Família da comarca de São José que indeferiu liminar de guarda, c/c tutela antecipada do menor M. S. de L., com a suspensão da decisão agravada e com a entrega do menor à agravante.

Sustenta a recorrente haver mantido laços afetivos, a ponto de requerer a guarda e responsabilidade do menor que lhe foi negada.

Assevera, ainda, que a partir de dezembro de 2000 ficou 8 meses cuidando e criando a criança com amor, tendo o menor se adaptado à convivência familiar.

Neste Tribunal de Justiça, o Juiz Relator indeferiu o efeito suspensivo almejado.

É o relatório.

II — Voto

Conheço do recurso porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Conforme o disposto no art. 33, §§ 1º e 2º, do ECA, a guarda pode ser medida incidente aos procedimentos de adoção e tutela, o que evidentemente se justifica e dispensa maiores tergiversações, ou pode ser medida autônoma:

“A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros (§ 1º).

“Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta dos pais ou responsáveis, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de determinados atos” (§ 2º).

O ponto convergente da celeuma jurídica objeto deste recurso deve ser o art. 6º do Estatuto da

Criança e do Adolescente, para o qual na “interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Dispondo a criança e o adolescente do direito à convivência familiar e comunitária, por certo que sua colocação em família substituta é excepcional, como se colhe, alias, do art. 19 da Lei n. 8.069/90 (ECA), *in verbis*:

“Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Circunstâncias há, entretanto, que autorizam o deslocamento da criança ou do adolescente da família natural, assim compreendida como sendo aquela em que existe uma “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (art. 25 do ECA), para uma família substituta, mediante os institutos da guarda, da tutela ou da adoção (art. 28 do ECA).

Objetivando resolver o problema *sub judice*, traz-se aos autos entendimento do Dr. Jobél Braga de Araújo, ilustre Procurador de Justiça, que atuou no caso vertente:

“Deve ser levado em conta, conforme demonstrado no presente

caso, o fato de a senhora I. C. C. ter acolhido o filho de outra pessoa em sua casa, sem nada receber em troca, preocupando-se de todas as formas com o bem-estar da referida criança.

“A nosso sentir, o Magistrado *a quo* deveria, ao invés de ter indeferido o pedido de guarda provisória requerido pela ora agravante, determinar de ofício a realização de estudo social a fim de averiguar a possibilidade de o menor M. S. de L. permanecer temporariamente no convívio da família da ora agravante, nos moldes do art. 167 do ECA.

“Ao contrário, porém, preferiu o digno Magistrado internar numa instituição, conforme transcreveu em sua decisão interlocutória: “[...] exsurge indubitável que do ponto de vista da criança é preferível permanecer na instituição em questão durante um curto período de tempo [...].

“[...] não nos parece a melhor solução retirar uma criança do convívio, ainda que provisório, de uma família substituta, para guardá-la em um abrigo de menores até que uma família resolva adotar a criança, o que, como se sabe na prática, pode ocorrer tanto em um mês como em anos. Não se trata da simples escolha de uma mercadoria, mas de um ser humano, o qual fará parte da família adotante para sempre”.

A agravante, por outro lado, estava proporcionando um lar para o menor M. S. de L. e como se sabe, “o lar é uma escola, onde se preparam caracteres e se formam personalidades. Escola viva, feita de exemplos

e de atitudes. É no lar que os filhos adquirem o sentimento de dignidade pessoal, de honestidade e correção, que formam a tônica do homem de bem. A maior de todas as tarefas do homem e da mulher reside na edificação moral dos filhos” (José Virgílio Castelo Branco Rocha, *O Pátrio Poder*, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 2ª ed., 1978, p. 298 e 299).

É indispensável transcrever-se o ensinamento abaixo para dirigir a decisão judicial envolvendo interesses de menores:

“A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio” (Guilherme Gonçalves Strenger, *Guarda de Filhos*, São Paulo, Editora LTr, 1ª ed., 1998, p. 56).

Em decorrência do raciocínio *supra*, verifica-se que o menor M. S. de L. não deveria ter saído do convívio da família da agravante (que deveria e deve estar sob a vigilância do serviço social que atua no Juízo *a quo*), enquanto pendente a situação definitiva do menor.

O menor M. S. de L. deve permanecer sob a guarda e responsabilidade da agravante pelos seguintes motivos: a) a recorrente e o menor possuem laços afetivos, em decorrência dos 8 meses em que ficaram morando na mesma residência; b) a agravante tem o direito de pleitear a

adoção também porque não existe qualquer elemento probatório desabonando a sua conduta.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para que o menor M. S. de L. retorne à guarda e responsabilidade fática da sra. I. C. C., mediante rotineiros estudos sociais do serviço competente.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, esta Segunda Câmara Civil decide conhecer do recurso e dar-lhe provimento para que o menor M. S. de L. permaneça sob a guarda e responsabilidade da sra. I. C. C.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 14 de novembro de 2002.

Mazoni Ferreira,

Presidente;

Monteiro Rocha,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.002024-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Monteiro Rocha

Agravo de instrumento – Medida cautelar de arrolamento de bens – Término de concubinato entre os sócios litigantes – Autorização para sócio voltar à empresa e exercer atividades anteriores, incluindo recebimento de pró-labore – Indeferimento no juízo a quo – Insurgência – Procedimento cautelar satisfativo – Impossibilidade – Despacho mantido – Recurso desprovido.

Havendo discussão judicial sobre a sociedade concubinária e a empresa formada pelos litigantes, o deferimento de autorização para sócio voltar à empresa, receber pró-labore e exercer atividades, possui carga satisfativa, o que só é possível em matéria de direitos absolutos.

São absolutos os direitos morais, os direitos à propriedade e os direitos referentes a estado e capacidade das pessoas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.002024-9, da comarca de Blume-

nau, em que é agravante V. K. e agravada S. R. S. R.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por V. K. contra despacho proferido na medida cautelar de arrolamento de bens n. 008.01.019502-2 movida contra S. R. S. R., cujo teor é o seguinte:

“[...] Nos termos do contrato social da empresa, o autor não é sócio-gerente. Logicamente, não consta nos autos que ele tenha retirada mensal de pró-labore, conforme já verificado à fl. 149, razão pela qual não se pode dar guarida à pretensão do item 4 exposta à fl. 155 [...]”.

“[...] Indefiro a pretensão de autorizar o requerente ingressar na empresa, e demais do item 4, primeiro parágrafo de fl. 155”.

A propósito, o item 4, da petição de fl. 155 (numeração do juízo de primeiro grau) requer a expedição de alvará autorizando o autor exercer livremente sua atividade laborativa como sócio-quotista da empresa Rajete Indústria de Comércio Ltda., garantindo-lhe inclusive a retirada mensal do correspondente pró-labore a que supostamente faz direito, nos termos do contrato social constitutivo.

Alega que conviveu com S. R. S. R. em regime de concubinato desde 1992, e agora, por motivo de incompatibilidade de gênios, estão dissolvendo a sociedade conjugal,

sendo que todos os bens adquiridos na constância da união estão sendo partilhados.

Sustenta que, além dos bens residenciais, as partes constituíram a empresa Rajefe Indústria e Comércio Ltda., com 100 cotas, ficando 10% para o agravante e 90% para a agravada.

Prossegue asseverando que desde o início da empresa o agravante é quem a administra, direcionando os lucros para a própria manutenção e modernização do estabelecimento, bem como para o sustento do lar.

Anota que as desavenças do casal passaram a interferir nos negócios da empresa, na qual a agravada chegou a impedir a entrada do agravante, sob o fundamento de que era sócia majoritária e ele como sócio-quotista não tinha nenhum direito.

Arrematou aduzindo que se encontra em situação difícil, pois a requerida permanece com toda a renda da empresa, deixando o requerido sem emprego e lugar para morar.

Assim discorrendo, requereu a concessão de efeito suspensivo à medida, cassando-se parcialmente o despacho agravado, somente no tocante à determinação de autorizar o agravante a ingressar na empresa na sua função anterior.

Com a minuta, vieram as peças necessárias e farta documentação.

Recebendo o recurso, este Tribunal de Justiça negou o efeito ativo ao recurso almejado.

Contraminutando o feito, S. R. S. R. refutou as alegações levantadas pelo requerente, aduzindo que a empresa foi constituída com o auxílio de seu pai, que emprestou todo o maquinário e caso não fosse essa a verdade, as partes teriam firmado contrato com o número de cotas no valor de 50% cada, e não como foi feito, ficando 10% para o requerente e 90% para a requerida.

Ao final, postulou a manutenção do *decisum* monocrático.

Às fls. 159 a 161, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Exmo. Dr. Antônio Gercino de Medeiros, opinou pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

Às fls. 186 a 207, foram acostados inúmeros documentos.

É o necessário relatório.

II — Voto

Tratando sobre a legitimidade ativa *ad causam* para requerer arrolamento de bens, o art. 856 e seu § 1º do CPC dispõem o seguinte:

“Pode requerer o arrolamento todo aquele que tem interesse na conservação dos bens.

“O interesse do requerente pode resultar de direito já constituído ou que deva ser declarado em ação própria”.

Interpretando a norma processual *supra*, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido o seguinte:

“Existindo patrimônio comum a partilhar, há legitimidade ativa *ad causam* da concubina para manejar a *actio* disciplinada nos arts. 855 e 860 do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 1996.003822-1, de Balneário Camboriú).

“A concubina tem legitimidade para requerer medida cautelar de arrolamento de bens com o fito de resguardar, no patrimônio a ser dividido, a sua quota de direito, ainda mais se há provas de que o varão está dilapidando o vasto patrimônio do casal” (AI n. 00.008017-9, de Tubarão).

No caso *sub judice*, V. K. é parte legítima ativa *ad causam* para ajuizar a medida cautelar de arrolamento de bens contra S. R. S. R. e, em conseqüência, para formular o presente recurso.

Enquanto que o art. 857, I, do CPC determina que o requerente, na petição inicial, exporá o seu direito aos bens, o inciso II do mencionado dispositivo legal estabelece que o requerente, na exordial, deverá expor os fatos em que funda o receio de extravio ou de dissipação de bens.

Às fls. 156 a 159, o então Juiz processante entendeu cumpridos os requisitos dos arts. 856 e 857, ambos do CPC.

Em decorrência, traz-se aos autos entendimento aplicável ao caso vertente:

“Demonstrado o justo receio de que os bens possam vir a ser dissipados, impõe-se a manutenção do decisório agravado, até porque a

concubina ou companheira equipara-se ao cônjuge supérstite para efeitos de sucessão, segundo norma inserta no art. 226, § 3º, da Carta Magna e, além de sua meação, receberá a totalidade da herança na falta de descendentes e de ascendentes” (rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ora, na condição de concubino, o agravante tem qualidade para requerer o arrolamento dos bens da pretendida sociedade de fato existente com a agravada.

Outrossim, o agravante não tem o direito de ingressar na empresa para os fins pretendidos porque esta está sendo objeto de celeuma jurídica entre as partes, e mencionado requerimento tem carga de satisfatividade, o que não é permitido em sede de cautelar. Ainda mais, a sociedade existente entre os ex-cônjuges (agravante e agravada) tem capital social distribuído em 90% das quotas para a agravada e os restantes 10% das quotas pertencem ao agravante.

O presente caso trata de direitos relativos e não de direitos absolutos, e somente quanto a estes pode ser deferida cautelar satisfativa, como, por exemplo, nos direitos morais, nos direitos à propriedade e

nos direitos referentes a estado e capacidade das pessoas.

Estando os cônjuges em litígio, inadmissível é o provimento recursal no tocante ao ingresso do agravante na empresa, a fim de exercer suas atividades anteriores e receber o respectivo pró-labore.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se o interlocutório impugnado.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade, conhece do recurso e nega-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antonio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 29 de maio de 2003.

Mazoni Ferreira,
Presidente com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.009869-3, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Monteiro Rocha

Agravo de instrumento – Emissão de passaportes para viagem de menores – Autorização de viagem para as crianças – Decisão sem a oitiva de um dos pais das crianças – Ofensa ao

contraditório e à ampla defesa – Impossibilidade – Recurso provido – Decisão cassada.

Embora o pedido inicial tenha sido de emissão de passaportes para viagem de menores, a causa de pedir foi a de autorização para estes viajarem.

Nulo é o despacho que enseja tal autorização, pois deveria ser precedido de contraditório e ampla defesa, pelo que o decisório é cassado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.009869-3, da comarca de Itajaí, em que é agravante C. G. J. e agravada G. A. da S.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

C. G. J., qualificada nos autos, por intermédio de advogado (procuração inclusa), interpôs agravo de instrumento contra despacho do Juiz da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude de Itajaí, que nos autos de Suprimento Judicial de Outorga do Cônjuge n. 033.02005117-7, ajuizados por G. D. S. contra o ora agravante, deferiu liminar autorizando a Polícia Federal a expedir os passaportes em favor dos menores W. F. G. e I. G.

O agravante alegou que a agravada conheceu K. B. A., pela *Internet*, e em outubro de 2001 esta foi visitá-lo nos Estados Unidos,

passando com ele vinte dias e de lá retornando com a decisão de casar-se com ele e mudar seu domicílio e residência para aquele país.

Afirmou, ainda, haver vivido maritalmente com a agravada por aproximadamente nove anos, sendo que dessa união nasceram W. F. G., com 8 anos de idade, e I. G., com 6 anos de idade.

Diz, ainda, que, com o propósito pessoal e repentino, promoveu o pedido de suprimento judicial de outorga do cônjuge, objetivando ser autorizada a levar consigo para essa aventura seus filhos de tenra idade.

Discorreu que o Juiz de Direito processante concedeu, em despacho liminar, confiando tão-somente na versão da agravada, ordem para a confecção dos passaportes das crianças.

Narrou que no processo de suprimento de outorga da mulher, o juiz deverá ouvir as partes e depois decidir, negando o consentimento ou suprindo-o conforme se convencer da conveniência ou inconveniência do ato ou pleito.

Assevera, também, que o devido processo legal e as garantias

constitucionais, cujo destinatário final é o cidadão, ficam fragilizadas diante de situações como as que se apresentam neste caso – o agravante, pai dos menores, fica numa posição iminentemente frágil no momento em que o Judiciário toma para si o poder de decidir o destino de seus filhos, quicá por uma tresloucada aventura da agravada, consubstanciada em liminar que antecipa a decisão final.

Assim discorrendo, postulou efeito suspensivo à decisão agravada, por entender existentes o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, determinando-se o imediato recolhimento dos passaportes.

À inicial vieram com os documentos de fls. 12 a 42.

Às fls. 60 e 61, o então Juiz relator negou o efeito suspensivo almejado.

O Ministério Público de segundo grau, pelo parecer chanceado pelo Procurador de Justiça Antônio Gercino Ramos de Medeiros, opinou pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso, sob o fundamento de que a decisão impugnada não antecipou os efeitos fáticos do provimento jurisdicional a ser emitido e que “O Estatuto da Criança e do Adolescente proclama que o bem-estar da criança deve sobrepujar a quaisquer outros interesses juridicamente tutelados. Logo defere a lei, ao magistrado, arbítrio para que faça prevalecer o superior interesse da prole, ainda que desatendendo, se preciso, aos reclames sentimentais dos genitores”.

É o relatório.

II — Voto

O Código de Processo Civil não consigna a autorização para viagem de menores, nem nos procedimentos especiais, nem nos de procedimento sumário, daí se entender que o procedimento a ser seguido é o ordinário.

Se o Ministério Público opinou no feito foi devido ao fato de que no caso *sub judice* tem aplicação o art. 82, I, do CPC, pois, se o objetivo da *causa petendi* fosse exclusivamente a emissão de passaportes para os menores e não houvesse a possibilidade concreta de estes viajarem aos Estados Unidos, desnecessária seria a intervenção do Ministério Público neste feito.

O ilustre representante do Ministério Público de segundo grau tem o entendimento de que o presente feito percorreu a tramitação dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Não entendo dessa maneira, mas, se correto estiver o entendimento ministerial, também é verdade que “O artigo 1.109 do CPC autoriza a inobservância do critério da legalidade estrita relativamente à atividade processual nos procedimentos de jurisdição voluntária, não podendo, porém, alcançar o direito material” (RJTAMG 51/126).

Nesse sentido, verificou-se pelo processado que o deferimento da expedição dos passaportes para os menores importou, direta ou indiretamente, na autorização para a genitora viajar com os filhos comuns do agravante e da agravada.

Deve ser salientado neste momento que a mencionada expedição de passaportes ou autorização para viajar não obedeceu as prescrições constitucionais – processuais: a) não se obedeceu ao disposto no artigo 5º, LV, da CF, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; b) não se obedeceu aos requisitos necessários à concessão da liminar: *fumus boni juris* e *periculum in mora*; c) o deferimento da liminar postulada não foi precedido da oitiva do agravante, o que torna insustentável o despacho agravado; d) infringiu-se, igualmente, o contido no art. 5º, I, da CF, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; e) se pai e mãe possuem, conjuntamente, o pátrio poder sobre os filhos, em caso de viagem destes para o exterior, é indispensável a anuência de ambos, conforme se vê nos arts. 84 e 85 da Lei n. 8.069/90.

Traz-se aos autos entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que entendo aplicável à solução do caso *in specie*:

“A concessão de liminar independentemente de ouvida da parte contrária só se justifica quando o togado verificar que aquela sendo citada, poderá torná-la ineficaz,

hipótese em que deverá declinar os motivos do seu convencimento. Silente o ato interlocutório a esse respeito, o *decisum* não pode persistir” (AI n. 1997.005120-4, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Porque o presente recurso de agravo de instrumento objetiva exclusivamente a suspensão do decisório impugnado, deixa-se o mérito para a ação principal.

Ante o exposto, conhece-se do agravo de instrumento, dando-se-lhe provimento.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e dar-lhe provimento, cassando-se a decisão agravada e determinando-se o imediato recolhimento dos passaportes até decisão final de mérito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins. Lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 7 de novembro de 2002.

Mazoni Ferreira,

Presidente;

Monteiro Rocha,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.012640-9, DE CAMBORIÚ**Relator: Des. Monteiro Rocha**

Agravo de instrumento – Substituição da prova testemunhal – Hipóteses legais do art. 408 do CPC – Ausência – Modificação das testemunhas até cinco dias antes da audiência – Possibilidade – Prejuízo processual inocorrente – Aplicação do princípio constitucional-processual de igualdade entre as partes – Interpretação literal da lei – Injustiça – Interpretação sistemática à luz do direito e da justiça – Possibilidade e necessidade – Despacho reformado – Recurso provido.

À luz da interpretação sistemática do direito, a substituição de testemunhas pode ser feita antes dos cinco dias anteriores à audiência, mesmo fora das hipóteses legais do art. 408 do CPC, sob pena de prejuízo e injustiça às partes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.012640-9, da comarca de Camboriú, em que é agravante José da Silva e agravada Sulcatarinense Mineração, Artefatos de Cimento, Britagem e Construções Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

José da Silva, qualificado nos autos, por intermédio de advogado, interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos da ação de reparação de danos morais, estéticos e patrimoniais,

movida contra Sulcatarinense S.A. e que indeferiu substituição de testemunha, sob a alegação de que o fato ensejador não está previsto no art. 408 do CPC, conforme se vê abaixo:

“Indefiro, pois o motivo não está previsto no art. 408 do CPC.

“No prazo de 5 dias esclareça quando a testemunha retornará à Comarca, sob pena de restar prejudicada a produção de prova”.

Alega o agravante que havendo interesse da parte em substituir alguma testemunha constante no rol, tal pedido há de ser deferido se houver lapso razoável para referida substituição. Sendo assim, postulou o efeito suspensivo ao presente agravo, a modificação do *decisum* objurgado, com o conseqüente deferimento da substituição de uma testemunha arrolada.

Em despacho, às fls. 54 e 55, o eminente rel. Carstens Köhler indeferiu a carga ativa buscada.

Conforme certidão, à fl. 58, a parte agravada deixou de apresentar contra-razões.

É o relatório.

I — Voto

O art. 408 do CPC arrola os casos em que a parte pode substituir a testemunha “depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente”.

O advérbio “só”, aludido no art. 408 do CPC, deve ser entendido em termos: a substituição é livre, se feita pelo menos cinco dias antes da audiência (RT 522/83), mesmo fora dos casos mencionados no art. 408 do CPC (RT 579/123).

Traz-se aos autos entendimento doutrinário aplicável ao caso vertente:

“Se o rol for apresentado antes do quinto dia precedente à data de audiência, poderá a parte, até o advento do termo legal de incidência da norma restritiva, substituir livremente a testemunha. Como exemplo, não é rara a apresentação do rol na contestação ou na réplica, dentre outros petítórios de momento anterior previsto no preceito. Tornar-se-ia esse rol imutável, só cabendo a substituição da testemunha nos casos expressos no art. 408? Irrefutavelmente, a resposta é negativa, pois o rol antecipadamente apresentado não se submete à limitação do art. 408” (João Carlos Pestana de Aguiar, Comentários ao Código de Processo

Civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. IV, ano 1977, p. 324).

Por ser indispensável a aplicação do princípio da igualdade processual entre as partes, sem qualquer prejuízo a elas, o pleito recursal deve ser deferido.

Quando chamado a resolver problema idêntico ao do caso *sub examine*, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em acórdão lavrado pelo eminente Des. Pedro Manoel Abreu, decidiu o seguinte:

“Substituição de testemunhas. Não-ocorrência das hipóteses do art. 408 do Código de Processo Civil. Apresentação das testemunhas substitutas cinco dias antes da audiência. Ausência de prejuízo à parte contrária. Interpretação teleológica do preceito legal. Nada impede a substituição de testemunhas fora dos casos do art. 408 do Estatuto Processual se respeitado o prazo-limite de cinco dias antecedentes à audiência. Embora a interpretação literal não autorize, a teleológica impõe o acolhimento da substituição em não havendo surpresa e, logo, prejuízo à parte *ex adversa*” (AI n. 2001.013372-5, de Joaçaba).

Em decorrência do raciocínio exposto, reforma-se o ato judicial impugnado de fl. 12 e, em consequência, defere-se a substituição da testemunha, conforme o pleito recursal.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil,

à unanimidade, conhece do recurso e dá-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 5 de junho de 2003.

Mazoni Ferreira,
Presidente com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.022453-2, DA CAPITAL (FÓRUM DISTRITAL DO ESTREITO)

Relator: Des. Monteiro Rocha

Apelação cível — Ação de indenização por perdas e danos — Acidente ocorrido no interior de transporte coletivo urbano — Perda do quarto dedo da mão esquerda — Responsabilidade pelo fato do serviço — Responsabilidade contratual civil e consumerista — Caráter objetivo — Deveres de segurança e incolumidade — Obrigação de resultado — Perda de membro — Danos morais envolvendo ofensa biológica e estética — Quantificação — Livre arbítrio judicial — Sentença confirmada — Reclamo desprovido.

Nos contratos de transporte, a responsabilidade civil do transportador relativamente aos passageiros é objetiva e de resultado, tendo como fim a segurança e a incolumidade destes.

Tendo a empresa de transporte urbano, com o seu proceder, decepado o quarto dedo da mão esquerda da passageira, quando esta ainda iniciava a sua transposição para a rua, acarretando nesta danos biológicos, estéticos e psicológicos, descumpriu com a sua obrigação de zelar pela segurança e incolumidade daquela.

Os contratos de transporte de passageiros firmados com empresas de transporte coletivo, ainda que despidos de maiores formalidades, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os danos psicológicos decorrem da intensa dor íntima experimentada, os biológicos — perda do dedo anelar —, os estéticos — decorrentes da violação da harmonia corporal, tudo numa visão unitária de direitos morais.

No regime aberto de quantificação dos danos morais, o livre arbítrio judicial está subordinado aos parâmetros jurisprudenciais aceitos e numa reprimenda pecuniária que atente para os aspectos punitivo-retributivos da reprimenda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.022453-2, da comarca da Capital (Fórum Distrital do Estreito — Vara de Exceção Cível), em que é apelante Transportes Coletivos Estrela Ltda., sendo apelada Eliana Pontes de Souza Vitelli:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

1. Eliana Pontes de Souza Vitelli, qualificada nos autos, por seu advogado, propôs ação de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais com pedido de tutela antecipada, contra Transportes Coletivos Estrela Ltda., objetivando a condenação da ré ao pagamento de R\$ 10.315,14, a título de danos patrimoniais, mais uma pensão mensal no valor de 5 salários mínimos até a data em que completaria 65 anos, e, finalmente, 500 salários mínimos a título de danos morais.

Sustentou que, em data de 5-10-98, por volta das 20h55min, embarcou no ônibus da requerida, no

Terminal Urbano Cidade de Florianópolis, em direção ao bairro Abraão, onde reside.

Prosseguiu argumentando que ao desembarcar do ônibus, em frente à Farmácia 17 horas, na Rua João Meirelles, sua aliança prendeu-se numa peça solta do corrimão do coletivo, acarretando-lhe a decepção do seu dedo anular da mão esquerda, em conseqüência do fato de que o motorista e preposto da requerida não esperou a sua descida integral do ônibus (fl. 22).

Adicionou que foi levada ao Hospital Regional de São José, oportunidade em que foi submetida a uma cirurgia, objetivando o replante do dedo, sem êxito.

Preconizou que o ilícito lhe proporcionou danos de ordem moral e material (consistentes em despesas médico-hospitalares), inclusive com várias sessões de fisioterapia, bem como lucros cessantes, uma vez que ficou impossibilitada de exercitar as atividades intelectuais que antes desempenhava.

Ao final, postulou a procedência do pedido formulado.

Valorou a causa e anexou documentos.

Citada, a ré ofereceu contestação, alegando que desconhecia a ocorrência do acidente. Prosseguiu aduzindo que sua atividade não é de risco, inexistindo responsabilidade contratual, que de qualquer forma entende ser subjetiva. Impugnou, ainda, uma a uma, as despesas médicas, sob o argumento de que poderiam ser cobertas pelo SUS, afirmando que os danos morais, no patamar pleiteado, são exorbitantes. Asseverou, enfim, que a pensão é descabida, não havendo prova da incapacidade sobrevinda, nem de que a autora auferia 5 salários mínimos.

A tutela antecipada foi indeferida.

Houve réplica e audiência preliminar.

O feito foi saneado à fl. 125.

Em audiência de conciliação, coletou-se prova oral.

As partes apresentaram razões finais por memoriais escritos.

Entregando a prestação jurisdicional, o digno Togado singular julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Inconformada, Transportes Coletivos Estrela Ltda. interpôs apelação, alegando que as testemunhas não presenciaram o acidente, sendo que não havia qualquer peça solta no coletivo, não tendo culpa no evento, pelo que preconizou culpa exclusiva da vítima. No mais, afirmou que os danos morais foram fixados em patamar exorbitante.

Preparados e respondidos, os autos aportaram nesta eg. Corte.

É o relatório.

2. O recurso objetiva reformar a sentença no tocante à responsabilidade civil, à atribuição de culpa e à quantificação dos danos morais.

Pelo documento de fl. 32, verifica-se que a requerente perdeu o quarto quirodáctilo esquerdo (falange proximal) da mão esquerda — CID 568.1 —, em decorrência do acidente ocorrido no ônibus mencionado no relatório deste julgamento.

Tal a gravidade do acidente sofrido pela autora que a ela foi indicado procedimento operatório, conforme se vê pelo documento de fl. 39, o qual revela que esta “apresenta uma amputação traumática do 4º dedo da mão esquerda, necessitando de cirurgia para a reconstrução funcional”.

Tratando sobre debilidade permanente de membro, sentido ou função, a Medicina Legal entende que “a debilidade permanente é o enfraquecimento permanente da capacidade funcional e a debilidade transitória não será, pois, de ser levada em consideração. A lesão sofrida, para ser considerada grave, deverá produzir um indubitável enfraquecimento do membro, sentido ou função, de forma que essa debilidade prejudique efetivamente ao ofendido. Função veio substituir a palavra órgão. A função não poderá existir sem o órgão correspondente e este poderá permanecer sem a respectiva função. Sentido refere-se às funções especiais que atendem à vida de

relação” (Hilário Veiga de Carvalho e outros, *Compêndio de Medicina Legal*, São Paulo, Editora Saraiva, 1987, p. 105 e 106).

Como as disfunções psicológicas acarretam problemas físicos, estes acarretam problemas orgânicos devido à interação psicossomática de que é constituído o ser humano. Assim, a requerente demonstrou a necessidade de acompanhamento psicológico e de tratamento fisioterápico, ambos objetivando fazer com que a autora diminuísse seus problemas decorrentes do acidente.

Verifica-se, portanto, que a autora sofreu intensamente danos morais, sob a forma ampla de danos biológicos, estéticos e psicológicos.

A responsabilidade civil da empresa que transportou a apelada é contratual, devendo ser analisada pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Solene ou não, o contrato de transporte de passageiros contém a cláusula de incolumidade, conforme se vê dos seguintes arestos:

— “Pela incolumidade do passageiro responde o condutor. Em caso de acidente, é obrigado a reparar o dano sofrido pelo passageiro” (RT 486/57).

— “Tratando-se de transporte de passageiro, no contrato está ínsita a cláusula de incolumidade, pela qual o transportador se responsabiliza de levar são e salvo o passageiro ao seu destino” (RT 491/63).

— “A responsabilidade da empresa transportadora de passageiros é de natureza contratual, com

cláusula implícita de garantia, dada a obrigação de levá-los incólumes a seu destino” (RT 583/221).

Não obstante a irresignação da apelante, extrai-se dos autos que o acidente ocorreu no ônibus quando a apelada deixava o coletivo, mas dele ainda não saíra completamente, tendo em vista que descia os degraus de acesso à rua.

Nesse vértice colhe-se do testemunho prestado pela Sra. Cíntia Vieira (fl. 144), que presenciou os fatos:

“Que a depoente desceu do lado esquerdo do ônibus, sendo que a autora desceu do lado direito; que a depoente desceu ao mesmo tempo em que a autora, sendo que a demandante enganchou a aliança em algum parafuso solto no ônibus; que o ônibus se encontrava parado enquanto a depoente e a autora desciam; que o acidente aconteceu em um ônibus da Companhia de Transportes Estrela”.

No mesmo diapasão informou a Sra. Maria da Purificação do Nascimento Vanderlei, também testemunha presencial (fl. 145):

“Que a depoente estava descendo do ônibus no momento em que aconteceu o acidente; que a demandante estava descendo do ônibus também no momento em que aconteceu o sinistro; que quando desceu do ônibus a depoente ouviu um barulho que não conseguiu identificar; que a depoente ao se virar notou a presença de objetos na escada do ônibus, tendo a mesma os apanhado,

momento em viú a autora segurando a própria mão e pedindo socorro”.

Ocorrido o acidente no interior do coletivo, ainda que iniciada a transposição para a rua, o caso *sub judice* é de submeter-se às regras e aos princípios da responsabilidade contratual, amoldando-se, ainda, ao paradigma do contrato de transporte, no qual está ínsita a cláusula de incolumidade dos passageiros.

Em decorrência do elenco probatório trazido aos autos, é inarredável a afirmação de que a empresa apelante está obrigada civilmente a reparar o dano causado à passageira apelada porque pela incolumidade do passageiro responde a empresa transportadora e em caso de acidente, deve reparar a ofensa sofrida pela passageira.

De outra banda, o Código de Defesa do Consumidor rege os contratos de transporte de passageiros firmados com empresas de transporte coletivo, ainda que despidos de maiores formalidades (art. 3º).

Sobre a espécie preconiza Cláudia Lima Marques, em seu *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., RT, p. 124:

“Quanto aos contratos de transporte, destacaríamos o transporte de pessoas ou de passageiros. Este transporte terrestre, por ônibus, por carro, e menos freqüentemente, por trem, pode firmar-se por escrito ou não, bastando a conduta do consumidor ao subir no transporte coletivo para formalizar o contrato, que se regulará geralmente por condições gerais afixadas ou não no coletivo.

“O contrato de transporte de passageiros é um contrato de prestação de serviços, uma obrigação de resultado. Neste caso a caracterização do profissional transportador como fornecedor não é difícil, nem a do usuário do serviço, seja qual for o fim que pretende com o deslocamento, como consumidor”.

Assim, emerge do art. 6º, I, do Diploma Consumerista que “são direitos básicos do consumidor, a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

O art. 14 daquele mesmo *Codex*, que estabelece a responsabilidade pelo fato do serviço reza que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (grifei).

A responsabilidade pelo fato do serviço tem por premissa básica o *dever de segurança*, que abrange a fase pré-contratual e se estende à fase pós-contratual. Especificamente no que diz respeito aos contratos de transporte, o dever de segurança reputa-se consubstanciado naquilo que a doutrina designou de cláusula de incolumidade, que decorre da obrigação de custódia dos passageiros.

Sobre a temática colaciono lição de Sérgio Cavalieri Filho,

Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 1997, p. 193 e 194:

“Sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador é de fim, de resultado, e não apenas de meio. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; *obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito*. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto, como assinalou Vivante, citado por Aguiar Dias. O objeto da obrigação de custódia, prossegue o mestre, é assegurar o credor contra os riscos contratuais, isto é, pôr a cargo do devedor a álea do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior” (grifei).

A responsabilidade, portanto, é objetiva porque o dever de custódia impõe ao transportador os riscos contratuais (*álea*), em contraposição aos lucros que auferem com a exploração do serviço, tanto mais perigoso, quanto prestado no trânsito caótico das grandes cidades.

À míngua de disposição expressa, o mesmo entendimento se emprestava à interpretação do art. 1.056 do Código Civil de 1917, o que, aliás, informou a edição da Súmula 161 do STF, para a qual “em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”.

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que estabeleceu o novo Código Civil, aplicável subsidiari-

amente à hipótese dos autos, dispõe, em seu art. 734, que “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

Num tal contexto e reputando-se objetiva a responsabilidade do transportador, de nenhuma relevância qualquer menção à culpa da empresa, senão para a apuração do valor indenizatório dos danos morais.

Cumpra apenas perquirir a ocorrência do *dano* e a existência de *nexo causal*, resultando arredada a responsabilidade apenas nas hipóteses de caso fortuito, força maior e fato da vítima.

A exceção de culpa da vítima, nesse contexto, não merece guarida.

Como se sabe, são as seguintes as excludentes de responsabilidade civil: a) caso fortuito; b) força maior; c) fato de terceiro e d) culpa exclusiva da vítima.

Objetivando resolver o caso *sub judice*, a excludente a ser analisada é a da culpa exclusiva da vítima, ora apelada.

Inexiste qualquer elemento probatório dando conta de que a vítima deu causa ao seu próprio infortúnio. Aliás, existe falta de lógica a essa razão recursal, não só porque contraria o instinto de preservação corpórea que possuímos, como também pelo fato de que o ônibus, no qual se acidentou a apelada, estava em péssimo estado de conservação. Não há prova, nem mesmo é crível

que a apelada tenha deixado o coletivo de forma tão violenta e desleixada a ponto de negligenciar o próprio corpo e decepar seu dedo. Esse estado de conservação foi o fato determinante que acarretou o acidente.

A prova testemunhal produzida (fls. 144 a 146) atestou que o anel anexado à fl. 24 enganchou num parafuso ou em alguma outra peça solta do ônibus, e a empresa tinha a obrigação de deixar a passageira sair do ônibus sã e salva, em decorrência da natureza jurídica do transporte, que é contrato-fim.

Em conseqüência, não se pode cogitar de culpa da vítima, mas sim de culpa exclusiva da empresa apelante, que deverá indenizar a apelada.

Como restaram perfectibilizados todos os elementos do ilícito em apreço, a decorrência lógica é a responsabilidade civil da empresa apelante e, decorrentemente, a obrigação de indenizar os danos morais perpetrados contra a apelada.

Os danos morais, em sentido amplo, abrangem os danos biológicos, os estéticos e os anímicos (morais *stricto sensu*).

Os danos biológicos, inseridos no conceito amplo de danos morais, decorrem da perda ou da redução da funcionalidade somática, o que se presume pela extirpação do dedo anelar da mão esquerda da apelada.

Os danos estéticos, também inseridos na conceituação de danos morais, emergem da vulneração à harmonia do corpo do humano, considerado em seu conjunto, o que se

reputa consideravelmente prejudicado pela decepção de um dedo.

Os danos morais consistem na repercussão psicológica da mutilação ocorrida, não ensejando qualquer dificuldade presumir que a apelada experimentou intenso sofrimento pela perda do dedo anelar esquerdo.

Não bastasse isso, o boletim de ocorrência (fl. 22) e os exames médicos anexados com a inicial (fls. 23 a 45) são prova soberba de que a passageira do ônibus, em decorrência do ilícito praticado pela empresa de transportes, sofreu danos morais na amplitude descrita anteriormente.

O nexa causal é o vínculo existente entre a ação ou omissão do indigitado ofensor e os danos ocorridos com a vítima, de modo que se possa dizer que o resultado produzido nessa foi inquestionavelmente proporcionado por aquele.

Na hipótese, indene de dúvidas que os danos foram produzidos pela empresa transportadora, no interior do coletivo, conforme os depoimentos acima transcritos (fls. 144 a 146).

Tendo a empresa requerida praticado ilícito contra a requerente, que resultou em problemas biológicos, estéticos e psicológicos para ela, a decorrência lógica é a responsabilidade civil da empresa, com a conseqüente obrigação de reparar os danos.

Acolhido por nossa legislação o regime aberto de quantificação dos danos morais, o livre arbítrio judicial está subordinado aos parâmetros das posições econômica e social das partes, a intensidade do dolo ou da

culpa do agente, a repercussão da ofensa e, principalmente, uma reprimenda pecuniária que atente para os aspectos punitivo-retributivos da medida.

Nesse vértice firmou o Superior Tribunal de Justiça:

“O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 240.441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 5-6-2000, p. 172).

A apelante asseverou que a indenização, fixada em R\$ 30.000,00, é demasiada, no que não lhe assiste razão.

A ofensa foi grave, uma vez que resultou na extirpação de um membro; o grau de culpa foi considerável, tendo em vista que a apelante não respeitou a incolumidade física

da apelada; o ônibus era antigo, possuindo peças soltas em seu interior (fls. 144 a 146), o que revela manifesto descaso da apelante com a integridade física de seus passageiros; o *quantum* fixado em favor da apelada apenas lhe servirá para compensar a dor sofrida, como um lenitivo; o estabelecimento apelante é empresa sólida e tem condições de ressarcir a vítima; o mister dissuasivo da reprimenda, com rigor, reclamaria até mesmo indenização superior, o que ora não se procede à míngua de recurso da parte interessada (vedação da *reformatio in pejus*).

3. Conclusão

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do apelo.

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 12 de junho de 2003

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.017316-4, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Processual civil. Cobrança de despesas condominiais. Contrato de compromisso de compra e venda. Entrega das chaves do imóvel já

efetivada. Promissário comprador na posse direta do bem. Ação proposta contra o promitente vendedor. Ilegitimidade passiva ad causam evidenciada. Extinção do processo, sem julgamento do mérito

É do promissário comprador, se já investido na posse do imóvel, a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.017316-4, da comarca de São José (2ª Vara), em que é apelante Sant'ana Administração, Construção e Incorporação de Imóveis Ltda. e apelado Condomínio Royale Residence:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Condomínio Royale Residence ajuizou ação de cobrança contra Sant'ana Administração, Construção e Incorporação de Imóveis Ltda., visando à cobrança de encargos condominiais. Alegou que a acionada é proprietária do apartamento n. 501 do Edifício Royale Residence, situado na Rua Brigadeiro Silva Paes, n. 86, em Campinas, São José.

Disse que a ré, a partir de fevereiro de 1999, deixou de pagar as taxas condominiais, permitindo que se acumulasse uma dívida no importe de R\$ 659,22. Daí haver requerido a procedência do pedido, para recebimento dos encargos vencidos e vincendos, acrescidos de juros e de correção monetária, mais multa legal,

custas processuais e honorários advocatícios.

Sant'ana Administração, Construção e Incorporação de Imóveis Ltda. contestou. Suscitou preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, afirmando haver vendido o apartamento a Samuel Wesley Elias, entregando-lhe, desde logo, a posse direta do bem, conforme termo de recebimento das chaves encartado nos autos. Entretanto, para sua própria garantia, apenas reservou-se o direito de passar a escritura definitiva do imóvel, para o competente registro, depois do integral pagamento do preço; fato que, todavia, não exime o comprador, na posse direta do bem, de responsabilidade pelas obrigações contidas no contrato de compra e venda, entre as quais pagar as taxas condominiais. Por isso, requereu a denúncia da lide a Samuel Wesley Elias e a extinção do processo sem julgamento do mérito, com a sua exclusão do pólo passivo da demanda.

Houve réplica.

O Dr. Juiz de Direito julgou antecipadamente a lide, arremou a preliminar de ilegitimidade passiva, indeferiu a denúncia da lide e condenou a empresa Sant'ana Administração, Construção e Incorporação de Imóveis Ltda. ao pagamento das taxas condomi-

niais vencidas e vincendas, acrescidas de juros e de correção monetária, além da multa legal. Condenou-a, ainda, em custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada, Sant'Anta Administração, Construção e Incorporação de Imóveis Ltda. apelou, insistindo na tese de ilegitimidade passiva. Alegou que, em seu ramo de atividade, uma vez concluída a edificação, legalizada nos órgãos competentes da administração municipal, entrega as unidades aos promitentes compradores, a estes cabendo, daí em diante, toda a responsabilidade pelas taxas resultantes do uso do bem, independentemente da outorga da escritura pública de compra e venda, que só lhes é passada quando houverem quitado inteiramente o bem. Assim, se o adquirente recebe a coisa pronta para morar e dela passa a usufruir, nada mais natural que, nos termos do art. 12, § 4º, da Lei n. 4.591/64 (Lei de Condomínios e Incorporações), passe a ser de sua responsabilidade todas as taxas que disserem respeito ao condomínio.

Realçou que assim aconteceu com todos os demais promitentes compradores, nada havendo de ilegal na transferência daqueles ônus a quem, efetivamente, tem a posse direta do bem. Daí concluir ter o autor cometido equívoco ao colocá-la na angularidade processual passiva, quando quem ali deveria figurar é o condômino adquirente e usuário direto do imóvel.

Sustentou, em caráter sucursivo, a obrigatoriedade da denunci-

ção da lide a Samuel Wesley Elias, por força do art. 70, III, do CPC, e, por isso, pleiteou a nulidade da sentença.

Houve contra-razões, contrariando as asserções do apelo.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sant'ana Administração, Construção e Incorporação de Imóveis Ltda. da sentença que, nos autos de ação de cobrança que lhe move o Condomínio Royale Residence, condenou-a ao pagamento dos encargos condominiais acumulados por atraso, atinentes ao uso condominial do apartamento n. 501. Pretende a recorrente que se declare sua ilegitimidade passiva, ou, sucessivamente, que se anule o *decisum* vergastado que rejeitou a denúncia da lide requisitada.

Tem razão a apelante; não ostenta ela legitimidade para estar no pólo passivo da ação. É que resultando provado o fato de que a unidade vendida, sob a forma de financiamento, para pagamento em prestações mensais, foi entregue (termo de entrega das chaves, fl. 59) em condições de habitabilidade ao promissário comprador, passa a ser deste a obrigação de pagar as taxas condominiais, independentemente de registro no cartório competente. Ademais, a administração do condomínio já havia emitido os boletos, relativos às taxas do condomínio, em nome do morador do apartamento (fls. 20 a 23). Assim, tinha o autor inteira ciência de que a

responsabilidade pelo pagamento das taxas era já do morador do imóvel, no caso o promissário comprador.

A questão está pacificada no Superior Tribunal de Justiça:

“Civil e processual civil. Condomínio. Cobrança de taxas condominiais. Promitente comprador. Contrato não levado a registro.

“A palavra ‘condômino’, contida no *caput* do art. 12 da Lei n. 4.591/64 (quando diz que ‘cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio’), pode ser eventualmente interpretada como sendo outra pessoa que não o proprietário em nome de quem a unidade autônoma esteja registrada no livro imobiliário.

“A despeito de ainda não ter sido registrado o contrato de promessa de compra e venda, cabe ao promitente comprador de unidade autônoma das obrigações respeitantes os encargos condominiais, quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa” (STJ, REsp n. 135.122/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 14-2-01).

“Civil e processual civil. Condomínio. Despesas comuns. Legitimidade passiva. Promitente vendedor ou promissário comprador. Possibilidade. Peculiaridades de fato. Recurso provido.

“I – Na linha de precedente da Segunda Seção (REsp n. 138.389/MG, DJ 13-9-99), a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o

promissário comprador, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

“II – Uma vez comprovada a posse e uso do imóvel pelo promissário comprador, sobre ele deve recair a responsabilidade pelas cotas de condomínio, independentemente do registro da promessa de compra e venda no Cartório de Imóveis” (STJ, REsp n. 247.288/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19-6-00).

“Processual civil. Recurso especial. Despesas condominiais em atraso. Ação de cobrança. Legitimidade passiva para a causa. Promitente vendedor e promissário comprador. Peculiaridades da situação fática concreta.

“Não destacando o acórdão recorrido qualquer peculiaridade, mas tão-somente a ausência de escritura definitiva em nome do promissário comprador e a falta de registro do instrumento contratual de promessa de compra e venda de imóvel celebrado entre as partes no cartório competente, prevalece a legitimidade do promissário comprador para figurar no pólo passivo da ação pela qual se visa à cobrança de cotas condominiais em atraso. Precedentes da Seção” (STJ, REsp n. 470.487/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 30-6-03).

A jurisprudência deste Tribunal não destoa:

“Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de compromisso de compra e venda. Defeito de representação. Não ocorrência. Contrato não registrado. Irrelevância. Taxa de condomínio. Inadimplência. Pagamento. Obrigação do promitente

comprador. *Actio* promovida contra promitente vendedora. Ilegitimidade passiva *ad causam* configurada. Extinção do processo. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Recurso provido.

“É do promitente comprador a obrigação de pagar as taxas condominiais, ainda que não registrado o compromisso de compra e venda no cartório imobiliário competente” (Ap. Cív. n. 2001.015902-3, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 23-6-2003).

“Cobrança. Despesas condominiais. Legitimidade passiva *ad causam*. Contrato de compromisso de compra e venda. Ausência de averbação no registro de imóveis. Posse e uso do promitente comprador comprovados. Responsabilidade do possuidor. Precedentes do STJ. Matéria pacífica nesta Câmara. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 2000.009510-9, de São José, rela. Desa. Maria do Roccio Luz Santa Ritta, j. 7-5-02).

Desse modo, resulta evidente a ilegitimidade da ré Sant'ana Administração, Construção e Incorporação de

Imóveis Ltda. para figurar no pólo passivo da demanda, devendo dele ser excluída com a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Condeno o Condomínio Royale Residence em custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 500,00, à vista do engastado no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, observado o que consta das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do mesmo artigo.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 11 de setembro de 2003.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.006264-0, DE BRUSQUE

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Apelação cível. Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição ânua. Inadmissibilidade após a vigência do Código de Defesa do Consumidor. Inteligência do artigo 27 do Codecon. Prescrição quinquenal.

Prescrição acolhida em primeiro grau. Extinção do processo com julgamento do mérito (artigo 269 do CPC). Reforma em

segundo grau. Aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC. Questão exclusivamente de direito, e causa em condições de imediato julgamento. Possibilidade.

Furto de veículo. Indenização pelo valor da apólice.

Havendo perda total do bem segurado o valor da indenização deve ser o constante na apólice.

Provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.006264-0, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é apelante Transportadora Azambuja e apelada Hannover Paulista Seguros S.A.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Transportadora Azambuja Ltda. intentou ação ordinária de cobrança contra Hannover Paulista Seguros S.A. requerendo, em decorrência de furto de veículo, a complementação da quantia paga pela seguradora, considerando-se como devido o valor previsto em apólice.

Citada, a ré contestou o pedido, argüindo a prescrição ânua e, no mérito, a limitação da indenização ao valor comercial do veículo.

Houve réplica.

Procedeu-se à audiência, na qual, infrutífera a conciliação, apresentaram alegações finais as partes.

Em seguida, proferiu sentença o Magistrado *a quo* em que, acolhendo a preliminar suscitada, julgou extinto o processo com fundamento no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada, apelou a vencida, reiterando os argumentos expostos no transcurso processual.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

II – Voto

O inconformismo da apelante baseia-se no reconhecimento em primeiro grau da prescrição ânua, o que ocasionou a extinção do processo.

Analisando os autos verifico que a indenização paga pela seguradora referente ao furto do veículo deu-se em 26-4-96, mediante depósito bancário, ao passo que a ação foi proposta em 16-6-97, demonstrando que entre o conhecimento do fato ensejador da ação e a sua proposição decorreu lapso superior a um ano.

No entanto, em que pese o acolhimento em sentença da prescrição ânua, prevista no artigo 178, § 6º, II, do Código Civil, entendo que nas ações do segurado contra a seguradora deve-se obedecer à legislação específica atinente à relação jurídica estabelecida entre as partes, qual seja, de consumo, consoante disposição expressa no artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 14 da Lei n. 8.078/90 prevê que o fornecedor – qualidade na qual se insere a seguradora – responde por danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Tendo em vista o dispositivo supracitado e sabendo-se que a apelante busca o pagamento de indenização pelo valor previsto na apólice e não no de mercado, resta evidente que a ação proposta tem por fundamento o defeito da prestação, uma vez que a segurada esperava resultado diverso do recebido.

Outrossim, deve ser aplicada na hipótese a prescrição de cinco anos prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, consoante entendimento que vem sendo sufragado por esta Câmara, nestes termos:

Omissis.

“É de cinco anos o prazo prescricional da pretensão indenizatória do segurado em face do segurador, conforme o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, estando nesta parte derogado o art. 178, § 6º, do Código Civil (Agravo de

Instrumento n. 2002.005709-1, de Itajaí, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 29-5-2002).

Afastada a preliminar, de salientar que o presente caso enquadra-se na hipótese prevista no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, norma de aplicação imediata, estando a permitir o julgamento da lide por este grau de jurisdição.

Isso por girar em torno de controvérsia que se resume à questão puramente de direito, uma vez que a segurada, beneficiária em contrato de seguro, busca a indenização pelo veículo furtado no valor previsto em apólice e não no valor médio de mercado atribuído ao bem.

Além disso, os autos estão em plenas condições de apreciação ante a desnecessidade de demais provas, conforme manifestado em audiência pelas próprias partes, que igualmente pugnaram pelo julgamento antecipado e apresentaram alegações finais.

Além disso, embora não tenha sido extinto o processo com base no artigo 267 do Código de Processo Civil, a extensão do efeito devolutivo deve ser ampliada de modo a alcançar os feitos concernentes à prescrição, uma vez que a causa, além de versar sobre matéria exclusivamente de direito, está em condição tal que autoriza o julgamento antecipado.

Nesse sentido, transcrevo dos ensinamentos de José Rogério Cruz e Tucci:

“Assim, se porventura a sentença acolhe, em julgamento liminar, a arguição de decadência ou de prescrição, dúvida não pode haver no sentido de que, ao proferi-la, o juiz não se encontra em condições de solucionar qualquer outra questão de mérito, ‘além daquela concernente à decadência ou prescrição, de sorte que apenas esta se devolve ao conhecimento do tribunal; se a apelação for provida, o feito terá de prosseguir, na instância inferior, a sua marcha normal, para exame oportuno dos demais aspectos do *meritum causae*. Extinto que seja o processo, por decadência ou prescrição, nos termos do art. 329, combinado com o art. 269, IV, o tribunal só poderá passar a outras questões de mérito nas hipóteses em que se teria aberto ensejo ao julgamento antecipado da lide pelo Juízo *a quo*, segundo o artigo 330, ou, quando já realizada a audiência de instrução e julgamento” (sem grifo no original) (Lineamentos da nova reforma do CPC. 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 96).

Em idêntico sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Prescrição afastada no segundo grau. Exame das demais questões no mesmo julgamento. Possibilidade, desde que suficientemente debatida e instruída a causa. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Exegese do art. 515, *caput*, CPC. Precedentes do tribunal e do Supremo Tribunal Federal. Lei n.

10.352/2001. Introdução do § 3º do art. 515. Embargos rejeitados.

“I — Reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, salvo quando suficientemente debatida e instruída a causa.

“II — Nesse caso, encontrando-se ‘madura’ a causa, é permitido ao órgão *ad quem* adentrar o mérito da controvérsia, julgando as demais questões, ainda que não apreciadas diretamente em primeiro grau.

“III — Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, ‘o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento’ (EREsp n. 89240/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 26-3-02).

Considerada a admissibilidade do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, ao caso em epígrafe, passo ao exame do mérito.

É posição uníssona desta Corte que ocorrendo a perda total do bem a indenização deve ser aquela disposta na apólice, posto que o prêmio pago pelo segurado é calculado com base no valor integral contratado.

Nesse diapasão:

“Civil – Contrato de seguro – Furto de veículo – Perda total – Obrigação de indenizar pelo valor da apólice – Valor médio de mercado – Inadmissibilidade – Exegese dos arts. 1.458 e 1.462 do Código Civil –

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Inexistência de litigância de má-fé – Ausência dos pressupostos legais.

“Comprovada a perda total do veículo segurado em decorrência de furto, assim como o pagamento do prêmio pelo segurado, o valor da indenização deve corresponder ao contratado na apólice, sobre o qual é calculado e cobrado o prêmio, de acordo com a dicção dos arts. 1.458 e 1.462 do Código Civil, independentemente do valor médio de mercado do bem” (Ap. Cív. n. 2001.002023-3, de Sombrio, rel. Des. Luiz Carlos Frey-leben).

Nesse contexto, voto pelo provimento do recurso, afastando a prescrição e acolhendo, no mérito, o pedido inicial. Isto determina a

inversão do ônus sucumbencial, competindo à apelada o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, os quais são fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

III – Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 24 de abril de 2003.

Mazoni Ferreira,

Presidente, com voto;

Jorge Schaefer Martins,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.017969-5, DA CAPITAL

Relator: Jorge Schaefer Martins

Contrato de reserva de área para locação celebrado por pessoa física. Posterior efetivação da locação por pessoa jurídica. Ação de rescisão contratual atingindo ambos os contratos desencadeada pela primeira, com base em suposta ilegalidade do pré-contrato. Ilegitimidade ativa para a causa. Extinção do processo. Apelação. Contrato preparatório estabelecido para garantir os interesses da pessoa jurídica. Contrato definitivo que abarca o preliminar formando nova relação entre locadora e locatária. Sentença confirmada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.017969-5, da comarca da Capital (Fórum do Estreito – Vara de Exceção Cível), em que é apelante Simone Bitten-

court de Souza e apelada Madesc Center Administradora de Bens S.C. Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Simone Bittencourt de Souza intentou ação de rescisão contratual cumulada com outros pedidos contra Madesc Center Administradora de Bens S.C. Ltda., alegando que, em 14-7-97, celebrou com a ré contrato de reserva de área para locação, efetuando o pagamento de R\$ 6.600,00 (seis mil e seiscentos reais).

Asseverando que a sala locada vinha sendo utilizada antes da assinatura do contrato de locação, sustentou que o valor pago no contrato preliminar não passou de adiantamento de aluguel, violando o disposto nos artigos 20 e 43, III, ambos da Lei n. 8.245/91, invalidando o negócio jurídico.

Sustentando a ilegalidade da cobrança, postulou a rescisão dos contratos; a restituição do valor pago, devidamente atualizado; o pagamento da multa contratual, além daquela prevista no inciso III do artigo 43 da Lei n. 8.245/91, e, por derradeiro, o ressarcimento por perdas e danos.

Juntou documentos às fls. 18 a 61.

Citada, a ré apresentou contestação, aduzindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, impossibilidade jurídica do pedido e condenação por litigância de má-fé.

À guisa de mérito, enfatizou a legalidade da quantia desembolsada

pela autora, ao argumento de que se trata de *res sperata*, rebatendo, por derradeiro, os demais pedidos formulados na exordial.

Acostou documentos às fls. 86 a 554.

Nas fls. 556 a 578, a autora impugnou a resposta e apresentou documentos.

Após a manifestação da ré acerca dos documentos e da ausência de composição entre as partes na audiência, o Juiz *a quo*, com base nos artigos 295, II, e 267, § 3º, ambos do Código de Processo Civil, indeferiu a inicial por ilegitimidade ativa *ad causam*, entendendo que a ação deveria ter sido desencadeada pela pessoa jurídica contratante da locação.

Outrossim, condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, observada a concessão da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apelou a vencida, sustentando sua legitimidade ativa à consideração de que o contrato preliminar foi celebrado pela pessoa física.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

II – Voto

A matéria discutida no presente recurso de apelação impõe maiores indagações a respeito dos requisitos necessários para a apreciação do mérito da contenda.

Com efeito, traz-se à baila os comentários de Joel Dias Figueira Júnior, nestes termos:

“O trinômio processual, constituído pelos pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa, forma o arcabouço do processo civil moderno, tendo em vista que nele residem as concepções básicas sobre institutos indispensáveis à obtenção do remédio processual articulado pelos jurisdicionados no conseguimento da tutela prestada pelo Estado-juiz, sendo estas as principais matérias postas como objeto de análise ao órgão julgador.

Omissis.

“O alcance metodológico do exame destes três institutos encontra ressonância teórico-prática no sentido de que a concatenação investigatória deve seguir (sempre que possível) uma seqüência harmônica, capaz de levar o julgador ao conhecimento da pretensão formulada pelo autor na peça inaugural, tornando-o habilitado a dizer o direito.

“A inobservância desta ordem, dependendo do caso, pode obstar o juiz de conhecer validamente a matéria de fundo, e, portanto, de compor a lide. Diz-se conhecimento válido do mérito da causa porque, se faltar algum dos pressupostos de constituição e/ou desenvolvimento eficaz e regular do processo ou alguma das condições da ação, a última faceta do trinômio fica totalmente prejudicada” (A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. Revista

Forense n. 327, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 51).

Mais adiante menciona que:

“Estes dois fenômenos formadores do binômio pressupostos processuais e condições da ação apresentam-se com elementos de natureza profundamente diversa e de existência e configurações independentes, assim como sucede entre ação e relação processual” (ob. cit., p. 52).

E, ainda, é importante ressaltar acerca da distinção:

“O Prof. Buzaid foi bastante claro e objetivo ao tratar da matéria, bem com (*sic*) na distinção feita com a legitimidade processual. Ensina que [...] A expressão legitimidade de parte designa a titularidade da ação, isto é, o sujeito ativo e passivo da lide. A legitimidade *ad processum* é, diversamente, a idoneidade da pessoa para agir em juízo. Quem não tem o livre exercício dos seus direitos não pode participar da relação processual senão representado, assistido ou autorizado conforme a lei que rege o estado e a capacidade [...]” (ob. cit., p. 56).

Na hipótese, discute-se a validade do contrato preliminar, ou seja, aquele celebrado pela pessoa física, o qual, por sua vez, interfere na locação celebrada pela pessoa jurídica (contrato definitivo), restando evidente, em um primeiro momento, a legitimidade das duas para atuar no pólo ativo da demanda, cada qual em relação ao contrato que firmou perante a ré.

Entretanto, não se pode olvidar que o contrato preliminar foi celebrado para resguardar os interesses da pessoa jurídica, a qual, por seu turno, concluiu o negócio jurídico, ou seja, a locação da sala comercial.

A propósito, acerca do assunto, enfatiza Sílvio de Salvo Venosa que:

“[...] pode às partes não parecer oportuno, possível ou conveniente contratar de forma definitiva, plena e acabada, mas será talvez mais inconveniente nada contratar, sob pena de se perder toda essa custosa fase preparatória. Talvez necessitem as partes de completar maiores estudos, aguardar melhor situação econômica ou remover algum obstáculo que impeça, naquele momento, a contratação. Nessas premissas, partem os interessados para uma contratação preliminar, prévia, antevendo um futuro contrato. Essas figuras antecedentes a um contrato definitivo tomam diversas denominações: contrato preliminar, promessa de contrato, compromisso, contrato preparatório, pré-contrato etc. Essa categoria engloba, desimportando a denominação, todos os acordos que antecedem a realização de outro contrato; são evidentemente negócios jurídicos e como tal devem ser tratados. Convenções que objetivam a realização de um contrato, gerando deveres e obrigações a uma ou a ambas as partes. Nessas avenças, podem as partes determinar com maior ou menor amplitude as cláusulas que vão constar do contrato definitivo. Terminologicamente, dizemos que, com o

contrato preliminar, as partes buscam a conclusão de um contrato principal ou definitivo” (Direito civil. São Paulo: Atlas, 2001, vol. 2, p. 376 e 377).

Ora, é cediço que as condições da ação devem estar presentes na época de sua propositura. Efetivamente, no caso em tela, em que pese o fato de estar a causa de pedir calcada na suposta ilegalidade do contrato preliminar, a relação jurídica formada entre o locador e a locatária (pessoa jurídica) incorporou aquela referente à autora, tanto é que, além da rescisão do contrato preliminar e a restituição do valor pago, foram postuladas várias indenizações provenientes do contrato de locação, bem como a multa contratual estipulada no montante de 10% (dez por cento) da anuidade dos alugueres.

A par disso, torna-se oportuno destacar algumas lições a respeito da legitimidade para a causa:

“A legitimação para agir não se confunde jamais com a titularidade (ativa e passiva) da relação fática ou jurídica deduzida em juízo. A legitimação *ad causam* é especificamente aquela que nos interessa no estudo do Processo Civil, sem qualquer pertinência com a legitimidade de direito substancial.

“A legitimação para agir é conceituada por Liebman como ‘[...] pertinência da ação àquele que a propõe e em confronto com a parte contrária’, integrando a parte subjetiva da ação, ‘[...] isto é, a identidade daquele que propõe a demanda com referência ao outro e a lesão de um seu direito, que ele afirma existente, e

possa pretender para si a providência de tutela jurisdicional demandada nos confrontos com aquele que foi chamado em juízo’.

“A titularidade do direito propriamente dito somente se verifica e confirma com a prolação da sentença mérito, onde o juiz, depois de analisar os fatos e a norma jurídica aplicável à espécie, poderá afirmar quem realmente tem razão, isto é, a quem pertence a titularidade do direito deduzido – se ao autor (titular da ação) ou ao réu (titular do pólo passivo).

“Escreve Attardi que se trata de uma condição de reconhecimento, ao autor, da legitimação de agir pela titularidade de um direito que alega ter, mas não que seja efetivamente o titular deste direito. É justamente aos que possuem esta qualidade subjetiva para agir que a lei confere a legitimação para a causa.

[...]

“Buscando uma explicação com fundamento da lide (como situação de existência própria e que justifica o processo), escreve com muita propriedade Humberto Theodoro Jr., fulcrado na lição de Amaral Santos: ‘Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva, ao titular do interesse daquele que resiste à pretensão’ (Amaral Santos, Primeiras Linhas, 5ª ed., vol. I, n. 129, p. 146)” (ob. cit., p. 55 e 56).

Egas Dirceu Moniz de Aragão, por sua vez, após ilustrar, com base em julgado do Superior Tribunal de Justiça, que “a titularidade se apura em vista da relação jurídica de direito material em que surge o conflito de interesses”, critica este entendimento, sustentando sua ampliação para assegurar o acesso à justiça previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (Comentários ao código de processo civil. 9ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 2, p. 399 a 402).

A lição de Arruda Alvim ajuda a esclarecer o assunto, dispondo que:

“A *legitimatío ad causam* não se confunde com a legitimação formal também denominada *ad processum* ou, ainda, capacidade para estar em juízo (que é pressuposto processual). A nossa lei colocou a capacidade processual, em rigor, como gênero (Livro I, Tit. II, Cap. I) e os diversos outros aspectos como espécies que tal modalidade de capacidade assume (art. 7º, capacidade (plena) para estar em juízo; art. 8º, assistência e representação etc.).

“Lendo-se o texto legal (arts. 3º e 295, III), porém, se deve ter presente que só poderá haver dissociação das duas legitimidades quando isto for autorizado por lei, como na representação, ou, na substituição processual, o que decorre do art. 6º.

“Nessas condições, entendemos que tanto a *legitimatío ad causam* (condição da ação), como a legitimação processual (pressuposto processual) estão presentes nos arts.

3º e 295, III, do estatuto processual de 1973.

[...]

“Mas, devemos ter presente que a legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação, se não integra os fundamentos da demanda, partindo do direito substancial, é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material (apesar de ser dele, existencialmente, desligada). A *legitimatío ad causam* é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença. Normalmente, a legitimação para a causa é do possível titular do direito material (art. 6º)” (Manual de direito processual civil. 5ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991-1996, p. 348 e 349).

José Frederico Marques ainda assevera:

“A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. Desde que falte um desses requisitos, há carência de ação por ausência de *legitimatío ad causam*.

“Só os titulares dos interesses em conflito têm o direito de obter uma decisão sobre a pretensão levada a juízo através da ação. São eles, portanto, os únicos legitimados a

conseguir os efeitos jurídicos decorrentes do direito de ação” (Instituições de direito processual civil. Campinas: Millennium, 1999, vol. 2, p. 25).

Desses ensinamentos, conclui-se que para identificar quem tem legitimidade ativa e passiva para atuar na hipótese dos autos, ou seja, possa vir a ser parte, deve-se, em primeiro lugar, observar quem participou da relação jurídica geradora do conflito de interesses posto à apreciação do Estado-juiz, ainda que hipoteticamente.

Outra não foi a conclusão a que chegou Rodrigo da Cunha Lima Freire, em monografia a respeito da matéria, dizendo que:

“Com efeito, enquanto a legitimidade para a causa – condição da ação – diz respeito exclusivamente à relação jurídica material afirmada em juízo, a legitimidade processual – pressuposto processual – não depende desta relação substancial hipotética” (Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118).

Apesar de também se estar discutindo a legalidade do contrato preliminar celebrado pela pessoa física, resta claro que a relação jurídica principal é aquela proveniente do contrato de locação pactuado com a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, uma vez que o primeiro ocorreu apenas para garantir a efetivação do segundo.

Além disso, a própria alegação de que houve a cobrança antecipada de alugueres diz respeito àquele que

se comprometeu a pagá-los, ou seja, a locatária (pessoa jurídica).

É lógico que não se pode olvidar que o pagamento foi efetuado pela pessoa física, contudo, em benefício da pessoa jurídica da qual é sócia com 90% das cotas, consoante o contrato social acostado às fls. 567 a 569.

Em resumo, houve a assinatura de um pré-contrato que objetivava garantir espaço locado em *shopping center*, tendo ele sido firmado por pessoa física. Posteriormente, houve a celebração de contrato locatício com pessoa jurídica, da qual a contratante primitiva é sócia majoritária.

O que se procurou obter no contexto da presente ação foi a invalidade do contrato preliminar, embasado principalmente em infringência a cláusulas do contrato principal, não se tendo reconhecida a possibilidade da pessoa física vir a juízo discutir tal questão.

Ora, caso o pedido houvesse sido aforado pela pessoa jurídica, seria mera irregularidade o fato de o contrato prévio ter sido firmado por pessoa física, uma vez que este veio em seu interesse (pessoa jurídica). Mas, contrariamente, admitir-se o pleito da pessoa física, quando as máculas fundamentais são apontadas quanto ao contrato principal, seria aceitar-se a postulação por direito alheio.

Nesse contexto, tendo a ação sido desencadeada tão-somente pela pessoa física, falta-lhe legitimidade (condição da ação) em relação ao contrato de locação, e não processual (pressuposto), pois esta última estaria suprida devido à juntada dos documentos de fls. 566 a 569.

Sendo esse o raciocínio, impõe-se a confirmação da sentença e, em conseqüência, o não provimento do recurso, ressaltando-se, entretanto, que a hipótese apresentada nas razões de apelação é diversa, pois naquela, ao contrário do caso em tela, a ação restou desencadeada pelo contratante do pacto definitivo, alicerçando o aqui exposto no sentido de que, se a ação houvesse sido intentada pela pessoa jurídica, não haveria falar de ilegitimidade ativa *ad causam*.

III – Decisão

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 29 de maio de 2003.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 2002.008654-7, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Monteiro Rocha

Conflito de competência — Ação relativa à capacidade da pessoa — Interdição — Juízo competente para a ação é o do domicílio da interditanda até o momento da sentença — Proferida a sentença, modifica-se o domicílio da curatelada para o domicílio do curador nomeado — Juízo suscitado competente — Conflito acolhido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2002.008654-7, da comarca de São José, em que é suscitante a Juíza da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude, de São José e suscitado o Juiz da 1ª Vara da Família da Capital:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, acolher o conflito suscitado para declarar a 1ª Vara da Família da comarca da Capital o Juízo competente para conhecer da ação de interdição.

Custas inexistentes.

I — Relatório

A Juíza da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude, da comarca de São José suscitou conflito de competência na ação de interdição judicial de N. C. B., em estado comatoso aos 81 anos de idade, por

entender ser da 1ª Vara da Família da Capital a competência para julgar o feito, em decorrência da delimitação da competência no momento da propositura da ação, ocasião em que a interditanda possuía a sua residência em Florianópolis.

O Juízo suscitado enunciou as razões pelas quais declinou de sua competência ao remeter os autos ao Juízo suscitante.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça, por intermédio do ilustre Procurador de Justiça Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, ofertou parecer, opinando pelo conhecimento do conflito para declarar competente o Juízo suscitado.

É o breve relatório.

II — Voto

A ação que originou o presente conflito de competência está regrada pelos arts. 1.177 a 1.186 do Código de

Processo Civil, e a matéria relativa à interdição regulada pelos arts. 447 a 453 do Código Civil Brasileiro.

A discussão havida neste conflito de competência cinge-se no fato de a interditanda, à época do ajuizamento da ação, internada em hospital da Capital, e com residência e domicílio em Florianópolis, ao ser transferida para a casa de saúde em São José, em decorrência de seu estado de coma, ter sofrido a modificação de seu domicílio para o município vizinho, conforme entendimento do Magistrado que recepcionou a peça exordial.

Transcreve-se ensinamento acerca da competência de foro nas ações referentes à capacidade da pessoa, de Celso Agrícola Barbi, constante na obra dos autores José Augusto de Abreu Machado e Gilberto Passos de Freitas, *Interdição e Curatela*, Editora Jalovi Ltda., São Paulo, p. 29, que espanca de vez a discussão formada em torno da matéria dos autos:

“A pessoa maior e que deve ser interditada, por ocorrerem as hipóteses do art. 446 do Código Civil, mas que ainda não foi, tem seu domicílio regulado pelas normas comuns. Somente após o processo de interdição e a consequente nomeação de curador é que seu domicílio passa a ser o deste. Só aí é que surge a relação com o representante, que a lei toma em consideração para fixar o domicílio necessário”.

Diante da lição transcrita não há dúvidas que a ação desencadea-

dora deste conflito de competência, relativa à capacidade da pessoa, deve obedecer inicialmente a regra do art. 94 do Código de Processo Civil. Somente após a prolação da sentença de interdição é que o domicílio da interditada modificará, passando a ser o do seu curador, conforme regra do § 7º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Analisando a cópia da peça exordial (fls. 5 a 7), depreende-se que o endereço residencial e domicílio da interditanda, sra. N. C. B., é no município de Florianópolis/SC, e, de acordo com o disposto no art. 94 do CPC, o Juízo competente para conhecer do pedido de interdição é o da 1ª Vara da Família da comarca da Capital.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, acolhe-se o conflito para declarar competente o Juízo suscitado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente;
Monteiro Rocha,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2002.027344-4, DE TURVO

Relator: Des. Monteiro Rocha

Dívida alimentar – Prisão civil decretada – Ausência do valor da dívida no mandado prisional – Negativa de vigência ao art. 733, § 3º, do CPC – Ilegalidade manifesta – Ordem concedida.

A falta de indicação do valor da dívida alimentar no mandado prisional consubstancia vício formal deste, acarretando ilegalidade do ato judicial e, em consequência, passível de correção por meio da ordem de habeas corpus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.027344-4, da comarca de Turvo, em que é impetrante E. F., e paciente I. D. V.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conceder a ordem de *habeas corpus* para revogar o mandado prisional.

Sem custas.

I — Relatório

E. F. impetra a ordem de *habeas corpus* em favor do paciente I. D. V., ao argumento de que foi decretada a prisão deste por determinação do MM. Juiz de Direito da comarca de Turvo, em razão de estar inadimplente

com sua obrigação de prestar alimentos à filha I. C. D. V.

Deferida a liminar e notificada a autoridade coatora, prestou esta informações frisando que do mandado citatório constou o valor cobrado pela exequente e devido pelo executado.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

II — Voto

A ordem deve ser concedida porque no mandado de prisão não consta o valor do débito, circunstância esta que nega vigência ao art. 733, § 3º, do CPC, ao impossibilitar o devedor de saber o *quantum* devido.

Não há confundir o mandado de citação (para que o executado pague o débito, prove que o fez ou justifique a impossibilidade de fazê-lo) com o mandado de prisão expedido em razão do não acolhimento da justificativa. É que naquele consta o valor das parcelas devidas até o ajuizamento da execucional, e neste se incluem, também, as parcelas vencidas no curso do processo.

Examinando o teor da cópia do mandado prisional de fl. 40, vê-se que não consta neste o valor do débito, o que é ilegal por afrontar o comando normativo do art. 733, § 3º, do Código de Processo Civil. É que tal dispositivo legal permite que o devedor se livre solto com o pagamento do débito, e, se não consta do mandado o montante da dívida, impossível ao devedor valer-se da faculdade prevista no mencionado dispositivo de lei.

Exemplificando as hipóteses em que é cabível o uso do *habeas corpus*, a doutrina esclarece que “se afiguram compatíveis com os lindes escassos da impetração as seguintes matérias: (omissis); c) falta de indicação [...] da dívida” (Assis, Araken. Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150).

Na mesma esteira, há precedente desta colenda Corte concluindo que “insubsistente é o mandado de prisão, expedido em execução de alimentos, que decreta o encarceramento do devedor sem precisar o valor a ser pago” (*Habeas Corpus* n.

1999.010300-5, de Criciúma, rel. Des. Eder Graf, j. em 3-8-99).

Por outro lado, se o executado efetuasse o pagamento do valor constante do mandado de citação, por certo tal valor seria considerado como pagamento parcial do débito porque, com o percorrer da execução, outras mensalidades se venceram sendo, por isso, devidas.

Outras digressões levantadas na prefacial fogem ao âmbito do remédio heróico do *habeas corpus*, que possui finalidade restrita, conforme jurisprudência desta Segunda Câmara Civil:

“*Habeas corpus* – Execução de alimentos – Prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar – Alegação de insuficiência de condição financeira – Matéria que refoge ao âmbito do presente recurso” (*Habeas Corpus* n. 2001.013017-3, de Ituporanga, relator o eminente Des. Mazoni Ferreira, j. em 27-8-01).

Em suma, concede-se a ordem de *habeas corpus* para que seja revogado o mandado prisional, cuja execução foi suspensa liminarmente.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, concede a segurança para revogar o mandado prisional.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Lavrando parecer, pela douta Procura-

doria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr.
Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 6 de março de 2003.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.023020-3, DE BLUMENAU

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Processual – Reparação de danos – Autora beneficiária da assistência judiciária – Perícia requerida pelas partes – Adiantamento dos honorários – Princípio do livre acesso à Justiça – Inteligência do art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50 e art. 5º, LXXIV, da CF/88 – Ônus do réu sobre a metade da antecipação do custeio da prova pericial – Provimento parcial do recurso.

Sem embargo do disposto no art. 33 do Código de Processo Civil, e sendo o autor beneficiário da assistência judiciária, é possível que o réu adiante metade dos honorários para realização de perícia requerida por ambas as partes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.023020-3, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que é agravante Gilbran Simões da Silva e agravada Célia Regina Evaristo:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Gilbran Simões da Silva interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da ação de reparação de danos ajuizada por Célia Regina Evaristo, determinou que ele depositasse, em dez dias, o valor dos honorários do perito, por ser

a autora beneficiária da assistência judiciária.

Sustenta que não foi deferido o pedido de inversão do ônus da prova, sendo incabível a determinação para adiantamento do valor, sendo irrelevante o fato de ser a agravada beneficiária da assistência judiciária, e que a decisão desrespeitou o art. 33 do CPC, pois, tendo a prova pericial sido requerida por ambas as partes, deve a autora arcar com os respectivos honorários.

Concedido efeito suspensivo ao recurso (fls. 72 e 73), a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contraminuta (fl. 77).

II — Voto

A agravada ajuizou ação de reparação de danos ao argumento de que, quando submetida à cirurgia de laparoscopia realizada sob responsabilidade do agravante para tratamento de “massa cística pélvica”, teria havido erro médico que lhe ocasionou perfuração intestinal.

Após a apresentação de contestação, sem que tivesse sido realizada a perícia requerida pelas partes, foi designada audiência de instrução e julgamento. O MM Juiz *a quo*, em audiência (fl. 7 do agravo), deixou consignado:

“[...] determinada a realização da perícia médica na autora, [...] intime-se as partes sobre o valor, e o réu para o depósito em 10 (dez) dias, considerando que a autora goze dos benefícios da assistência judiciária gratuita”.

De fato, é preceito insculpido pela Lei n. 1.060/50 que “a assistência judiciária compreende as seguintes isenções: [...] V – dos honorários de advogado e peritos” (art. 3º).

Por outro lado, prescreve o art. 33 do Código de Processo Civil:

“Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

“Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery ressaltam:

“Não se pode exigir do beneficiário da Justiça Gratuita o prévio depósito de importância para pagamento dos honorários do perito (CPC, 33) porque a isenção abrange as despesas com perícia. Não se deve também obrigar a parte adversa do beneficiário do favor legal a arcar com essas despesas, pelas instituições públicas que tenham gabarito para o mister e possam suportar o encargo. Desses trabalhos integram o dever do Estado de garantir assistência jurídica integral e gratuita aos que não têm recursos (CF, 5º, LXXIV)”

(Código de Processo Civil Comentado, RT, 1997, 3ª ed., p. 1.605).

No mesmo sentido, registra Theotonio Negrão que “o beneficiário de gratuidade de justiça, isento das despesas judiciais, não está obrigado a depositar quantia para remuneração do perito, cujos honorários serão suportados [...] pelo Estado, ao qual incumbe prestar assistência judiciária aos necessitados” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 28ª ed., p. 775).

Em casos análogos, já decidiu esta Corte de Justiça:

“Os honorários do perito judicial, nas ações que tramitam sob o pálio da assistência judiciária, devem ser pagos pelo vencido, a final, ou pelo Estado, responsável pela prestação de assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/88” (AI n. 2002.006955-3, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Tratando-se de beneficiário da justiça gratuita, inexistente a obrigatoriedade ao depósito dos honorários periciais, uma vez que o Estado arcará com a despesa, se vencido na demanda, ou a outra parte, se vencedor” (AI n. 1999.012171-2, rel. Des. Torres Marques).

“Os honorários do perito, na hipótese de ser beneficiário da justiça gratuita a parte que requereu a prova pericial, serão pagos a final pelo não-beneficiário, se vencido, ou pelo Estado, a quem incumbe a prestação de assistência.

“Compete ao magistrado nomear *expert* que aceite realizar a perícia e receber os honorários ao

final do litígio, ou designar, no caso, médico credenciado junto à rede de saúde pública, para a realização da prova técnica” (AI n. 2002.020588-0, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

“Agravado de instrumento – Assistência judiciária gratuita deferida à parte autora – Realização de prova pericial – Despacho que determinou à beneficiária da assistência judiciária gratuita o recolhimento de cinquenta por cento dos honorários periciais fixados – Falta de condições de arcar com aludido encargo – Incidência do art. 3º da Lei n. 1.060/50 c/c o art. 19 do CPC – Entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado – Reforma do *decisum* – Provimento do reclamo.

‘Face ao mandamento constitucional que garante acesso à justiça e assistência judiciária gratuita, o litigante necessitado não pode ser prejudicado com a não realização de exame pericial por ele requerido simplesmente porque não pode pagar seu custo; ao Estado cabe buscar e propiciar os meios’ (AI n. 1998.009098-9, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado)” (AI n. 2002.008074-3, rel. Des. Dionísio Jenczak).

Contudo, no caso em exame, a prova pericial foi requerida por ambas as partes. Nesta hipótese, há divergência neste Sodalício quanto à solução a ser adotada.

Não obstante a existência de julgados no sentido de que essa particularidade não tem o condão de alterar a regra acima (v.g., AI ns. 2001.004785-3, rel. Des. Mazoni

Ferreira; 1997.003408-3, rel. Des. Newton Trisotto; 2001.010056-8, rel. Des. Ruy Pedro Schneider), perfilho o entendimento de que o requerimento da prova também feito pelo réu justifica sua obrigação de antecipar metade do custeio da perícia, sem denotar em ofensa ao art. 33 do CPC, conforme também já se decidiu:

“Embora seja ônus do autor arcar com as despesas referentes às provas requeridas por ambas as partes, a teor do art. 33 do CPC, deve a empresa demandada arcar com metade da verba pericial, sob pena de obstar a realização do exame médico no sinistrado agraciado com a gratuidade da justiça, mormente se a demandada manifestou-se neste sentido” (AI n. 2002.007198-1, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

“A decisão que determina a partição, entre o autor e o reconvinte, do encargo relativo a honorários do perito, não viola o art. 33 do CPC, se a prova por ambos foi requerida” (REsp n. 90.046, rel. Min. Fontes de Alencar).

“Agravado de instrumento – Ação de indenização – Prova pericial requerida por ambas as partes – Autor beneficiário da justiça gratuita – Decisão recorrida determinando o pagamento integral dos honorários periciais pela requerida/agravante –

Impossibilidade – Reforma do *decisum* para determinar que a recorrente deposite apenas a metade dos honorários – Não violação do art. 33 do CPC – Precedente do STJ – Recurso parcialmente provido” (AI n. 2000.025301-4, rel. Des. Mazoni Ferreira).

A solução encontra respaldo na dificuldade de realização da prova pericial sem o respectivo adiantamento dos honorários, ao passo que, não tivesse a autora requerido a perícia, os custos seriam, até decisão final, suportados inteiramente pelo réu.

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para que a perícia seja realizada mediante adiantamento de metade dos honorários pelo réu.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Marcus Tulio Sartorato,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.019921-0, DE JOINVILLE**Relator: Des. Dionízio Jenczak**

Agravo de instrumento – Medida cautelar inominada – Matéria veiculada mediante outdoor – Direito à livre manifestação do pensamento e à livre expressão prejudicado – Afastamento de censura – Aplicabilidade da Lei n. 5.250/67 – Controle jurisdicional do Estado – Preenchimento dos requisitos do art. 798 do CPC – Cerceamento de defesa não configurado – Aplicação de multa cominatória – Recurso desprovido.

1. Em face da aplicabilidade da Lei de Imprensa n. 5.250/67 às matérias veiculadas por meio de outdoors, com acesso ao público em geral, o direito à livre manifestação do pensamento, bem como o da livre expressão assegurados pela Constituição Federal no seu art. 5º, incisos IV e IX, não podem ser vistos como de caráter absoluto e irrestrito, devendo haver um controle jurisdicional do Estado, capaz de intervir em casos de abuso, não se constituindo o ato em censura.

2. Convencendo-se o magistrado da verossimilhança das alegações do requerente ou quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, assim também a designação de audiência prévia ou a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da liminar, presentes os requisitos, deverá deferi-la, inaudita altera parte, sem que, com isso, configure cerceamento de defesa.

3. A multa cominatória aplicada em conformidade com o artigo 461, § 4º, do CPC, que estipula sanção para a hipótese de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, imposta de ofício ou a requerimento da parte, deve ser suficiente ou compatível com a obrigação, posto que tem natureza inibitória, com o intuito de forçar o cumprimento da obrigação na forma especificada, devendo, no entanto, ser fixado prazo razoável para tal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.019921-0, da comarca de Joinville,

em que é agravante Simesc – Sindicato dos Médicos do Estado de Santa Catarina e agravado Bradesco Saúde S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se o despacho de primeiro grau.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Simesc – Sindicato dos Médicos do Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da medida cautelar inominada ajuizada por Bradesco Saúde S.A., concedeu a liminar pleiteada, obrigando a agravante a retirar *outdoors* de pontos da Cidade e abster-se de colocar outros com a mesma mensagem, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sustentou a recorrente que foi ajuizada a ação cautelar pela agravada visando à retirada de *outdoors*, sob a alegação de que a informação prestada estava denegrindo a sua imagem, em vista de ter seu nome empresarial veiculado em papéis de publicidade de forma prejudicial à sua honra.

Logo, requer a suspensão da referida decisão interlocutória por ser incabível, posto que não se verificam presentes os pressupostos necessários para a mencionada concessão, alegando que apontou a inépcia da inicial, a carência da ação e a inaplicabilidade da legislação consumista, insurgindo-se contra a multa pecuniária imposta.

Por fim, pugnou pelo provimento do agravo para que seja revogada a decisão objurgada.

Houve pedido de efeito suspensivo, o qual foi indeferido.

Regularmente intimada, a agravada apresentou as contra-razões de recurso, requerendo a manutenção da decisão agravada.

É o sucinto relatório.

II — Voto

Observa-se, *in casu*, que o Juízo *a quo*, com base nos documentos acostados à exordial, entendeu ser viável a medida liminar pleiteada, fundamentando sua decisão, considerando comprovados cabalmente os seus requisitos ensejadores ante a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, e convenientemente demonstrada a gravidade que poderia resultar em prejuízos irreversíveis, caso a medida fosse indeferida.

Não obstante, o direito de divulgações de pesquisas é lícito desde que não prejudique o direito alheio.

Com a análise dos autos, mesmo que se constatasse serem as informações publicadas verdadeiras, estas não são informadas de maneira clara e precisa, sendo capazes de levar a interpretações controvertidas acerca do exposto, pois tais informações foram além, expondo ofensas à integridade conceitual da recorrida.

Assim sendo, por terem os *outdoors* consideráveis influências, as informações ali publicadas tomam grandes proporções, indubitavelmente ofendem o conceito subjetivo e objetivo da agravada, abalando sua imagem e credibilidade perante a sociedade local.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe que:

“X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

No entanto, em face da aplicabilidade da Lei de Imprensa n. 5.250/67 às matérias veiculadas por meio de *outdoors*, com acesso ao público em geral, o direito à livre manifestação do pensamento, bem como o da livre expressão assegurados pela Carta Magna, não podem ser vistos como de caráter absoluto e irrestrito, cabendo nesta conjuntura um controle jurisdicional do Estado, capaz de intervir em casos de abuso, não exprimindo, com isto, a vedada censura.

Destarte, diante da exposição sucessiva e da ampla divulgação da matéria veiculada, o *outdoor* está inserto dentro do que dispõe o art. 12 da Lei n. 5.250/67:

“Art. 12. Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

“Parágrafo único. São meios de informação e divulgação, para os efeitos deste artigo, os jornais e outras publicações periódicas, os serviços de radiodifusão e os serviços noticiosos”.

Sobre este assunto, a jurisprudência não discrepa:

“[...] toda vez que a veiculação de informação ou pensamento, mesmo que através da rede de comunicação internet, afete a honra ou a imagem de terceiros, haverá a possibilidade de o Poder Judiciário coibir o abuso, a teor do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sem que fique caracterizada qualquer espécie de censura.

“[...] É certo que tal controle não se confunde com censura, vetada pela Lei Maior, porém faz-se necessário nos casos de abusos cometidos, norteado no princípio de que a liberdade do cidadão vai até onde inicia o direito do próximo, incluindo-se a liberdade de expressão” (Agravo de Instrumento n. 2000.012208-4, de Porto Belo, rel. Des. Mazoni Ferreira).

Outrossim, há plena viabilidade de ser efetivado um certo controle pelo Poder Judiciário, conforme o próprio inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal torna possível o acesso ao Judiciário quando ocorrer qualquer espécie de lesão, sendo vedado à lei restringir tal alcance.

A agravante sustenta, ainda, que a decisão afrontou o princípio constitucional do contraditório, uma vez que não lhe foi proporcionada a manifestação antes da concessão da medida.

Entretanto, tal insurgência é destituída de razão, pois, convenendo-se o juiz da verossimilhança das alegações da parte autora, ou quando a citação do réu, bem como a designação de audiência prévia puder tornar ineficaz a medida, ou a urgência indicar a necessidade de

concessão imediata da liminar, deverá fazê-lo, *inaudita altera parte*, sem que, com isto, configure o cerceamento de defesa.

Acerca disso, lecionam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery:

“Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas, sim, *limitação imanente* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. Se para a concessão da liminar o juiz entender necessário, designará audiência de justificação prévia. Para ela deverá ser citado e intimado o réu, salvo se o conhecimento do réu puder tornar ineficaz a medida. Neste caso, a audiência de justificação prévia será realizada apenas com a presença do autor e seu advogado” (Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., Ed. RT, 1996, p. 691).

Corroborando esse entendimento, extrai-se da jurisprudência:

“No que tange ao argumento de que a tutela antecipatória não pode ser deferida sem a oitiva da parte contrária, inexistente previsão legal de tal providência, que certamente se reservará ao prudente ao arbítrio do Juiz. Vale lembrar que em certos casos, como na hipótese prevista pelo inciso I, do art. 273, do CPC, a designação de audiência prévia ou a citação do réu poderá tornar ineficaz a medida” (Al n. 1996.012384-9, de São José, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Assim, resta afastado o alegado cerceamento de defesa.

No tocante à insurgência contra a multa cominatória aplicada, o art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n. 8.952/94, estipulou a sua cominação para a hipótese de descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, *in verbis*:

“O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery comentando o mencionado artigo, assinalam que:

“Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 5ª ed., São Paulo, RT, 2001, p. 899).

Diante da previsão legal insculpida no supracitado artigo, não há óbice à aplicação da multa em se tratando de obrigação de fazer e deixar de fazer, independentemente de fundamentação para tanto.

Não procede, também, a irresignação em relação à falta dos pressupostos da liminar, pois conforme os artigos 798 e 804 do CPC, havendo nas alegações a fumaça do bom direito, aliada ao perigo na demora, deverá o juiz deferir-la.

Acerca do presente caso, tem-se o seguinte entendimento doutrinário:

“Necessidade e possibilidade jurídica da liminar – Se a função cautelar se justifica, exatamente pela necessidade de pronta e eficaz segurança contra determinado risco, a tal ponto que constitui um de seus pressupostos fundamentais a existência do *periculum in mora*, a concessão de mandado liminar assecuratório se revela instrumento indispensável à consecução desse objetivo. Não teria sentido a preocupação em acudir à urgência do caso, se a lei não autorizasse o juiz a prover de imediato” (Lacerda, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812).

Sobre o assunto, escreveu o jurista Hely Lopes Meirelles, na obra Mandado de Segurança, 17ª ed., p. 58:

“Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido

na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni iuri e periculum in mora*”.

É o entendimento jurisprudencial catarinense:

“A natureza do processo cautelar, quer na exegese voltada para tutela do direito objeto do litígio, ou naquela enxergando-o como protetor do feito subsequente, tem a finalidade de assegurar a igualdade das partes e o resultado útil, ou seja, a exeqüibilidade da sentença na causa principal. Seu escopo é excluir o *periculum in mora*, que é a neutralização do estado de perigo, e nunca compor o mérito, função reservada à demanda principal” (AI n. 1997.001192-0, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Nesse ínterim, a tutela liminar há de ser mantida pois, evidenciado o direito da autora em ter sua boa imagem resguardada e, configurando-se como proteção ao seu direito, estando comprovados os requisitos legais, demonstrada a possibilidade de dano irreparável ante a não concessão tutelar, outra alternativa não restava ao Juízo monocrático senão o deferimento da liminar pleiteada.

À vista do exposto, conhece-se do recurso, negando-se-lhe provimento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, após debates, por votação unânime, decidiu conhecer do recurso

e negar-lhe provimento, mantendo intacto o despacho de primeiro grau.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Túlio Sartorato e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 30 de maio de 2003.

José Volpato de Souza,
Presidente;
Dionízio Jenczak,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.003556-4, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível – Ação de indenização – Parto – Morte de recém-nascido – Mau uso do fórceps – Negligência – Responsabilidade médica e do estabelecimento hospitalar – Solidariedade – Indenização devida – Sentença mantida – Recurso não provido.

Evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta negligente do profissional e a morte do recém-nascido, caracterizada está a responsabilidade civil.

A responsabilidade solidária do hospital origina-se no dever de responder pelos atos praticados pelos profissionais no interior de seu estabelecimento.

Recurso adesivo – Dano moral inarredável – Perda prematura de filho recém-nascido – Mau atendimento – Dever de indenizar pelo sofrimento causado – Solidariedade – Quantum indenizatório adequado – Pensão mensal devida à mãe – 2/3 do salário mínimo – Limite temporal – Termo inicial na data em que a vítima completaria 14 anos – Termo final na data em que a vítima completaria 25 anos – Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estas autos de Apelação Cível n.

2002.003556-4, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes e

apelados Hospital São João Batista Ltda., Edmo Renato Belloli e Rosimere Alvina Machado:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos principais e dar provimento parcial ao recurso adesivo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Hospital São João Batista e Edmo Renato Belloli interpuseram recurso de apelação, pois irresignados com a sentença prolatada nos autos da ação de indenização ajuizada por Rosimere Alvina Machado, que acolheu parcialmente o pedido formulado.

O Magistrado singular condenou os réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), a título de indenização em decorrência da negligência médica no parto da autora, que acarretou a morte de seu filho (fls. 487 a 498).

O recorrente Hospital São João Batista asseverou a inexistência de responsabilidade solidária pelo ocorrido (fls. 500 a 506). O recorrente Edmo Renato Belloli alegou a ausência de nexo de causalidade entre o dano e seu ato, uma vez que agiu de acordo com as técnicas da medicina (fls. 507 a 539).

Devidamente intimada, a recorrida apresentou contra-razões (fls. 541 a 565).

A autora recorreu adesivamente, pugnano pelo arbitramento de uma pensão mensal e pela majoração dos danos morais (fls. 566 a 571).

As contra-razões apresentadas foram pelo não provimento do recurso adesivo (fls. 587 a 599).

Após, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de recursos interpostos com o desiderato de ver reformada a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado.

Em 23-2-1997, por volta das 17 (dezesete) horas, a autora deu entrada na maternidade do Hospital São João Batista Ltda., pois encontrava-se em trabalho de parto, sendo atendida pelo médico Edmo Renato Belloli.

A criança nasceu, aproximadamente, aos 30min, mas faleceu dias depois em decorrência das lesões provocadas pelo uso do fórceps (fl. 59).

Importante ressaltar, o fato foi objeto de processo criminal, uma vez que teve grande repercussão na comunidade (fls. 107 a 120). A sentença criminal condenou o médico Edmo Renato Belloli ao cumprimento de 1(um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão por infração ao art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. Após, este egrégio Tribunal de Justiça

declarou extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (fls. 61 a 175).

Primeiramente, cumpre esclarecer, o vínculo entre as partes surgiu quando o apelante foi chamado e aceitou a incumbência de tratar da paciente, assumindo, em consequência, a obrigação de dar o tratamento adequado à apelada, independente de qualquer contrato escrito.

1. Recurso principal

1.1 Recurso de Edmo Renato Belloli

1.1.1 Nexo de causalidade

O apelante sustenta a inexistência do nexo de causalidade entre a morte da criança e a sua conduta, alegando que as lesões provocadas pelo fórceps foram normais e superficiais.

Impende salientar, nos casos de indenização por ato ilícito advindo de erro médico, a responsabilidade civil do médico é subjetiva. Para sua caracterização, é imprescindível a comprovação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a culpa em qualquer de suas modalidades.

Assim, a responsabilidade civil do médico é aquela resultante do seu dever de reparar os danos causados em seus pacientes, no exercício de sua profissão, expressamente prevista no art. 1.545 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais,

resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Nas palavras de Rui Stoco:

“Vemos, portanto, que o direito civil pátrio abraçou totalmente a teoria da culpa no que diz respeito à responsabilidade médica. Sendo assim, terá a vítima do dano provar a imprudência, a negligência e a imperícia do profissional para ser plenamente ressarcida.

“[...] a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 172 a 175).

Nesse sentido:

“[...] Em se tratando de indenização por ato ilícito decorrente de erro médico, deve ser ressaltado que a responsabilidade civil do médico é subjetiva. Sendo assim, para a sua configuração, é imprescindível a comprovação do nexo causal entre o ato lesivo e a culpa em qualquer de suas modalidades [...]” (Ap. Cív. n. 1997.003506-3, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

No caso em apreço, flagrante é a existência do nexo causal entre a morte do filho da apelada e a conduta do apelante, pois o recém-nascido sofreu profundas lesões devido ao

mau uso do fórceps, conforme a descrição do auto de exame cadavérico (fls. 153 a 155) e das fotos acostadas aos autos (fl. 371).

Sobre o nexo de causalidade, Maria Helena Diniz leciona:

“[...] o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se ‘nexo causal’, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela conseqüência” (Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993. vol. 7, p. 352).

Em suma, o fato de o apelante ter agido com imperícia quando do nascimento do filho da apelada caracterizou o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano, qual seja, a morte do recém-nascido.

Portanto, não merece prosperar a pretensão recursal do apelante, ante a existência do nexo de causalidade, configurando sua responsabilidade pelos danos sofridos pela apelada.

1.2 Recurso do Hospital São João Batista Ltda.

O apelante sustenta inexistência de responsabilidade solidária, uma vez que o médico era credenciado do INSS e apenas oferecia instalações, pessoal de apoio, medicamentos e instrumentos necessários, sem qualquer vínculo trabalhista.

Como bem analisou o Magistrado singular, a responsabilidade do apelante surge no dever de responder pelos atos praticados no interior de seu estabelecimento, pouco importando se existe ou não relação empregatícia com o médico que realizou o parto.

Sobre a matéria, cumpre citar o ensinamento de Rui Stoco:

“Se o médico atuar no respectivo hospital mediante contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e este responderá pelos atos culposos daquele. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano” (Responsabilidade civil e sua interpretação, 2ª ed., rev. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 226).

Nesse sentido:

“Responsabiliza-se civilmente o hospital, em virtude de erro médico ocorrido em suas dependências, se não cuida de fazer exame pré-anestésico em seus pacientes, mormente quando são reconhecidas as possíveis complicações do tipo de anestesia aplicada. *Considera-se irrelevante, para fins de responsabilidade civil, o fato de ser o preposto remunerado ou não pelo próprio*

hospital, dada a existência de convênio com a Previdência Social, ocorrendo verdadeira sub-rogação da preposição' (RT 639/52)" (Responsabilidade civil e sua interpretação. 2ª ed., rev. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 232) (grifou-se).

Colhe-se do entendimento deste Tribunal:

"Agravado de Instrumento. Ação de reparação de danos. Erro médico. Solidariedade de responsabilidade entre o hospital e o médico [...]" (Al n. 1997.011902-0, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Com efeito, não há afastar a responsabilidade solidária do apelante referente aos danos causados à apelada.

2. Recurso adesivo

2.1 Pensão mensal

A recorrente pugna pela condenação dos recorridos ao pagamento de uma pensão mensal, a contar da data em que a criança completaria 14 (quatorze) anos até o dia em que fizesse 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Merece prosperar a pretensão recursal.

É cediço que em famílias com baixo poder aquisitivo os filhos começam a trabalhar com idade reduzida, contribuindo, desse modo, com o sustento familiar.

Sobre o tema, discorre Arnaldo Marmitt: "Mesmo que sem condições de exercer trabalho remunerado ou lucrativo, constituindo-se apenas em esperança de futuramente poder auxiliar os pais, ainda assim a sua

morte é duplamente ressarcível" (A responsabilidade civil nos acidentes de automóvel. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 157).

O marco inicial para o pagamento da pensão mensal à apelada deverá ser a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos, porquanto presume-se que a partir dessa idade começaria a auxiliar na manutenção do lar, fazendo-a das mais diversas formas, entre as conhecidas da economia informal.

No tocante ao termo final da pensão devida à apelada, deverá ser concedida até a data em que a menor completaria 25 (vinte e cinco) anos, presumindo-se que a partir dessa data já teria se casado ou constituído uma nova família, passando a viver com economia própria e distinta.

A esse respeito, Yussef Said Cahali leciona:

"[...] impende reconhecer que a jurisprudência dominante define-se no sentido de que, no caso de morte de filho ou filha menor, a pensão alimentar é concedida aos genitores até a data em que o falecido completaria 25 de idade; isto no pressuposto tantas vezes repetido de que, segundo o que normalmente acontece na nossa vida em sociedade, principalmente entre as famílias de baixa renda, presume-se que, a partir daquela idade, o descendente já teria se casado ou constituído nova família. [...]" (Dano moral. 2ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87).

Com efeito, no caso em apreço, deve a verba indenizatória ser fixada

no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, incluindo o 13º (décimo terceiro) salário, tendo como termo inicial a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos e como termo final a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade.

Oportuno trazer à colação o julgado deste Relator:

“[...] Pensão mensal – Menor impúbere – Baixa renda familiar – Verba devida – 2/3 do salário mínimo – Limite temporal – Data em que a vítima completaria 25 anos – Sentença reformada – Recurso adesivo provido.

[...]

“Em se tratando de família de baixa renda, é coerente a fixação de pensão mensal aos pais da vítima, embora esta ainda não obtivesse renda própria, pois, neste casos, é consabido que os filhos iniciam muito cedo suas atividades laborativas com intuito de auxiliar a renda da família.

“O limite temporal para o recebimento de pensão mensal será da data em que a vítima fatal do infortúnio completaria 14 anos, estendendo-se até a data dos 25 anos de idade, no equivalente a 2/3 do salário mínimo vigente” (Ap. Cív. n. 1997.015060-1) (grifou-se).

Desse modo, é devida a pensão mensal à recorrente, nos termos anteriormente fixados.

2.1.1 Constituição de capital

Obrigados os recorridos ao pagamento de verba alimentar, devem constituir capital, nos termos do art.

602, *caput*, do Código de Processo Civil: “Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento”.

Nessa direção:

“[...] toda vez que a indenização por ato ilícito consistir em prestação alimentícia, o alimentante deve ser condenado a constituir capital cuja renda assegure o cumprimento da obrigação. É imperativa a norma do art. 602 do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 1999.008449-3, rel. Des. Newton Trisotto).

Com efeito, para garantir o pagamento das verbas indenizatórias acima fixadas, devem os recorridos, solidariamente, constituir capital.

2.2 Dano moral

A recorrente, requer, ainda, a majoração do valor fixado a título de danos morais, uma vez que sofreu grande abalo psíquico com o descaso e o descuido do médico.

O Magistrado singular arbitrou o *quantum* indenizatório no valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, na época, totalizando R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), a título dos danos morais causados.

Importante salientar, indubitavelmente, que a recorrente sofreu dano moral, pois indescritível o sofrimento causado com a perda prematura de um filho.

Oportuno citar o ensinamento de Yussef Said Cahali:

“[...] é devida a indenização por danos morais à mãe parturiente, cujo filho nasce morto por respirar mecônio no útero em razão do retardamento do parto, por negligência e omissão médica” (Dano moral. 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.131).

Colhe-se da lavra deste Relator:

“[...] É cediço, o amor incondicional dos pais pelos filhos faz com que estes sejam, com certeza, o bem mais importante da vida daqueles. Por essa razão, não há dúvida, é grande a dor dos genitores pela perda trágica e prematura da infante, sofrimento este que, provavelmente, acompanhará-os até o fim de suas vidas” (Ap. Cív. n. 2002.005293-6).

Ademais, verifica-se que a recorrente foi mal atendida, sofrendo humilhações durante o parto, conforme se depreende do seu depoimento pessoal:

“[...] o médico Edmo primeiro tentou tirar normal e depois puxou o neném a ferro; o médico chamou nomes, chutou o banquinho e dizia que era outro parto com problemas; ainda dizia ‘o diabo vai nascer’; [...] indo até o Hospital Santa Catarina para ver o filho; ele estava na incubadora, todo cheio de aparelhos e com a cabeça toda machucada; o filho faleceu por muitos problemas, sabendo que teve hemorragia por dentro [...]” (fl. 428).

Nas ações de natureza indenizatória pela morte de filho menor, o que se tem a fazer é buscar amenizar o sofrimento da família, uma vez que

impossível arbitrar um *quantum* indenizatório condizente com o real prejuízo moral sofrido.

Assim, ao julgador cabe fixar, prudentemente, a verba indenizatória, objetivando proporcionar uma compensação econômica ao dano suportado pela vítima, atendendo sua consciência de justiça e apaziguando seu sentimento de vingança privada, com a imposição de uma diminuição econômica ao ofensor, haja vista que a dor não encontra correspondência no critério valorativo econômico, impossível de ser mensurada.

No caso em apreço, solução razoável à espécie foi a fixação dos danos morais em R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), pois o Julgador singular atendeu aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, revestindo-se plenamente do sentido compensatório e punitivo.

Portanto, inarredável a ocorrência do dano moral, ficando os recorridos obrigados a compensar a dor causada, mediante o pagamento de indenização à recorrente, conforme fixado na decisão *a quo* (fl. 497).

Por todo o exposto, nega-se provimento aos recursos principais e dá-se provimento parcial ao recurso adesivo para condenar os recorridos, Hospital São João Batista Ltda. e Edmo Renato Belloli, solidariamente, ao pagamento de uma pensão mensal à apelada Rosimere Alvina Machado, no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, incluindo-se o 13º (décimo terceiro) salário, tendo como termo inicial a

data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos e como termo final a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade. Determina-se, ainda, aos requeridos Hospital São João Batista Ltda. e Edmo Renato Belloli a constituição de capital, nos termos do art. 602 do Código de Processo Civil.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, negar provimento aos recursos principais e dar provimento parcial ao recurso adesivo para condenar, solidariamente, os recorridos Hospital São João Batista Ltda. e Edmo Renato Belloli:

a) ao pagamento de uma pensão mensal à apelada Rosimere

Alvina Machado (treze prestações anuais) no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, tendo como termo inicial a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos e como termo final a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade;

b) a constituição de capital nos termos do art. 602 do Código de Processo Civil.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Volpato e Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 9 de maio de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.010878-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível – Ação de nulidade de testamento particular e da sentença homologatória de seu registro – Falta de citação dos herdeiros e dos legatários – Não observância dos arts. 1.105 e 1.131, I e II, ambos do CPC – Confirmação tácita da parte adversa – Advogado sem poderes para receber citação – Testadora – Condição psíquica prejudicada – Testemunhas – Divergência quanto ao local e à pessoa responsável pela leitura do testamento – Leitura na presença da testadora – Dúvida – Declaração de última vontade não evidente – Sentença reformada – Recurso provido.

A citação de todos os herdeiros e legatários é pressuposto essencial à validade do processo de ação de confirmação de testamento particular. Exegese dos arts. 1.105 e 1.131 do CPC.

Nulo é o testamento não redigido pelo testador, sendo insuficiente a sua simples leitura, mormente quando verificado não gozar aquele de perfeitas condições psíquicas para o ato.

Havendo contradição entre as testemunhas acerca do local, de quem o teria lido, bem como se o testamento fora lido na presença da testadora, imperial a decretação de sua nulidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.010878-8, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é apelante Valeriano Dagostin, sendo apelados João Alberto Bonamigo, Ida Helena Bonamigo, Isolina Ana Bonamigo Odorize e Valdir Teodoro Odorize:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Valeriano Dagostin interpôs recurso de apelação cível, irredigido com a sentença proferida nos autos da ação de nulidade de testamento particular e da sentença homologatória de seu registro, promovida contra João Alberto Bonamigo, Ida Helena Bonamigo, Isolina Ana Bonamigo Odorize e Valdir Teodoro Odorize, que julgou improcedentes os pedidos iniciais formulados.

Afirmou que o disposto no testamento não traduz a vontade da testadora Júlia Estela Bonamigo, uma vez que o Sr. João Alberto Bonamigo, seu irmão, teria elaborado um segundo testamento, o qual possuiria conteúdo diverso do primeiro.

Asseverou que só decidiu interpor a presente ação após tomar conhecimento, pelos depoimentos prestados na ação de partilha movida pelo Sr. João Alberto Bonamigo contra o apelante, de irregularidades ali existentes.

Alegou que a testadora não se encontrava em condições de elaborar o testamento, porquanto sofria de vertigens e tomava medicamentos com dosagem elevada.

Aduziu não terem os herdeiros sido intimados para o processo de conformação de testamento, e que a procuração assinada por estes não confere ao patrono poderes para receber citação ou intimação.

Demonstrou que as testemunhas entraram em contradição em seus depoimentos, bem como alertou para o fato de a sentença ter omitido pronunciamento acerca do legado da casa localizada na Praia de Bombas, o qual teria ocorrido sem o consentimento do apelante.

Pugnou pelo conhecimento e, ao final, provimento do recurso, para determinar a nulidade do testamento particular e da sentença homologatória do registro (fls. 505 a 521).

Contra-razões ao recurso, aplaudindo a decisão objurgada (fls. 524 a 538).

Ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível, interposta com a intenção de ver reformada a sentença proferida na ação de nulidade de testamento particular e da sentença homologatória de seu registro, que julgou improcedentes os pedidos iniciais formulados.

Afirmou estar a sentença e o testamento infectados por vícios materiais e procedimentais insanáveis.

Com razão o apelante.

1. Da nulidade da sentença

1.1. Falta de intimação/citação dos herdeiros e dos legatários para a ação de confirmação de testamento

Analisando-se pormenorizada-mente os autos, verifica-se o não cumprimento do disposto no art. 1.131, I e II, do CPC:

“Serão intimados para a inquirição:

“I — aqueles a quem caberia a sucessão legítima;

“II — o testamentário, os herdeiros e os legatários que não tiverem requerido a publicação [...]”.

Há que se ressaltar que o mencionado artigo refere-se à citação e não à intimação, uma vez que se

enquadra no procedimento especial de jurisdição voluntária, o qual prevê, em seu art. 1.105 do CPC, a obrigatoriedade da citação: “Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público”.

Humberto Theodoro Júnior explicita:

“Conforme a definição legal, ‘citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender’ (art. 213).

“Sem a citação do réu, não se aperfeiçoa a relação processual e torna-se inútil e inoperante a sentença. Daí dispor o art. 214 que, ‘para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu’ [...]”.

“Essa exigência legal diz respeito a todos os processos (de conhecimento, de execução e cautelar), sejam quais forem os procedimentos (comum ou especiais). Até mesmo os procedimentos de jurisdição voluntária, quando envolverem interesses de terceiros, tornam obrigatória a citação (art. 1.105) [...]” (Curso de Direito Processual Civil, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. I, p. 253).

Extraí-se do disposto nos artigos supracitados que a falta de citação das pessoas neles mencionadas é causa de nulidade absoluta. Assim, não tendo sido comprovadamente citados os herdeiros menores, bem como duas legatárias, inquestionável a nulidade da sentença nesse ponto.

Ademais, silenciaram os apelados quanto à falta de citação

mencionada. Aduziram, por sua vez, que o fato de o apelante ter constituído advogado conjuntamente com os apelados para a ação de confirmação de testamento autorizou o recebimento de citação pelo causídico, inexistindo, portanto, qualquer irregularidade.

Referida alegação não merece prosperar.

Observando os documentos de fls. 253 a 265, percebe-se, claramente, que referido patrono não possuía poderes especiais para receber citação, o que demonstra, mais uma vez, a irregularidade do ato.

Ademais, os arts. 1.131, I e II, e 1.105, ambos do CPC, tratam da obrigatoriedade da citação às pessoas ali mencionadas, não dispendo sobre a possibilidade do recebimento de citação por advogado legalmente habilitado, pelo que torna nulo o ato.

Mesmo no caso de processo de jurisdição voluntária, a citação dos interessados se faz necessária, porquanto, em face da natureza da ação proposta, poderá envolver direito de terceiros.

Assim, inquestionável a nulidade da sentença ante a falta de citação das pessoas enumeradas nos dispositivos acima citados.

2. Da nulidade do testamento

2.1. Da condição psíquica da testadora

Afirma o apelante que não estava a testadora, Sra. Júlia Estela Bonamigo, em condições psíquicas para testar, uma vez que se encontrava às vésperas de uma delicada

cirurgia e, por conta desta, tomava medicamentos com dosagem elevada, interferindo em sua manifestação de vontade.

Com razão o apelante.

O testamento redigido pela Sra. Júlia fora extraviado pelo testamenteiro, primeiro apelado, sendo confeccionado posteriormente outro em seu lugar, sem a participação da testadora.

De acordo com o art. 1.645 do Código Civil, é requisito essencial para a validade do testamento particular que seja escrito e assinado pelo testador, bem como lido e assinado pelas testemunhas:

“São requisitos essenciais do testamento particular:

“I — Que seja escrito e assinado pelo testador.

“II — Que nele intervenham cinco testemunhas, além do testador.

“III — Que seja lido perante as testemunhas, e, depois de lido, por elas assinado”.

Adequando o caso ao mencionado artigo, extrai-se uma irregularidade, qual seja, o testamento fora escrito por pessoa diversa da testadora. Afirmou o testamenteiro, em seu depoimento: “quem redigiu foi o tabelião” (fl. 259).

Tal fato, por si só, geraria a nulidade do documento.

É certo que hoje, com a entrada em vigor do novo Código Civil, não mais se admite tamanho rigorismo, conforme depreende-se do art. 1.876, § 2º, o qual descarta a necessidade de elaboração do testamento pelo

testador, se confeccionado por processo mecânico. Por outro lado, evidente que o estado clínico da testadora interferiu substancialmente na sua declaração de vontade.

Assim, não há precisar que as declarações contidas no testamento eram de última vontade, haja vista, como mencionado, estava ela com sérios problemas de saúde.

Analisando os depoimentos tomados, percebe-se claramente a preocupação da testadora com a cirurgia que se aproximava, pois alterou seu estado emocional, principalmente por submeter-se à dosagem elevada de medicamentos.

Extraí-se do depoimento do Sr. Bernardo Ulrich Berchi, médico cardiologista da Sra. Júlia, sobre o estado clínico de sua paciente:

“Eu acho assim, aí se pensaria assim, porque normalmente o médico é solicitado a dar um atestado de perfeitas condições mentais. Agora um paciente assim, nessas condições assim, com cefaléia intensa, com crise de choro, que ela tinha, depressiva, eu num caso assim, eu não diria que esta pessoa está em perfeitas condições mentais. Então se, por exemplo, fosse solicitado para mim um atestado de perfeitas condições mentais naquela situação eu não daria, a não ser que fossem realizadas provas psicométricas, que, digamos assim, dariam essa condição” (fls. 407 a 408).

E prossegue mais adiante:

“Eu acho que assim do ponto de vista como eu estou sendo inquirido, acho que num caso assim, num

paciente que tem um tumor cerebral de grande dimensões, como ela tinha, esse tumor ele invadia o ventrículo esquerdo, estava determinando hipertensão hidrocraniana na paciente, tanto que ela tinha cefaléia, estava deprimida, então numa condição assim, eu não daria um atestado de perfeitas condições mentais para ela naquela ocasião” (fl. 409).

O fato de a testadora encontrar-se às vésperas de uma delicada cirurgia, de alta complexidade como era, indicaria, por óbvio, não em condições de discernir com precisão e clareza o teor do testamento, pondo em dúvida sua intenção de ratificar seu conteúdo.

Justifica-se, portanto, a aplicação irrestrita do art. 1.645 do Código Civil, mormente porque a condição clínica da testadora estava comprometida no momento da leitura do testamento, e a prova maior de sua declaração de última vontade, o testamento redigido de próprio punho por ela, fora extraviado pelo primeiro apelado.

2.2. Das contradições das testemunhas

Asseverou o apelante que as testemunhas não souberam precisar quem teria lido o testamento, se fora lido na presença da testadora, bem como o local da leitura.

2.2.1. Do local da leitura do testamento

Divergem as testemunhas quanto ao local de leitura do testamento.

A testemunha Dailva Zureme Gomes afirmou que a leitura do testamento ocorrera “ali na sala” (fl. 411).

Já a testemunha Cleber Ricardo de Ávila Rodrigues, aduziu: “e o testamento foi lido no quarto do hospital” (fl. 36v.).

Por fim, a testemunha Sílvia da Silva Veigas afirmou não ter participado da leitura do testamento, bem como tê-lo assinado em seu escritório de trabalho (fl. 420).

Percebe-se, claramente, a imprecisão nos depoimentos tomados acerca do local de leitura do testamento, pelo que demonstra a fragilidade dos depoimentos tomados.

2.2.2. Da leitura do testamento

Há contradição entre as testemunhas no que diz respeito a quem teria lido o testamento, e se ocorrera na presença da testadora.

Em seu depoimento pessoal, o primeiro apelado respondeu: “Sim, parte sim, sim. Foi lido. O testamento foi lido todo, eu não me lembro se eu li todo ou se alguém leu, mas o testamento foi totalmente lido” (fl. 358).

Em que pese o fato ter ocorrido há alguns anos, trata-se de uma cerimônia de considerável importância, sendo forçoso acreditar que o testamenteiro, irmão da testadora, não se recorda se leu na íntegra o testamento, bem como, se não o leu, quem o teria feito.

A leitura do testamento perante a testadora é condição *sine qua non* para a validade do ato.

A testemunha Luiz Carlos Macarini afirma que o testamento fora lido na presença da Sra. Júlia Estela Bonamigo, pelo testamenteiro, primeiro apelado (fl. 414).

A testemunha Dailva Zureme Gomes declara, quando perguntada se alguém lera o testamento na presença da testadora: “Olha, precisar assim, eu sei que leram para mim. Eu sei que eu tomei conhecimento. Não lembro de todos os fatos relacionados” (fl. 411).

Afirmou, inclusive, “que uma pessoa na sala, não sabendo se era advogado, foi quem leu o documento” (fl. 36).

Já a testemunha Cleber Ricardo de Ávila Rodrigues, aduziu: “foi Bonamigo que leu o testamento na presença de todas testemunhas” (fl. 36v.).

Em face da permanência das contradições existentes, deve referido documento ser anulado, porquanto podem ter maculado as declarações de última vontade da testadora, o que, realmente, se pretende evitar.

3. Do julgamento *citra petita*

Em face da reforma da sentença apelada, irrelevante a alegação de ser ela *citra petita*.

Em verdade, a decisão proferida em primeiro grau foi omissa no que diz respeito à alegação de que a casa residencial da Praia de Bombas seria parte integrante da meação a que teria direito, uma vez que fruto do esforço comum entre o casal, não podendo, por conseguinte, ser objeto do legado.

O próprio apelante afirma em suas razões: “Sobre esta questão, desenvolvida na réplica e no memorial, a sentença é omissa” (fl. 518).

Nesse caso, caberia ao apelante interpôr o recurso competente para sanar referida omissão, qual seja, embargos de declaração, o que não ocorreu.

Assim, não deve prevalecer a alegação do apelante, uma vez tratar-se de possível omissão, e não de julgamento *citra petita*.

De qualquer sorte, referida matéria deverá ser apreciada, uma vez estar intimamente ligada ao *meritum causae*.

Extrai-se dos autos que a testadora teria legado às suas irmãs um imóvel localizado na Praia de Bombas. Referido imóvel foi adquirido, comprovadamente, com o esforço comum do casal.

Daí decorre que, em face da união estável do casal, teria o apelante direito à meação do referido bem, o que não seria possível no caso, haja vista ter sido transferido às irmãs do *de cuius*.

Referida irregularidade tolhe o direito de o apelante desfrutar do bem, mormente por ter sido construído pelo esforço do casal.

Não é demais lembrar, em julgamento proferido no Agravo de Instrumento n. 1999.014682-0, no qual figuraram como agravantes os apelados, sendo agravado o apelante, foi negado, por votação unânime, provimento ao recurso, o qual objetivava a reforma da decisão interlocu-

tória que indeferiu a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir, haja vista que “Comprovada a existência da união estável, tem o companheiro sobrevivente legitimidade e interesse de agir, na proposição de ação anulatória de testamento, envolvendo bens adquiridos na constância da vida em comum, legados pela companheira meira” (deste Relator).

Portanto, inegável a irregularidade do ato praticado, justificando, mais uma vez, a necessidade de se anular o testamento de Júlia Estela Bonamigo.

Ante o exposto, impõe-se a procedência dos pedidos formulados na ação de nulidade de testamento particular e da sentença homologatória de seu registro. Assim, deve ser dado provimento ao recurso, anulando-se o testamento e a sentença de confirmação de testamento particular, a fim de que o inventário, inclusive, abranja os bens adquiridos na constância da união estável. Custas e honorários advocatícios pelos vencidos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, dar provimento à apelação para, julgando procedentes os pedidos formulados na ação de nulidade de testamento particular e da sentença homologatória de seu registro: 1) anular a sentença de confirmação de testamento particular; 2) declarar a nulidade do testamento de Júlia Estela Bonamigo; 3) deter-

minar que, no inventário, sejam levados à colação todos os bens adquiridos na constância da união estável; e 4) condenar os vencidos ao pagamento das custas e honorários, estes arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Volpato e Marcus Túlio

Sartorato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 9 de maio de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.010761-7, DE TROMBUDO CENTRAL

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível — Ação de indenização por morte causada por acidente do trabalho — Travessia de lagoa após jornada laboral — Escolha feita por empregado maior de idade — Morte por afogamento — Culpa da empresa apelada desconfigurada — Ausência do dever de indenizar — Recurso desprovido.

Para que haja indenização por acidente de trabalho, nos moldes no art. 159 do CC/1916, deve haver a constatação dos seguintes requisitos: dano, ação ou omissão culposa e nexo causal entre os dois primeiros. Ausente qualquer um deles, não há falar em dever indenizatório.

Portanto, a configuração da ausência de culpa, por si só, já exclui a necessidade de ser analisado o nexo causal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.010761-7, da comarca de Trombudo Central, em que é apelante Maria Nadir da Silva, sendo apelados Granja Prochnow Ltda. e Claus Prochnow:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime,

conhecer do recurso para negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Maria Nadir da Silva propôs ação de indenização por morte causada por acidente de trabalho de seu filho Claudinei da Silva contra Granja Prochnow Ltda. e Claus

Prochnow, aduzindo, em síntese, que: a mudança do setor do trabalho do seu filho contribuiu para que este viesse a falecer no dia 9-11-91, pois o local onde trabalhava ficava próximo de um rio, no qual se afogou; a culpa *in vigilando* foi dos réus, pois não fiscalizaram o seu funcionário a fim de evitar a sua morte. Ao final, requereu: a procedência da ação para condenar os réus ao pagamento de pensão por morte, no valor proporcional de 2/3 dos vencimentos mensais do falecido, tendo início no dia da morte do seu filho, até que este completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade; que a indenização por danos morais fosse estipulada no valor mínimo de 2.000 (dois mil) salários mínimos à época do pagamento; e a condenação dos réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes na razão de 20% (vinte por cento), incidentes sobre o montante a ser efetivamente pago (fls. 2 a 10). Juntou documentos (fls. 11 a 20).

Devidamente citados, os réus apresentaram contestação, asseverando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa e passiva da parte autora, com relação a Claus Prochnow. No mérito, afirmaram que: a culpa pelo acidente foi do próprio funcionário; estava ele fora do horário de serviço no momento em que ocorreu o imprevisto; no dia do fato, estava desempenhando atividades que eram de sua função; a requerente não é dependente do filho, por isso não haveria a necessidade de pagamento da pensão até 65 (sessenta e cinco) anos, mas, caso fosse condenada, a requerida só deveria pagar pensão

até que a vítima completasse 25 (vinte e cinco) anos da idade; em relação ao dano moral, a requerente não demonstrou nenhuma prova de sofrimento. Por fim, pleitearam a improcedência da demanda (fls. 22 a 42). Juntaram documentos (fls. 45 a 83).

Houve réplica (fls. 87 a 92).

O Ministério Público manifestou-se pela exclusão de Claus Prochnow do pólo passivo (fls. 100 a 102).

Sentenciando, o Magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido, com base no artigo 156, *caput*, c/c artigo 1.521, inciso III, ambos do Código Civil, e extinguiu o processo, nos moldes do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil (fls. 107 a 117).

Irresignada com o *decisum*, apela da sentença a autora, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa. Para tanto, ressaltou que o MM. Juiz não tem razão ao afirmar que “a requerente deixou transcorrer *in albis* o prazo para especificar as provas”, visto que apontou à fl. 10 dos autos as provas que pretendia produzir, não sendo necessário repetir o pedido após o saneador; as provas poderiam ser feitas na audiência de instrução de julgamento, porém o Juiz não levou em conta o pedido da inicial, e estas deixaram de ser produzidas. No mérito, reiterou os termos expendidos na inicial. Por derradeiro, pugnou que seja reconhecida a preliminar, a fim de que as provas solicitadas sejam produzidas e nova decisão seja exarada (fls. 120 a 123).

Os apelados apresentaram contra-razões ao recurso (fls. 127 a 134).

Manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovemento recursal (fls. 138 a 141).

II — Voto

Interpôs a apelante o presente recurso por não se conformar com a decisão de primeiro grau que julgou improcedente o pedido por ela feito na exordial, julgando extinto o processo.

Ocorre que não se encontra fundamento jurídico plausível em sua pretensão.

Preliminarmente, há de ser afastada a tese de cerceamento de defesa.

Alega a apelante que por haver consignado em sua petição inicial as provas que desejava produzir (fl. 10), não seria necessário proceder à repetição do pedido após o saneador, e que, dessa forma, o Juiz *a quo*, deixando de realizar as provas requeridas, cerceou-lhe o direito de defesa, gerando a nulidade do processo.

É consabido que as partes, no decurso da instrução processual, a despeito de terem feito uma menção genérica das provas que pretendiam ver produzidas quando da interposição da inicial e da contestação, devem, quando solicitadas, especificar as provas em que de fato possuam interesse, sendo que o silêncio implica no entendimento de que estão satisfeitas com o estado em que se encontra o processo, não necessitando de uma maior dilação probatória.

Nesse esteio, dos autos verifica-se que o Togado de primeiro grau, à fl. 103, determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam levar a efeito.

Regularmente intimada dessa decisão, a apelante deixou passar *in albis* o prazo para manifestar-se, não podendo, dessa feita, invocar que lhe foi cerceado o direito de defesa, pois apenas, e por sua vontade, deixou de fazer uso.

Em vista disso, afasta-se a preliminar suscitada.

No mérito, tem-se que no dia 9 de novembro de 1991, em um sábado, a vítima, empregada da empresa ré, realizava o serviço de roçado de um pasto nas proximidades da granja em que trabalhava, seguindo ordens do representante legal da empresa. Por volta das 12h, encerradas as atividades daquele dia, os empregados foram convidados a almoçar na casa deste, tendo a vítima decidido, por se tratar de um dia quente, que atravessaria para o outro lado da lagoa a nado, entregando os seus pertences a um outro empregado, que já se encaminhou para o local do almoço.

Extrai-se que tal conduta não era comum dos empregados, visto que as lagoas existentes no local eram utilizadas para a atividade de piscicultura.

O filho da recorrente, pois, morreu por afogamento.

Busca a apelante receber da empresa ré uma indenização em razão da morte do seu filho.

Todavia, para alcançar tal desiderato, necessário seria que fizesse a demonstração dos requisitos impostos pelo art. 159 do CC/1916, vigente no tempo dos fatos, no qual se consigna que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Da simples leitura desse dispositivo pode-se concluir que é preciso que estejam presentes os três elementos básicos para que se fixe uma indenização, a saber: o dano, a culpa do agente e o nexo da causalidade entre ambos.

No caso dos autos, o dano é evidente, visto ter ocorrido a morte da vítima, empregado da empresa apelada.

No tocante à culpa, extrai-se da doutrina e da jurisprudência:

“A responsabilidade do patrão perante seus funcionários quando em serviço é contratual e segue a regra geral estabelecida no art. 159 do Código Civil, fundando-se no dolo ou culpa. O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com seu empregado, obriga-se a dar-lhe condições mínimas de higiene e conforto. Se *no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador*, responde este civilmente por aquele” (*in* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Rui Stoco, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994) (sem grifo no original).

“Haverá responsabilidade do empregador, com base no direito comum, desde que haja concorrido com culpa, ainda que leve, para o acidente” (STJ, REsp n. 37.221, de São Paulo, rel. Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, publicado no DJU de 29-4-96, p. 13.411).

No afã de configurar a responsabilidade do empregador pelo evento danoso suportado pela vítima, tem a parte o dever de provar que concorreu aquele com culpa na produção do evento, a teor do art. 333 do CPC.

No caso dos autos, limitou-se a apelante a asseverar que o representante legal da empresa/apelada deveria ter impedido o seu filho de entrar na lagoa, visto que conhecia os perigos que essa travessia apresentava.

Ora, conforme analisou o nobre Magistrado de primeira instância, a vítima já possuía 18 (dezoito) anos de idade, tendo discernimento suficiente para saber se possuía ou não capacidade para transpor, a nado, uma lagoa de aproximadamente 130 metros de largura.

Não estava mais em cumprimento de sua jornada de trabalho, deixando de cumprir ordens de quem quer que seja, não se podendo mais falar em *culpa in vigilando*. Por sua livre e espontânea vontade, devido ao calor do dia, decidiu atravessar a lagoa a nado e, infortunadamente, não consumou o seu intento.

Pelas provas carreadas ao caderno processual, em momento algum se vislumbra qualquer das

modalidades de culpa por parte da empregadora.

Aduz a apelante, ainda, que a morte de seu filho deu-se em virtude do desvio de função a que foi submetido, visto que havia sido contratado para trabalhar dentro da granja.

Todavia, em sua carteira de trabalho juntada aos autos, à fl. 18, consta apenas que o seu cargo era o de servente, não havendo óbice algum a que lhe fosse ordenado a roçada de um pasto próximo a uma lagoa, ou a realização de qualquer outra atividade, desde que lícita e dentro das finalidades da empresa.

Sobre esse aspecto, restou consignado na sentença (fl. 116):

“[...] não foi em virtude de estar roçando um pasto próximo a uma lagoa que necessariamente alguém irá adentrá-la, para atravessá-la a nado, eis que a vítima atravessou-a por sua própria vontade e não em razão de seu serviço ou função, que naquele dia realizava.

“Seria diferente, se no caso, houvesse uma roçada para ser feita em um pasto em que necessariamente somente se poderia chegar, mediante nado e por uma lagoa, e mesmo assim, por ordem do patrão, o empregado tivesse que atravessá-la, sem que para isso fosse-lhe fornecido uma canoa e um colete salva-vidas, a fim de protegê-lo, pelo menos ao mínimo, de eventual acidente/afogamento”.

Resta patente ter a vítima ingressado na lagoa por sua própria vontade, quando já desvinculada de qualquer atividade realizada à

empresa apelada, não mais cumprindo ordem do seu preposto. Portanto, não se pode imputar culpa à empresa apelada, sobretudo pela ausência de provas a respeito, cuja produção incumbia à apelante.

Nesse norte:

“Nas ações decorrentes de acidente de trabalho, em que se busca a indenização pelo direito comum, há que estar devidamente comprovado o dolo ou a culpa do empregador para o evento infortunistico.

“Não produzida essa prova, a pretensão indenizatória torna-se inviável” (Ap. Cív. n. 2000.003750-8, de Anchieta, rel. Des. Mazoni Ferreira).

Ausente a culpa, ainda que levíssima, não há configurar o dever indenizatório preconizado pela Magna Carta em seu art. 7º, inc. XXVIII, parte final.

E, não havendo conduta culposa por parte da empregadora, nem se adentra na análise do nexu causal.

Nesse esteio, fez menção o Togado *a quo* à culpa exclusiva da vítima. Essa, todavia, é causa de exclusão do próprio nexu causal, não existindo motivos para, nesse momento, proceder-se a tal abordagem.

Diante da ausência de caracterização de culpa da empresa empregadora, não há qualquer fundamento jurídico para que esta seja condenada a responder civilmente pela morte de seu empregado, devendo o presente

reclamo ser julgado desprovido, mantendo-se na íntegra a sentença rechaçada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conheceram do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato. Pela douta

Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2004.

Wilson Augusto do Nascimento,

Presidente, com voto;

José Volpato de Souza,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.001682-1, DE SANTA CECÍLIA

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível – Ação monitória – Plano de saúde – Desistência por parte do usuário – Cobrança de mensalidades – Falta de provas de que os serviços continuavam à disposição do usuário e de que este fez uso deles no período impugnado – Improcedência do reclamo – Sentença confirmada.

Havendo previsão no contrato particular de prestação de serviços médicos e hospitalares de que o atraso implicaria na suspensão total dos atendimentos, e não tendo o usuário, após a alegada comunicação de seu desinteresse, feito uso destes, não pode ser compelido a pagar por serviços que, até prova em contrário, não estavam mais à sua disposição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.001682-1, da comarca da Santa Cecília, em que é apelante Unimed do Estado de Santa Catarina – Federação Estadual das Cooperativas Médicas, sendo apelado Aristides Caetano de Oliveira:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unân-

me, conhecer do recurso para negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Unimed do Estado de Santa Catarina – Federação Estadual das Cooperativas Médicas ajuizou ação monitória contra Aristides C. de Oliveira, alegando, em suma, que: nos meses de setembro a dezembro de 1999 o réu deixou de pagar as presta-

ções oriundas do contrato de assistência à saúde firmado com a autora; rescindiu o contrato com o réu por seu inadimplemento; é credora, pelo exposto, da importância de R\$ 2.606,57 (dois mil, seiscentos e seis reais e cinqüenta e sete centavos). Requereu seja o mandado de pagamento convertido em executivo no valor referido (fls. 2 a 4).

Devidamente citado, o réu apresentou embargos, verberando, em síntese, que: em 17-12-99 solicitou o cancelamento do plano de saúde contratado com a autora, via fax, cuja data limite seria o mês de setembro daquele ano; deixou de pagar desde então as parcelas por não ter mais interesse no plano de assistência; a autora pretende cobrar serviços que não foram prestados, uma vez que desde o pedido de cancelamento o réu não mais se utilizou da assistência antes oferecida (fls. 46 a 48).

Julgando antecipadamente a lide, sentenciou o ilustre Magistrado *a quo* pelo acolhimento dos embargos, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 200,00 (duzentos reais) (fls. 79 a 83).

Irresignada com a decisão, apela a autora pela sua reforma, ratificando os termos expendidos na inicial, argüindo, em epitome, que: a forma prescrita no contrato para o caso de cancelamento não foi observada pelo réu, bem como que este não juntou prova do pedido; não houve por parte do recorrido prévia notificação de que deixaria de utilizar

o plano de saúde; a prestação de serviço contratada continuou à disposição do contratante para que dela fizesse uso; o réu não efetuou o pagamento das prestações referentes aos meses de setembro a dezembro de 1999. Pugnou pela reforma da sentença no que tange às custas processuais e honorários advocatícios (fls. 87 a 91).

O réu apresentou contra-razões (fls. 97 e 98).

II — Voto

Trata-se de apelação cível, na qual se insurge a apelante contra a decisão do Magistrado *a quo*, que acolheu os embargos interpostos ao pedido monitório por ela aforado, condenando-a ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Não merece prosperar o seu reclamo.

Alega a apelante que é credora de uma importância de R\$ 2.606,57 (dois mil, seiscentos e seis reais e cinqüenta e sete centavos), relativa aos meses de setembro a dezembro de 1999, nos quais o apelado deixou de cumprir sua obrigação de pagamento tendo, nesse período, os serviços de assistência à saúde contratados à sua disposição.

Extrai-se da obra coordenada por Luiz Rodrigues Wambier, Curso Avançado de Processo Civil, vol. 3, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 281, com relação ao procedimento monitório, que: "A narrativa constante da peça inicial e a prova escrita apresentada pelo autor deverão

abranger – ainda que indiretamente, como se frisou – a constituição (o evento gerador) e a exigibilidade (ocorrência do termo ou condição etc.) do crédito”.

O evento gerador da aludida dívida está perfeitamente demonstrado nos autos por meio do contrato particular de prestação de serviços médicos e hospitalares de fls. 9 a 13.

A exigibilidade do crédito, no entanto, não restou convenientemente caracterizada, como bem ressaltou o Magistrado sentenciante à fl. 82:

“Ora, na espécie, a prova documental em que se escora a autora não passa de bloquetes de pagamento unilaterais. O manejo da ação monitória, fulcrada exclusivamente nos bloquetes é incapaz de gerar a certeza perfunctória necessária ao deferimento do pleito”.

Ainda, nesse sentido:

“Apelação cível. Ação monitória. Inexistência de literalidade na prova da dívida. Instrução por documento unilateral. Improcedência. A procedência da ação monitória está adstrita à documentação que a instrui, que impositivamente há de ser revestida de certeza. Ausente este requisito impróprio e o procedimento monitório. Recurso conhecido e provido” (TJGO, Ap. Cív. n. 43893-0/188, de Goiânia, Des. Matias Washington Oliveira Negry, Primeira Câmara).

Segundo informa o apelado, desde setembro de 1999 deixou de ter interesse pelos serviços ofertados pela apelante e que a comunicou de seu desinteresse, via fax.

Embora não haja provas do envio ou do recebimento dessa comunicação, desde então o apelado não fez mais uso dos aludidos préstimos cobertos por este plano de saúde, não havendo razão para pagá-lo, sobretudo porque o próprio contrato pactuado entre as partes prevê, em sua cláusula XI, que o atraso implicaria “sempre na suspensão total dos atendimentos” (fl. 53v.).

Ora, não basta à apelante alegar que a nova Lei de Planos de Saúde passou a permitir esse cancelamento de serviços apenas 60 (sessenta) dias após o atraso da contraprestação pelo usuário do plano, e que teria efetuado a sua correta aplicação, visto que não fez prova alguma de que os serviços estivessem à disposição do apelado, o que lhe competia.

E como ela própria ressaltou à fl. 89: “a prova nos autos é o contrato de prestação de serviços devidamente assinado...”. Como este rezava o cancelamento da prestação dos serviços quando houvesse atraso no pagamento da mensalidade, e não tendo sido comprovado que o apelado fez uso destes durante o período impugnado, não há razão para que seja condenado por um serviço do qual não se utilizou e que, segundo consta, não estava mais à sua disposição.

Nesse norte, corretamente concluiu o Togado de primeiro grau:

“Enfim, de acordo com o contrato firmado, o plano de saúde estava suspenso durante os meses

em que a autora pretende o pagamento.

“Não há, pois, prova escrita e líquida da obrigação imputada ao devedor embargante, pelo que incabível se mostra o manejo da ação deflagrada”.

Portanto, diante dos argumentos declinados, deve a sentença vergastada ser mantida em todos os seus fundamentos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conheceram do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 5 de fevereiro de 2004.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.027888-8, DE JOINVILLE

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Responsabilidade civil – Ordinária de indenização – Contrato de empreitada – Serviço de electricista em residência – Morte por eletrocussão – Ausência de cautela por parte do comitido – Culpa do comitente não configurada

1. “*Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente*” (Silvio Rodrigues).

2. “*Uma das finalidades precípua do contrato de empreitada é justamente a transferência de riscos ao construtor. Em princípio, somente pode haver responsabilidade do dano da obra quando este contrata pessoas inabilitadas ou economicamente incapazes para o mister*” (Silvio de Salvo Venosa).

Vistos, relatados e discutidos estas autos de Apelação Cível n. 2002.027888-8, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que é apelante Lourdes de Paula Fila e apelado Paulo Ricardo Wojciechowski:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Lourdes de Paula Fila ajuizou “ação ordinária de indenização” contra Paulo Ricardo Wojciechowski.

Na exordial, narrou a autora que era casada com Agnaldo Aparecido Fila, eletricista, que veio a falecer, em 5 de maio de 1998, “vítima de um choque elétrico, enquanto realizava a instalação elétrica de uma obra na casa do réu”. Informou que o falecido não infringiu nenhuma norma que colocasse em risco a sua vida, sendo “um profissional respeitado, precavido e cauteloso”, e que o réu não tomou as cautelas necessárias para evitar o evento danoso, “não fornecendo garantia, salubridade, higiene e segurança necessárias”.

Com a ação aforada, pretende que seja o réu condenado ao pagamento de: a) “indenização por danos materiais nas despesas efetivadas com o funeral da vítima e luto da família”; b) “prestação de alimentos a quem o defunto os devia, no valor equivalente a 150 salários mínimos”; c) “a condenação do réu a constituir um capital cuja renda assegure o

cabal cumprimento da prestação de alimentos”.

O réu apresentou contestação (fls. 33 a 40) alegando, preliminarmente, defeito de representação. No mérito, alegou que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima que, ao instalar uma lâmpada fluorescente em um canil, realizou ligação de forma errada do “disjuntor de energia elétrica, o qual ele mesmo instalara”, e que não possui culpa no evento, sendo que o “laudo pericial revela que a vítima era um profissional imprudente e imperito”. Requereu o acolhimento da preliminar com a conseqüente extinção do feito ou a improcedência dos pedidos e, em eventual condenação, “a fixação por danos morais no valor moderado e ao pagamento de pensão mensal em percentual do salário mínimo e com termo final de pagamento na data em que o *de cujus* completasse 65 anos de vida”.

Apresentada réplica (fls. 50 a 52) e instruído o feito, o MM. Juiz de Direito proferiu sentença (fls. 195 a 200). Ao argumento de que não restou comprovada a culpa do réu, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, com a ressalva do art. 12 da Lei n. 1.060/50. Rejeitou, ainda, o pedido de condenação de multa por litigância de má-fé formulado pelo réu nas contra-razões.

A vencida interpôs recurso de apelação. Reeditando os fatos narrados na peça inicial, sustenta que não foi a vítima quem trocou a “coloração” dos fios, e esse foi o

motivo determinante do evento fatídico, porquanto levou-a a erro, restando caracterizada a culpa do réu, que era o proprietário da obra. Além disso, “o finado estava trabalhando na obra de propriedade do réu da avença por 7 (sete) dias até o infeliz evento, como se verifica dos autos, e não 30 (trinta), como quis fazer supor em sede de contestação”.

O apelado pugna pela manutenção do veredicto (fls. 213 a 216).

II — Voto

Prevê o Código de Processo Civil que “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” (art. 333, inc. I).

Sustenta a apelante que o infortúnio ocorreu em face da irresponsabilidade do apelado, que não ofereceu ao prestador do serviço as devidas condições de trabalho.

É bem verdade que, no contexto fático, merece atenção a circunstância de ter havido inversão na instalação ou na escolha das cores-padrão dos fios que passam pelo disjuntor na edificação vizinha àquela em que houve o evento fatídico.

Na inicial, afirmou a autora que “o laudo pericial concluiu que a vítima, erradamente, ligou o fio neutro no disjuntor, quando deveria ser o fase, com energia, explicando o fato da vítima tê-lo ligado ao disjuntor”.

É cediço que para ensejar a responsabilidade civil subjetiva mister se faz a comprovação de alguns requisitos, quais sejam: dano (prejuízo), culpabili-

dade do agente (ato ilícito) e nexó de causalidade entre o dano e a conduta.

A legislação vigente à época dos fatos, cuja redação fora reproduzida pelo novo Código Civil, previa que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligente, ou imprudente, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (CC/16, art. 159). Acerca da *quaestio*, leciona Sílvio Rodrigues:

“Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente” (Direito Civil – Responsabilidade Civil, Saraiva, 1986, vol. 4, p. 18).

A distinção se faz imprescindível porque no de contrato de trabalho incide a culpa *in vigilando*; já na empreitada – *locatio operis* – não há falar nessa modalidade de culpa do contratante.

Assim, a responsabilidade civil do comitente (aquele que contrata o serviço) somente se evidencia se ficarem comprovadas a existência do dolo ou da culpa *in omitendo* do contratante na ocorrência do evento danoso. Sobre a responsabilização do comitente por acidente ocorrido no serviço de empreitada, preleciona Sílvio de Salvo Venosa:

“Não podemos concluir, como regra, por responsabilidade do

comitente, pois cabe ao construtor, técnico em seu mister, impedir que a construção prejudique terceiros. Na empreitada e na construção em geral, o construtor não se limita a exercer o mandato. Seu âmbito de atuação profissional exige que atue dentro de normas técnicas atinentes a sua profissão, recusando-se a cumprir exigências do comitente que a transgridam. Uma das finalidades precipuas do contrato de empreitada é justamente a transferência de riscos ao construtor. Em princípio, somente pode haver responsabilidade do dano da obra quando este contrata pessoas inabilitadas ou economicamente incapazes para o mister (Viana, 1981:73). Cuida-se de aplicação do princípio da culpa *in eligendo*” (Direito Civil – Contratos em espécie e responsabilidade civil, Atlas, 2001, vol. III, p. 193).

Analisando as normas técnicas de instalações elétricas (fls. 109 a 194), mais precisamente o item 3.5.22, infere-se que “o condutor neutro será de cobre e perfeitamente identificado pela cor azul-claro de seu isolante” (alínea c, grifado).

Portanto, independentemente de ter realizado a instalação do disjuntor, se o *de cuius*, conhecedor de eletricidade, tivesse a mínima cautela, certamente verificaria que a coloração dos fios neutro e fase – de cores vermelha e preta – estavam em desconformidade com o padrão pré-estabelecido.

E, mesmo que visualmente não fosse possível atentar-se para o erro de instalação, é manifesto que uma

mera verificação pelo eletricitista da existência de corrente nos fios, por meio de uma singela chave-teste, evitaria o acidente.

Houve, assim, flagrante e lamentável imprudência da vítima ao lidar com a energia elétrica que, saliente, exige absoluta acuidade por parte de quem a maneja.

A prova testemunhal, ademais, em nada auxiliou quanto à pretensa responsabilidade do réu. Pelo contrário, ao que consta do depoimento de Arnaldo Cardoso, há evidências de que a vítima agiu negligerentemente:

“Esteve no local dos fatos aproximadamente às 11 horas para efetuar uma entrega de livros, sendo que a esposa do réu avisou que o pedreiro estaria em casa. Bateu palmas e ninguém atendeu ao que retornou para sua vidraçaria; no horário do almoço ligou para esposa do réu e esta disse que o depoente poderia entrar na residência que o pedreiro estaria lá trabalhando. Chegou ao local e pulou o muro, entrando na residência, quando então encontrou o pedreiro caído de bruços. Encostou e percebeu que a pessoa estava dura, ao que procurou a vizinha mais próxima e esta ligou para os paramédicos e familiares do réu. Voltou para o local e olhou em volta da vítima, e percebeu que havia próximo deste um fio elétrico, e a vítima segurava uma torquês, instrumento de ferro utilizado para cortar arames. Esclareceu que naquele momento deduziu que a vítima havia cortado o fio com aquele instrumento embora a

torquês não seja muito utilizada para esta finalidade, sendo mais utilizado o alicate. A vítima não usava luvas. Dada a palavra ao Dr. Procurador da parte do réu, foi reperguntado e respondeu: a vítima calçava um chinelo, sendo que outro estava um pouco longe do corpo; observou que o veículo da vítima estava estacionado em frente da residência, isso já da primeira vez que esteve no local. Não observou se havia ferramentas no veículo, porém percebeu que no local dos fatos havia um carrinho de mão com ferramentas já lavadas, as quais estavam molhadas, dando a parecer que a vítima já estava limpando seus instrumentos para ir embora” (fl. 85).

Assim sendo, sem a comprovação da culpabilidade do apelado, e

diante da demonstrada culpa exclusiva da vítima, deve ser mantida a sentença.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza.

Florianópolis, 25 de agosto de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Marcus Tulio Sartorato,
Relator.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.005707-2/0001.00, DE IMBITUBA

Relator: Des. Victor Ferreira

Agravo (art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil) em agravo de instrumento — Decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, ao recurso — Ausência de peça indispensável à exata compreensão da controvérsia — Súmula 3 do TJSC — Inaplicabilidade — Impossibilidade de se averiguar o acerto ou desacerto do decisum vergastado — Recurso conhecido e improvido.

A Súmula 3, deste Tribunal de Justiça, e, em conseqüência, o princípio da instrumentalidade das formas nela previsto para o caso concreto, não é aplicável desde o novo tratamento que foi dado ao agravo de instrumento nas últimas reformas processuais, notadamente pelas mudanças perfectibilizadas pelas Leis ns. 9.139/95 e 9.756/98, confirmadas pela Lei n. 10.352/01, não havendo, portanto, possibilidade de conversão do julgamento em diligência para suprir a falta de peça essencial à exata compreensão da controvérsia.

Além das peças obrigatórias arroladas no inciso I do art. 525 do Código de Processo Civil, compete à parte agravante instruir o agravo de instrumento, no momento da sua interposição, com os documentos facultativos previstos no inciso II do dispositivo legal referido, quando desses depender o correto deslinde da questão aventada e deles decorrer a formação da convicção do magistrado a quo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2003.005707-2/0001.00, da comarca de Imbituba, em que é agravante Manoel Teixeira, e agravado Mauro Teixeira:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Manoel Teixeira interpôs agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, contra decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da comarca de Imbituba que, nos autos da ação cautelar de seqüestro promovida contra Mauro Teixeira, suspendeu o cumprimento da liminar anteriormente concedida.

Todavia, ao recurso foi negado seguimento, liminarmente, às fls. 385 a 387, à míngua de peça essencial à exata apreciação da controvérsia, ou seja, a peça contestatória, a qual, *in thesi*, teria feito a Magistrada *a quo* modificar o entendimento outrora idealizado.

Inconformado com o referido *decisum* monocrático, o agravante interpõe o agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, sustentando, em síntese, que foram juntados todos os documentos obrigatórios e que os requisitos legais foram integralmente cumpridos, sendo que não restaram ausentes outras peças a fim de facilitar a compreensão da sua

pretensão, não as reputando essenciais ao deslinde do agravo de instrumento, mesmo porque a Togada singular não se baseou em nenhum argumento expendido na peça contestatória faltante.

Invoca, ainda, a aplicabilidade da Súmula 3 deste Tribunal e o princípio da instrumentalidade das formas, uma vez que a peça não acostada ao recurso tem juntada facultativa, e não obrigatória.

Requer, enfim, seja conhecido e provido este agravo, determinando-se o regular processamento do agravo de instrumento, com seu provimento final.

Carreia, nesse momento, a contestação ausente por ocasião da interposição do agravo de instrumento, como também diversos documentos.

Não houve retratação da decisão ora vergastada.

É, em suma, o relatório.

II — Voto

Em que pese o inesgotável esforço expendido pelo agravante, o presente remédio recursal não merece prosperar.

Ab initio, impende salientar que a Súmula 3, deste Tribunal de Justiça, e, em conseqüência, o princípio da instrumentalidade das formas nela previsto para o caso concreto, não são aplicáveis desde o novo tratamento que foi dado ao agravo de instrumento nas últimas reformas processuais, notadamente pelas mudanças perfectibilizadas pelas Leis

ns. 9.139/95 e 9.756/98, confirmadas pela Lei n. 10.352/01.

Aliás, este Sodalício assim já se manifestou:

“Com efeito, se na legislação revogada a falta de peça obrigatória importava na conversão do julgamento em diligência (Súmula 3 do TJSC), hoje a situação é absolutamente diversa, haja vista ser ônus da agravante instruir obrigatoriamente o recurso para viabilizar o exame integral da matéria nele questionada, como é curial” (Agravado de Instrumento n. 2000.023952-6, de Videira, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, 4ª Câm. Civ., 4-10-2001).

O tema já mereceu destaque, inclusive, pelos festejados processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, os quais dispuseram o seguinte:

“Formação deficiente. TJSC 3: ‘A simples falta de alguma das peças indispensáveis à formação do agravo não importa no não conhecimento do recurso, podendo o relator, por despacho, convertê-lo em diligência’ (RT 629/205). *À vista da nova redação do CPC 557, que não mais permite a conversão do julgamento em diligência, esse verbete ficou superado*” (in Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 1.030 — o grifo é meu).

O Min. Athos Gusmão Carneiro não discrepou:

“Alterado que foi, pela Lei n. 9.139/95, o art. 527, do Código de Processo Civil, não mais prevê a realização de diligência para suprir malfor-

mação do instrumento, uma vez que a juntada das peças obrigatórias passou a ser de inteira responsabilidade do agravante” (in O Novo Recurso de Agravo e outros Estudos, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 47).

No mesmo norte segue o ilustre jurista Theotônio Negrão ao tecer comentários em notas de rodapé na sua obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 401 e 402:

“Art. 525: 5. É dever do agravante juntar as peças essenciais (tanto as obrigatórias como as necessárias — ver nota anterior) à compreensão da controvérsia. Se não fizer, seu recurso corre risco de não ser conhecido, por instrução deficiente”.

Em seguida explica didaticamente:

“Antigamente, quando o traslado do agravo era organizado pelo cartório, justificava-se o disposto na Súmula 235 do TFR: ‘A falta de peças de traslado obrigatório será suprida com a conversão do agravo de instrumento em diligência’. Agora, essa responsabilidade é do agravante, de sorte que deve considerar-se revogada esta Súmula”.

Ademais, à guisa de complementação, a Súmula 3 deste Tribunal resta implicitamente revogada, pois só era aplicada em recursos interpostos anteriormente à Lei n. 9.139/95, conforme precedente jurisprudencial:

“Agravado de instrumento — Ausência de traslado de peça obrigatória — Recurso anterior à Lei n. 9.139/95 — Diligência.

“A ausência de traslado do despacho agravado, em agravo de instrumento processado sob a égide da legislação revogada pela Lei n. 9.139/95, impõe a conversão do julgamento em diligência, para o suprimento da anomalia” (Agravo de Instrumento n. 1996.009691-4, de Joinville, rel. Des. Eder Graf, 3ª Câm. Civ., j. em 12-11-96).

Em decorrência, não há falar, nesta fase processual, em juntada de documentos, pois é da parte agravante o ônus da correta formação do instrumento, evidentemente, por ocasião da interposição do recurso, conforme ensinança do doutrinador J. E. Carreira Alvim:

“A indicação de peças deixou de ser necessária, porquanto cabe ao agravante instruir com elas a petição de agravo (art. 525, I). O art. 524 diz que o agravo será dirigido diretamente ao tribunal, para se harmonizar com a técnica do recurso direto, sem passar pela intermediação do prolator da decisão agravada”.

[...]

“Dispondo o art. 525, I, que a petição de agravo será instruída obrigatoriamente com as peças ali referidas, não comporta a sua juntada posterior, de modo que a instrução deficiente do agravo determina o seu não conhecimento, por falta de um dos pressupostos de admissibilidade do agravo, nos moldes do que sucede com a agravo de instrumento no Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula 288” (ob. cit., p. 98).

Aditando:

“Recentemente, reafirmou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o ‘agravo de instrumento deve vir instruído com todos os elementos necessários ao seu exame, sendo vedada a sua complementação após a remessa dos autos’ (cf. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 150.722-5 — RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, STF, 1ª T., un.). Idêntica orientação firmou o Superior Tribunal de Justiça, assentando que incumbe às partes o dever de vigilância na formação do instrumento, não produzindo nenhum efeito as peças obrigatórias juntadas noutra oportunidade (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 58.480-1 — SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, STJ, 3ª T., m.)” (*in* Novo Agravo, Del Rey Editora, 1995, p. 96 a 99).

Esta Corte de Justiça não destoa:

“Recurso cível — Agravo de instrumento — Falta de peças necessárias à compreensão da controvérsia e aferição da suposta ilegalidade ou abuso do ato hostilizado — Não conhecimento — Precedentes da Corte.

“É dever do agravante juntar, com a petição de interposição, as peças essenciais (tanto as obrigatórias quanto as necessárias) à compreensão da controvérsia, sem o que não se conhece do reclamo” (Agravo no Agravo de Instrumento n. 2000.011138-4, da Capital, rel. Nilton Macedo Machado, 3ª Câm. Civ., j. em 14-8-2000).

“Recurso cível — Agravo de instrumento — Instrução deficiente —

Ausência de documentos necessários ao entendimento da controvérsia — Negativa de seguimento — Agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC — Recurso não provido.

“Incumbe ao agravante instruir a petição de recurso não só com as peças essenciais (CPC, art. 525, I), como trazendo aquelas que, conquanto não obrigatórias (CPC, art. 525, II), ‘possam fornecer elementos hábeis à compreensão da controvérsia. Não o fazendo, a instrução imperfeita será em seu desproveito, não se conhecendo do recurso por irregularidade formal’ (AI n. 1998.017716-2, Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)” (Agravo no Agravo de Instrumento n. 2001.006853-2, de Balneário Camboriú, rel. Nilton Macedo Machado, Câm. Civ. Esp., j. em 17-5-2001).

Também não se alegue que a negativa de seguimento do agravo desacompanhado de peças, *in thesi*, meramente facultativas, trata-se de formalismo exacerbado, posto que a matéria já restou pacificada pelos tribunais pátrios, inclusive pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

“Processual civil. Agravo de instrumento. Não conhecimento. Peças facultativas.

“A ausência de peças nos autos de agravo de instrumento, mesmo que facultativas, mas desde que necessárias ao pleno conhecimento da controvérsia pelo órgão julgador, pode constituir óbice ao conhecimento do recurso (Precedentes).

Recurso não conhecido” (REsp n. 472597/SP, rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., j. em 11-2-2003).

“Processual civil. Agravo de instrumento. Peças de juntada facultativa, mas necessárias ao julgamento da causa. Não conhecimento do recurso. Impossibilidade de colação posterior (dilação probatória).

“1 — As peças de juntada facultativa, mas necessárias ao deslinde da controvérsia, devem, a exemplo do que acontece com as de colação obrigatória, acompanhar a inicial do agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento do recurso, haja vista a impossibilidade de dilação probatória.

“2 — Recurso conhecido, mas improvido” (REsp n. 444050/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. em 4-2-2003).

“Processual civil. Agravo de instrumento não conhecido, na instância originária, por falta de peças necessárias. Art. 525, I e II, do CPC. Precedentes.

[...]

“4. Na sistemática atual, cumpre à parte o dever de apresentar as peças obrigatórias e as facultativas — de natureza necessária, essencial ou útil —, quando da formação do agravo para o seu perfeito entendimento, sob pena de não conhecimento do recurso.

“5. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.

“6. Recurso não provido” (REsp 402866/SP, rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. em 26-3-2002).

“Processual civil. Locação. Ação de despejo por falta de pagamento. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Art. 255 do RISTJ. Desatendimento. Agravo de instrumento. Comprovação do pagamento de alugueres não trasladada. Peça facultativa. Não conhecimento. Possibilidade. Art. 525, I e II, do CPC. Recurso especial desprovido.

[...]

“2 — Compete ao agravante instruir o pedido com todas as informações que facultem ao julgador a adequada exegese do litígio, assim, em que pese não estar incluída a peça dentre o rol obrigatório do art. 525, I, do CPC, mas desde que importante ao entendimento da questão, impõe-se o seu regular traslado ao instrumento. Na espécie, o agravante não juntou a cópia da peça que comprovaria o pagamento dos aluguéis exigidos.

“3 — A falta de peças no agravo, que obste ao órgão colegiado o regular conhecimento da questão discutida, autoriza o não conhecimento do recurso” (REsp n. 204906/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. em 2-12-1999).

No mais, indubitável que a falta da peça contestatória do agravado constante na ação cautelar de seqüestro não é capaz de nos levar a um perfeito deslinde da *quaestio*, pois, num litígio como o dos presentes autos, em que já se ultrapassou todos os limites do razoável, não há tomar qualquer decisão judicial sem haver, ao menos, um mínimo de contradi-

tório, uma vez que tal *decisum* seria, como tantos outros já foram, temerário e, quiçá, injusto.

Além disso, por mais que a Magistrada *a quo* não tenha feito, na decisão guerreada, expressa remissão aos argumentos expostos na contestação ofertada pelo agravado, inegável é que influenciaram o seu entendimento, uma vez que modificou totalmente um raciocínio idealizado anteriormente, corroborado, evidentemente, pelo fato de que é extremamente conhecedora do caso, muito mais, *data venia*, do que o digno Togado Substituto que deferiu a medida liminar no dia 2 de janeiro do corrente.

Desse modo, verifica-se que o recorrente trouxe aos autos apenas os documentos e peças processuais que lhe interessavam para um julgamento em seu favor, o que não pode ser admitido, como ressaltado na decisão de fls. 385 a 387, importando, destarte, na negativa de seguimento ao agravo de instrumento, conforme entendimento reiterado deste Tribunal de Justiça:

“Agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC — Interposição contra decisão que nega seguimento a agravo de instrumento pela falta de peças essenciais que levaram à formação do convencimento do juízo de primeiro grau — Impossibilidade de se aquilatar o acerto ou equívoco da decisão — Recurso desprovido” (Agravo do art. 557, § 1º, do CPC no Agravo de Instrumento n. 2002.000625-4, de Balneário

Camboriú, Des. José Carlos Carstens Köhler).

“Agravo (CPC, art. 557, § 1º) — Despacho do relator que nega seguimento a agravo de instrumento por ausência de peça facultativa, que era indispensável ao exame das questões discutidas — Juntada posterior — Inadmissibilidade — Agravo não provido.

“Ao agravante compete instruir o agravo com todas as peças obrigatórias e facultativas (art. 525, I e II, do CPC), mormente quando destas últimas depender o correto entendimento das questões suscitadas. A ausência de documento, que impossibilite ou dificulte a apreciação das matérias discutidas no agravo, autoriza o relator a negar-lhe seguimento” (Agravo (Art. 557, § 1º, do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2001.014262-7, de Piçarras, Des. Juiz Jaime Ramos).

Por tais razões, voto pelo conhecimento e desprovemento do presente reclamo recursal.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Câmara Civil Especial, à unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Izidoro Heil e Ronaldo Moritz Martins da Silva. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 24 de abril de 2003.

Claúdio Barreto Dutra,
Presidente;
Victor Ferreira,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.007763-4, DE ITAJAÍ **Relator: Des. Victor Ferreira**

Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento — Decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, a recurso manifestamente improcedente e em confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça — Inexistência de comprovação em contrário — Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários — Entendimento majoritário — Inversão do ônus da prova — Possibilidade — Ausência de prova combatente — Decisão acertada — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2003.007763-4, da comarca de Itajaí, em que é agravante Banco Santander Meridional S.A., e agravada Sol-Pesca Indústria e Comércio Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco Santander Meridional S.A. interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Itajaí que, nos autos da ação de revisão de contrato bancário promovida por Sol-Pesca Indústria e Comércio Ltda., determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso vertente e inverteu o ônus da prova em favor da agravada.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, ao recurso foi negado seguimento liminarmente (fls. 114 a 119), uma vez que manifestamente improcedente e em confronto com o entendimento dominante deste Sodalício e do Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 557, *caput*, do CPC.

Inconformado com o referido *decisum* monocrático, o agravante, às fls. 123 a 131, interpõe o agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, sustentando, em síntese, novamente, a inaplicabilidade do Código de

Defesa do Consumidor ao caso vertente, pois o litígio decorre de contrato bancário entabulado pelas partes, sendo, por conseguinte, incabível a inversão do ônus da prova em seu desfavor, haja vista estarem ausentes os requisitos autorizadores da medida.

Destarte, requer seja conhecido e provido este agravo, para afastar a aplicabilidade do art. 557, *caput*, do CPC, determinando o regular processamento do agravo de instrumento, com seu provimento final.

É, em suma, o relatório.

II — Voto

Em que pese o esforço expendido pelo recorrente, o presente remédio recursal não merece prosperar.

Ab initio, à guisa de informação, impende trazer à baila ensinança dos juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery acerca do teor do art. 557 do Código de Processo Civil:

“Nas hipóteses mencionadas no *caput*, pode o relator, em qualquer tribunal, indeferir o processamento de qualquer recurso. [...] Nada obstante, não cabe aqui a objeção de inconstitucionalidade que tem sido feita àquele dispositivo. Enquanto a CF disciplina a atividade dos tribunais superiores, notadamente o STF e o STJ, cabe ao CPC regular os poderes do relator nos tribunais federais e estaduais, de sorte que as atribuições conferidas ao relator pela norma comentada encontram-se em harmonia com os

sistemas constitucional e processual brasileiros” (in Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 1.072).

No mais, inegavelmente, conforme ressaltado no *decisum* ora guerreado, a corrente jurisprudencial que entende pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias é a *dominante* no colendo Superior Tribunal de Justiça e neste Sodalício, como também em outros pretórios pátrios.

Sendo assim, a letra do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, é clara quando estabelece que “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência *dominante* do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (o grifo é meu).

Destarte, deveria o agravante ter trazido aos autos comprovação de que a corrente jurisprudencial adotada por este Relator não é a dominante no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.

Entretanto, assim não o fez, apenas reiterando na sua peça recursal a matéria meritória outrora aventada.

De qualquer sorte, para não restarem dúvidas acerca da decisão vergastada, trago à colação outras decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do nosso Estado que vão ao seu encontro:

“São aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários” (STJ, AGA n. 422769/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., j. em 4-4-2002).

“Estando as instituições financeiras enquadradas na expressão fornecedor, na modalidade de prestador de serviço, tal como descrita no *caput* do art. 3º do CDC, uma vez que prestam elas serviços de natureza bancária, financeira e de crédito, estes previstos no § 2º do mesmo dispositivo, devem pautar-se pelas diretrizes do Código Consumerista, tanto que a jurisprudência vem admitindo o controle judicial dos contratos de adesão” (TJSC, Ap. Cív. n. 2001.014515-4, de Tubarão, rel. Des. Fernando Carioni, 3ª Câmara. Dir. Com., j. em 27-3-2003).

Por conseguinte, aplicável à espécie o art. 6º, VIII, do Estatuto Protetivo Consumerista, se preenchidos os seus requisitos autorizadores.

E não se diga da inexistência de hipossuficiência e verossimilhança das alegações da agravada, uma vez que não se trata de empresa de grande porte e os motivos da revisi- onal, notadamente no que toca à limitação de juros em 12% a.a. e multa contratual moratória não superior a 2%, já foram pacificados por este Tribunal de Justiça.

Ademais, o agravante sequer foi capaz de produzir provas de que a recorrida não faria jus à inversão do ônus probatório, o que leva à presunção de que o Magistrado *a quo* agiu com acerto ao invertê-lo, mesmo

porque proferiu o *decisum* após estabelecer o contraditório.

Finalmente, ressalta-se que a questão acerca da possibilidade de o recorrente vir a ter que arcar com as custas periciais é tema a ser dirimido em ocasião própria, até porque o Togado singular já determinou, apesar da inversão do ônus da prova, fossem estas suportadas pela agravada (fl. 107).

Por tais razões, voto pelo conhecimento e improvimento do presente reclamo recursal.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Câmara Civil Especial, à unanimi-

dade de votos, resolve conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Izidoro Heil e Ronaldo Moritz Martins da Silva. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 29 de maio de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Victor Ferreira,
Relator.

AGRAVO (ART. 557, §1º, DO CPC) NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.025522-2/0001.00, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

Recurso cível – Agravo inominado – Decisão que dá provimento ao recurso (art. 557, § 1º-A, do CPC), declarando a competência deste egrégio Tribunal de Justiça para conhecer de ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa – Lei n. 10.628/02 – Competência absoluta – Alegação de que a Câmara Civil Especial não é competente para declarar a competência do egrégio Tribunal de Justiça – Desacolhimento – Ato regimental n. 41/00 – Não provimento do recurso – Decisão mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2003.025522-2/0001.00, da comarca de São Francisco do Sul, em que é agravante o representante do Ministério Público, sendo agravado Odilon Ferreira de Oliveira:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, rejeitar a preliminar de incompetência desta Câmara e, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I – Relatório

Representante do Ministério Público interpôs agravo inominado, na forma do art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática do relator que deu provimento a agravo de instrumento manejado por Odilon Ferreira de Oliveira, declarando a competência deste egrégio Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação civil pública movida pelo agravante.

Preliminarmente, argúi a total incompetência da Câmara Civil Especial para o conhecimento e julgamento do agravo, pois sua competência limita-se à apreciação da admissibilidade e eventual efeito suspensivo.

Sustenta que “o provimento direto de recurso encontra-se previsto no art. 557, § 1º-A, apenas na hipótese de a decisão recorrida encontrar-se em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o que evidentemente não é o caso”.

Pugna pelo provimento do agravo, reformando-se a decisão que declarou a competência deste egrégio Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação civil pública.

É o relatório.

II – Voto

O agravo inominado, interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC, é tempestivo, mas não merece provimento.

Inicialmente, em relação à competência da Câmara Civil Especial para o conhecimento e julgamento do presente feito, dispõe o art. 12, do Ato Regimental n. 41/00, que instituiu a referida Câmara:

“§ 1º — Os integrantes da Câmara a que se refere este artigo terão competência para apreciar a admissibilidade e os pedidos de efeito suspensivo em agravos de instrumento de interlocutórias de primeiro grau, bem como julgar os recursos contra decisões de seus membros”.

Luiz Orione Neto, ao analisar o juízo de admissibilidade dos recursos ensina:

“O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame de mérito. É formado de questões prévias. Estas questões prévias são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes.

Dentre estas questões prévias devemos distinguir as que são preliminares e as prejudiciais.

Preliminares são aquelas questões que devem ser lógicas e necessariamente decididas antes de outras, delas dependentes, sendo que as soluções das preliminares tornarão ou não admissíveis o julgamento das questões *a elas vinculadas*. À guisa de exemplos de questões preliminares, podemos citar a incompetência do juízo, as condições da ação, os pressupostos processuais etc”.

Assim, conclui-se que também compete a esta Câmara a análise da competência desta Corte para

processar e julgar a ação civil pública em litígio, por se tratar de questão preliminar [pressuposto processual], requisito de admissibilidade do recurso.

Quanto à aventada inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02, já ficou consignado na decisão monocrática de fls. 554 a 556 –TJSC:

“Ocorre que, com o advento da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, a competência para o julgamento dos atos de improbidade administrativa praticados pelo Prefeito quando do exercício de suas funções, ou mesmo após o término destas, passou a ser originária do Tribunal de Justiça dos Estados.

[...]

“Desta feita, denota-se que com a publicação da Lei supra referida (§ 2º), o Prefeito Municipal passou a gozar do foro privilegiado não apenas nas infrações penais, mas também nas ações de improbidade administrativa que, anteriormente, conforme entendimento dominante, tinham sua competência vinculada ao juízo de 1º grau, na medida em que a nossa Constituição Federal, só faz expressa menção ao foro privilegiado, nos casos que envolvam ações penais (art. 102, I, b).

“Embora haja respeitáveis vozes defendendo a inconstitucionalidade do texto da Lei n. 10.628/02, alio-me ao entendimento de que a alteração ao art. 84, do Código de Processo Penal não extrapolou os limites estatuídos na CRFB/88. É que, embora a Constituição enumere taxativamente a competência origi-

nária dos Tribunais (STF, STJ, TRF's) para processar e julgar certas autoridades nos crimes comuns e de responsabilidade, deixando às Constituições Estaduais a faculdade de organizar a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados (mas estabelecendo, de forma genérica, o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça – art. 29, X), não se pode olvidar, utilizando-se de uma interpretação sistemática da ordem constitucional, que o art. 37, no seu § 4º, dispõe que ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’.

[...]

“Além do mais, é essencial lembrar que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conap) aforou, perante o colendo Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797-2 cuja liminar restou indeferida em 7-1-2003. Assim, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da nova redação do art. 84, do CPP, a lei é válida e perfeitamente aplicável”.

Aliás, recente decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça, apreciando conflito de competência, também entendeu que a lei está em vigor e, por isso, tem incidência imediata.

Vale transcrever:

“Agravo regimental no conflito de competência. Ex-prefeito. Verba

federal. Repasse ao município. Convênio firmado antes da CF/88. Incidência da Súmula 209 do STJ. Competência do Tribunal de Justiça Estadual. Incidência imediata da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002 (art. 1º, parágrafo único, do CPP). Agravo desprovido.

[...]

“3. Agravo regimental desprovido, mas com reconsideração da decisão agravada para reconhecer a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para processar e julgar o feito, tendo em vista a entrada em vigor da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, de aplicação imediata (art. 1º, parágrafo único, do CPP)” (AGRCC n. 31168/SC, Terceira Seção, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 26-3-03).

Esta egrégia Câmara Civil Especial já teve oportunidade de se manifestar acerca da questão:

“Recurso cível – Agravo de instrumento – Decisão que dá provimento ao recurso (art. 557, § 1º - A, do CPC), declarando a competência deste egrégio Tribunal de Justiça para conhecer de ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa – Lei n. 10.628/02 – Competência absoluta – Matéria de ordem pública, conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, ainda que haja decisão anterior dispendo de modo contrário – Agravo inominado – Conhecimento e não provimento – Decisão mantida.

“As questões de ordem pública, tais como a competência absoluta, podem ser revistas a

qualquer tempo e grau de jurisdição, não se lhes aplicando os efeitos da preclusão” (Agravo no AI n. 2003.014923-6/0001.00, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 14-8-03).

Diante destes contornos, o recurso não merece provimento.

III – Decisão

Ante o exposto, nos termos do voto do Relator, a Câmara decide, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de incompetência desta Câmara e, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o Des. Cláudio Barreto Dutra.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 27 de novembro de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto vencido;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra:

Dissenti da douta maioria por entender que a ação civil pública por atos de improbidade administrativa é de natureza eminentemente civil, sendo que a publicação da Lei n. 10.628/02, que alterou a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, refere-se às ações penais de improbidade administrativa. Por tal motivo, incompetente é esta Corte para processar e julgar a aludida ação

civil pública aforada pelo Ministério Público contra Odilon Ferreira de Oliveira, na qualidade de prefeito municipal.

Segundo leciona Guilherme de Souza Nucci “[...] a mesma Lei n. 10.628/2002, que estendeu as graças do foro por prerrogativa de função às autoridades que já tivessem deixado o cargo, desde que o delito tivesse sido cometido durante o exercício funcional, como expusemos na nota anterior, acrescentou, ainda, o § 2º, ampliando o privilégio às ações civis, que analisam condutas de improbidade administrativa, visando à aplicação de medidas de reparação dos danos causados à Administração, bem como possibilitando a perda do cargo e o impedimento do exercício por determinado período, sem prejuízo das medidas penais.

“A norma, neste caso, é inconstitucional, pois cria-se o foro privilegiado, para as ações civis, através de mera lei ordinária. Somente a Constituição pode estabe-

lecer normas que excepcionem o direito à igualdade perante a lei, aplicável a todos os brasileiros. Em matéria penal, existem dispositivos constitucionais cuidando do tema, o que não ocorre na área cível. Portanto, a previsão feita neste artigo não pode ser acolhida” (Código de Processo Penal Comentado, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 212).

Quanto ao segundo tópico, que é a questão alusiva ao art. 557, § 1º - A: (“se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência do Superior Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”), a decisão da Magistrada não se enquadra nos permissivos acima apontados, uma vez que a matéria, a toda evidência, não se encontra pacificada, muito pelo contrário é objeto de acirrada polêmica no STF.

Por isso, meu voto foi no sentido de dar provimento ao recurso.

Cláudio Barreto Dutra.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.023981-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

Embargos declaratórios – Contradição inexistente. Ausência de pressupostos.

“A contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte” (STJ).

Embargos manifestamente protelatórios. Multa. Art. 538, parágrafo único, do CPC.

“A oposição de embargos protelatórios autoriza a condenação do embargante no pagamento de multa” (Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 2000.012900-3, de Blumenau, rel. Des. Silveira Lenzi).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos ao Agravo no Agravo de Instrumento n. 2003.023981-2, da comarca da Capital, em que é embargante Celso Ricardo Palhares de Quadros, sendo embargada Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer e rejeitar os embargos declaratórios, aplicando ao embargante multa de

1% sobre o valor da causa, por serem manifestamente protelatórios.

Custas legais.

I – Relatório

Celso Ricardo Palhares de Quadros, com fulcro nos arts. 535 a 538 do CPC, interpôs embargos de declaração, com fins de prequestionamento, em face do acórdão de fls. 448 a 453 que negou provimento ao agravo (art. 557, § 1º, do CPC).

Em síntese, aduz que há evidente contradição entre o posicionamento desta egrégia Corte, que adotou

o da Súmula 150 do STJ, em relação às Súmulas 556 do STF e 42 do STJ, já que, enquanto de um lado se reconhece a incompetência da Justiça Estadual para julgar a ação ordinária de cobrança ajuizada contra Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás, as Súmulas do STF e do STJ, bem como a jurisprudência dos referidos tribunais, têm entendido que a Justiça Estadual é competente para o julgamento dos feitos que envolvam Sociedades de Economia Mista.

Ressalta que “a Súmula 150, do STJ, está em confronto com as súmulas acima mencionadas, havendo divergência, contradição, omissão e obscuridade entre o r. acórdão proferido, eis que o mesmo as desconsiderou, além de sequer fundamentou (*sic*) o porquê”.

Diz que o acórdão decide *extra petita*, uma vez que se manifestou acerca da incompetência da Justiça Estadual, quando, na verdade, “deveria cingir-se apenas a conceder ou negar efeito suspensivo”.

Postula o acolhimento dos embargos a fim de que sejam supridos os pontos omissos, contraditórios e obscuros.

É o relatório.

II – Voto

Nos termos do art. 535 do CPC, cabem embargos de declaração quando houver, *na sentença ou no acórdão, omissão, contradição ou obscuridade*, não sendo admitidos para rediscutir a matéria ou simplesmente prequestioná-la sem apontar a existência do vício.

É bom que se saiba que a contradição que possibilita a interposição de embargos declaratórios é aquela existente entre os argumentos defendidos na decisão, jamais sendo admitidos para argüir contradição entre o acórdão paradigma e entendimentos diversos.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“A contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte” (4ª Turma, REsp n. 218.528/SP, EDcl, rel. Min. César Rocha, j. em 7-2-02).

Assim, não há qualquer fundamento na argumentação expendida pelo embargante, porquanto ressalta que o acórdão, ao decidir com base na Súmula 150 do STJ, incorreu em contradição às Súmulas 42 do STJ e 556 do STF.

De outro lado, verifica-se que as demais alegações visam única e exclusivamente a rediscutir a matéria (diz, mais uma vez, que o relator deveria restringir-se a analisar o pedido de efeito suspensivo), além de pretender obter manifestação expressa acerca de todos os pontos que considera viciados.

Ora, este egrégio Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que os embargos de declaração não se prestam a rediscutir a matéria já decidida, muito menos para obter do Poder Judiciário resposta a todos os questionamentos, sendo admitidos tão-somente para sanar omissão, contradição e obscuridade.

Nesse sentido:

“Embargos de declaração – Obscuridade – Contradição – Inexistência – Rediscussão da matéria – Rejeição.

“Os embargos de declaração não comportam provimento senão para desfazer obscuridade, contradição ou omissão” (EDAI n. 2001.010874-7, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

Colhe-se do colendo STJ:

“Não se prestam, do mesmo modo, os embargos declaratórios, a responder consultas ou questões aventadas pelas partes ao longo da contenda, sobretudo se o acórdão hostilizado decidiu com base em argumento bastante e suficiente para deslindar adequadamente a controvérsia e respaldar a decisão prolatada” (EDREsp n. 39.195-4/SP, Min. Demócrito Reinaldo, j. em 31-8-94). Ademais, observa-se que o embargante, além de não conseguir demonstrar ter havido no acórdão embargado qualquer contradição, ventila teses manifestamente infundadas e protelatórias, impondo-se a rejeição dos embargos declaratórios com a aplicação da reprimenda do parágrafo único do art. 538 do CPC, como desestímulo à recidiva.

A respeito, dispõe o citado preceito legal:

“Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento

(10%), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

A jurisprudência compartilha de igual entendimento:

“Os embargos declaratórios não se prestam a rediscutir o mérito daquilo que foi decidido pelo julgador, daí por que a sua oposição configura litigância de má-fé, tal como ocorre com os protelatórios, sujeitando o embargante à multa de até 1% sobre o valor da causa” (EDAI n. 2002.007575-8/0002.00, rel. Des. Jaime Ramos, de Imbituba, j. em 27-6-02) (grifei).

À vista do exposto, rejeitam-se os embargos de declaração, condenando-se o embargante, com base no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, a pagar à embargada a multa de 1% sobre o valor da causa.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, rejeitar os embargos e aplicar ao embargante a multa de 1% sobre o valor da causa, prevista no parágrafo único do art. 538 Código de Processo Civil, em favor da embargada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 27 de novembro de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator.

DOCTRINA COMERCIAL

LEGITIMIDADE AD CAUSAM NA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA

Renato Lisboa Altemani* e Ricardo Alexandre da Silva**

1. A dissolução parcial nas sociedades limitadas. 2. Procedimento. 3. Diferenças fundamentais entre litisconsórcio, assistência simples e litisconsorcial: a posição processual do(s) sócio(s) remanescente(s). 4. Legitimidade *ad causam* na ação de dissolução parcial da sociedade limitada: o entendimento jurisprudencial majoritário. 5. Os sócios remanescentes como terceiros na ação que visa à retirada com apuração de haveres. 6. Conclusão. 7. Referência bibliográfica.

1. A Dissolução Parcial nas Sociedades Limitadas

A sociedade limitada é criada a partir da averbação, na Junta Comercial, de contrato firmado por sócios com interesse de empreender conjuntamente (*affectio societatis*) uma atividade

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assessor Especial na Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pelo Incijur. Advogado em Curitiba.

determinada, colimando objetivos comuns (objeto social). Cuida-se de pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, sendo limitada a responsabilidade de cada sócio à sua respectiva participação social¹.

O Decreto n. 3.708, de 1919, composto por apenas 18 artigos, inseriu no direito brasileiro a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, modelo de organização societária que se tornou habitual no comércio, pois cedia amplo espaço para que os sócios estipulassem as regras de funcionamento, ao mesmo tempo em que limitava a responsabilidade patrimonial do sócio ao valor da respectiva quota².

O Código Comercial de 1850 não previu a dissolução parcial das sociedades comerciais, tampouco o fez o Decreto-Lei n. 3.708, de 1919. Ao sócio que desejasse encerrar a sua atividade empresarial cumpria ingressar com o pedido de dissolução da sociedade. A jurisprudência, atendendo ao princípio da preservação da empresa³, harmonizou a continuidade das atividades comerciais com o direito de retirada do sócio, construindo entendimento segundo o qual era possível decretar-se a *dissolução parcial* da sociedade, sendo permitida, em casos tais, a saída do quadro societário e, corolariamente, a retirada dos bens correspondentes ao percentual de participação social do dissidente.

Como disserta João Luiz Coelho da Rocha, “foi-se abandonando, a propósito das divergências entre sócios, a regra arcaica do Código Comercial que proferia ali a dissolução total da empresa, e o trato da jurisprudência houve por substituir esse desenlace radical, ligado à idéia plena da personalidade da instituição, por uma ‘dissolução parcial’ – ou seja, a saída

- 1 VIEIRA, Paulo Albert Weyland, REIS, Ana Paula de Carvalho. As sociedades limitadas no novo Código Civil: a limitação no direito de contratar. Revista de direito mercantil. São Paulo: Malheiros, jun./ago. 2002. p. 33.
- 2 CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4. “Foi justamente essa flexibilidade, aliada à limitação da responsabilidade dos sócios, que tornou as limitadas o tipo societário por excelência da pequena e média empresa brasileira e, a partir dos anos 80, também das grandes empresas, especialmente das multinacionais.”
- 3 O vocábulo, ao longo do texto, é tomado em sua acepção corporativa, significando instituição.

do sócio divergente, com o recebimento por este de seus haveres sociais”⁴.

A jurisprudência recente registra diversos pronunciamentos no sentido de que nas sociedades limitadas, em respeito aos princípios da liberdade de associação e da preservação da empresa, a solução adequada para a quebra da *affectio societatis* é a saída do sócio dissidente com a apuração de seus haveres⁵.

O Código Civil em vigência deu novo tratamento ao modelo societário em exame, denominado, por apego à síntese, sociedade limitada. A nova lei consagrou a liberdade de associação, estabelecendo o direito de saída do sócio que desejar abandonar o empreendimento. Conforme se extrai do artigo 1.029 da Lei n. 10.406, de 2002, o sócio possui o direito de denúncia unilateral do contrato, a ser exercido por meio de notificação aos sócios remanescentes, que terão o prazo de sessenta dias para promover a alteração do contrato social.

Portanto, a dissolução parcial, em sentido estrito, ocorre quando o cotista, por vontade própria, retira-se da sociedade, cujas atividades prosseguem apesar de seu egresso. Presume-se, em casos tais, a perda da *affectio societatis*, razão pela qual se autoriza ao dissidente a saída com a apuração de seus haveres. O fundamento da dissolução, como dito acima, é dado pelo artigo 1.029 do Código Civil em vigor.

4 CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4. “Foi justamente essa flexibilidade, aliada à limitação da responsabilidade dos sócios, que tornou as limitadas o tipo societário por excelência da pequena e média empresa brasileira e, a partir dos anos 80, também das grandes empresas, especialmente das multinacionais.”

5 Nesse sentido, colhe-se pronunciamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Direito de empresa. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Quebra da *affectio societatis*. Direito de retirada. Faculdade do sócio. Ação de dissolução parcial. Instrumento adequado. Solução que agrega a liberdade individual dos sócios e a permanência do empreendimento. A reunião do direito constitucional de associação (art. 5º, XVII) com o valor objetivo da livre iniciativa, princípio geral da atividade econômica também com fundamento constitucional (art. 170), resulta na possibilidade de ingresso, constituição e retirada de empresa” (Ap. Civ. n. 2000.017569-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 31-10-2002, in JC n. 100/125).

Pondere-se que a dissolução parcial em sentido estrito difere do recesso, previsto pelo Decreto n. 3.708 de 1919, artigo 15⁶. Neste, volta-se o sócio contra alteração do contrato social realizada posteriormente ao seu ingresso. Naquela, procura-se preservar a sociedade, conciliando sua manutenção com a autonomia da vontade dos cotistas, resguardada pelo princípio da livre associação.

Por sua vez, na retirada, figura distinta do recesso e da dissolução em sentido estrito, ocorre previsão contratual acerca da saída do sócio, aí residindo a nota distintiva em relação às duas figuras anteriormente mencionadas. O traço comum a uni-las é a saída do sócio com a continuidade da sociedade. Nada obstante, é forçoso reconhecer que os institutos apresentam diferentes propósitos e fundamentos legais diversos. A fim de se evitar controvérsias terminológicas, assinala-se desde já que o presente estudo versa sobre a legitimidade passiva na dissolução parcial em sentido estrito.

2. Procedimento

O egresso do sócio por vontade própria não era expressamente regulado, tendo sido jurisprudencialmente construída a solução que, de um lado, procurou resguardar o patrimônio do sócio retirante e, de outro, evitar o enriquecimento indevido por parte dos sócios remanescentes. Assim, a jurisprudência determinou a apuração, em fase liquidatória, da real situação econômica da sociedade, sendo considerado, além do capital social declarado, o valor de mercado do total dos bens, direitos e obrigações da empresa ao tempo da dissolução, em balanço especialmente levantado.

O art. 1.031 do Código Civil de 2002 acolheu o sistema jurisprudencial erigido a partir do Decreto-Lei n. 3.708 de 1919. No escólio de Modesto Carvalhosa, “o Código Civil de 2002 con-

6 É a redação do dispositivo: “Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas, até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social”.

sagra o entendimento jurisprudencial permissivo da dissolução parcial da sociedade, já consolidado na vigência do revogado Decreto n. 3.708/19, tratando nos arts. 1.028 a 1.030 das diferentes causas de dissolução parcial da sociedade, e no art. 1.031 da forma como deverá ser feita a liquidação da quota do sócio como relação ao qual a sociedade se resolve”⁷.

Assim, na dissolução parcial em sentido estrito, regulada pelo artigo 1.029 do Código Civil, o dissidente deverá notificar seus consortes a respeito de sua saída, observando sessenta dias de antecedência. Caso a sociedade seja de prazo determinado será necessária a apresentação da justa causa a ensejar a medida.

Notificados os sócios, caso não seja alterado o contrato social, restará ao dissidente a propositura da ação de dissolução parcial, a ser processada em consonância com o procedimento comum em seu rito ordinário⁸, na qual objetivará, além de sua exclusão do quadro societário, a apuração de seus haveres, que se dará, como alhures afirmado, em conformidade com o artigo 1.031 do Código Civil.

Crê-se, dada a expressa prescrição normativa, que a ausência de notificação ensejará a carência da ação por ausência de interesse processual. É ponderável, entretanto, que a jurisprudência, atendendo aos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, admita o saneamento do vício. Ou seja, constatada a ausência ou a irregularidade de notificação de algum dos sócios, determine-se o sobrestamento do feito, permitindo-se ao autor suprir a deficiência⁹.

Aduza-se, por fim, que a teor do artigo 1.218, inciso VII, do Código de Processo Civil, continua em vigor o tratamento dado pelo CPC de 1939 à dissolução total de sociedade e apuração de haveres do sócio, matéria abordada pelo vetusto diploma processual em seu Título XXXVIII.

7 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 13. p. 353.

8 Descrê-se na possibilidade de deflagração do feito em conformidade com o rito sumário em decorrência do baixo valor de alçada determinado pelo CPC em seu artigo 275, inciso I.

9 Nessa hipótese, somente após a regular notificação dos sócios passa a fluir o prazo de sessenta dias para a exclusão do autor dos quadros da pessoa jurídica. Caso os

3. Diferenças fundamentais entre litisconsórcio, assistência simples e litisconsorcial: a posição processual do(s) sócio(s) remanescente(s)

A definição da posição dos sócios como partes ou assistentes na ação de dissolução parcial de sociedade limitada requer prévia análise dos institutos da assistência simples e do litisconsórcio, figuras processuais distintas ontológica e teleologicamente.

Assim, em linhas gerais, define-se litisconsórcio como o cúmulo subjetivo na relação processual em seus pólos ativo, passivo ou em ambos, mercê da co-titularidade de uma dada relação jurídica de direito material. Em casos tais a pretensão é esposada ou resistida coletivamente, atribuindo-se aos litisconsortes o *status* de parte. Dito de outro modo, no litisconsórcio todos os envolvidos participam da relação substantiva submetida à apreciação jurisdicional, donde a possibilidade – por vezes, necessidade – de ocuparem um dos pólos da demanda.

Desmembra-se o litisconsórcio em necessário ou facultativo, conforme seja ou não imprescindível o cúmulo de sujeitos. Invoca-se, como exemplo de litisconsórcio necessário, a ação de anulação de casamento promovida pelo Ministério Público, na qual ambos os cônjuges têm de figurar como réus. Exemplo cor-

sócios remanescentes, no decurso desse prazo, promovam a exclusão do retirante ou deliberem pela extinção da sociedade, a ação de retirada com apuração de haveres deve ser extinta sem julgamento do mérito, por perda de objeto, recaindo sobre o autor os ônus de sucumbência. Afinal, em conformidade com o art. 1.029, o dever de promover a exclusão do sócio que denuncia o contrato nasce apenas após a regular notificação de todos os sócios. Consoante decisão da Corte Catarinense de Justiça, “o novo Código Civil estabeleceu, conforme os arts. 1.053 e 1.029, que o sócio tem o direito de recesso, bastando para tanto que notifique os demais integrantes da sociedade, que terão a obrigação de promover a modificação do contrato social e a apuração de seus haveres. Dessa forma, se o autor comprovasse a notificação prévia dos sócios remanescentes, e o decurso do prazo sem que estes cumprissem com a sua exclusão, seria a sociedade responsável pelos ônus de sucumbência” (Ap. Cív. n. 02.025364-8, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 4-12-2003). Se, entretanto, a demanda é ajuizada sem a necessária notificação dos demais sócios, antes portanto que nascesse a estes o dever jurídico de promover a exclusão do autor, é o mesmo o responsável pela instauração da lide, merecendo arcar com os correspondentes ônus de sucumbência.

rente de litisconsórcio facultativo ocorre nas ações de cobrança propostas concomitantemente em face do devedor e de seu fiador.

Quanto à prestação jurisdicional, classifica-se o litisconsórcio em unitário ou comum. Nas hipóteses de unitariedade litisconsorcial a lide será resolvida identicamente para os litisconsortes. Desse modo, na ação anulatória de casamento deflagrada pelo *Parquet*, a sentença há de desconstituir a sociedade conjugal e desfazer o vínculo matrimonial para ambos os cônjuges, não se cogitando a permanência do casamento para apenas um deles.

Por outro lado, na ação de usucapião, a sentença de procedência pode resolver diversamente a lide para cada um dos sujeitos passivos ou ativos, havendo litigantes cuja propriedade permaneça incólume aos efeitos da sentença, e outros cuja propriedade seja atingida, em graus variados, pelo *decisum*, donde surge a natureza comum do litisconsórcio, não se adstringindo o provimento jurisdicional à identidade de tratamento dos litisconsortes.

Esboçados os contornos gerais do litisconsórcio, incumbe conceituar a assistência simples ou adesiva, figura processual na qual existe mera intervenção de terceiro interessado no processo. Não há co-titularidade na relação jurídico-material submetida à análise jurisdicional, mas imbricação de duas relações distintas, sendo atingida pelos efeitos reflexos da sentença de procedência a relação material estranha ao processo.

Não detendo a titularidade da relação jurídica em litígio, o interesse do terceiro no desate da lide é subsidiário em relação ao da parte por ele auxiliada, com quem mantém relação jurídica suscetível de alteração pelo desenlace do litígio. Mercê de seu interesse secundário, não pode o assistente alterar o objeto do processo nem contrariar a vontade da parte que auxilia. Sua alteração é, evidentemente, facultativa.

Exemplo comum de assistência simples é a intervenção do sublocatário na ação de despejo movida pelo locador contra o locatário. Nessa hipótese, ainda que o contrato de sublocação seja atingido pelos efeitos reflexos da sentença, o terceiro interessado não apresenta legitimidade para figurar como parte na

demanda, porquanto se controverte relação jurídica a ele estranha, celebrada entre o autor locador e o réu locatário¹⁰.

Isso posto, impende abordar-se o intrincado instituto da assistência litisconsorcial¹¹. Nele, está o terceiro legitimado a integrar a lide pois, embora não participe do pólo passivo da demanda, terá atingida a sua esfera de direitos pela eficácia da sentença que acolha o pedido. Distingue-se dos institutos anteriores na medida em que o assistente litisconsorcial ingressa no feito para assistir uma das partes (qualidade de terceiro interveniente), porém visando a proteger um direito próprio (qualidade de litisconsorte).

A doutrina aponta como exemplo o ingresso do cidadão no pólo passivo da ação popular em que detenha imediato interesse jurídico, considerando-se como tal o interesse contido na eficácia da decisão de mérito¹². Assim, se uma ação popular visa a anular o ato administrativo que cedeu um terreno da prefeitura para a instalação de uma planta industrial, a empresa adquirente poderá

-
- 10 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 237. “Assim, numa ação de despejo, promovida pelo locador contra seu inquilino, ambos serão partes do litígio, uma vez que as questões litigiosas debatidas na causa e decididas pela sentença referem-se a uma relação jurídica formada por ambos, cuja disciplina legal será regulada pela sentença. Se, no entanto, algum sublocatário for admitido no processo, porque a futura sentença, que porventura rescinda o contrato de locação e decrete o despejo, extinguirá também esta outra relação contratual não litigiosa de sublocação, expondo o subinquilino ao risco de ver-se obrigado a desocupar igualmente o prédio, mesmo assim ele não passará a relação litigiosa – única existente – entre locador e sublocador.”
- 11 No escólio de Ovídio Baptista, “a chamada intervenção adesiva litisconsorcial, ou autônoma, de que trata o art. 54 do CPC, constitui uma das figuras mais controversas no campo do processo civil, certamente condenada a conservar-se polêmica e sempre imprecisa, desde que as questões que alimentam as discórdias sobre a sua real natureza, nasceram com o próprio instituto e haverão de acompanhá-lo no futuro” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da sentença liminar à nulidade da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 25).
- 12 ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 77. “O ingresso do co-legitimado, seja co-legitimado ordinário, como o caso dos credores solidários, ou extraordinários, como ocorre na ação popular em que diferentes cidadãos podem ser litisconsortes, está caracterizada a intervenção litisconsorcial voluntária. Resta a assistência litisconsorcial para a situação do assistido, que intervém sem alterar o objeto do processo, mas não tem legitimidade para figurar como autor ou como réu desde o início”.

ingressar na lide para sustentar a legalidade da transferência do imóvel. Nessa hipótese, será considerada terceiro, pois não é parte legítima a figurar no pólo passivo da demanda, limitando-se a assistir à ré, *in casu*, a prefeitura do município. Todavia, ingressará para defender direito próprio, qual seja, a aquisição da propriedade do imóvel mediante doação, motivo por que se caracteriza como assistente litisconsorcial.

Vencida, em linhas gerais, a análise dos institutos do litisconsórcio e das assistências simples e litisconsorcial, urge enquadrar a posição dos outros sócios na ação de dissolução parcial proposta por cotista no escopo de apurar haveres.

Percebe-se, de plano, que a pretensão do sócio há de ser exercida contra a sociedade, pessoa de direito com quem mantém a relação jurídico-substancial submetida à análise jurisdicional. Nesse contexto, os demais sócios apresentam interesse subsidiário no desate da lide, a outorgar-lhes a faculdade de intervir como assistentes simples da sociedade na ação de dissolução parcial. Impõe-se essa conclusão quando se analisa a constituição da pessoa jurídica societária, no seio da qual os sócios não se relacionam juridicamente entre si, mas apenas economicamente.

Assim sendo, crê-se na impossibilidade de se classificar os sócios cotistas como partes na ação de dissolução parcial, pois a pretensão é exercida pelo sócio retirante contra a sociedade, único ente com quem mantém a relação jurídica substancial sobre a qual se litiga. Esse posicionamento deriva da incidência de cara lição do direito privado, segundo a qual a pessoa jurídica não se confunde com seus sócios¹³, sendo correto afirmar que os sócios, no corpo da sociedade da qual participam, não se relacionam entre si, mas somente com a pessoa jurídica constituída por sua *affectio societatis*.

Como na ação de dissolução parcial da sociedade o autor se limita a requerer a desconstituição de seu vínculo societário e a condenação da pessoa jurídica ao pagamento de valor proporcional à sua participação social como cotista, sendo ambas as pretensões exercidas contra a sociedade, parece claro, nesse con-

13 Conclusiva, a respeito, a redação do artigo 20, *caput*, do Código Beviláqua, a assinalar: As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

texto, que não cumpriria aos sócios, mas à pessoa jurídica e somente a esta, ocupar o pólo passivo da demanda.

4. Legitimidade *ad causam* na ação de dissolução parcial da sociedade limitada: o entendimento jurisprudencial majoritário

Grosso modo, a legitimidade *ad causam* corresponde à identidade entre o titular da pretensão material e daquele contra quem ela é exercida com os integrantes da relação processual. Ou seja, será parte legítima para figurar na demanda quem compuser a relação jurídica material submetida à análise do Judiciário. Na definição de Athos Gusmão Carneiro¹⁴, “consiste a legitimação para a causa na coincidência entre a pessoa do autor e a pessoa a quem, em tese, a lei atribui a titularidade da pretensão deduzida em juízo, e a coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa contra quem, em tese, possa ser oposta tal pretensão”.

Legitimidade passiva, portanto, corresponde à prerrogativa outorgada a alguém para que possa figurar no pólo passivo da demanda. Assinale-se que a legitimidade *ad causam* não se confunde com a legitimidade *ad processum*, que se refere à legitimação para figurar no processo sem representação.

Apresentado o instituto em suas linhas fundamentais, urge verificar a posição jurisprudencial sobre a legitimidade passiva *ad causam* na ação de dissolução parcial. Já pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 44.132/SP, que na ação de retirada com apuração de haveres a legitimidade passiva pertence aos sócios, sendo admissível, entretanto, que a sociedade integre o pólo passivo da demanda. Colhe-se do corpo do acórdão:

“Certo que a pretensão de retirada, enquanto envolve modificação do contrato social, haveria de ser atendida pelos demais sócios e não pela sociedade. Entretanto, julgada procedente a ação, o patrimônio da sociedade, e não o pessoal dos sócios, é

14 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 25.

que arcará com o pagamento do que for devido aos que se retiraram. Justifica-se, pois, sua presença no processo”.

O entendimento do STJ, contudo, firmou-se posteriormente no sentido de que, na ação de retirada com apuração de haveres, os sócios remanescentes e a sociedade devem integrar o pólo passivo da demanda, em litisconsórcio necessário. A Quarta Turma registrou, em mais de um precedente, que “a ação de dissolução parcial deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em litisconsórcio necessário”¹⁵.

Nesse sentido é a jurisprudência majoritária no país, colhendo-se pronunciamentos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná¹⁶, São Paulo¹⁷ e Rio Grande do Sul¹⁸. Parece razoável afirmar que esse entendimento se origina do fato de as primeiras “dissoluções parciais” terem sido decretadas no bojo de ações nas quais se almejava a dissolução total, hipótese indubitável de litisconsórcio necessário entre os sócios remanescentes e a sociedade.

Bem ilustra essa circunstância a decisão proferida pelo TJSP no julgamento do Agravo de Instrumento n. 91.289-2¹⁹, de Rio Claro, publicado na RT 601/96:

“Como já decidiu a 2ª Câmara Civil do egrégio 1º TACivSP na Ap. 258.503, de São Paulo, ‘quando se contrata sociedade são estabelecidas relações jurídicas entre os sócios e entre estes e a sociedade, tão logo ela assuma a personalidade jurídica. Daí por diante, nos assuntos que lhe digam respeito não fica tangenciada, mas torna-se ativa participante, dentro, pelo menos, da regência que têm no direito brasileiro. A cessão de cotas que, para ter validade entre nós, exige alteração do contrato de sociedade é um desses assuntos’, como o

15 Recurso Especial n. 77.122/PR, j. 13-2-1996; Recurso Especial n. 55.667/SC, j. 26-9-2000.

16 Ap. Cív. n. 116.682-1, de Guaíra, j. 24.3.1998, *in* RT 757/339.

17 Ap. Cív. n. 247.268-1, de Campinas, j. 16-2-1995.

18 Agravo de Instrumento n. 70003985611, j. 8-5-2002. Colhe-se do acórdão: “A legitimidade passiva para a ação de dissolução parcial de sociedade comercial é da sociedade e do sócio remanescente, em litisconsórcio necessário, em razão do interesse comum que vincula a todos eles”.

19 Agravo de Instrumento n. 91.289-2, de Rio Claro, rel. Des. Prado Rossi, j. 7-5-1985. *In* RT 601/96.

é, acrescente-se, a apuração de haveres com a retirada de sócio, também chamada, apropriadamente ou não, de dissolução parcial.

“Na dissolução de sociedade, total ou parcial, e na apuração de haveres de sócio, a legitimação processual passiva é da sociedade e dos sócios remanescentes, em face do legítimo interesse de todos eles”.

Dessa forma, indistintamente, passou-se a determinar a citação de todos os sócios remanescentes e a sociedade como litisconsortes necessários, como se de dissolução social se tratasse.

5. Os sócios remanescentes como terceiros na ação que visa à retirada com apuração de haveres

A despeito da naturalidade com que se tem atribuído congruência às ações de “dissolução de sociedade, total ou parcial”, deve-se atentar ao fato de que se a ação proposta pelo sócio objetiva a sua saída da sociedade com a correspondente apuração de haveres, exerce-se pretensão somente contra a empresa, não contra os demais sócios remanescentes²⁰. Essa diferença não é singela, pois, ante a inexistência de pedido formulado contra os sócios remanescentes, é impertinente a sua citação como litisconsortes. Nesse con-

20 Nesse tocante, colhe-se valiosa passagem da doutrina de Hernani Estrella: “A diversidade substancial dos dois procedimentos – liquidação de sociedade e simples liquidação de quota social – leva necessariamente a resultados também algum tanto diversos, resultados estes que, conforme vem sendo dito, se prendem tanto à estrutura, como à essência de cada um deles. Por isso, importa muito não olvidar a inconfundibilidade que os extrema, deixando-se levar por simples analogias que longe estão de justificar a assemelhação indevida que tem sido por vezes feita, com graves prejuízos para a correta solução dos problemas em causa. Realmente, basta pensar em que, diante da sociedade *extinta* (suposto há solvido o seu passivo), os sócios se colocam, uns face aos outros, em relação aos bens remanescentes, como verdadeiros comunheiros. O desaparecimento da pessoa jurídica os investe na co-titularidade desses bens, gerando um estado de comunidade ou massa comum, cuja divisão há de ser feita segundo o que hajam acordado, ou conforme as regras próprias do juízo divisório. Entretanto, se a sociedade sobrevive e conserva-se íntegra, seu patrimônio continua a pertencer-lhe” (ESTRELLA, Hernani. A apuração dos haveres de sócio. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 87).

texto, não detêm os demais sócios legitimidade para integrar o pólo passivo como litisconsortes da sociedade, restando-lhes, porém, a possibilidade de intervirem como assistentes simples.

A dissolução da sociedade extingue as relações jurídicas entre sócio e empresa e determina a restituição dos valores proporcionais à participação social (ou, no caso de insolvência, condena os sócios ao pagamento da verba devida, limitada a responsabilidade de cada qual à sua participação social). Nesse contexto, por afetar diretamente a esfera de bens e direitos de todos os sócios, é imperiosa a sua citação, sendo caso de litisconsórcio necessário. Entretanto, nas hipóteses em que a ação visava tão-somente à retirada com apuração de haveres, os Tribunais prosseguiram determinando a citação dos sócios remanescentes em litisconsórcio passivo necessário, sem atentar que, nesse caso, acolhida a pretensão do autor, somente a esfera jurídica da sociedade será diretamente atingida.

Como efeitos da sentença que decreta a dissolução parcial de uma sociedade limitada, tem-se a extinção da relação jurídica entre o sócio retirante e a empresa (efeito constitutivo negativo ou desconstitutivo), além da condenação desta a pagar àquele a apuração de seus haveres, como se de dissolução total se tratasse (efeito condenatório). Na dicção de José Waldeci Lucena, “a sentença é constitutiva negativa, tocantemente à dissolução do vínculo individual social. Terá também carga de eficácia condenatória a recurso de apelação, em ambos os efeitos”²¹.

Percebe-se que a sentença que venha a acolher o pedido atinge as esferas jurídica e patrimonial da empresa, sendo imperioso que esta componha o pólo passivo da demanda. Se não integrasse a lide, não estaria sob os efeitos da coisa julgada e jamais poderia ocupar o pólo passivo em execução forçada na qual o sócio exigisse o pagamento dos haveres.

Os sócios remanescentes, por outro lado, têm interesse no resultado da demanda, pois da decisão em favor do autor advém reflexo no seu vínculo com a sociedade, uma vez que haverá alteração no percentual de quotas de cada um, com reflexos, por exemplo,

21 LUCENA, José Waldeci. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 820.

na distribuição dos lucros e na composição de maioria nas assembleias. Todavia, essas modificações não integram o conteúdo da sentença de mérito, restrito à relação jurídica entre o sócio dissidente e a sociedade, permitindo a retirada e a apuração dos haveres, que não de ser pagos com o patrimônio do ente societário²².

Não é a relação entre todos os sócios e a sociedade o objeto da demanda, mas a relação entre sócio retirante e sociedade. Não é a relação sócio remanescente – sociedade – sócio retirante que será apreciada pela sentença, mas somente a existente entre os dois últimos.

Merece reproche, por conseguinte, a argumentação segundo a qual os sócios remanescentes teriam interesse jurídico na demanda e portanto seriam litisconsortes necessários da sociedade. A influência dos efeitos da sentença não é suficiente para diferenciar o litisconsorte do assistente, afinal ambas as categorias exigem interesse jurídico e não apenas moral ou econômico. Como disserta Arruda Alvim, “o puro e estrito interesse econômico, pois, não habilita o ingresso do que pretenda ser assistente. Assim, o sócio não pode litigar como assistente em ação da sociedade da qual faz parte, dado que aí se trata de um puro interesse econômico, sendo que o interesse jurídico que está em jogo é o da pessoa jurídica, que estará regularmente representada”²³.

A posição dos sócios remanescentes na ação que objetiva a retirada do sócio guarda forte semelhança com a do sublocatário na ação de despejo movida contra o locatário. Note-se que a relação do sublocatário não será apenas *modificada* com o eventual despejo: o contrato será inteiramente inviabilizado. Ainda assim, é o sublocatário terceiro na relação processual, porque não integra a relação jurídica sobre a qual se litiga. No caso da resolução da sociedade em relação a um de seus integrantes, os sócios remanescentes sofrerão os reflexos da decisão, mas nem por isso passam a

22 É inconcebível que o patrimônio dos sócios venha a ser atingido pela apuração de haveres, que são calculados com base no patrimônio da empresa e na participação social do autor. Se a sociedade não detivesse patrimônio, não haveria haveres a apurar (afinal, a parte não pode ser maior do que o todo). Nesse contexto, o patrimônio dos sócios remanescentes, necessariamente, não será atingido pela eficácia condenatória da sentença.

23 ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 2. p. 121 e 122.

fazer parte da relação jurídica entre o sócio retirante e a empresa. O sócio que intervier na ação de retirada com apuração de haveres é, a toda evidência, terceiro na relação processual, participando da lide como assistente simples, com interesse em proteger a relação jurídica que possui com a empresa requerida.

Ao considerar-se indispensável a citação dos sócios, está-se a ignorar a personalidade jurídica da empresa, que é, sob a ótica jurídica, uma pessoa distinta dos sócios, detendo seus próprios direitos e obrigações, e respondendo por eles seja no campo contratual, seja no extracontratual.

É sabido que o ordenamento jurídico abriga diversas exceções a essa regra, desconsiderando a personalidade jurídica em favor da preservação de uma ordem econômica condizente com os princípios da justiça social. Mas são exceções, com amparo no interesse maior da coletividade, não se encontrando entre elas a retirada com apuração de haveres.

Para efeito de controle de práticas anticoncorrenciais, por exemplo, na caracterização da posição dominante o conjunto de empresas é tomado como um único ente econômico, a teor do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.884, de 1994. Nesse sentido leciona Paula Forgioni que o direito brasileiro consagrou o “conceito europeu da *unique economic entity*, que tende a considerar sociedades coligadas como um único agente econômico, para fins de caracterização da posição dominante”²⁴.

No âmbito do direito das obrigações, a jurisprudência tem admitido a aplicação da teoria da aparência, alargando a abrangência da responsabilidade de conglomerado de empresas em que haja a união de objetivos, esforços e capitais, organizados sob uma mesma regência.

Quanto à responsabilização do sócio controlador, esta, via de regra, ocorre apenas nos casos em que houver danos decorrentes da violação de seus deveres de conduta como administrador. No caso das sociedades limitadas, os sócios-gerentes são responsáveis solidários pelos danos advindos de atos praticados com violação do con-

24 FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 281.

trato ou da lei (art. 10 do Decreto n. 3.708, de 1919). Segundo pronunciamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, “o sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação que busque reparação por atos praticados com abuso de poder (Decreto n. 3.708, de 1919, arts. 10 e 11)” (AI n. 2002.002958-0, de Joaçaba, da relatoria do signatário, j. 4-9-2003).

Situação substancialmente diversa é a hipótese em que é requerida a desconsideração da personalidade jurídica com base no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, já que o referido dispositivo legal ampliou sensivelmente a abrangência do instituto da *disregard*. O Estatuto conferiu responsabilidade subsidiária dos sócios, sempre que a personalidade da pessoa jurídica “for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28, § 5º).

Todavia, no caso do exercício de recesso, ou, para utilizar-se a expressão da lei civil, resolução da sociedade em relação a um dos sócios, não há lugar para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a justificar a integração dos sócios remanescentes à lide, como se de litisconsórcio se tratasse. A pretensão do sócio que se retira é exercida tão-somente contra a empresa, única legitimada a figurar no pólo passivo da demanda.

Com efeito, fosse a empresa constituída na forma de uma sociedade em conta de participação, que é uma espécie de sociedade não personificada, não seria possível que a empresa integrasse a lide, mas somente os sócios. Como averbou o eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito, “Não há falar em citação da sociedade em conta de participação, que não tem personalidade jurídica, nem existência perante terceiros” (REsp n. 474.404/PR, j. 17-12-2002).

Já na sociedade limitada, sublinhe-se, sociedade personificada, não há confundir os direitos e as obrigações da empresa e os dos sócios. A título meramente ilustrativo, os sócios podem comprar, em conjunto, uma lancha, sem que a sociedade guarde qualquer relação jurídica com o negócio. Da mesma maneira, um contrato de prestação de serviço firmado entre a empresa e terceiro não obriga o sócio a, pessoalmente, cumprir a obrigação. Como consignou o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, “a personalidade jurídica da sociedade não se

confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Constituem pessoas distintas. Distintos também os direitos e obrigações”²⁵.

É oportuno frisar que, paradoxalmente, embora o Superior Tribunal de Justiça pronuncie em reiterados julgamentos a existência de litisconsórcio necessário na ação de dissolução parcial, é pacífica a jurisprudência da mesma Corte quanto à ilegitimidade dos sócios para responderem com seu patrimônio pelas dívidas sociais. Nesse sentido averbou-se em decisão da relatoria do Min. José Delgado:

“Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/76)” (AgREsp n. 327.462/MG, j. 4-10-2001).

Em decisão da relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, o STJ averbou:

“Sociedade anônima. Ação para anular contrato em que for parte.

Tratando-se de direito próprio da sociedade, e não dos sócios individualmente, ela é a parte legítima para pleitear a anulação. As hipóteses de substituição processual encontram-se previstas na Lei n. 6.404/76, não podendo ser ampliadas”²⁶.

25 Mandado de Segurança n. 469/DF, j. 9-10-1990

26 STJ, REsp n. 87919/PE, j. 26-5-1998. Colhe-se do corpo do acórdão: “Quando a Lei n. 6.404/76 pretendeu atribuir legitimação extraordinária ao sócio, fê-lo de modo expresso. É o que se verifica dos parágrafos 3º e 4º de seu art. 159. E vale notar que, mesmo aí, se condicionou a possibilidade do ajuizamento da ação à deliberação não atendida da assembléia geral ou à negativa dessa, exigindo-se, nesse caso, se reuam acionistas que representem, pelo menos, cinco por cento do capital. Não seria razoável admitir-se que, para responsabilizar o administrador, por danos causados ao patrimônio social, fosse mister atender a tais exigências e, ao mesmo tempo, se reconhecesse que o sócio poderia sempre movimentar ações para anular contratos em que parte a sociedade. Também o art. 246 estabelece hipótese de substituição processual. Ainda aí coloca condições e, de qualquer sorte, trata-se de previsão expressa. Não me parece, pois, se possa admitir que da lei resulte legitimação ampla, reconhecida pelo acórdão, para demandar a nulidade ou anulação de atos praticados pela sociedade. Nem se recomendaria que assim fosse, considerando o imenso número de sócios que hoje pode ter uma companhia. Isso sem falar nos problemas pertinentes à extensão subjetiva da coisa julgada, sempre presentes quando existem co-legitimados”. Irrefragável a conclusão do eminente Ministro, devendo-se tomar o

Situação análoga se verifica na ação proposta por um condômino para anular decisão da assembléia do condomínio. Nesse caso, todo condômino tem, em princípio, legitimidade para contestar a validade da decisão tomada em assembléia, mas o condomínio, e não os demais condôminos, é que ocupará o pólo passivo na demanda²⁷.

A resolução da sociedade limitada em relação a um dos sócios não comporta tratamento diverso: a ação deve ser movida pelo sócio retirante contra a sociedade, com vistas a extirpar o vínculo jurídico com esta, e exigir dela o pagamento dos seus haveres. A sociedade personificada, como é o caso da limitada, é quem guarda vínculo jurídico com cada um dos sócios, sendo, por conseguinte, a única parte legítima a ocupar o pólo passivo da ação, pois não há relação jurídica individualizada de sócio a sócio.

6. Conclusão

O direito de saída do sócio, como corolário dos princípios constitucionais da liberdade de associação e da livre iniciativa, deve ser assegurado em todas as sociedades de pessoas, diferentemente do que ocorre nas sociedades de capital.

O Código Civil de 2002 consagrou o importante instituto da denúncia unilateral do contrato nas sociedades limitadas, confirmando a construção jurisprudencial feita sob a égide do Decreto n. 3.078, de 1903.

Na ação proposta pelo sócio, visando ao egresso do quadro societário, com fulcro nos arts. 1.053 e 1.029 do Código Civil, é a

devido cuidado, apenas, ao argumentar-se que a previsão de legitimação extraordinária exclui a legitimidade do sócio, o que decorre simplesmente do fato de que a empresa possui personalidade jurídica própria e distinta da dos sócios. Dessa forma, a regra aplica-se a todas as sociedades personificadas, dentre as quais destaca-se a sociedade limitada.

27 Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 112.185/RJ, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12-5-1999. Consignou-se na ocasião: “Os condôminos têm legitimidade e interesse para pleitear a anulação de assembléia geral do condomínio, se irregularmente foram iniciados os trabalhos da reunião, sendo parte passiva legítima o condomínio, por ser ele o que vai sofrer os efeitos da sentença de procedência”.

sociedade, apenas, que deve ocupar o pólo passivo da demanda. Os demais sócios não integram a relação jurídica entre o autor e a ré. Assim sendo, podem intervir na lide como assistentes simples, zelando pela correta apuração dos haveres do retirante, nos termos da lei e das disposições contratuais aplicáveis, sendo defesa, pela sistemática processual vigente, sua atuação como sujeitos parciais.

Aduza-se que o posicionamento a estabelecer a existência de litisconsórcio necessário nas ações de dissolução parcial mostra-se não apenas contrário à teoria da personalidade jurídica das sociedades, à medida que exige a participação processual dos sócios, mas, outrossim, malferir a processualística, ao conceber litisconsórcio no qual há somente assistência simples. De fato, a identificação dos sócios remanescentes como litisconsortes passivos necessários ignora a fundamental diferença entre o pedido de dissolução total da sociedade do pedido de afastamento com apuração de haveres.

Na primeira hipótese, os sócios remanescentes e a sociedade devem integrar o pólo passivo, em litisconsórcio necessário, porquanto a pretensão do autor contra todos é exercida; na segunda, somente a sociedade deve ocupar o pólo passivo da demanda, pois apenas contra ela é exercida a pretensão do autor. Nessa segunda situação resta ao(s) sócio(s) remanescente(s) a possibilidade de intervir(em) na lide como assistente(s) simples.

7. Referências bibliográficas

- ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 2.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ESTRELLA, Hernani. *A apuração dos haveres de sócio*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 281.
- LUCENA, José Waldecí. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 820.
- ROCHA, João Luiz Coelho da. A retirada judicial dos sócios-cotistas e a justa preservação de seus direitos no curso da ação. *Revista de direito mercantil*. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2001.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Curso de processo civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VIEIRA, Paulo Albert Weyland, REIS, Ana Paula de Carvalho. As sociedades limitadas no novo Código Civil: a limitação no direito de contratar. *Revista de direito mercantil*. São Paulo: Malheiros, jun./ago. 2002.

JURISPRUDÊNCIA COMERCIAL

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.021481-2, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação revisional. Contrato de abertura de crédito com alienação fiduciária e outras avenças. Antecipação de tutela visando ao depósito das parcelas em valores inferiores ao contratado, porque razoáveis, e manutenção da devedora na posse do bem em face da ameaça perpetrada pela parte adversa. Preenchimento dos requisitos do artigo 273 do CPC. Recurso provido.

I – É aceitável, em princípio, o depósito das parcelas avençadas em valores inferiores ao estipulado no contratado, desde que, porém, o montante consignado atenda aos parâmetros afetos ao princípio da razoabilidade.

II – A notificação, remetida à devedora, reclamando o pagamento das parcelas vencidas sob pena de adoção de medidas judiciais — no caso, ação de busca e apreensão —, evidencia ameaça à sua posse em relação ao bem objeto da avença, rendendo ensejo, de conseguinte, à concessão do pedido de manutenção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.021481-2, da comarca de Concórdia, em que é agravante Reni Furh e agravado Banco Fiat S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

No Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Concórdia, Reni Fuhr ajuizou ação revisional de contrato com pedido de tutela antecipada contra Banco Fiat S.A.

Do interlocutório que autorizou o depósito das parcelas que se vencerem no decorrer da demanda, desde que em valor integral, e indeferiu a manutenção da autora na posse do veículo alienado por ocasião de contrato de alienação fiduciária, a agravante interpôs o presente agravo de instrumento.

Argumenta, em síntese, que, caso os depósitos devam ser efetivados no valor integral das prestações, e não em valor inferior àquele estabelecido no contrato tendo em vista a abusividade de suas cláusulas, a agravante e sua família continuarão sendo privadas de alguns itens de necessidade para a subsistência familiar.

Ademais, obtempera que, em razão do veículo financiado encontrar-se alienado fiduciariamente, é necessário o deferimento da liminar para mantê-la na posse do bem em questão, uma vez que a qualquer momento o agravado poderá propor ação de busca e apreensão visando a compeli-la a pagar o valor estipulado no contrato.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fl. 61).

Devidamente intimado, o agravado não apresentou contra-razões, conforme certidão de fl. 64.

É o sucinto relatório.

II – Voto

O inconformismo cinge-se, basicamente, aos aspectos que dizem respeito ao pedido de depósito incidental das parcelas no valor que a agravante entende devido, e, bem assim, o de ser mantida a posse do bem objeto do litígio até final decisão.

De se prover o agravo.

De fato, dos documentos carreados aos autos percebe-se que a parte pretende, desde o início da ação revisional, o depósito de “R\$ 203,76 (duzentos e três reais e setenta e seis centavos), acrescido do INPC, correspondente às parcelas que se venceriam no curso da demanda, com o objetivo de elidir a mora” (fl. 50).

Entendo, portanto, que o valor é razoável diante daquele que o Banco agravado conclui ser devido (fl. 45).

Demais disso, há que se considerar que a agravante, até o ajuizamento da ação revisional, já havia efetuado o pagamento, em dia, de 15 (quinze) das 36 (trinta e seis) parcelas devidas (fls. 39 a 44).

É que, afora a demonstrada intenção de efetuar o depósito incidental das prestações do contrato o que, no mínimo, indica boa-fé e a vontade em empreender continuidade à relação jurídica negocial enfocada, julgo ponderáveis as razões da ação em que se discutem os encargos do contrato firmado entre as partes.

No que tange ao pedido de manutenção da agravante na posse

do automóvel um Fiat Uno ano 1994 (fl. 38) entendo que, na hipótese dos autos, há que se dar guarida à pretensão também nesse particular.

É que, no caso, a ameaça da posse está consubstanciada na notificação já enviada por uma empresa de cobranças à agravante, por ordem do agravado, na qual fica evidenciado o alerta de que o não-pagamento das prestações exigidas “a constituirá em mora para os efeitos legais, o que implica no vencimento antecipado do contrato com adoção das medidas judiciais, possibilitando inclusive a retomada do bem objeto do contrato em destaque” (grifei – fl. 52).

Ora, se é viável a manutenção de posse diante da ocorrência de turbulação ou esbulho, há que se entender cabível, também, o deferimento do pedido na hipótese em que ocorre ameaça de violação da posse da agravante.

Como leciona Alexandre de Moraes, “o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é o princípio básico que rege a jurisdição”

(in Direito Constitucional, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 103).

Diante do exposto, presentes os requisitos do artigo 273 do CPC, pelo meu voto dou provimento ao recurso para permitir que a agravante deposite em Juízo as parcelas vencidas e as vincendas, mês a mês, no valor de R\$ 203,76 (duzentos e três reais e setenta e seis centavos), cada uma, acrescidas do INPC, a serem implementadas até a data do seu efetivo vencimento, mantendo-a, outrossim, na posse do automóvel objeto do contrato firmado entre as partes, até que sobrevenha decisão final nos autos da ação de revisão de contrato.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, proveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes e Túlio Pinheiro.

Florianópolis, 26 de junho de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.000275-5, DE BIGUAÇU

Relator designado: Des. Eládio Torret Rocha

Embargos de terceiro. Bem imóvel. Aquisição posterior à penhora. Ausência de inscrição do gravame no registro de imóveis. Eficácia da venda. Embargos procedentes. Sentença reformada. Honorários advocatícios. Percentual mantido. Recurso provido.

I – “A alienação a terceiros de bem imóvel penhorado exige, para a configuração de fraude à execução, o registro no cartório imobiliário competente da constrição judicial levada a termo, como resulta claramente do § 4º acrescido ao art. 659 do CPC pela Lei n. 8.953/94” (Ap. Cív. n. 1997.015902-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

II – Sendo assim, ausente o aludido requisito legal (arts. 167 e 240, ambos da Lei dos Registros Públicos, e § 4º do art. 659 do CPC), revelador da boa-fé dos adquirentes do imóvel, e, bem assim, não estando provada a insolvência da devedora, devem prosperar os embargos de terceiro no sentido de inviabilizar a penhora realizada na execucional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.000275-5, da comarca de Biguaçu (2ª Vara), em que são apelantes Nilvon César da Silveira e Juraci Custódia Florêncio da Silveira, sendo apelada RBS TV de Florianópolis S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por maio-

ria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital, Nilvon César da Silveira e Juraci Custódia Florêncio da Silveira opuseram embargos de terceiro contra a penhora procedida em 50% do imóvel que adquiriram de Rosa de Lima Willesheim Reginaldo na praia do Tamanco, no município de Biguaçu.

Sustentaram, em síntese, que não se encontrava registrada no cartório do Registro de Imóveis a penhora implementada na execução movida contra si por RBS TV de Florianópolis S.A., de modo que são adquirentes de boa-fé.

Relataram, finalmente, haver obtido financiamento da Caixa Econômica Federal para a aquisição do imóvel e que, com os valores recebidos com a transação, a executada adquiriu outro imóvel.

Citada, a embargada ofereceu contestação (fls. 32 a 35), e, em seguida, os embargantes replicaram (fls. 56 a 58).

Na audiência de instrução e julgamento, inexitosa a conciliação, foram inquiridas 2 (duas) testemunhas (fls. 78 a 81).

Finda a instrução, as partes ofereceram alegações finais sob a forma de memorial (fls. 82 a 85 e 87 a 90).

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou improcedente o pedido inicial (fls. 104 a 108).

Irresignados com a decisão que lhes foi desfavorável, apelam os vencidos (fls. 116 a 125). Alegam, em síntese, terem agido de boa-fé quando da aquisição do imóvel por não haver inscrição da penhora, do referido bem, no respectivo registro imobiliário, não havendo, pois, falar em fraude à execução. Alternativamente, postularam a redução do percentual atribuído à verba honorária advocatícia para 10%.

Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

II — Voto

O recurso está a merecer acolhida.

Na execução promovida pela embargada RBS TV de Florianópolis contra Rosa de Lima Hillesheim Reginaldo, foi penhorado, em reforço, no dia 17 de junho de 1998 (fl. 40), o imóvel objeto dos embargos, constituído de um terreno situado no lugar denominado Rio Caveiras, Praia do Tamanco, no município de Biguaçu.

No dia 19 de junho do mesmo ano — portanto dois dias após o referido reforço de penhora —, o aludido bem (constituído de casa e terreno) foi alienado pela executada e seu marido aos ora embargantes (fls. 11 a 23), inclusive com interveniência da Caixa Econômica Federal, que liberou financiamento para a respectiva compra.

Ora, como a compra e venda do bem imóvel ocorreu anteriormente à ciência (=intimação) da devedora no tocante ao refalado reforço, os ora apelantes não sabiam da penhora, visto ser incontroverso, nos autos, a circunstância de a constrição não haver sido levada à inscrição no registro imobiliário competente.

Há que se salientar que todas as testemunhas ouvidas em Juízo — uma funcionária da Caixa Econômica Federal e a outra da imobiliária que intermediou o negócio —, em seus depoimentos, corroboram tal assertiva (fls. 78 e 80).

Assim, os embargantes, ora apelantes, não poderiam saber do ônus que recaía sobre o imóvel que estavam adquirindo, o que, por si só, demonstra a sua irrecusável boa-fé, ante a necessidade da inscrição imobiliária da refalada constrição, na conformidade dos artigos 167 e 240 da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) e do § 4º do artigo 659 do CPC, segundo a redação da Lei n. 8.953/94.

Inúmeros são, aliás, os precedentes jurisprudenciais a respeito, dos quais colho os seguintes:

“Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução” (STJ, REsp n. 457768/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 15-10-02).

“Fraude à execução. Alienação de bem penhorado. Embargos de terceiro.

“Mesmo antes da Lei n. 8.953/94, para que se pudesse ter como ineficaz a venda de imóvel, sob o argumento de que o bem estaria penhorado, fazia-se necessário o registro da penhora ou a demonstração concreta de ciência por parte do adquirente do ato constitutivo, entendimento pacificado no âmbito desta Corte” (STJ, Aga n. 357.334/RS, rel. Min. Castro Filho, j. 28-5-02).

Restou comprovado, ainda, pela prova capeada aos autos — sobretudo segundo o contrato de locação entabulado entre o marido da executada e os embargantes (fls. 101 e 102) —, que os apelantes já estavam ocupando o imóvel objeto do litígio anteriormente à penhora e que desde então pretendiam adquiri-lo (conforme consta da cláusula 22 do referido contrato de locação — fl. 101v.).

Demais disso, conforme depende-se dos documentos acostados (fls. 11 a 25), o marido da executada, em 16 de março daquele mesmo ano, já havia adquirido outro bem imóvel.

Ora, como cediço, o entendimento dominante no colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a caracterização da fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC reclama a ocorrência de uma ação em curso e o estado de insolvência a que, em virtude da alienação ou oneração, teria sido conduzido o devedor (REsp n. 333161, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Entretanto, levando em consideração a aquisição do imóvel suso mencionado, não há falar em estado de insolvência da devedora em razão da alienação do imóvel, objeto do litígio, aos apelantes.

Finalmente, vale consignar ser de “incumbência exclusiva do exequente e embargado a prova insofismável da efetiva ocorrência de fraude à execução, não sendo suficiente, para tanto, meras alegações do credor ou a imputação aos adqui-

rentes da obrigação de investigarem eles, precedentemente à aquisição que efetuaram se contra os alienantes pendia demanda capaz de torná-los insolventes” (Ap. Cív. n. 1997.015902-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

Quanto aos honorários advocatícios — cuja redução foi pleiteada apenas em caso de desprovimento do apelo —, entendo de mantê-los no patamar fixado pela sentença.

É que, considerando o disposto no § 4º do art. 20 e o valor atribuído à causa em 19 de abril de 1999 (R\$ 6.769,99), razoável se mostra o percentual fixado em 20%, pelo que deve ser mantido.

Por essas razões, pelo meu voto dou provimento ao recurso para declarar a validade do negócio entabulado entre os apelantes e a executada, resguardando seus direitos de adquirentes de boa-fé e determinando, de conseguinte, o levantamento da penhora que incide sobre o imóvel.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator designado, a Câmara, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, vencido o Relator originário que votou no sentido de desprover o apelo.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 20 de março de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente e Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra:

Dissenti da douta maioria por entender que, tendo a aquisição do imóvel objeto dos embargos (um terreno situado no lugar Rio Caveiras Praia do Tamanco, município de Biguaçu) ocorrido dois dias após a penhora (em reforço — fl. 40), ou seja, em 19 de junho de 1998 (fls. 11 a 23), restou evidenciada, sem dúvida, a fraude à execução, nos termos do art. 593, II, do Código de Processo Civil, por sinal declarada naqueles autos, conforme se observa às fls. 45 e 45v., de cuja decisão a executada interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento (fls. 53 e 54). A propósito: “alienado o bem penhorado no curso do processo, em flagrante ocorrência de fraude à execução, mesmo no que diz respeito aos bens imóveis e mesmo que o adquirente seja terceiro de boa-fé, o negócio é considerado ineficaz, ficando resguardado o seu direito de pleitear indenização junto ao alienante, por ter sofrido os efeitos da evicção” (Ap. Cív. n. 1997.015062-8, de Chapecó, rel. Des. João Martins).

É exatamente a hipótese dos autos. Por isso asseverou o Togado (fls. 107 e 108) que “a executada tinha ciência plena do processo que corria contra si, até porque opôs embargos à execução quando da primeira penhora, resultando vencida. Não

tinha outros bens e, ainda assim, vendeu aquele bem objeto da segunda penhora, em 19 de junho de 1998. Em momento algum a exeqüente, ora embargada, fez indicação de qualquer bem à penhora e, de outro lado, tomou conhecimento da segunda constrição somente em 1º de julho de 1998, como provam o termo de juntada de fl. 72v. e a petição de fl. 73 dos autos de execução, de modo que só após isto poderia providenciar a inscrição da penhora no registro de imóveis, acerca do que se ocupa o § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, mas nessa ocasião já havia sido inscrito lá a hipoteca em benefício da Caixa Econômica Federal, ato este praticado em 19 de junho de 1998 (fl. 25v.). Ainda que assim não fosse, tenho que a falta de registro da penhora não tira a sua validade e eficácia, autorizando, pois,

o prosseguimento da execução. No caso em apreciação não há prova de má-fé dos embargantes na transação realizada com a executada, esta que, verdadeiramente, contaminou o negócio pela fraude à execução, fato este reconhecido pela decisão de fls. 45 e v., dizendo da nulidade da compra e venda. Evidentemente a situação criada pela executada não pode prejudicar a exeqüente, ora embargada, cabendo àquela, por outro lado, responder perante os embargantes e à credora com garantia real — a Caixa Econômica Federal”.

Meu voto foi no sentido de negar provimento ao recurso.

Florianópolis, 29 de setembro de 2003.

Cláudio Barreto Dutra.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.020687-6, DE FRAIBURGO

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Apelação cível. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Decreto-Lei n. 911/69. Mora. Comprovação válida e eficaz. Notificação recebida por pessoa diversa, mas no endereço do devedor. Validade. Indicação do valor do débito. Desnecessidade.

1. Em ação de busca e apreensão, para demonstrar-se a comprovação da mora, a notificação não precisa ser pessoal, sendo suficiente que tenha sido remetida e recebida no endereço do devedor.

2. Consoante a Súmula 245 do Superior Tribunal de Justiça, a indicação do valor do débito é requisito dispensável à validade da notificação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.020687-6, da comarca de Fraiburgo, em que é apelante Banco Bradesco S.A. e apelado José Paulo dos Santos:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Osasco, São Paulo, Banco Bradesco S.A. ajuizou ação de busca e apreensão, com fulcro no Decreto-Lei n. 911/69, contra José Paulo dos Santos, alegando haver firmado com o réu contrato de financiamento para aquisição de bens garantidos com alienação fiduciária de um veículo VW/Kombi, ano 1996, chassi 9BWZZZ231TP023005, no valor de R\$ 7.289,96, cuja quantia seria paga em 24 (vinte e quatro) parcelas. Alegou, ainda, que o contrato foi descumprido pelo réu, em que pese notificado em 8-1-2003 para o pagamento do débito, vencido em 16-11-2002 (fls. 11 e 12). Desde então, incorreu em mora, tornando-se devedor da quantia de R\$ 1.121,64, cujo montante acrescido dos encargos contratuais e prestações pagas a menos totaliza a importância de R\$ 1.558,00.

Ao final, pleiteou: a) concessão da medida liminar, com a expedição de mandado de busca e apreensão do

veículo reclamado, consolidando-se a posse e a propriedade em seu poder, quando ao final do julgamento; e b) condenação do réu às penas de sucumbência (fls. 2 a 4). Juntou documentos (fls. 5 a 12).

Ao requerer a inicial, o MM. Juiz da comarca de Osasco/SP constatou que o réu tinha domicílio em Fraiburgo, Santa Catarina, razão pela qual declarou nula a cláusula de eleição do foro, declinando a competência para a comarca de Fraiburgo, para onde os autos foram remetidos (fls. 14 e 15).

Recebendo-os, a MMa. Juíza Cíntia Gonçalves Costi entendeu faltar os pressupostos pré-processuais de viabilidade, e, em consequência, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, com fundamento nos artigos 267, inciso IV, e 329 do Código de Processo Civil (fls. 21 a 24).

Inconformado, apelou o autor pugnando pela reforma da sentença objurgada, alegando, em síntese, que a notificação extrajudicial foi válida, embora assinada por pessoa distinta do apelado, e regular, pois desnecessário nela constar o valor do débito, bastando a referência do contrato inadimplido. Requereu, por derradeiro, o provimento do seu apelo, a fim de ver deferida a liminar de busca e apreensão do bem objeto da demanda (fls. 27 a 37).

É o relatório.

II — Voto

As razões do apelo convencem.

1. Validade da comprovação da mora por meio de notificação recebida por pessoa diversa, mas no endereço do devedor

O Decreto-Lei n. 911/69, ao reger o procedimento especial de busca e apreensão para bens alienados fiduciariamente, estabelece em seu artigo 2º que “a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento” (§ 2º), ou seja, a mora é *ex re*, uma vez que ocorre independentemente de interposição judicial ou extrajudicial pelo credor.

Entretanto, assentou a Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça que a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente só é possível mediante a sua comprovação.

Para tanto, tendo em vista o fato de que a mora leva a rescisão contratual, ainda que haja declaração judicial (§ 3º), determina o artigo 2º que ela poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor (§ 2º). Dessa forma, importante que a intimação ou a entrega da carta seja feita ao devedor inadimplente ou, ao menos, que seja enviada ao endereço dele.

Constata-se nos autos que a notificação efetivou-se pelo 2º Cartório Oficial de Títulos e Documentos e que houve o respectivo Aviso de Recebimento (fl. 12), sendo que o endereço nele constante é o do devedor. Verifica-se, ainda, que foi esta recebida por “Donizete Meireles” (fl. 27).

Ora, no caso em exame, a notificação foi comprovada de forma válida e eficaz.

Isso porque, para fins de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, a notificação não precisa ser pessoal, sendo suficiente ter sido remetida e recebida no endereço do destinatário, o qual foi devidamente indicado pelo credor na inicial e consta no contrato de folha 9.

A esse respeito, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Válida a notificação para constituição em mora do devedor efetuada em seu domicílio, ainda que não lhe entregue pessoalmente. Precedentes” (Recurso Especial n. 196644/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 25-2-2002, p. 382).

Tal como afirmado pelo agravante, a jurisprudência à qual me filio, vem-se manifestando pela desnecessidade de “que o ato se realize necessariamente na pessoa do destinatário a ponto de, em caso contrário, invalidá-lo” (Agravo de Instrumento n. 2002.002405-8, de Jaguaruna, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 5-6-2003).

O fato de a notificação ter sido assinada por pessoa diversa do devedor não desvirtua a constituição da sua mora, visto que a certidão do cartório e o Aviso de Recebimento foram acolhidos no lugar de destino. Sendo assim, presume-se que a pessoa notificada (Donizete Meireles) levou ao seu conhecimento o teor da notificação.

Nesse sentido, constata-se do precedente desta Câmara Comercial:

“Apesar da mora referente ao inadimplemento das obrigações contratuais, garantidas por meio de alienação fiduciária, decorrer do simples vencimento do prazo para o pagamento, constituindo-se, a mora, destarte, de forma *ex re*, a busca e apreensão do bem alienado só é possível mediante a sua comprovação por um dos meios determinados em lei: o protesto do título ou a notificação pessoal do devedor.

“*Para a notificação da mora, somente é necessária a entrega da notificação extrajudicial no domicílio ou moradia do devedor, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário*” — grifei (Ap. Cív. n. 2002.025121-1, de Chapecó, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 14-8-2003).

Assim também já decidiu esta Corte:

“Supre as exigências do art. 2º, § 2º do Decreto-Lei n. 911/69 a remessa, ao endereço do alienante da correspondência notificatória, via Cartórios de Títulos e Documentos e ali comprovadamente entregue, sendo irrelevante a recusa da aposição de recebimento pelo mesmo ou o recebimento por pessoa diversa” (Agravo de Instrumento n. 2002.021102-3, de Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 28-11-2002).

E, finalmente:

“Válida a notificação para constituição em mora do devedor

efetuada em seu domicílio, ainda que não lhe entregue pessoalmente” (STJ) (Ap. Cív. n. 2000.002920-3, de Criciúma, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 26-3-2002).

2. Desnecessidade de constar na notificação o valor do débito.

A MMA. Juíza *a quo* extinguiu o processo sob fundamento, também, de que para a comprovação da mora há a necessidade de constar na notificação extrajudicial o valor do débito atualizado com os respectivos encargos exigidos pelo autor e o detalhamento e especificações das parcelas vincendas.

Entretanto, em que pese o entendimento diverso a respeito, filio-me à corrente predominante no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito” (Súmula 245).

Destaca-se, ainda, os seguintes julgados:

“A teor do disposto no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69, nas dívidas garantidas por alienação fiduciária a mora constitui-se *ex re*, exigindo-se, para comprová-la, a simples notificação, contendo referência, apenas, ao contrato inadimplido. Inadmissível exigência no sentido de condicionar a validade da notificação à especificação, no respectivo documento, do *quantum debeatur*” (Recurso Especial n. 110007/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 24-5-1999, p. 160).

“Não é exigido por lei que a notificação para a constituição em mora do devedor traga o valor atualizado do débito. Suficiente, pois, ao atendimento da formalidade, a ciência que é dada ao inadimplente pelos meios preconizados no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69” (Recurso Especial n. 469406/RS, DJ 24-3-2003, p. 235, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

As Câmaras de Direito Comercial já assentaram:

“Busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/69. Notificação. Indicação do valor da prestação. Encargos devidos. Desnecessidade. Súmula 245 STJ. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 2002.026205-1, de Tubarão, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 27-2-2003).

“Agrav. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Dispensa de indicação do valor do débito. Notificação extrajudicial válida. Decreto-Lei n. 911/1969, art. 2º, § 2º. STJ, Súmula 245 [...]” (Ap. Cív. n. 1997.011653-5, de Tubarão, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 10-4-2003).

Finalmente, não é demasiado ressaltar que, não obstante na notifi-

cação fosse necessária a especificação do valor do débito e o detalhamento das parcelas vincendas, comprova-se às folhas 11 tê-los feito devidamente o apelante.

Sendo assim, estando comprovados os requisitos para a concessão da liminar de busca e apreensão, cassa-se a sentença *a quo*.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer e dar provimento ao recurso, cassando-se a sentença *a quo* e determinando-se a remessa dos autos à Comarca de origem para que o MM. Juiz de primeiro grau prossiga como de direito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Túlio Pinheiro.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2004.

Ricardo Fontes,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.007110-0, DE CORONEL FREITAS

Relator: Des. Túlio Pinheiro

Embargos do devedor – Contrato – Alegação de obrigação alternativa – Pagamento convencionado em sacas de milho a granel (datio in solutum) ou valor equivalente em dinheiro conforme

cotação de cooperativa indicada na avença. Pretendido exercício do direito de opção. Inoqüidade da medida. Descabimento.

Avençando as partes em contrato a quitação da dívida mediante o pagamento em sacas de milho ou seu valor equivalente em dinheiro na data do vencimento, está-se dando aos credores uma facultatividade que não obriga ao prévio exercício do direito de opção como requisito para a execução da dívida vencida.

Alegações de falta de área do imóvel e abatimento da última prestação. Questões a serem dirimidas em ação própria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n. 2001.007110-0, da comarca de Coronel Freitas, em que são apelantes Carlos Alberto Picolotto e Marizete Bergozza Picolotto, sendo apelados Adelar João Trevisan e Fátima Batisti Trevisan:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Coronel Freitas (Vara Única), por procurador habilitado, Adelar João Trevisan e Fátima Batisti Trevisan aforaram ação de execução em desfavor de Carlos Alberto Picolotto e Marizete Bergozza Picolotto, asseverando, para tanto, que são credores dos requeridos da quantia atualizada de R\$ 7.832,33, representada por nota promissória vinculada a contrato particular de promessa de compra e venda de imóveis, referente à última parcela do negócio realizado – 650 sacas de

milho que deveriam ter sido pagas até a data de 20 de julho de 1996.

Regularmente citados, os requeridos apresentaram embargos à execução, alegando, preliminarmente, carência de ação, porquanto deveria ter sido intentada ação de execução para entrega de coisa incerta e porque a embargante Marizete Bergozza Picolotto é parte ilegítima para integrar o pólo passivo da lide. No mérito, aduzem que o valor é superior ao devido, pois já haviam pago por meio de cheque 200 sacas de milho em 19 de fevereiro de 1996 e mais 150 sacas na presença das testemunhas Antoninho Crema e Quide Fagundes, razão por que consideram os embargados litigantes de má-fé. Ademais, ressaltam que, efetuado levantamento para verificação de área do imóvel adquirido, restou constatada a falta de 29.800m², motivo pelo qual os embargados não poderiam ter intentado ação de execução.

À impugnação e conseqüente resposta foi realizada audiência de conciliação que restou inexitosa, sendo designada nova data para

instrução e julgamento, oportunidade em que foram ouvidas testemunhas.

Apresentadas alegações finais por ambos litigantes, sobreveio sentença em que a Togada *a quo* julgou improcedentes os embargos, declarando que a nota promissória preenche os requisitos legais; que as esposas do embargante e embargado possuem legitimidade para compor o pólo passivo e ativo, respectivamente; que a falta de área do imóvel vendido é questão a ser dirimida em ação própria; que os pagamentos parciais do débito não foram suficientemente demonstrados, pois a prova testemunhal mostrou-se deveras frágil; que o cheque anexo não afigura indícios de que se refira à última parcela do contrato, e que não há excesso de execução, porquanto o valor constante da nota promissória equivale às 650 sacas de milho cobradas, já que o valor de cada saca à época de vencimento da promissória era de R\$ 8,80 (oito reais e oitenta centavos). Por fim, condenou os embargantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da execução.

Inconformados com a entrega jurisdicional, apelaram Carlos Alberto Picolotto e Marizete Bergozza Picolotto, ressaltando: a) que os apelantes deveriam ter sido notificados para o pagamento em sacas de milho, na forma do contrato, de maneira que sem a notificação a ação de execução deverá ser extinta por ausência de pressuposto legal como título executivo; b) que a falta de área

do imóvel é justo motivo para o abatimento da última parcela; c) excesso de execução, considerando-se que o contrato foi integralmente liquidado, tendo os apelantes abatido da última parcela o valor correspondente à ausência da terra referida.

Com as contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

II – Voto

O recurso é tempestivo e houve preparo no prazo legal, devendo, pois, ser conhecido.

Cotejando os autos, vê-se que a execução está embasada em contrato subscrito por duas testemunhas e nota promissória. A teor do contrato e também como se lê no verso da nota promissória, a dívida remanescente é “de 650 (seiscentas e cinquenta) sacas de milho a granel de 60 quilos cada, livre de umidade, impureza e Funrural ou o preço do dia de mercado da Cooperalfa de Coronel Freitas (SC)”.

À fl. 11 dos autos foi anexada declaração da Cooperalfa no sentido de que o preço do milho em questão, no mês de vencimento da dívida (julho/96), era de R\$ 8,80 a saca, valor este que multiplicado por 650 representa o valor principal da execução, ou seja, R\$ 5.720,00.

Trata-se, portanto, de dívida líquida, certa e exigível.

Em que pese a partícula alternativa “ou”, não creio que no caso se estivesse impondo uma obrigação alternativa, a exigir o exercício do direito de opção pelos devedores.

Na verdade, o contrato apenas impôs uma facultatividade aos devedores, ou seja, poderiam pagar em sacas de milho (*datio in solutum*) ou seu valor equivalente em dinheiro. A obrigação seria alternativa se o contrato previsse um determinado valor em dinheiro (quantia fixa), contra uma quantidade determinada de sacos de milho ou, ainda, uma quantidade de sacos de milho *versus* uma quantidade de sacos de soja, casos estes em que o exercício do direito de opção poderia representar uma diferença econômica para o devedor.

Anular-se a execução como pretendem os devedores para facultar-lhes o exercício do direito de opção seria completamente inócuo, pois não teriam eles qualquer vantagem econômica, uma vez que o pagamento da dívida em sacas de milho ou valor equivalente em dinheiro implicaria no mesmo dispêndio financeiro.

Ademais, fosse intenção dos devedores a liquidação da dívida, há muito já poderiam ter exercido tal opção, já que aos credores seria indiferente o recebimento de uma ou outra forma.

De outro lado, no que diz respeito à falta de área do imóvel (objeto do contrato) como justo motivo para o abatimento da última parcela, não se justifica a extinção da executória.

Salientam os recorrentes que constitui excesso de execução o *quantum* descrito na nota promissória, porquanto o valor pactuado é superior

à área correspondente do imóvel. Para tanto, acostaram aos autos notificação judicial dirigida aos apelados e transcreveram depoimento de uma testemunha que confirmou a irregularidade na metragem do terreno.

No entanto, como bem gizado na sentença vergastada “quanto à alegada falta de área do imóvel vendido, por certo que se trata de questão que deve ser dirimida em ação própria e não no âmbito restrito dos presentes embargos”.

Assim, é somente por meio de um processo de conhecimento que os apelantes poderão resolver a questão suscitada e até reaver o valor que corresponde à ausência de área, caso esta situação fique demonstrada, mas, por ora, não há dúvidas acerca da dívida oriunda de contrato e nota promissória, sendo impossível extinguir a execução.

Destarte, pelas razões consignadas, a sentença não merece reparos.

III – Decisão

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes.

Florianópolis, 12 de junho de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente, com voto;
Túlio Pinheiro,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.003983-7, DE BLUMENAU**Relator: Des. Túlio Pinheiro**

Embargos à execução – Nulidade da penhora – Extinção dos embargos – Sentença reformada – Sobrestamento dos autos até a realização de nova constrição – Recurso provido – Sucumbência prejudicada.

Declarada a nulidade da penhora que segurava o juízo, impõe-se, a teor do princípio do aproveitamento dos atos processuais, o sobrestamento dos embargos até a realização de nova penhora, nos autos da execução, que segure o juízo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.003983-7, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que é apelante Confeções Isabel Indústria e Comércio Ltda., e apelada Wicetex Indústria e Comércio de Malhas Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Blumenau, Confeções Isabel Indústria e Comércio Ltda., ajuizou embargos à execução aforados contra si por Wicetex Indústria e Comércio de Malhas Ltda., e que visa à cobrança do crédito de R\$ 9.757,98, representado por sete duplicatas, acompanhadas dos respectivos instrumentos de protestos e dos comprovantes de

recebimento e entrega das mercadorias.

Alega, em preliminar, a nulidade da penhora e a ausência de título executivo. No mérito, sustenta a existência de excesso de execução, uma vez que a embargada está cobrando juros de mora de 1% ao mês, o que não foi convencionado entre as partes.

Às fls. 77 e 78 foi juntada cópia do despacho exarado nos autos dos Embargos de Terceiro n. 008.98.011331-5, ajuizados pelos sócios da empresa executada contra a embargada Wicetex Indústria e Comércio de Malhas Ltda., na qual restou deferida liminar determinando a expedição de mandado de manutenção de posse em favor dos embargantes e suspendendo os autos principais.

Regularmente citada, a requerida apresentou impugnação às fls. 83 a 89.

Sentenciando o feito, a MMA. Juíza *a quo* julgou extintos os embargos, por ausência de segurança do juízo, condenando a embargante ao pagamento das custas finais e declarando indevida a condenação em honorários advocatícios.

Irresignada, a embargante interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, que, ao contrário do disposto na r. sentença, o pedido é juridicamente possível.

Diz que os embargos foram apresentados e recebidos em virtude da penhora realizada no interesse do credor, e que o fato de a penhora ter sido anulada não torna ineficaz os embargos interpostos.

Aduz que a anulação da penhora não elide o direito da oposição dos embargos apresentados oportunamente, e que a constrição foi de exclusiva iniciativa da apelada, cuja declaração de nulidade não pode prejudicar a apelante, que teve seus embargos julgados extintos, e ainda foi condenada a pagar as despesas processuais.

Requeru, por fim, a reforma da sentença para que os embargos fiquem sobrestados até a regularização da penhora.

Transcorrido *in albis* o prazo para oferecimento das contra-razões, subiram os autos a esta superior instância.

II – Voto

O recurso é tempestivo e houve preparo no prazo legal, devendo, pois, ser conhecido.

Trata-se de insurgência acerca da sentença que julgou extintos os embargos à execução por ausência de segurança do juízo.

Sustenta a apelante que, por força da instrumentalidade do processo, os embargos, em vez de serem julgados extintos, devem ficar sobrestados até realização de nova penhora.

Com efeito, razão assiste à apelante. Verifica-se dos autos da execução que a apelada indicou à penhora o apartamento n. 301 e as vagas de garagem n. 5 e 12 do Edifício Residencial Boulevard Lyon, de propriedade dos sócios da empresa executada. Após a efetivação da penhora, a apelante ajuizou embargos à execução, e, diante da procedência dos embargos de terceiro ajuizados pelos proprietários do imóvel constriado, a Julgadora monocrática extinguiu os presentes embargos por não estar seguro o juízo.

Ora, o simples fato de a penhora ter sido declarada nula mediante o julgamento procedente dos embargos de terceiro não é motivo suficiente para a extinção dos embargos à execução. A medida que mais se coaduna com o princípio do aproveitamento dos atos processuais é o sobrestamento dos presentes embargos até a realização de nova penhora que segure o juízo, até porque os embargos à execução apresentados não tratam tão-somente da impenhorabilidade dos bens constriados, mas envolvem outras matérias que devem ser apreciadas

oportunamente, quando o juízo estiver seguro mediante penhora válida e eficaz.

A propósito:

“Apelação cível. Embargos à execução. Nota promissória. Nulidade da penhora declarada por sentença. Inadequada extinção dos embargos. Apelo provido.

“Declarada a nulidade da penhora e havendo outras matérias ventiladas nos embargos, de interesse, aliás, de ambas as partes, o sobrestamento deste feito até a realização, na execucional, de nova constrição, é a medida que se apresenta mais adequada ao princípio do aproveitamento dos atos processuais” (Ap. Cív. n. 1999.009177-5, de São José, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Ainda:

“Processual civil. Embargos do devedor. Invalidez da penhora reconhecida. Hipótese de sobrestamento do conhecimento dos embargos até realização de penhora válida e eficaz. A ausência, invalidade ou ineficácia da penhora não enseja a rejeição dos embargos, mas o sobrestamento até segurança do juízo. Sentença desconstituída. Apelação provida” (TJRS, Ap. Cív. n.

198088361, rela. Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 29-12-98).

Dessa feita, não há falar em extinção dos embargos à execução em face da nulidade da penhora que segurava o juízo, devendo os autos ficar sobrestados até a realização de nova penhora, na execução, que substitua a anterior.

Por conseguinte, a condenação da apelante/embargante ao pagamento das custas processuais resta prejudicada.

III – Decisão

Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, a fim de reformar a sentença na parte que extinguiu os embargos, determinando o sobrestamento destes até a realização de nova penhora, na execução, que segure o juízo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Ricardo Fontes.

Florianópolis, 12 de junho de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente, com voto;
Tulio Pinheiro,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2000.006886-1, DE XANXERÊ

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo de instrumento. Ação de responsabilidade civil c/c pedido de restituição de depósito. Decisão interlocutória que exclui litisconsortes passivos, mas não põe termo ao processo. Demanda que prossegue em relação a outros réus. Recurso cabível. Agravo. Cooperativa de crédito em liquidação extrajudicial. Interpretação da Lei n. 6.024/1974, art. 18, alínea a, não na sua literalidade, mas com temperamento. Suspensão do feito apenas após a formação do título executivo judicial, em face da potencialidade de afetação da massa liquidanda. Possibilidade jurídica do pedido. Legitimação passiva ad causam de cooperativa estadual. Responsabilidade solidária prevista em norma estatutária. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2000.006886-1, da comarca de Xanxerê (1ª Vara), em que são agravantes Jacir Daniel Brunetto, Iloir Fonini, Cerealista Faxinal Ltda., Ângelo João Aléssio, Ademir Luiz Santin, Fábio Luiz Ugolini, Luiz Antônio Ugolini e Ademir Luiz Possamai e agravados Crediforte – Cooperativa de Economia

e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda., Severino Atílio Orssatto, Maximino Toffolo Neto, Tarcísio Valdomiro B. Girardini, Loreno Antônio Picinatto, Celso Francisco Bizzon, Ivaldo Antônio Merísio, Laudir Paulinho Camilotti, Edacir Ogliari, Orestes Ângelo Bianchi, Sérgio Luiz Zanella, Ademar Francisco Ogliari, Paulo Renato Orssatto, Lorenço Valdir Borto-

luz, Claismar Luiz Marquese, Evandro Saibro, Jormélio Tavares e Sicoob/SC — Central — Cooperativa Central de Crédito de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Jacir Daniel Brunetto, Iloir Fonini, Cerealista Faxinal Ltda., Ângelo João Aléssio, Ademir Luiz Santin, Fábio Luiz Ugolini, Luiz Antônio Ugolini e Ademir Luiz Possamai opuseram agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Xanxerê que, em ação de responsabilidade civil c/c pedido de restituição de depósito: (1) afastou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e demais alegações de carência de ação em relação aos autores; (2) reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam*, extinguindo o processo sem julgamento do mérito com relação à Sicoob/SC – Central – Cooperativa Central de Crédito de Santa Catarina, a teor do disposto no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, condenando os autores ao pagamento das custas processuais proporcionais e honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00; (3) reconheceu a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, extinguindo o processo sem julgamento do mérito com relação à Crediforte – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda., impondo

aos autores o pagamento das custas processuais proporcionais e honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00; (4) afastou a preliminar de ilegitimidade passiva e carência de ação em relação aos demais requeridos; (5) deferiu a produção das provas requeridas na inicial; (6) suspendeu o processo com relação às partes remanescentes até o encerramento da liquidação extrajudicial da Crediforte – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda., com amparo no art. 265, inc. IV, *b*, do Código de Processo Civil, até superveniência de causa legal que proporcione a retomada do curso da demanda.

Aduziram que: a) os agravantes aplicaram suas economias na Crediforte por meio de contratos de depósitos a prazo e recibos de depósitos cooperativos no valor de R\$ 974.229,04; b) a Assembléia-Geral Extraordinária deliberou no sentido da dissolução da cooperativa, definindo-se que sua administração na fase de liquidação extrajudicial seria exercida por funcionário da Sicoob/SC; c) os valores aplicados não foram devolvidos aos aplicadores; d) a demanda pode ser aforada contra a Crediforte, tendo em vista que esta tem a obrigação de restituir a quantia aplicada; e) a Sicoob/SC detém o poder-dever de fiscalizar as atividades da cooperativa e, por isso, deve responder solidariamente pela omissão e inércia diante das irregularidades da cooperativa, não bastando a expedição de cartas de advertência, pois deveria providenciar, por inicia-

tiva própria, a intervenção daquela; f) os membros do Conselho Fiscal e de Administração da cooperativa são co-responsáveis em decorrência da inobservância das disposições dos arts. 39 e 52 do Estatuto Social; g) os agravados aplicaram valores na cooperativa em virtude da ampla publicidade realizada pela Sicoob/SC, que assegurava que os depósitos teriam garantia do Sicredi/SC (antecessor da Sicoob/SC); h) a Sicoob/SC, após auditorias, constatou a ocorrência de diversas irregularidades na administração da Crediforte; i) a Sicoob/SC tem a função de gerenciar as captações realizadas pela cooperativa, impedindo o seu estado de insolvência; j) a Sicoob/SC propôs medida cautelar que fora julgada improcedente, com trânsito em julgado; l) a norma do art. 471 do Código de Processo Civil foi violada, pois, com a decisão agravada, o Magistrado *a quo* alterou entendimento acatado em decisão anterior; m) a demanda pode prosseguir contra a Crediforte, mesmo que a cooperativa esteja em processo de liquidação extrajudicial, pois trata-se de ação cognitiva em que prefacialmente busca-se o reconhecimento do direito para posteriormente perseguir-se a devolução das quantias devidas; n) a cooperativa não responde a outros credores além dos agravantes; o) a culpa aquiliana está caracterizada a justificar a responsabilidade da Sicoob/SC; p) a suspensão do processo é desnecessária com relação aos demais requeridos para aguardar-se o término da liquidação extrajudicial da cooperativa; q) a parte

dispositiva da decisão agravada, que condenou os agravantes ao pagamento das custas e honorários advocatícios, deve ser revogada.

Pleiteou pela concessão do efeito suspensivo ao agravo.

O relator originário, Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, deferiu parcialmente o pedido de efeito suspensivo para manter a decisão na parte em que afastou a Crediforte da lide, mas autorizou o prosseguimento do processo em relação à Sicoob/SC.

Os agravados Crediforte – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda., Sicoob/SC – Central – Cooperativa Central de Crédito de Santa Catarina, Ademar Francisco Ogliari e Lorenço Valdir Bortoluz apresentaram contra-razões.

O agravo é tempestivo, encontra-se preparado e contém os pressupostos de admissibilidade.

É o relatório.

I. Inicialmente, conhece-se do agravo.

A decisão agravada decretou a extinção do processo sem julgamento do mérito com relação às duas agravadas, por reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* da Sicoob/SC – Central – Cooperativa Central de Crédito de Santa Catarina e a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido referente à Crediforte – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda.

Apesar de tratar-se de decisão terminativa em relação às duas litis-

consortes passivas, o recurso cabível é o agravo, pois a decisão agravada não pôs termo ao processo, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça em:

1) AGA n. 511964/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ de 20-10-2003, p. 00282:

“Processual civil. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Extinção do processo em relação a um dos litisconsortes. Recurso cabível. Agravo. Oferecimento de apelação, após o quinqüídio. Via inadequada [...]”.

“II. Indeferida a inicial em relação a uma das litisconsortes, o recurso cabível é o agravo de instrumento e não a apelação, aviada, inclusive, após o decurso do quinqüídio em que poderia ser aviada aquele.”

“III. Agravo improvido”.

2) REsp n. 427786/RS, rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 4-8-2003, p. 00265:

“Recurso especial — Alíneas a e c — Processo civil — Ação de conhecimento — Exclusão de litisconsorte passivo — Indeferimento da inicial em relação a um dos réus — Extinção da ação e não do processo — Decisão interlocutória — Recurso cabível — Agravo de instrumento — Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

“É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o ato judicial que exclui litisconsorte passivo não põe termo ao processo, mas somente à ação em

relação a um dos réus. Por essa razão, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não apelação (cf. REsp n. 164.729/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 1º-6-1998, REsp n. 219.132/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 1º-11-1999 e REsp n. 14.878/SP, rel. para o acórdão Min. Eduardo Ribeiro, DJU 16-3-1992, dentre outros).

“Se inexistente dúvida objetiva acerca do recurso cabível, não se admite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Recurso especial não conhecido”.

3) REsp n. 71871/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 15-6-1998, p. 00110:

“Co-réu. Exclusão. Recurso cabível. A decisão que exclui um dos réus não importa extinção do processo. Cabível o agravo e não a apelação”.

II. Os agravantes insistem na possibilidade jurídica da demanda contra Crediforte – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda., mesmo que se encontre em processo de liquidação extrajudicial, pois trata-se de ação cognitiva na qual em primeiro lugar pretende-se a declaração do direito e a condenação, para em fase posterior buscar-se a recuperação da quantia devida. Sustentaram que a cooperativa teria obrigação de restituir as quantias aplicadas. Afirmaram que há registros de diversas irregularidades na administração da Crediforte.

A decisão agravada anotou:

“De outro lado, vislumbro que a ação presente não pode ser direcionada contra a própria Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda., a qual, segundo deliberação da assembléia, homologada pelo Banco Central do Brasil, encontra-se em liquidação extrajudicial (fl. 427).

“A liquidação extrajudicial, nos precisos termos das Leis ns. 6.024/74 e 5.764/71 estabelece concurso de credores, cujo pagamento se fará dentro dos critérios de uniformidade e equanimidade.

“Ora, pretender, assim, obter prestação jurisdicional, compelindo a própria entidade em liquidação extrajudicial a restituir-lhes os depósitos, na integralidade, de pronto e sem correlativa uniformidade em relação aos demais prejudicados, atenta exatamente contra referido concurso de credores e especificadamente ao estatuído no art. 18, letra a, *in fine*, da Lei n. 6.024/74, de vez que ocorreria benefício a alguns credores em prejuízo de outros” (fl. 35 e 36).

A Lei n. 6.024/1974, que dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras públicas e privadas e cooperativas de crédito, no seu art. 18, a, prevê:

“A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

“a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser

intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação”.

No entanto, o dispositivo epígrafado, que determina a suspensão das ações contra entidades em liquidação extrajudicial, deve ser interpretado com temperamento.

Verifica-se que a ação é de conhecimento e tem por objeto declarar o direito dos agravantes e condenar a cooperativa ao ressarcimento dos valores aplicados na demandada Crediforte.

A conveniência da suspensão da demanda manifesta-se quando da execução do eventual título executivo judicial. Nesse caso, o prosseguimento da ação poderia acarretar constrição do patrimônio da cooperativa em detrimento e presumível prejuízo aos demais credores.

Sobre o tema, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 92805/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 25-5-1998, p. 00121:

“Direitos comercial e processual civil. Administradora de consórcio. Instituição financeira. Sujeição à Lei n. 6.024/74. Liquidação extrajudicial decretada. Suspensão de ação de cobrança. Impossibilidade. Art. 18, a, da Lei n. 6.024/74. Interpretação. Arts. 17 da Lei n. 4.595/65 e 1º da Lei n. 7.492/86. Precedentes. Recurso desacolhido [...].

“II — A norma que determina a suspensão das ações contra a entidade que se encontra sob liquidação extrajudicial não deve ser inter-

pretada na sua literalidade. Não se justifica, com efeito, suspender o processo de conhecimento, que já se encontra em estado adiantado de composição, para determinar que o suposto credor discuta seu direito em processo administrativo de habilitação junto ao liquidante, tendo em vista que não se está interferindo diretamente nos créditos da entidade sob liquidação”.

Traz-se à colação precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 1998.009631-6, de Sombrio, rel. Des. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 27-11-2003:

“Apelação cível – Agravo retido nos autos – Ausência de suscitação no apelo – Não conhecimento. [...] Seguradora em regime de liquidação extrajudicial – Suspensão do feito – Desnecessidade na espécie.

“Segundo o entendimento jurisprudencial desta eg. Corte, a liquidação extrajudicial da seguradora não acarreta necessariamente a suspensão dos feitos pendentes, o que apenas sucede após a formação do título executivo judicial (sentença com trânsito em julgado), que se constitui em instrumento potencialmente lesivo à massa liquidanda, pois franqueia ao credor a constrição do patrimônio da devedora [...]”.

2) Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 1999.011442-2/0001, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 30-6-2003:

“Embargos de declaração — Liquidação extrajudicial — Desnecessidade da suspensão do feito — Prequestionamento — Matérias amplamente discutidas — Rejeição — Aplicação de pena por litigância de má-fé — Embargos manifestamente protelatórios.

‘A decretação da liquidação extrajudicial de instituição financeira não constitui causa, por si só, de suspensão do processo relativo ao pedido de indenização por danos morais contra ela deflagrado (Lei n. 6.024/74, art. 18). O processo só é suspenso quando possa afetar, de modo direto, a massa liquidanda, ou seja, após a constituição do crédito (RSTJ 53/138)’ [...]”.

3) Apelação Cível n. 1999.019310-1, de Ibirama, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 24-4-2003:

“Apelação cível. Caderneta de poupança. Plano Collor. Correção monetária. Liquidação extrajudicial. Suspensão do processo. Desnecessidade. Legitimidade do banco depositário. Índice de 84,32% medido pelo IPC para o mês março/90. Lei n. 8.024/90. Irretroatividade. Direito adquirido do depositante. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

“— O fato de a liquidação extrajudicial do banco requerido ter sido decretada durante o trâmite do processo não estava a impedir o prosseguimento deste, posto que o artigo 18, letra a, da Lei n. 6.024/74, deve ser analisado com moderação, principalmente nos casos em que a

ação ajuizada somente busca o reconhecimento de determinados direitos [...]”.

4) Apelação Cível n. 1999.019535-0, de Ibirama, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara Civil, j. 20-8-2002:

“Instituição financeira – Liquidação extrajudicial – Suspensão do processo – Desnecessidade.

‘A suspensão das ações intentadas contra instituição financeira em regime de liquidação extrajudicial, conforme imposto pelo art. 18 da Lei n. 6.024/74, deve ser aplicada moderadamente, impondo-se a não adoção da medida em se tratando de causa onde a parte autora busca apenas o reconhecimento de um direito seu’ (TJSC – Ap. Cív. n. 1999.008036-6, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 7-3-00) [...]”.

5) Apelação Cível n. 2000.007445-4, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos, antiga Quarta Câmara Civil, j. 30-8-2001:

“Prestação de contas. Cliente de estabelecimento bancário. Liquidação extrajudicial deste. Suspensão do feito. Indeferimento. Agravo retido. Desprovimento. Pedido de cunho genérico. Pleito juridicamente inviável. Sentença de procedência. Reforma. Apelo provido.

“Muito embora determine a Lei n. 6.024/74, em seu art. 18, letra a, como efeito da liquidação extrajudicial de determinada empresa ou instituição financeira, a suspensão de ações em tramitação e que versem sobre

direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidada, essa determinação há que ser acatada com reservas. Assim, sendo notória a transferência do controle acionário da entidade financeira liquidada para outra instituição de crédito, que recebeu os clientes e todo o ativo do banco sucedido, dando continuidade aos contratos por este firmados, não existem condições necessárias para o sobrestamento da ação de prestação de contas aforada precedentemente a essa liquidação [...]”.

Logo, a demanda pode prosseguir até o momento em que passe a interferir no patrimônio da cooperativa em liquidação extrajudicial.

Nesse ponto, reforma-se a decisão agravada para afastar-se o decreto de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido com relação à Crediforte – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Mecânicos de Xanxerê Ltda. Destaca-se, contudo, que o feito prossegue até a formação de título executivo judicial, momento em que a eventual execução seria suspensa para aguardar-se a conclusão da liquidação extrajudicial.

A condenação dos agravados nos ônus sucumbenciais fica prejudicada.

III. Os agravantes insistem na legitimação passiva *ad causam* da Sicoob/SC — Central — Cooperativa Central de Crédito de Santa Catarina. Sustentam a existência de poder-dever da Sicoob — Central/SC de fiscalizar as atividades cooperativas e, por conseqüência, apontam a sua responsabilidade solidária pela

omissão e inércia diante das irregularidades da cooperativa. Aduziram que esta limitou-se a expedir cartas de advertência quando deveria providenciar, por iniciativa própria, a intervenção na Crediforte.

A decisão agravada referiu:

“Tentam os autores justificar a presença da epígrafa no pólo passivo porque teria nela negligenciado fiscalização e medidas contra a Cooperativa associada ora em liquidação.

“No entanto, conforme se infere das leis *suso* mencionadas e dos estatutos sociais, a Sicoob Central/SC guardava por função e agregação das Cooperativas (uma forma de federação), com atribuições de orientação, assessoramento, treinamento e acompanhamento das atividades (*vide* art. 8º da Lei n. 5.764/71), *sem guardar qualquer poder de intervenção ou deliberação*, estas a cargo da Assembléia-Geral dos associados da Cooperativa e do Banco Central do Brasil (Lei n. 6.024/74) [...].

“Com efeito, se a Sicoob-Central não se encontrava dotada legalmente de poderes de intervenção ou deliberação de liquidação, nenhuma responsabilidade se pode pretender atribuir-lhe por não ter tomado medida drástica anteriormente, demonstrando ter agido no quanto lhe cumpria: alertava e admoestava sobre os pronunciamentos irregulares” (fls. 37 e 38).

A Sicoob/SC tem por função fiscalizar suas cooperativas associa-

das, conforme afirma em contrarrazões:

“3.5 – O objeto social da cooperativa Central/agravada é organizar em comum e maior escala econômico-financeira e assistência às suas associadas, cabe à central coordenar, fomentar, planejar, representar, prestar orientação, capacitar, inspecionar para advertir as cooperativas associadas a cumprirem as diretrizes da Sicoob/SC/agravada” (fl. 381).

O Estatuto Social da Sicoob/SC – Central – Cooperativa Central de Crédito de Santa Catarina refere:

“Artigo 2º. A Cooperativa Central tem por objetivo a organização em comum e em maior escala dos serviços econômicos-financeiros e assistenciais de interesse dos associados, integrando a utilização recíproca dos serviços. Para consecução de seu objetivo, cabe à Cooperativa Central: [...].

“j) representar as cooperativas associadas junto ao Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A., ou qualquer outra instituição que, por convênio, preste serviços de liquidação de cheques, inclusive através do Serviço de Compensação de Cheques e outros papéis, *responsabilizando-se solidariamente pelos atos ou omissões por elas praticados* e pelo cumprimento das normas que regem a participação na conta de *reservas bancárias* e eventual utilização das linhas de assistência financeira reguladas pela autoridade competente” (fls. 233 e 234, grifado).

Verifica-se que o Estatuto Social da Sicoob/SC prevê a sua responsabilidade solidária por atos ou omissões praticados por suas cooperativas associadas.

Logo, a princípio, verifica-se relevância na fundamentação dos agravantes ao sustentarem a responsabilidade da Sicoob/SC com relação às irregularidades e ilegalidades eventualmente praticadas na administração da Crediforte.

Transcreve-se fragmento da decisão do Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, relator originário, que deferiu parcialmente o efeito suspensivo:

“Já com relação à ilegitimidade passiva da agravada Sicoob/SC — Central, a argumentação, mais atenta, e principalmente a documentação enxertada no instrumento, a consoar com alguns de seus dispositivos estatutários, é boa, deixando antever, em tese, a sua responsabilidade, talvez solidária, talvez subsidiária, o que estava a recomendar, pelo menos, que na fase de saneamento se a desse apenas por parte legítima *ad processum* e se relegasse para fase ulterior, após a coleta de melhores provas, a apreciação da legitimidade *ad causam*” (fl. 356).

Desse modo, também nesse aspecto, reforma-se a decisão agravada para admitir a tese de legitimação passiva *ad causam* da Sicoob/SC – Central – Cooperativa Central de Crédito de Santa Catarina, prosseguindo-se na investigação da possibilidade de sua responsabilização solidária quanto

às irregularidades identificadas na Crediforte e que ensejaram a sua liquidação extrajudicial.

Igualmente prejudicada está a condenação dos agravados no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios nesse aspecto.

IV. Os agravantes apontaram a inconveniência da suspensão da demanda até o final da liquidação extrajudicial da Crediforte com relação aos demais demandados: Severino Atílio Orssatto, Maximino Toffolo Neto, Tarcísio Valdomiro B. Girardini, Loreno Antônio Picinatto, Celso Francisco Bizzon,IVALDO Antônio Merísio, Laudir Paulinho Camilotti, Edacir Ogliari, Orestes Ângelo Bianchi, Sérgio Luiz Zanella, Ademar Francisco Ogliari, Paulo Renato Orssatto, Lorenço Valdir Bortoluz, Clarismar Luiz Marquese, Evandro Saibro e Jormélio Tavares.

A alegação dos agravados merece prosperar pelas mesmas razões apontadas no item II do presente acórdão.

Repete-se: a suspensão do andamento da ação de responsabilidade civil c/c pedido de restituição do depósito movida contra a cooperativa em liquidação extrajudicial somente seria adequada se implicasse em atos de constrição patrimonial daquela.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 11 de março de 2004.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.013126-4, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo. Execução. Nomeação de bens à penhora situados em foro diverso do da execução. Instrumento de mandato que não outorga poderes à mandatária para oferecer à penhora bens imóveis situados em outra comarca, e tampouco individualiza os terrenos ofertados. Alegação acerca da existência de bens no foro da execução. Código Civil de 1916, art. 1.295, § 1º, e novo Código Civil, art. 661, § 1º. Recusa pela credora. Código de Processo Civil, arts. 612, 620 e 656, inc. III. Recurso desprovido.

O princípio da menor onerosidade na execução inscrito no art. 620 do Código de Processo Civil deve ser interpretado em sintonia com o da utilidade da execução para o credor previsto no art. 612 do mesmo estatuto. Entende-se que não há violação àquele princípio se não aceita pela autoridade judicial a nomeação apresentada pela executada, desde que os bens indicados situam-se fora do juízo da demanda e a devedora não indica à penhora bens situados no foro da execução e a procuração outorgada pela proprietária dos bens (que não é a executada) não ostenta os requisitos dos arts. 1.295, § 1º, do Código Civil de 1916 e 661, § 1º do novo Código Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.013126-4, da comarca de Abelardo Luz, em que é agravante Volpato Bebidas Ltda. e agravada Maria Inês Kuerten:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Volpato Bebidas Ltda. opôs o agravo contra decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de Abelardo Luz que, em ação de execução promovida por Maria Inês Kuerten, indeferiu a nomeação dos bens indicados pela devedora.

Aduziu que a nomeação foi acompanhada de declarações de corretores de imóveis que indicam a avaliação dos bens; os valores indicados nas escrituras referem o preço de venda dos imóveis; a recusa do credor não se amparou em prova convincente, e a decisão não observou a regra do art. 620 do Código de Processo Civil; não houve desobediência à gradação legal e tampouco a agravada comprovou a existência de outros bens sobre os quais pudesse operar-se a constrição preferencial.

O Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira, relator originário, negou o efeito ativo almejado.

A agravada não apresentou contra-razões.

O agravo é tempestivo, encontra-se preparado e contém os pressupostos de admissibilidade.

É o relatório.

Maria Inês Kuerten promoveu ação de execução contra Volpato Bebidas Ltda., Jacinto Volpato, Ângelo Volpato e Ademar Volpato, buscando a cobrança de quantia representada por nota promissória vencida em 4-9-1999, no valor de R\$ 118.741,59 (fl. 12) no valor atualizado em 2-9-2002 de R\$ 147.959,22.

Os devedores nomearam à penhora 26 (vinte e seis) terrenos urbanos, localizados na Praia Village Sulmar (fls. 17 a 24), município de Balneário Gaivota, todos de propriedade de Caroline Esmeraldino Volpato, a qual não integra a relação processual da execução. O rol dos

imóveis foi acompanhado de indicação de avaliações.

As escrituras públicas dos terrenos foram juntadas (fls. 25 a 50) acompanhadas de informações de corretores de imóveis que afirmaram que o valor de cada terreno seria de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) (fls. 51 e 52).

A credora não aceitou a nomeação de bens sob o argumento de que; a) a nomeante Caroline Esmeraldino Volpato não outorgou poderes expressos aos devedores para a nomeação dos bens oferecidos; b) os imóveis oferecidos à penhora localizam-se em Sombrio, SC, enquanto que os executados são proprietários de bens na comarca de Abelardo Luz, SC.

A decisão impugnada foi lavrada com o seguinte teor:

“Indefiro a nomeação de bens feita pelo devedor, atento ao que expôs o credor em fls. 53 a 55, por razões que acolho.

“Deverá o credor indicar outros bens passíveis de penhora, no prazo de 30 dias” (fl. 62).

Constata-se que na procuração de fl. 53 (de 28-8-2002) Caroline Esmeraldino Volpato (proprietária dos imóveis) outorgou poderes para a advogada Norma Maria de Souza Fernandes Martins nos seguintes termos:

“[...] independentemente da ordem de nomeação, defenderem seus direitos e interesses, podendo, para tal fim, usar dos poderes das cláusulas *ad judicium* e *extra judicium*,

especialmente para oferecer em penhora bens de sua propriedade nos autos do Executivo Fiscal, praticando todos os demais atos necessários ao fiel e completo desempenho deste mandato, ratificando os impressos”.

Conforme se infere, o instrumento de mandato menciona ação de execução fiscal e não há discriminação dos bens ou referência à relação de imóveis. A nomeação de bens à penhora por mandatária é ato que implica disposição de bens da mandante.

Dispõe o art. 1.295, § 1º, do Código Civil de 1916:

“Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos”.

J. M. Carvalho Santos, em Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos, 8ª ed., vol. XVIII, p. 163, ao comentar o mencionado dispositivo afirma:

“A necessidade de poderes expressos e especiais para poder o mandatário alienar bens de propriedade do mandante resulta, também, a necessidade de constar da procuração os bens a serem vendidos, devidamente individualizados, a não ser que os poderes abranjam todos os bens do mandante. Assim, por exemplo, será necessário que a procuração esclareça que o mandatário fica com poderes para vender o imóvel tal, situado em tal lugar”.

Silvio Rodrigues em “Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade”, vol. III, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972, sobre o art. 1.295 do Código Civil de 1916 leciona:

“[...] Tal disposição é consequência da regra segundo a qual o objeto do mandato é de interpretação estrita, de modo que, para efetivação de qualquer ato de que possa resultar disposição de bens do mandante, ou direta diminuição de seu patrimônio, como a venda, doação, hipoteca, fiança, reconhecimento de dívida, transação etc., há mister de autorização expressa” (*op. cit.*, p. 279).

Verifica-se que a procuração de fl. 53, que também corresponde a contrato consensual, não se revestiu dos requisitos necessários a sua validade exigidos pelos arts. 1.295, § 1º, do Código Civil de 1916 e 661, § 1º, do novo Código Civil.

Dispõe o art. 656 do Código de Processo Civil:

“Ter-se-á por ineficaz a nomeação, salvo convindo o credor:

[...]

“III – se, havendo bens no foro da execução, outros hajam sido nomeados”.

Por semelhança ao tema em debate, são colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1. Al n. 1998.007550-5, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, antiga Terceira Câmara Civil, j. 18-8-1998:

“Execução — Penhora — Nomeação de bens — Imóveis situados em foro diverso da execução — Propriedade não comprovada —

Recusa pelo credor, indicando saldo existente em conta bancária — Possibilidade — Observância dos arts. 655, inc. I, 656 e 657 todos do Código de Processo Civil — Recurso desprovido”.

2. AI n. 2001.010895-0, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, antiga Quarta Câmara Civil, j. 13-6-2002:

“Execução por quantia certa. Penhora. Princípio da menor onerosidade. CPC, art. 620. Interpretação consentânea com o princípio da utilidade da execução para o credor. CPC, art. 612.

“Para nomeação de bens à penhora, o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor (CPC, art. 620) deve ser interpretado em consonância com o princípio da utilidade da execução para o credor (CPC, art. 612)”.

O princípio da menor onerosidade na execução inscrito no art. 620 do Código de Processo Civil deve ser interpretado em sintonia com o da utilidade da execução para o credor

previsto no art. 612 do mesmo estatuto. Entende-se que não há violação àquele princípio se não aceita pela autoridade judicial a nomeação apresentada pela executada, desde que os bens indicados situam-se fora do juízo da demanda e a devedora não indica à penhora bens situados no foro da execução e a procuração outorgada pela proprietária dos bens (que não é a executada) não ostenta os requisitos dos arts. 1.295, § 1º, do Código Civil de 1916 e 661, § 1º, do novo Código Civil.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 25 de março de 2004.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APelação CÍVEL N. 2000.012162-2, DE CUNHA PORÃ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Embargos à execução. Execução extinta sem julgamento do mérito. Reforma da decisão extintiva. Incompletude do demonstra-

tivo de débito. Não ocorrência. Sentença cassada. Penhora. Alegação de bem de família. Descaracterização. Nota promissória assinada por menor de idade e por pessoa não autorizada. Nulidade. Excesso de execução. Adequação do valor da execução aos títulos exigíveis. Excesso de penhora. Matéria a ser apreciada em execução.

A Lei n. 8.009/90 apenas estipulou a impenhorabilidade obrigatória de alguns bens, como a casa de moradia e os móveis que a guarnecem. Intencionou assegurar a dignidade do executado e de sua família, como objetivo superior. Nada justifica seja ela distorcida e deturpada (Arnaldo Marmitt).

Apontada irregularidade na constituição de um título de crédito, é dever do julgador examinar a nulidade, pois, de outra forma, manteria válido no mundo jurídico um instrumento de crédito reconhecidamente ilegal.

O eventual excesso de penhora é matéria a ser dirimida no processo de execução, efetivada a avaliação dos bens, a teor do art. 685, I, do CPC, não tendo relevância para efeito de discussão nos embargos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.012162-2, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante Cooperativa Regional Auriverde Ltda. e apelado Sérgio Rigotti:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso para cassar a sentença. Com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, julgam-se parcialmente procedentes os embargos opostos à execução.

Custas de lei.

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em embargos à execução movida por

Cooperativa Regional Auriverde Ltda. contra Sérgio Rigotti, fundada em notas fiscais/fatura e em notas promissórias, extinguiu o processo executivo, sem julgamento do mérito, reputando lacunoso o demonstrativo de débito apresentado.

A apelante argumentou ter descrito a operação aritmética que levaria ao *quantum* devido. Comentou, também, que o apelado não se insurgiu contra o valor indicado. Por fim, requereu o provimento do recurso, para que a execução prosseguisse.

Apresentadas as contra-razões, açaram os autos a esta Corte de Justiça.

2. Dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença.

2.1. O Magistrado *o quo* extinguiu a execução sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial, além de dois outros feitos que tramitavam em apenso, envolvendo as mesmas partes (embargos à execução e medida cautelar de arresto).

O recurso de apelação na execução foi julgado em 9-5-2002 e transitou em julgado em 9-8-2002, tendo já retornado à Comarca de origem.

Denota-se que os mesmos fundamentos foram utilizados nos três recursos de apelação.

No acórdão que julgou a execução, ementou-se:

“Nota promissória. Título formalmente perfeito. Incompletude do demonstrativo de débito. Não ocorrência.

“A presunção de liquidez e certeza de título formalmente perfeito somente se desfaz diante de prova robusta em contrário.

“Não há incompletude no demonstrativo do débito quando estiverem especificados o principal e os encargos exigidos” (Ap. Cív. n. 2000.012219-0, de Cunha Porã, relatoria do signatário).

De tal sorte, verifica-se que foi dado provimento àquele recurso, para que a execução tivesse prosseguimento.

Destarte, necessário cassar a sentença, a fim de dar continuidade aos embargos.

2.2. Em preliminar, o embargante alega que os bens penhorados (trezentos suínos, trezentos leitões e setenta porcas criadeiras) não poderiam ser objeto de constrição, fundado nos ditames da Lei n. 8.009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família.

Na lição de Arnaldo Marmitt *in Bem de Família — Legal e Convencional*:

“A Lei n. 8.009/90 apenas estipulou a impenhorabilidade obrigatória de alguns bens, como a casa de moradia e os móveis que a guarnecem. Intencionou assegurar a dignidade do executado e de sua família, como objetivo superior. Nada justifica seja ela distorcida e deturpada”. E prossegue:

“Tem aplicação restrita, pena de se adular seu espírito, de se livrar o devedor de qualquer execução, de se implantar a insegurança nas relações jurídicas e de se destruir todo o direito obrigacional.

“Não deve e não pode o referido diploma servir de instrumento para acobertar injustiças, favorecer maus pagadores e prejudicar credores que na atual sistemática já arrostam enormes dificuldades até receberem seus créditos, enfrentando uma verdadeira *via crucis*, com dissabores, decepções, despesas, perda de tempo etc. A honestidade precisa ser enaltecida e a Justiça não poderá jamais compactuar com privilégios descabíveis, devendo corresponder aos litigantes honestos que batem às suas portas, confiantes de que seus

direitos sejam restabelecidos” (p. 20, Aide Editora, 1ª ed., 1995).

Prossegue o ilustre jurista:

“Por isto a interpretação não pode transbordar dos limites visados pelo legislador. Ao se referir aos móveis que guarnecem a residência, ele o faz numa visão limitada àqueles que são estritamente necessários, no dia-a-dia do devedor e de sua família, a um mínimo de conforto” (ob. cit.).

Destarte, não merece amparo a alegação de que os bens constritados estariam amparados pela impenhorabilidade referida na Lei n. 8.009/90.

2.3. Ao depois, alega o embargante a ocorrência de excesso de execução.

Observa-se que a execução está aparelhada com diversas notas fiscais/fatura (comprovando o negócio realizado) e notas promissórias rurais (título executivo extrajudicial).

A alegação de excesso de execução encontra seu fundamento no fato de as notas promissórias não terem sido todas assinadas pelo ora executado embargante.

Em verdade, denota-se que a maior parte delas foi assinada pelo filho do executado, Alan Rigotti (menor de idade), e por seu empregado, Dirceu de Menezes (sem poderes para assumir obrigações em nome do executado).

Apenas as Notas Promissórias Rurais ns. 2158-96, 2615-96, 2495-96, 2827-96, 2715-96, 0175-97, 2876-96 e 0198-97 foram assinadas pelo ora executado embargante Sérgio Rigotti.

Portanto, resta claro o excesso de execução, uma vez que as demais notas promissórias não poderiam estar sendo exigidas. Deve a execução prosseguir somente em relação aos valores constantes nas notas promissórias, já enumeradas, assinadas pelo executado.

Ademais, quando o julgador examina irregularidade na constituição de um título de crédito, é seu dever decretar sua nulidade, se existente, pois, de outra forma, manteria válido no mundo jurídico um instrumento de crédito reconhecida-mente ilegal.

É o que nos ensina a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“Inspirada no respeito à ordem pública, a lei encara o ato no seu tríplice aspecto, subjetivo, objetivo e formal e, assim, considera-o nulo quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (condição subjetiva), quando for ilícito ou impossível o seu objeto (condição objetiva), quando não revestir a forma prescrita ou for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial a sua validade (condição formal)” (*in* Instituições de Direito Civil, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1995, vol. I, p. 406).

No mesmo norte, assinala Sílvio Rodrigues:

“São absolutamente incapazes aqueles que não podem, por si mesmo, praticar quaisquer atos jurídicos. O direito tendo em vista a condição do menor impúbere, a do psicopata, ou a do surdo-mudo que não se pode externar, despreza sua

vontade, e não lhe dá qualquer efeito como criadora de relações jurídicas” (*in* Direito Civil – parte geral, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, vol. I, p. 42).

“Se por acaso um absolutamente incapaz pratica um ato jurídico, através de sua própria manifestação volitiva, tal ato é nulo, por faltar a referido negócio um elemento substancial. Com efeito, aquela vontade manifestada é como se não existisse, pois a lei desconsidera inteiramente a vontade do absolutamente incapaz, de sorte que, repito, o ato dela emanado é nulo” (*ob. cit.*).

“Assim, por exemplo, se um menor impúbere vende uma propriedade, faz um contrato de seguro, promete um fornecimento, enfim, pratica qualquer ato jurídico, tal ato é absolutamente ineficaz, porque a manifestação volitiva provinda do menor, desprezada que é pelo ordenamento jurídico, não produz efeitos na órbita do direito” (*ob. cit.*, p. 43).

Se a causa da emissão for ilegítima, ou seja, se houver algum problema na emissão, o título fica comprometido, é o caso de uma das partes ser absolutamente incapaz, ou não dispor de poderes para assumir a obrigação.

Do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

“Execução por título extrajudicial — Nota promissória — Emissão por menor — Moeda sem curso legal – Nulidade.

“Deve ser reconhecida e declarada a nulidade da cambial, com a conseqüente extinção do processo, quando a execução tem por base título emitido por absolutamente incapaz e em padrão monetário sem curso legal” (Ap. Cív. n. 0221971-8, de Ouro Branco, rel. Juiz Herondes de Andrade, j. em 22-10-96).

2.4. Quanto ao eventual excesso de penhora, é matéria a ser dirimida no processo de execução, efetivada a avaliação dos bens, a teor do art. 685, I, do Código de Processo Civil, não tendo relevância para efeito de discussão nos embargos, por não se incluir dentre as defesas admitidas pelo art. 741 do diploma retromencionado.

Nesse sentido, anotou-se:

“Embargos do devedor. O excesso de penhora é matéria a ser deslindada nos autos de execução, após a avaliação dos bens, não estando incluída no rol das alegações admitidas no art. 741 do CPC [...]” (TJSC, Ap. Cív. n. 45.521, da Capital, rel. Des. João José Ramos Schaefer, j. 4-5-2001).

[...] O excesso de penhora, se existente, não vicia a execução, devendo, na oportunidade própria, feita a avaliação, ser a constrição diminuída, em face do contido no art. 685, I, do CPC” (TJSC, Ap. Cív. n. 43.942, de Itajaí, rel. Des. Francisco Borges, j. 4-4-1994).

2.5. Realizando-se uma retrospectiva dos incidentes processuais, vislumbra-se a ocorrência de perquirições jurídicas que exigiram esforços

dos causídicos das partes. Por isso, dada a natureza e a importância da demanda e atendendo às peculiaridades do caso concreto, é apropriada a fixação da verba honorária em 20% do valor atualizado da causa, referente somente aos títulos exigíveis.

Tendo havido sucumbência recíproca, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, os honorários são recíproca e proporcionalmente distribuídos, assim como as custas processuais.

Nesse sentido, já decidiu a Corte:

“Decaindo cada uma das partes de montante das pretensões expostas em juízo, estabelece-se a sucumbência parcial e recíproca, rendendo ensejo, na fixação dos respectivos encargos, da regra insculpida no art. 21, *caput*, do CPC. Presente tal hipótese, cada um dos litigantes deverá arcar com as

despesas processuais e com os honorários advocatícios sobre o montante em que sucumbiu” (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.008195-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 27-10-1999).

3. Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença. Com fulcro no art. 515, § 3º do CPC, julgam-se parcialmente procedentes os embargos opostos à execução, no sentido de limitar-se esta somente ao valor constante nos títulos exigíveis, reconhecida a sucumbência recíproca.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 29 de maio de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.025364-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Direito empresarial. Sociedade limitada. Impugnação ao valor da causa. Preclusão. Ação de dissolução total proposta sob a vigência do Decreto n. 3.708, de 1919. Acolhimento parcial do pedido. Exclusão do sócio dissidente. Sucumbência recíproca.

“O valor da causa, nos termos da nossa lei processual civil, há que ser impugnado no prazo da contestação, por petição apartada. Operada a preclusão, em face do não insurgimento da parte demandada contra o valor conferido à causa, não mais cabe qualquer invocação a respeito em grau de apelação” (Ap. Cív. n. 1996.006079-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

A sentença que determina a retirada do sócio dissidente e a apuração de seus haveres possui efeito constitutivo, modificando o contrato social, e condenatório, determinando que a empresa pague ao sócio retirante o valor correspondente à sua participação social.

Se a ação que visava à dissolução total é parcialmente acolhida, resolvendo-se a sociedade somente em relação a um dos sócios, o autor é parcialmente sucumbente somente no tocante ao efeito constitutivo da sentença. Quanto ao efeito condenatório, o pedido é integralmente acolhido com o pagamento da verba proporcional à participação social do autor.

No processo civil brasileiro, em face do princípio da causalidade, a regra em matéria de ônus sucumbenciais é a que arca com tais encargos o responsável pela instauração da lide.

De acordo com os arts. 1.053 e 1.029 do Código Civil de 2002, o sócio de sociedade limitada tem o direito de se retirar da empresa por meio de denúncia unilateral do contrato. Regularmente notificados os demais sócios, terão estes o dever de promover, em 60 dias, a alteração contratual e o pagamento dos haveres.

Na vigência do Decreto n. 3.708, de 1919, porém, inexistente a figura da denúncia unilateral do contrato societário, não havia o dever legal, por parte da empresa, de desligar o sócio por simples manifestação de vontade amparada na quebra de affectio societatis. Sob a égide da legislação revogada, não tendo o dever de desligar o sócio, não se pode imputar à sociedade a culpa pela instauração da lide.

Não há, a princípio, atribuir a alguém a responsabilidade pelo rompimento da intenção de empreender em conjunto.

Nessa hipótese, a solução que se arbitra é a que cada parte arque com os honorários de seu patrono, dividida em partes iguais as custas processuais. CPC, arts. 20, § 4º, e 21.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.025364-8, da comarca da Capital, em que é apelante José Luiz Traver-

saro e apeladas Help Emergências Médicas Ltda. e Elizabete Soares de Souza:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, prover parcialmente o recurso do autor e negar provimento ao recurso das rés.

Custas de lei.

1. Trata-se de apelações interpostas em face da sentença que julgou ação de dissolução de sociedade movida por José Luiz Traversaro contra Help Emergências Médicas Ltda. e Elizabete Soares de Souza.

A Dra. Juíza de Direito acolheu parcialmente o pedido, determinando a retirada do autor e a apuração de seus haveres, sem prejuízo da continuidade da atividade da empresa ré. Considerando as rés sucumbentes em parte mínima do pedido, condenou o autor ao pagamento dos ônus de sucumbência, arbitrados os honorários em 15% sobre o valor da causa.

Irresignado com a sentença, apelou o autor pugnando por sua reforma no tocante à distribuição dos ônus sucumbenciais. Disse que a ação de dissolução foi intentada por inexistir à época previsão legal para a ação de retirada com apuração de haveres, que resulta de construção jurisprudencial. Acrescentou que, mesmo no novo Código Civil, a teor do art. 1.033, não há previsão legal para a dissolução parcial de sociedade limitada composta por apenas dois sócios. Considerou que a sentença deveria ser reformada para que fosse determinado o prazo de 180 dias com a finalidade de integrar-se novo sócio à empresa apelada, sob

pena de se decretar a sua dissolução. Afirmou ter sido atendido em seu pedido, haja vista que conseguiu retirar-se da sociedade, o que implicaria a reforma do *decisum* no tocante à distribuição dos ônus de sucumbência.

Nas contra-razões, as rés sustentaram ser ilegítima a pretensão do autor, acionista minoritário, de exigir a extinção da sociedade, não lhe cabendo mais do que o determinado pela sentença, ou seja, sua retirada e a apuração de seus haveres. Afirmaram que a sentença equacionou apropriadamente a distribuição da verba de sucumbência. Disseram, ainda, que a apuração de haveres não deve seguir a forma pretendida pelo autor, pois é necessário considerar-se todo o passivo da empresa.

Em recurso adesivo, as rés pugnaram pela majoração da verba honorária devida pelo autor. Aduziram que o valor atribuído à causa não é condigno com a sua importância, tendo o próprio autor reconhecido que a apuração de seus haveres, decorrentes da participação de 15%, valeria, no mínimo, R\$ 300.000,00, da qual se extrai que o patrimônio total da empresa seria de R\$ 2.000.000,00. Concluíram que este deveria ser o valor da causa, a teor do art. 259, V, do CPC. Acrescentou que, se o objetivo do autor era a dissolução total da sociedade, o valor dos honorários, atendido ao preceito do art. 20, § 3º, do Diploma Processual, deveria tomar como base valor entre 10% e 20% sobre o valor da condenação ao

pagamento dos haveres de ambos os sócios, ou seja, de todo o patrimônio da empresa.

O autor apresentou suas contra-razões, argumentando que as rés não impugnaram o valor da causa no momento propício, sendo descaído examinar-se a matéria em sede de apelação.

2. Dá-se provimento parcial ao recurso do autor e nega-se provimento ao recurso das rés.

2.1. Assiste razão às rés no tocante à apuração dos haveres, quando dizem que ela deverá tomar em conta todo o passivo da empresa. Todavia, a discussão não tem lugar no presente recurso, devendo ser debatida em sede de apuração de haveres.

A apuração dos haveres deverá ser como se de dissolução total se tratasse, promovendo-se balanço especial para verificar a totalidade do ativo e do passivo da empresa. Todavia, a matéria não merece ser analisada no presente recurso, pois a sentença apenas determinou a apuração de haveres em fase de liquidação, na forma prevista pelo Código de Processo Civil de 1939.

2.2. Havendo dissidência com relação ao valor atribuído à causa, competia às rés opor o incidente de impugnação no prazo da contestação, consoante determina o art. 261 do Código de Processo Civil. Transcorrido o prazo, opera-se a preclusão, não merecendo exame a matéria em sede de apelação.

Conforme disposto no parágrafo único do art. 261 do CPC, não oposto o incidente no prazo estabelecido, presume-se aceito o valor da causa. A matéria encontra-se coberta sob a preclusão, não comportando exame em sede de apelação.

Esta Corte já decidiu:

“O valor da causa, nos termos da nossa lei processual civil, há de ser impugnado no prazo da contestação, por petição apartada. Operada a preclusão, em face do não insurgimento da parte demandada contra o valor conferido à causa, não mais cabe qualquer invocação a respeito em grau de apelação” (Ap. Cív. n. 1996.006079-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 30-3-1999).

2.3. A sócia remanescente manifestou o intuito de continuar a atividade empresarial, merecendo mantida a sentença que acolheu parcialmente o pedido para determinar a exclusão do autor.

A jurisprudência tem consagrado o entendimento de que, havendo interesse dos sócios remanescentes em continuar a atividade empresarial, deve ser acolhido parcialmente o pedido de dissolução para decretar a retirada do autor.

Nesse sentido, decidiu-se:

“Na sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o rompimento do *affectio societatis* aliado à vontade de um dos sócios cotistas dá azo à dissolução da mesma, sem importar necessariamente na cessação de suas atividades” (Ap.

Cív. n. 41.285, de Lages, rel. Des. Eder Graf, j. 25-5-1993).

“Evidenciando-se sério dissenso entre os sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, socorre ao sócio dissidente minoritário ou não, a teor do disposto no art. 15 do Dec. n. 3.807/19 e art. 336 do Código Comercial, o direito de se retirar da empresa — direito de recesso — cabendo-lhe recebimento de sua participação social, apurada em balanço contábil especialmente levado a efeito, sem que isto importe na dissolução da empresa que poderá seguir com os sócios remanescentes e, se este restar solitário, poderá requerer a transformação da sociedade em firma individual. Assim as alegações de impropriedade administrativa imputadas contra o sócio deverão restar cabalmente comprovadas para que derivem os pretendidos efeitos legais” (Ap. Cív. n. 1999.003536-0, de Blumenau, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 6-4-2000).

O fato de ser a sociedade composta por apenas dois sócios não implica na impossibilidade da continuidade da empresa, competindo à sócia remanescente encontrar um novo sócio.

Nesse esteio assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Embora constituída por apenas dois sócios, e havendo divergência entre o sócio remanescente e os herdeiros do pré-morto, não cabe a extinção da sociedade, mas apenas a sua ‘dissolução parcial’, com apuração dos haveres devidos ao espólio através de balanço especial”

(REsp n. 138428/Rio de Janeiro, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30-3-1998).

Registram-se precedentes desta Corte:

“Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Dissolução parcial — Dois sócios — Exclusão de um deles — Discórdia grave e infração ao contrato social — Preservação do empreendimento — Desnecessária a ação de prestação de contas como condição do pedido de dissolução — Cautelar de atentado — Falta de citação — Extinção do processo e cassação da liminar — Apelação provida em parte.

“A dissolução parcial de sociedade de responsabilidade limitada, composta de dois sócios, autorizada pelo dissenso grave e desaparecimento da *affectio societatis*, a que se soma a infringência ao contrato social por um dos sócios, não importa na sua extinção; razão maior de interesse social faz preservar a sociedade pelo espaço de um ano, quando haverá de reorganizar-se com a admissão de um novo membro. O sócio remisso será embolsado dos seus haveres, apuráveis em liquidação de sentença” (Ap. Cív. n. 38.970, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 13-4-1993).

“Admite-se a dissolução parcial de sociedade civil de ensino, composta de apenas dois sócios, em face de dissenso grave entre eles, sem que isto importe na sua extinção, evitando-se, assim, prejuízo aos

alunos, assegurando-se ao sócio dissidente o recebimento dos haveres que lhes são devidos e garantindo-se ao remanescente, dentro do prazo de um ano, recompor a sociedade, com a admissão de outro sócio” (Ap. Cív. n. 50.680, de Criciúma, rel. Des. Eder Graf, j. 7-11-1995).

No tocante à determinação do prazo para que seja integrado novo sócio à empresa, falece interesse processual ao recurso, sendo manifesto que tal questão não tangencia a esfera de direitos do autor.

Como disserta José Carlos Barbosa Moreira, “deve aferir-se ao ângulo prático a ocorrência da utilidade, isto é, a relevância do proveito ou vantagem cuja possibilidade configura o interesse em recorrer. A razão de ser do processo não consiste em proporcionar ocasião para o debate de outras teses, sem conseqüências concretas para a fixação da disciplina do caso levado à apreciação do juiz. Nem pode a atividade do aparelho judiciário do Estado servir de instrumento para a solução de questões acadêmicas” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. 5, p. 279).

2.4. Acolhe-se parcialmente o recurso do autor para modificar a distribuição da verba de sucumbência.

No processo civil brasileiro, a regra em matéria de ônus sucumbenciais é a de que o responsável pela instauração da lide deva arcar com os respectivos custos.

In casu, o apelante propôs ação de dissolução da sociedade Help Emergências Médicas Ltda., da qual é um dos dois sócios. As rés, na contestação, sustentaram a improcedência do pedido ou, subsidiariamente, o acolhimento parcial, para que fosse excluído o autor, com a apuração de seus haveres.

Não assiste razão ao autor quando afirma que o pedido teria sido integralmente acolhido. Resguardada a continuidade da empresa, houve sucumbência recíproca. Todavia, merece guarida a pretensão de reforma na distribuição de custas processuais e honorários advocatícios.

Do que se extrai da fundamentação da sentença, a douta Magistrada considerou que, por ser o autor sócio minoratório, com participação de 15%, teria sido mínimo o seu êxito na demanda, já que, se acolhido integralmente o pedido, a sociedade teria sido totalmente dissolvida.

Embora a argumentação seja coerente, entende-se que o requerimento formulado pelo autor visava à obtenção de todo o capital da empresa, ao passo que, da leitura da vestibular, extrai-se que o demandante nunca exigiu mais do que a sua participação social, como lhe é de direito.

A decisão que dissolve parcialmente uma sociedade limitada, à luz do Decreto n. 3.708, de 1919, possui, como eficácias preponderantes, a constitutiva e a condenatória.

Nesse sentido, colhe-se precedente da Câmara, de relatoria do signatário:

“Além da eficácia constitutiva, configurada pela exclusão do sócio do contrato social, há na sentença que defere a dissolução parcial a eficácia condenatória, que é o direito de apuração de haveres” (AI n. 2002.017907-3, de Rio do Sul, j. 13-2-2003).

No caso concreto, o pleito condenatório do autor foi integralmente acolhido, com a determinação da apuração de seus haveres. Houvesse dissolução total da empresa, o que ocorreria é que os outros 85% do capital social dariam ensejo à apuração de haveres pela sócia ré, e não pelo autor. Nesse contexto, tem-se que o acolhimento parcial do pedido não modificou, para a esfera jurídica do requerente, a carga condenatória da sentença de mérito, não sendo próprio dizer que teria ele logrado êxito em 15% e sucumbido em 85% do pleito deduzido na petição inicial.

Na carga constitutiva da sentença é que se tem a parcial sucumbência, pois o efeito deixa de ser o de dissolução do contrato social, para ser o de modificação, com a exclusão do autor.

Aliás, a exclusão do sócio ao revés da dissolução da sociedade poderá vir em benefício do autor, quando da apuração de seus haveres, pois na hipótese de dissolução total da sociedade seriam incluídos no passivo da empresa todas as despesas decorrentes do encerra-

mento da atividade social, por exemplo, o pagamento das verbas rescisórias de todos os contratos de trabalho. De outro lado, sem dúvida a empresa é parcialmente vencedora na demanda, já que preservada a sua existência. Caracterizada, portanto, a sucumbência recíproca.

Quanto à sócia remanescente, não se pode tê-la por sucumbente. Sua participação na lide era imperiosa, havendo litisconsórcio necessário, uma vez que a dissolução total da Help Emergências Ltda. viria a modificar a sua esfera de direitos.

Mas se o provimento jurisdicional não afeta diretamente a esfera jurídica da sócia, mas apenas a da empresa, há convir que somente a segunda pode ser encarada como parcialmente sucumbente. O provimento jurisdicional deixou intocado o patrimônio da autora, bem como o seu vínculo jurídico com a empresa.

A situação seria facilmente resolvida diante da legislação ora em vigência, pois o novo Código Civil estabeleceu, conforme os arts. 1.053 e 1.029, que o sócio tem o direito de recesso, bastando para tanto que notifique os demais integrantes da sociedade, que terão a obrigação de promover a modificação do contrato social e a apuração de seus haveres. Dessa forma, se o autor comprovasse a notificação prévia dos sócios remanescentes, e o decurso do prazo sem que estes cumprissem com a sua exclusão, seria a sociedade responsável pelos ônus de sucumbência.

Todavia, sob a ótica da legislação anterior, a sócia remanescente

não tinha o dever legal de excluir o autor. Nessa hipótese, a solução que se alvitra é que o autor e a sociedade arquem cada qual com os honorários de seu patrono, divididas em partes iguais as custas processuais.

Ressalta-se que não é possível precisar um valor econômico para a modificação ou para a extinção do contrato social, separadas da eficácia condenatória. Dessa forma é igualmente inviável decidir, por fórmula matemática, em que montante sucumbiu cada litigante.

Nessa circunstância, o mérito da distribuição da verba de sucumbência deve ser decidido por equidade pelo magistrado, a teor dos arts. 21 e 20, § 4º, do CPC. Merece mantido o percentual de 15% sobre o

valor da causa, arbitrado na sentença, a ser igualmente dividido, entretanto, entre os procuradores de ambas as partes. O autor e a empresa ré arcarão, cada qual, com os honorários de seu patrono, divididas em mesma proporção as custas processuais.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso do autor e nega-se provimento ao recurso das rés.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2003.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.008138-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Apelação cível – Duplicata com comprovante de entrega de mercadoria e devidamente protestada – Alegação genérica de que a assinatura aposta no comprovante de entrega da mercadoria é de pessoa desconhecida – Prova que lhe competia – Aplicação do art. 333, II, do CPC – Presunção de certeza que não restou refutada pelo devedor – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Aposta assinatura do comprovante de entrega de mercadoria, compete ao devedor demonstrar que efetivamente desconhece a assinatura ali acostada, isso porque o ônus do fato desconstitutivo do direito do autor compete, nos termos do art. 333, II, do CPC, ao devedor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

2000.008138-8, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é

apelante Panora Indústria e Comércio Ltda., sendo apelada Tecnorevest da Amazônia Produtos Químicos Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por Panora Indústria e Comércio Ltda. contra sentença proferida nos autos de ação declaratória por ela proposta contra Tecnorevest da Amazônia Produtos Químicos Ltda. que julgou procedente em parte o pedido para, via oblíqua, declarar a inexistência do débito da autora com relação às duplicatas ns. 723-C e 723-C-A, levadas a protesto e, em conseqüência, o cancelamento dos protestos a elas concernentes, condenando a requerida ao pagamento da sucumbência, fixada em 15% sobre o valor dos títulos em que a parte autora obteve o reconhecimento para sua exclusão; julgou, também, procedente em parte a reconvenção, reconhecendo o direito da ré-reconvinte a receber os valores referentes às duplicatas ns. 0677-C e 0677-C-A, por restar devidamente comprovada a entrega da mercadoria, obrigando-a a pagar o valor pertinente às duplicatas ns. 0677-C e 0677-C-A, atualizado pelo INPC e juros de mora de 0,5% ao mês, a contar das respectivas datas de vencimento.

Asseverou indevido o pagamento das duplicatas, pois ausente qualquer prova de que tenha recebido as mercadorias, já que não há prova de que preposto seu as tenha assinado.

Aduziu que a pessoa que após a assinatura nos comprovantes de entrega de mercadorias não pertence a seu quadro de funcionários, pugnando pela realização de provas ante o cerceamento de defesa operado e, ao final, o julgamento improcedente da reconvenção ofertada.

Devidamente intimada, a requerida-reconvinte deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contra-razões ao recurso aforado.

É o relatório.

II — Voto

Pugna o ora recorrente pela reforma do julgado *a quo*, sob o argumento de que o comprovante de entrega de mercadoria acostado aos autos não restou assinado por preposto seu.

Irresigna-se o ora apelante, sucintamente, contra a sentença que o condenou ao pagamento de duas duplicatas referentes à nota fiscal de compra de mercadorias, duplicatas estas sem aceite mas devidamente protestadas e com o respectivo comprovante de entrega da mercadoria.

Consabido que para a regular cobrança de duplicata sem aceite, necessária a demonstração do comprovante de entrega da mercadoria, bem como do protesto do título

respectivo que, presumido, passará a ser o aceite.

Nesse sentido já se manifestou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“A duplicata não aceita pode instruir a execução, contando que, cumulativamente, haja sido protestada e esteja acompanhada de documento da entrega e recebimento da mercadoria” (REsp n. 115767/MT, Min. Nilson Naves).

E, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Apelação cível. Embargos à execução. A cobrança executiva de duplicata não aceita pressupõe que a cártula haja sido protestada; esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e, que o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos na Lei n. 5.474/68. No caso vertente, a assinatura lançada por funcionário da própria vendedora no comprovante de entrega e recebimento da mercadoria descaracteriza a duplicata não aceita como título de crédito hábil a ensejar a cobrança executiva. Sentença que se mantém por seus próprios fundamentos. Apelo improvido. Unânime” (Ap. Cív. n. 70003211877, décima quinta câmara cível, rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, julgado em 6-3-2002).

Insufismável que esta presunção é *juris tantum*, cabendo ao devedor, caso queira, a prova da desconstituição do título por meio da alegação de fato modificativo, extin-

tivo e impeditivo do direito do autor, nos exatos termos do art. 333, II, do CPC.

Cabível à hipótese as disposições do art. 333, II, do CPC, devendo o devedor, para desconstituir a certeza e liquidez da duplicata apresentada com o comprovante de entrega de mercadoria e devidamente protestada, alegar a existência de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos ao direito do credor.

Nesse sentido, aliás, novamente nos socorre a jurisprudência:

“Embargos. Execução. Duplicatas não devolvidas. Notas fiscais. Cerceamento de prova. Inépcia da inicial. Preliminares afastadas. Comprovante de entrega das mercadorias. Demonstrativo de débito. Correção pelo INPC. Juros de 0,5% a.m. Código Civil, art. 1.062. Protesto por indicação. Falta de devolução das duplicatas. Lei n. 5.474/68, art. 15, inc. II, alíneas a, b e c e § 2º. Ônus da devedora quanto à desconstituição dos títulos. Improcedência dos embargos. Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 2000.013617-4, de Içara, rel. Des. Nelson Schaefer Martins) (grifo nosso).

“Execução — Duplicata aceita — Título executivo extrajudicial — Alegação de falta de entrega da mercadoria — Ônus da prova — Embargos improcedentes — Recurso não provido.

“A duplicata aceita torna-se título cambial autônomo; o aceite atesta que o sacado deu como certa a entrega da mercadoria (ou prestação de serviços) objeto do contrato.

“Ao embargante, caso queira elidir a presunção de liquidez e certeza do título executivo, cabe o ônus de comprovar alegações tendentes a desconstituí-lo” (Ap. Cív. n. 1996.005130-9, de São José, rel. Des. Nilton Macedo Machado) (grifo nosso).

In casu, percebe-se que a ora apelante, ré da ação reconvenção, afirmou a existência de fato impeditivo e extintivo do direito do autor, ao asseverar que a assinatura aposta no comprovante de entrega de mercadoria era de pessoa desconhecida.

Competia-lhe, dessa forma, fazer prova desse fato, o que poderia ser facilmente demonstrado por meio de aposição, pelo devedor, de lista em que demonstrasse seus empregados e respectivas assinaturas para que, dessa forma, pudesse ser demonstrada a efetiva inexistência de pessoa com aquela assinatura em sua empresa.

Qualquer outro meio de prova poderia ser admitido, desde que demonstrasse, efetivamente, seu desconhecimento para com a assinatura aposta.

Como não o fez, apenas negou, genericamente, seu desconhecimento diante da assinatura, não se desincumbiu do ônus processual que lhe incumbia, não desconstituindo a presunção *juris tantum* que cerca o comprovante de entrega de mercadoria devidamente assinado e protestado.

Igualmente é de apontarmos que o contrato social da empresa é claro ao colocar como um dos fins da empresa “a industrialização, exportação e qualquer forma de fabricação de jóias, preciosas,

semi-preciosas ou semelhantes, em metais preciosos ou semi-preciosos, folheados de metais e de qualquer forma manufaturados” (fl. 15).

Claro assim que a alegação de que o material constante na nota fiscal não poderia ter sido a ela destinado já que não fabricava jóias, tese que restou desconstituída pelo próprio contrato social da empresa.

Igual sorte terá a alegação de cerceamento de defesa da apelante que, ante o julgamento antecipado do feito, restou impossibilitada de realizar prova pericial na contabilidade da empresa credora.

Ora, isso não serviria para desconstituir a presunção ora apontada, já que irrelevante para o presente caso.

Por esse fundamento o Togado não acolheu a pretensão da ora apelante quando do julgamento em primeiro grau e, igualmente aqui, deverá prevalecer.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 26 de junho de 2003.

Nelson Schaefer Martins,

Presidente, com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.011888-5, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

Apelação cível — Revisão contratual — Leasing — Código de Defesa do Consumidor — Aplicabilidade — Exegese do art. 3º, § 2º, do CDC — Indexação pelo dólar norte-americano — Modificação abrupta na política cambial do país — Oscilação imprevista e ocorrência de onerosidade excessiva — Ruptura da base negocial — Incidência do art. 6º, VI, do CDC — Inexistência, ademais, de prova de captação de recursos financeiros no mercado externo — Postulação rejeitada — Subsistência do decisum — Reclamo recursal desprovido.

— Inserindo-se o contrato de leasing entre os de consumo, uma vez que sua natureza mista é preponderantemente financeira (a arrendadora não se limita a locar a coisa, mas a adquire e financia ao arrendatário) não encontra meios de escapar do enquadramento do § 2º do art. 3º do CDC.

— “A abrupta elevação da cotação do dólar norte-americano, verificada inesperadamente no limiar do ano de 1999, afetou a base econômico-financeira dos contratos de prestação continuada que, a exemplo dos de leasing financeiro, estavam indexados àquela moeda estrangeira. Tal circunstância, podendo ser considerada excepcional, acarretou excessiva onerosidade aos devedores, autorizando a modificação da respectiva cláusula, para adoção do indexador oficial: o INPC” (Apelação Cível n. 2002.014519-5, de São José. Relator Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.011888-5, da comarca da Itajaí (3ª Vara), em que é apelante Autolatina Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil, sendo apelada Ivani Carmo da Silva Lazarris:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por Autolatina

leasing S.A. – Arrendamento Mercantil que, inconformada com sentença prolatada nos autos de ação revisional interposta por Ivani Carmo da Silva Lazzaris, julgando-a procedente e determinando a aplicação do INPC como indexador das parcelas do contrato *deleasing* vencidas a partir de janeiro de 1999, condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Afirmou, para tanto, que inaplicáveis ao presente caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor e que a variação cambial não se apresenta como fato imprevisível a ensejar a alteração do contrato celebrado.

Salientou ser legal a estipulação de contrato em moeda estrangeira e discorreu acerca da inaplicabilidade da cláusula *rebus sic standibus*, bem como da onerosidade excessiva do contrato a ensejar a intervenção judicial, pois, com a oscilação do câmbio, não obteve qualquer lucro.

Informou, ainda, que ausente pedido de consignação em pagamento a justificar os depósitos realizados, uma vez que se encontra em mora desde 05-2-99, pugnando, por fim, pela reforma do julgado.

Contra-arrazoados os autos, ocasião em que a apelada rechaçou todos os argumentos despendidos pela apelante, os autos ascenderam a este egrégio Sodalício.

É o relatório.

II — Voto

Propugna a ora recorrente pela reforma do julgado, argumentando, sinteticamente, a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a da substituição do dólar norte-americano pelo INPC.

Entretanto, é de negar-se provimento ao recurso intentado!

Todavia, importante frisar-se, desde logo, que os temas a serem abordados no presente recurso serão separados por tópicos para que, dessa forma, possa-se operar uma melhor visualização da matéria abordada.

a) aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Observa-se, de início, que encontra respaldo na jurisprudência, inclusive desta Câmara, a tese de que o Código de Defesa do Consumidor presta-se a reger também os contratos celebrados com instituições financeiras, tais como as que atuam na área de arrendamento mercantil.

A defesa do consumidor pelo Estado foi expressamente implantada no texto da Carta Magna de 1988 como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio geral da atividade econômica (art. 170, inc. V). A Lei n. 8.078/90, portanto, é norma de ordem pública e de interesse social.

A teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/1990, considera-se a atividade bancária alcançada pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, incluída a entidade bancária ou instituição finan-

ceira no conceito de “fornecedor” e o aderente no de “consumidor”.

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil comentado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.372, nota 12:

“Contratos bancários. Todas as operações e contratos bancários se encontram sob o regime jurídico do CDC. Não só os serviços bancários, expressamente previstos no CDC 3º, § 2º, mas qualquer outra atividade, dado que o banco é sociedade anônima, reconhecida sua atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do CCom 119. Assim, as atividades bancárias são de comércio, e o comerciante é fornecedor conforme prevê o *caput* do CDC 3º. Por ser comerciante, o banco é, sempre, fornecedor de produtos e serviços. O que pode ser discutido, eventualmente, é se determinado contrato bancário é ou não de consumo, ou seja, se o co-contratante é ou não consumidor. Esta é a discussão possível e jurídica acerca dos contratos bancários. A preocupação atual dos países ocidentais é dotar as leis de melhor proteção contra as atividades bancárias e creditícias. Acolhendo sugestão do Prof. Dr. Newton De Lucca, no Congresso Internacional de Direito do Consumidor (Brasília, Abril de 1994), o plenário aprovou conclusão unânime no sentido de que ‘os bancos e as atividades bancárias se encontram sob o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor’”.

Destarte, todos os contratos celebrados com as instituições financeiras e afins, como os de arrendamento mercantil, jungem-se à proteção dispensada pelo diploma legal em questão.

Em seus comentários a respeito, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva observa:

“As instituições financeiras prestadoras de serviços ao público são fornecedoras, devendo ser aplicado o CDC às relações jurídicas decorrentes de suas atividades. Tanto assim é que o art. 52 estabelece que, nos contratos envolvendo outorga de crédito ou financiamento, os fornecedores, prévia e adequadamente, devem prestar aos consumidores as informações contidas nos seus respectivos incisos” (Código de Defesa do Consumidor Anotado. São Paulo: Saraiva, 2ª ed, 2002, p. 11).

De modo idêntico, após enfatizar ter o CDC rompido com o pensamento individualista que norteava a concepção clássica de contrato, anota Nelson Abrão:

“Sendo o lucro o objetivo fundamental estrutural da instituição financeira, contratos existem dos quais as regras pendem para o lado econômico e sucessivamente se interpõem cálculos aritméticos e financeiros nocivos ao consumidor, que não tem outra fonte alternativa” (Direito Bancário. 5ª ed., Editora Saraiva, 1999, p. 264).

Mais adiante assevera:

“[...] o estabelecimento dessa condição chama a atenção no pressu-

posto de se compatibilizar um sistema de freios em harmonia com aquela tendência de absorção de direitos e garantias individuais, daí reflete válida a estimulação proveniente do Código de Defesa do Consumidor ao irradiar seus efeitos na atividade bancária [...]”.

Pondera Antonio Carlos Efig:

“[...] o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) foi editado para revolucionar as relações vividas na sociedade brasileira, impondo-se a partir da sua vigência o fornecimento de produtos e serviços segundo os melhores padrões de qualidade, confiabilidade e segurança.

“Desta forma, não se pode admitir que somente alguns segmentos da economia nacional fiquem à margem dessa evolução legislativa como no caso das instituições bancárias e financeiras.

“A defesa do consumidor possui respaldo na Constituição Federal que a elevou à categoria de princípio geral da atividade econômica (art. 170, inc. V) e garantia individual (art. 5º inc. XXXII), bem como o ordenamento jurídico repugna qualquer abusividade, seja no plano constitucional, comercial, trabalhista, etc.” (Responsabilidade Civil do Agente Financeiro e Bancário segundo as Normas do Código de Defesa do Consumidor. Direito do Consumidor. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1996, vol. 18, p. 125 e ss.).

A jurisprudência tem admitido, como dito, a aplicação do Código de

Defesa do Consumidor também aos contratos celebrados com instituições financeiras, já que as atividades desenvolvidas por elas incluem-se no conceito legal de serviços, lá previsto.

Vejam-se alguns precedentes:

“Contratos bancários. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

“A atividade desenvolvida pelas instituições bancárias encontra plena tipificação na expressão fornecedor descrita pelo *caput* do artigo 3º, uma vez que prestam serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. A referência aos serviços bancários, financeiros e de crédito absorve a atividade de fornecimento de crédito.

“Desta forma, os contratos de abertura de crédito, de financiamento, de *leasing*, de alienação fiduciária estão incluídos no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há afastar a sua incidência aos contratos firmados pelas instituições financeiras” (TJSC, AI n. 99.004349-5, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 28-6-99).

“A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor o mutuário ou creditado” (Apelação Cível n. 98.005176-2, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Código de Defesa do Consumidor. Incidência de suas regras nos contratos de arrendamento mercantil.

“As companhias de arrendamento mercantil têm no lucro o seu objetivo precípuo, com as cláusulas impostas nos contratos por elas celebrados levando em consideração, acima de tudo, o aspecto econômico da transação, conquanto possam ser essas cláusulas nocivas ao arrendatário. Na busca de harmonização entre os direitos do economicamente mais forte — a arrendadora — com os da parte financeiramente menos privilegiada — o arrendatário — é que de mister torna-se, a fim de restabelecer o efetivo equilíbrio contratual, a irradiação sobre os contratos de *leasing* financeiro do sistema de freios preconizado no Código de Defesa do Consumidor” (Apelação Cível n. 1998.006815-0, de Quilombo, rel. Des. Trindade dos Santos).

Não divergindo, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Arrendamento mercantil. Código de Defesa do Consumidor. Juros. Comissão de permanência.

“1. O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do Código de Defesa do Consumidor, não desqualificando a relação de consumo o fato do bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária.

“2 (*omissis*)” (REsp n. 235.200/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. j. 24-10-2000. DJU de 4-12-00, p. 65).

E, consoante ficou consignado no precedente da relatoria do Desembargador Trindade dos Santos, “nas convenções contratuais submetidas ao regime do CDC, as estipulações abusivas e prejudiciais ao consumidor ou a este equiparado, por incidirem em afronta ao art. 51, inciso IV, da Lei n. 8.078/90, são nulas de pleno direito, sendo dado ao julgador reconhecê-las e decretá-las de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição” (Apelação Cível n. 2000.002959-9, de Joinville).

Sem qualquer dúvida, as disposições do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se aos contratos de arrendamento mercantil!

b) Utilização da variação cambial do dólar norte-americano como indexador do débito

Alega a recorrente que para a incidência da teoria da imprevisão faz-se necessária a presença de alguns pressupostos, quais sejam, a ocorrência de circunstâncias imprevisas e imprevisíveis; onerosidade excessiva para o devedor que impossibilite o cumprimento da obrigação; enriquecimento inesperado e injusto do credor decorrente da superveniência imprevisita.

Acrescenta que tais pressupostos não se fazem presentes no caso *sub judice*, argüindo, para tanto, a inexistência de imprevisibilidade da oscilação da variação cambial, tendo em vista que esta estava expressa no contrato e por ela optou a apelada, proferindo, ainda, a ausência de onerosidade excessiva ou de desequilíbrio contratual, uma vez que o

aumento das obrigações pecuniárias da recorrida, em decorrência da alta do dólar americano, corresponde ao aumento proporcional das obrigações assumidas pela postulante perante seus credores externos.

As argumentações expostas pela instituição apelante não são dignas de aclamação, uma vez que é manifesto que a repentina alta da moeda norte-americana resultou de uma mudança súbita na política cambial, gerenciada pelo Governo Federal e que perdurou durante o “Plano Real” até janeiro de 1999, quando se passou à adoção de um sistema de câmbio de flutuação livre, não mais controlado pelo Banco Central, de tal forma que permitiu a valorização repentina do dólar norte-americano, resultando, conseqüentemente, na grande desvalorização da moeda nacional, que alcançou patamares exorbitantes e próximos a 60% (sessenta por cento) em relação àquela moeda.

Essa situação, totalmente imprevista pela sociedade brasileira, em face da confiança depositada na estabilidade econômica do país, até então veiculada pelo Governo Federal, onerou excessivamente os contratos cuja indexação se dava pela variação do dólar, ocasionando, por conseguinte, uma visível quebra no equilíbrio das relações contratuais.

In casu, o contrato de arrendamento mercantil que vincula os litigantes foi celebrado em março de 1998, quando o câmbio do dólar encontrava-se estável (valor nessa data era de R\$ 1,13), pelo que atrativo

era aderir-se a planos de financiamento com tais reajustes.

E, repete-se, diante da alteração inesperada e exacerbada do câmbio, não há olvidar da ocorrência de fato superveniente, onerando excessivamente as prestações a serem adimplidas pelo agravado, situação essa agasalhada pelo Código de Defesa do Consumidor, como acima mencionado.

O tema, aliás, não é novo, havendo inúmeros precedentes desta Casa de Justiça:

“É fato notório que a repentina desvalorização da moeda brasileira — o real, em relação ao dólar norte-americano, foi resultado de uma súbita e inesperada mudança na política cambial, que colheu a quase toda a sociedade de surpresa, circunstância que pode ser considerada como imprevisível para a maioria da população brasileira, até mesmo porque as autoridades da República insistentemente afirmavam que não iriam ocorrer alterações importantes na área.

“Deste modo, os contratos que previam a indexação pela variação da cotação do dólar tornaram-se excessivamente onerosos para os mutuários e consumidores, que contrataram com as entidades financeiras nestas circunstâncias, com o conseqüente desequilíbrio das relações contratuais” (Agravo de Instrumento n. 99.004730-0, de Itajaí, relator Des. Nelson Schaefer Martins).

“Arrendamento mercantil. Contrato em dólar. Teoria da base do

negócio jurídico. Ruptura do equilíbrio contratual. Direito ao reajuste das prestações pelo INPC. Exegese do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

“Segundo a teoria da base do negócio jurídico, se a discrepância entre as condições existentes quando da contratação e a situação no momento da execução for grande o suficiente para romper o equilíbrio contratual, quebrada estará a base do negócio jurídico, a justificar a adequação do contrato à nova realidade.

“É secundária a discussão em torno da previsibilidade da flutuação cambial, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor expressamente estabelece o direito à revisão da avença atingida por eventos supervenientes que tenham rompido a comutatividade, não exigindo fossem imprevisíveis, tampouco extraordinários (art. 6º, CDC).

“A validade da cláusula dólar é condicionada à prova, a cargo do arrendante, da captação de recursos no exterior; da utilização destes para a aquisição do bem arrendado; e da não-quitação do débito junto ao credor estrangeiro” (Agravo de Instrumento n. 99.003346-5, de Chapecó, relator Des. Pedro Manoel Abreu).

“Arrendamento mercantil — Revisão de cláusula contratual c/c depósito incidental — Dólar americano como fator de indexação das prestações — Abrupta alteração cambial — Tutela antecipada — Substituição dos índices fixados pelo INPC — Requisitos presentes —

Validade — Decisão confirmada — Agravo de instrumento desprovido.

“Ressalta evidente que em regime de desvalorização da moeda, esta desvalorização em relação a unidades monetárias estrangeiras é fato normalmente previsível. Entretanto, ainda assim e por vezes, o grau de desvalorização ou a forma como ela ocorre, implicando em uma abrupta ruptura do próprio processo inflacionário, mostra-se imprevisível. É o que ocorreu no Brasil no início do ano de 1999, quando, estando o processo inflacionário sob aparente controle, afirmado esse controle pelas autoridades governamentais, houve a liberação das taxas de câmbio, acarretando uma rápida e drástica valorização do dólar, o que traduziu-se, pelo menos para os brasileiros de diligência normal, em fato totalmente imprevisível. Essa situação, rompendo a base contratual dos ajustes de arrendamento mercantil, gerando uma excessiva onerosidade para os arrendatários, está a autorizar a concessão da tutela antecipada em ação revisional de cláusula contratual, com a substituição, para o cálculo das contraprestações acordadas, da moeda norte-americana pelo INPC” (Agravo de Instrumento n. 99.004712-1, de São José, relator Des. Trindade dos Santos).

Desse modo, sendo fato público e notório a imprevisibilidade das mudanças ocorridas na política cambial, torna-se evidente a existência de onerosidade excessiva e caracterizadora do desequilíbrio

contratual que autoriza a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, em consonância com o estatuído no art. 6º, V, do CDC.

Ainda, é de ressaltarmos que o contrato entabulado entre as partes prevê, como índice de correção monetária a ser observado no pacto, a variação da cotação do dólar norte-americano.

Entretanto, é de ressaltarmos que a validade da estipulação dos pactos, em que prevista a utilização da moeda americana como índice de atualização monetária, está adstrita, por certo, ao permissivo descrito no artigo 6º da Lei n. 8.880/94, que assim aponta:

“É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior”.

Ora, a regra é a da nulidade da fixação de reajuste do contrato, tendo-se como base moeda estrangeira, e a exceção expressa o que a lei federal autoriza ou, nos contratos de arrendamento mercantil pactuados entre pessoas residentes e domiciliadas no Brasil e, cumulativamente, haja demonstração de captação de recursos provenientes do exterior.

Articula a recorrente, nesse sentido, que os recursos utilizados no negócio avençado foram captados no exterior, de maneira que serão pagos em dólar, o que descaracteriza qualquer lucro ou proveito para si.

Entretanto, já foi assinalado que a postulante não corroborou a alegativa mencionada, não comprovando a efetiva captação de recursos externos para aquisição do bem e, como se não bastasse, a cláusula que estipulou a correção monetária pela variação cambial é abusiva, de forma que não é de se palmar a sua proposição.

Com efeito, e a despeito de vedação legal, os contratos de *leasing* sempre fazem menção à captação em dólar para a aquisição do bem arrendado, de modo genérico, sem indicar precisamente a fonte dos recursos ou sua vinculação contábil à avença.

E essa comprovação há de ser feita imune de qualquer dúvida, pois, como leciona Arnaldo Rizzardo:

“Não socorre às empresas a simples inclusão no contrato de cláusula afirmando ter a arrendatária conhecimento de que os recursos foram captados no exterior, eis que de adesão e estandarizado o contrato. Igualmente não serve a apresentação de certificado de registro do empréstimo expedido pelo Banco Central do Brasil com a entrada de capital estrangeiro, se não demonstrado que o valor se destinou ao arrendamento mercantil contratado. A simples alegação da proveniência exterior do capital nada representa, porquanto possível a sua utilização em outros

financiamentos. A rigor, a cláusula de correção tem base na avaliação da moeda do exterior, somente se admite quando se cuida de bem importado, pago pela arrendadora com dinheiro de padrão externo proveniente de empréstimo feito no estrangeiro. A jurisprudência tem refletido o entendimento acima: 'Arrendamento mercantil (*leasing*). Correção pela variação cambial. Nulidade de cláusula. Efeitos. É nula a cláusula que, em contrato de *leasing*, estipula a correção das prestações devidas pela variação cambial, se não comprovado, segura e consistentemente, que os recursos empregados na aquisição do bem arrendado provenham de empréstimos contratados no exterior. Isto porque, sendo a obrigação contraída dentro do País, cujos implementos arrendados são de fabricação nacional, como o preço pago à arrendadora foi em moeda corrente nacional, e destinada a ter validade no âmbito do direito interno, outro índice de correção monetária não há de existir que os regulados para as operações internas'" (*Leasing*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 69).

Como se não bastasse, além da comprovação da captação no exterior em moeda estrangeira, o numerário obtido pela empresa arrendadora deve guardar vínculo explícito com a operação de compra do bem arrendado, demonstrando a arrendadora, portanto, o caminho contábil que a liga à verba efetivamente destinada à aquisição do bem objeto do *leasing*, a fim de que se respeite a lei e a deter-

minação cogente do Banco Central (art. 38 da Resolução n. 980).

In casu, conforme apontado, não observou a recorrida qualquer prova quanto à captação de recursos no exterior para a aquisição do veículo arrendado ao recorrente.

Incumbia com exclusividade à arrendadora comprovar a efetividade da aplicação de recursos obtidos no mercado externo para a aquisição do bem arrendado, até porque é ela a única em condições de produzir a prova a respeito, isto porque impossível exigir-se do arrendatário penetrar nos negócios internos da arrendadora para provar a origem do dinheiro que lhe foi repassado. Conforme já enunciou o Des. Trindade dos Santos, "por tratar-se de negócios entre particulares, não cabe ao Judiciário investigar esta origem, cuja prova é de quem captou o dinheiro, alegadamente, no exterior, não só a origem dos recursos, como igualmente que a aludida captação ainda esteja pendente, ou seja, que não tenha sido liquidada no banco estrangeiro pois, se já o foi, não mais tem a arrendante, frente ao arrendatário, um crédito em moeda estrangeira, mas, isso sim, em moeda nacional (em real), crédito esse que passa a ser acrescido apenas da correção monetária pelos índices praticados no País" (Apelação Cível n. 2000.009892-2, de Blumenau).

Em conclusão, não se pode admitir que os riscos decorrentes da inesperada alta da cotação do dólar norte-americano sejam transferidos ao consumidor-arrendatário e supor-

tados por ele, que é a parte mais fraca da relação jurídica e que não teve a oportunidade de discutir as condições do negócio, pois, se a cláusula tornou-se excessivamente onerosa em razão de fatos supervenientes, a lei confere-lhe o direito de rever o contrato, a fim de minimizar o desequilíbrio, restando óbvio que o risco do negócio é ônus exclusivo do arrendador.

Diante da situação estampada, ou seja, a oneração excessiva das prestações do contrato revisando, devido a fato superveniente justifica-se, por questão de justiça, a adequação do indexador monetário ao contrato celebrado, nos moldes pretendidos pela apelada.

Por fim, quanto à alegação de que ausente consignação em pagamento das prestações devidas ou de que qualquer prestação restou consignada, é de concluir-se que equivocada a apelante.

Ao compulsarmos os autos, percebemos que a apelada, de forma mensal, efetuava o depósito das quantias que entendia devidas, atualizando o débito pelos índices do INPC, conforme, inclusive, pleiteou em sua peça inicial, senão vejamos:

“Requer seja deferido à *autora* a prerrogativa de fazer o depósito das parcelas judicialmente, nos mesmos valores de janeiro de 1999, acres-

cendo-se apenas a correção monetária pelo INPC e demais encargos contratuais” (fl. 15).

Assim é que o Togado, ao receber a inicial, autorizou o depósito judicial das quantias que entendia devidas, como bem se depreende do despacho de fl. 25v.

Efetivamente, todas as quatorze prestações faltantes e pugnadas pela apelante restaram consignadas nos autos, conforme se depreende dos documentos acostados às fls. 27, 31, 34, 37, 39, 76, 78, 127, 131, 134, 136, 139, 142, 144 e 148.

Assim, sem fundamento as alegações propostas.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso interposto, mantendo-se incólume a decisão profligada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 5 de junho de 2003.

Pedro Manoel Abreu,

Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.010591-6, DE BLUMENAU**Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

Embargos à execução. Cheque. Cambial subscrita por mandatário à conta de pessoa jurídica. Provas. Instrumento do mandato, afirmações do embargado e peculiaridades do cheque em epígrafe. Cártula, de resto, que deveria ser descontada da conta corrente que a pessoa jurídica move no banco sacado. Princípio da literalidade. Obrigação que vincula a empresa mandante.

Mandato em termos genéricos. Irrelevância. Título executivo que, repita-se, obriga tão-somente a empresa. Existência, ademais, de fortes indícios de que a obrigação tenha sido ratificada. Ilegitimidade passiva ad causam do mandatário. Extinção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.010591-6, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Boris Rogoshin e apelada Ewe – Empreendimentos e Participações Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para extinguir o processo executivo.

I – Relatório

Na comarca de Blumenau, Boris Rogoschin opôs embargos do devedor contra Ewe – Empreendimentos e Participações Ltda.

Aduziu, preliminarmente, que não é parte legítima para integrar o pólo passivo da demanda, uma vez que o cheque que instrui a ação de execução foi emitido pela empresa

Brasfood Comércio de Produtos e Alimentos Ltda., e que sua assinatura consta apenas por ser mandatário; outrossim, porquanto o número de seu CPF foi inserto na cártula posteriormente à sua emissão, de forma errônea, pois devia ter sido aposto o CGC da empresa.

Ainda previamente suscitou a nulidade do protesto, que além de não ser efetuado em nome do verdadeiro devedor, foi tirado em discordância com o Provimento n. 16/93, sendo faltosa a indicação do banco sacado e o comprovante de intimação.

No mérito sustentou o excesso de execução, ante a utilização da TR como fator de correção, e o excesso de penhora, dado que as garagens penhoradas possuem valor de mercado muito superior ao crédito reclamado. Processado o feito, sobreveio sentença julgando improcedentes os embargos.

Inconformado, o embargante interpôs recurso de apelação repisando as preliminares argüidas na inicial e suscitando a nulidade do julgado em face da não produção das provas requeridas, o que lhe cerceou a defesa.

Contra-arrazoado o recurso ascenderam os autos a esta superior instância.

II – Voto

Sorve-se dos autos que, em prelúdio do *meritum causae*, verbera o recorrente que é parte ilegítima para responder pelo crédito invocado no processo executivo.

Acolhe-se a proemial argüida.

In casu, noticiou o embargante, Sr. Boris Rogoschin, que, embora tenha assinado o cheque que embasa a execução forçada, fê-lo como mandatário da empresa Brasfood Comércio de Produtos e Alimentos Ltda., genuína obrigada.

Trouxe aos autos, para tanto, um mandato conferindo-lhe, genericamente, plenos poderes, e chamou a atenção para o fato de constar da cártula o número da conta corrente que a empresa possui no banco sacado.

Afirmou, ainda, que seu CPF foi apostado no título posteriormente à emissão, de forma equivocada.

Dessa sorte, agindo em nome da empresa, obrigou-a e não a si, razão por que é parte ilegítima para integrar a demanda.

A sua vez, a embargada histoiou que o cheque se deve a um

empréstimo contratado com o Sr. Boris Rogoschin, “para fazer frente aos compromissos da empresa que sempre disse a todos como sendo sua, pois a administra, gerencia e é seu cozinheiro de renome internacional [...]” (fl.19).

Ressalta-se que é ela mesma quem se remete à *causa debendi*.

Como se vê, então, a embargada admite expressamente que, a seus olhos, o cheque foi dado em garantia a um empréstimo contraído por quem se apresentava como proprietário e gerente/administrador do restaurante, para honrar as obrigações deste último, indicando que o fazia não em nome próprio, mas em nome e por conta da empresa, representando-a no feito.

Nota-se, ainda, que o número da conta corrente da qual se descontará o valor do título corresponde à que possui a empresa Brasfood Comércio de Produtos e Alimentos Ltda. no banco sacado.

Até aqui, pois, não há duvidas de que a contratação se deu em nome da empresa, por meio do representante.

Com efeito, seria deveras ilógico conceber-se que a pessoa física tivesse contraído em seu nome um empréstimo, para repassá-lo à empresa, sendo que o cheque caução seria descontado da conta desta. Mais plausível que o tenha feito como mandatário, mormente diante dos termos do título.

Destarte, não importa se o CPF foi apostado por equívoco, ou mesmo

por negligência de quem quer que tenha preenchido a cártula; trata-se de circunstância secundária, em face da peculiaridade do cheque em epígrafe, que possui todos os seus campos preenchidos manualmente, à exceção do endosso e do Cadastro de Pessoa Física, que vêm datilografados.

Evidente, assim, que se cuida em especial de uma cártula cujo preenchimento comporta desacertos.

Diante de tais circunstâncias, forçoso convir que a ação de execução deveria ter sido intentada contra a empresa Brasfood Comércio de Produtos e Alimentos Ltda., verdadeira obrigada nos termos do título.

Por outro lado, *ad argumentandum*, tal assertiva subsiste mesmo em se considerando que o mandato se limita a conferir ao embargante, Sr. Boris Rogoschin, de forma genérica, “plenos poderes, para os devidos fins necessários” (fl. 13).

Tal discussão é inconveniente ao processo executivo, pois a obrigação que emerge do título extrajudicial vincula tão-somente a empresa, e eventual escusa legítima deve ser por ela argüida, se for o caso.

Ademais, a despeito de não constar do mandato poderes especiais, há fortes indícios de que a obrigação tenha sido ratificada.

Com efeito, denota-se, no caso *sub oculis*, que é circunstância confessa pela embargada e não impugnada pela parte adversa que, no ato do empréstimo, foram emitidos

dois cheques, como caução, e que um deles já foi descontado, sem maiores contendas, na conta corrente da empresa.

Ora, o adimplemento parcial cabe dentro do conceito de “ato inequívoco que demonstre aceitação”.

Daí por que, na situação vertente, é de bom alvitre que não se prive, quiçá desnecessariamente, o ora executado de seus bens particulares, mormente quando a obrigação que resulta do título executivo extrajudicial não o vincula diretamente, senão a empresa.

Sem embargo, pode-se inclusive afirmar que o êxito de uma ação executiva contra o mandatário pressupõe a existência de sentença condenatória em seu desfavor, afirmando que excedera o mandato e instando-o a implementar a prestação, já que a cártula, em um primeiro momento, não o faz.

Conforme bem salientou o casuístico do embargante, cabe aqui a aplicação do princípio da literalidade.

De qualquer sorte, então, a demandada não é parte legítima para submeter-se à execução forçada.

Diante do exposto, ausente condição da ação, extingue-se o processo executivo, nos moldes do art. 267, VI, da *Lex Instrumentalis*.

Arca o exequente com as despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da execução, observados os termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

III – Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, a Câmara conhece do recurso e dá-lhe provimento para extinguir o processo executivo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 12 de junho de 2003.

Nelson Schaefer Martins,

Presidente;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.006640-9, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Execução. Embargos. Endosso por pessoa jurídica. Ausência de expressa identificação da empresa, constando apenas a assinatura. Art. 19 da Lei n. 7.357/85. Desnecessidade de atendimento do requisito formal, uma vez que a autoria do endosso sequer é posta em dúvida.

Consabido que o endosso dado por pessoa jurídica deve emanar daquele que detenha poderes de representação. No caso vertente, porém, o apelante não nega que o endosso partiu da empresa para quem emitiu o título executivo, apenas se insurge contra a ausência de identificação da endossatária, o que não enseja a nulidade do ato.

Terceiro de boa-fé. Impossibilidade de discutir a origem da dívida. Exequibilidade da cártula mantida.

São inoponíveis perante o endossatário as exceções que eram cabíveis contra o endossante, motivo pelo qual é inadmissível a discussão acerca da origem do débito, ressalvada a hipótese de conluio com o intuito de prejudicar o devedor, o que não é o caso dos autos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.006640-9, da comarca de São Francisco do Sul, em que é apelante

Milton Macedo e apelada Força do Aço Indústria e Comércio de Ferro e Aço Ltda.:

Acordam, em Segunda Câmara de Direito Comercial, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas da lei.

I – Relatório

Força do Aço Indústria e Comércio de Ferro e Aço Ltda. aforou execução contra Milton Macedo, objetivando a cobrança de um cheque no valor histórico de R\$ 3.703,00, que, atualizado à data da propositura da ação, alcançaria a monta de R\$ 4.003,92.

Opostos os embargos, sustentou-se que a cártula fora emitida em decorrência de um negócio entabulado entre o executado e a empresa Dias e Batista Ltda., que teria endossado o título de forma irregular ao exequente, uma vez que a assinatura no verso está desacompanhada da identificação da pessoa jurídica. Desse modo, equivaleria a um endosso feito por pessoa física sem poderes para tanto, o que significaria dizer que a exequente não tem a titularidade do crédito representado por aquele cheque. Seria, pois, parte ilegítima para propor a execução.

No mérito, aduziu que a beneficiária do título executivo (Dias e Batista Ltda.) não cumpriu com a sua obrigação na avença, dando azo ao inadimplemento do título, e, ainda, agiu de má-fé ao fazer o endosso do cheque para terceiros, no caso a embargada.

Regularmente processado o feito sobreveio sentença desacolvendo os embargos.

Irresignado, o embargante interpôs recurso de apelação. Alegou que as rubricas apostas no verso do cheque caracterizariam aval e não endosso, por não constar a assinatura do representante legal da empresa endossante. E seria a apelada carecedora da ação por pertencer o cheque, ainda, à empresa Dias e Batista Ltda. Ao final, requereu a condenação do apelado às penas da litigância de má-fé.

Apresentadas as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

II – Voto

Inicialmente registro que a aposição pura e simples de assinatura no verso do cheque não pode ser entendida como aval, uma vez que esta garantia somente é válida quando acompanhada de expressão que a identifique.

Fran Martins (*in* O Cheque segundo a nova lei. Rio de Janeiro: Forense, p. 85) anota:

“O aval consiste, principalmente, na assinatura do avalista, antecedida – quando o aval é dado no verso do cheque – das palavras por aval ou em aval de, ou outras equivalentes. Pode, contudo, o aval decorrer de simples assinatura do avalista, sem aquela expressão, quando é dado na parte anterior ou face do cheque, exceto, naturalmente, se a assinatura é do sacador ou emitente”.

Não discrepa desse entendimento a jurisprudência deste Tribunal:

“Execução – Cheque – Hipótese de endosso — Prefacial de

ilegitimidade passiva *ad causam* acolhida, por não preencher o aval as exigências de lei — Confusão entre os dois institutos — Sentença de extinção cassada — Apelo, para tanto, provido.

“Para a sua eficácia jurídica, o aval deve ser, obrigatoriamente, lançado no cheque ou em folha de alongamento, com a consignação expressa do termo ‘por aval’ ou equivalente. A simples aposição da assinatura de alguém no verso do cheque, desacompanhada da expressão ‘por aval’, traduz-se como endosso, conforme a inteligência do art. 19, § 1º, da Lei n. 7.357/85.

“Transferido o cheque por endosso, o endossante legitima-se para residir no pólo passivo da execução que tem por alvo a cobrança do cheque endossado, bem como legitima-se para cobrá-lo aquele que detém-lhe a posse” (Ap. Cív. n. 2001.002559-6, de Turvo, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 4-4-02).

E do Superior Tribunal de Justiça colho:

“Cheque – Aval – Endosso – Lei n. 7.357/85.

“Nos termos da vigente lei, considera-se aval a assinatura lançada no anverso do cheque. Como tal valerá também a aposta no verso, desde que acompanhada da expressão ‘por aval’ ou equivalente (art. 30). A firma constante do verso do cheque, sem outras explicitações, corresponde a endosso (art. 19, § 1º).

“Cheque ao portador. Endosso. A lei em vigor, assim como a Lei

Uniforme, admite o endosso no cheque ao portador (art. 23)” (REsp n. 5544/GO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 12-3-91, DJU 8-4-91).

Assim, por se tratar de assinatura lançada no verso do cheque, desagregada de qualquer expressão, verifica-se que se cuida de endosso, nos termos do que prevê o § 1º do art. 19 da Lei n. 7.357/85.

Feita essa exposição, passo a analisar se a ausência de identificação da pessoa jurídica no verso do título executivo tem o condão de retirar a eficácia do endosso, tornando nulo o ato praticado.

Nesse contexto, registro que o autor confirma à fl. 40 que:

“[...] emitiu um cheque pré-datado a favor da empresa Dias e Batista Ltda., para vencimento em 29-10-96, no valor de R\$ 3.760,00”.

Portanto, não nega ter contraído o débito, apenas questiona a forma como se transferiu a titularidade do crédito para a ora apelada.

É bem verdade, a teor do art. 19 da Lei n. 7.357/85, que o endosso deve emanar do próprio endossante ou do mandatário com poderes especiais, que em caso de sociedade comercial seria o seu representante legal.

In casu, apesar de constar no verso do título apenas uma assinatura, sem qualquer alusão à empresa detentora do crédito, tenho que o endosso prestado é válido, pois o próprio apelante confirma à fl. 40 que:

“De acordo com o documento juntado verifica-se que existia (*sic*)

problemas comerciais com a favorecida pelo título de crédito, que até hoje não foram solucionados.

“*Contudo, dita empresa de posse do referido cheque que foi emitido pré-datado, endosso-o (sic) para o ora exequente*” (grifei).

Adiante se insurge contra a ausência de identificação da pessoa jurídica, alegando que tal circunstância retira a eficácia do ato. Ora, percebe-se que ao mesmo tempo em que suscita o vício formalístico, o embargante, aqui apelante, admite que o endosso realmente emanou da empresa Dias e Batista Ltda. Aliás, é o que demonstra o documento de fl. 44, colacionado pelo próprio embargante. Além de tudo, ninguém duvida que a assinatura lançada no verso do título seja do punho do representante legal da endossante.

Por outro lado, não foram levantadas suspeitas de conluio entre as empresas, concluindo-se que o exequente é um terceiro de boa-fé. Descabido, assim, alegar que a Dias e Batista Ltda. não cumpriu com sua parcela obrigacional, por ser inadmissível qualquer discussão referente à origem do débito perante o endossatário. Fábio Ulhoa Coelho (*in* Curso de Direito Comercial, vol. I, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 438) resumindo com clareza a questão afirmou:

“Convém, neste sentido, esclarecer que não autoriza a sustação o descumprimento da obrigação pelo portador do cheque. Imagine-se que o prestador de serviços não finalize convenientemente a tarefa contratada, a despeito de ter em mãos o

pagamento, representado por cheque do consumidor. Ora, o emitente não pode sustar a liquidação do título, a pretexto de preservar seus direitos contratuais e forçar a terminação dos serviços. Até mesmo porque o cheque pode ter sido transferido, por endosso, a terceiro de boa-fé, que se encontra amparado pelo direito cambiário. Ao consumidor, no caso, resta apenas as ações cíveis de responsabilização do empresário inadimplente. Quem emite cheque, pratica ato de vontade, ao qual nunca está obrigado. Se o faz, concorda com a circulação do crédito, segundo o regime do direito cambiário. Portanto, submete-se, por sua própria vontade, a ter que satisfazer o crédito perante terceiro de boa-fé para, depois, demandar quem se enriqueceu indevidamente, às suas custas”.

Haure-se da jurisprudência deste Tribunal:

“— Liquidação de cheque junto ao credor originário é exceção pessoal, não podendo ser oposta e nem tendo qualquer relevância em relação ao endossatário, terceiro de boa-fé, como resulta do art. 25 da Lei n. 7.357/85.

“— Não exige a lei que o terceiro que recebe um cheque em garantia de pagamento investigue a *causa debendi* do mesmo ou a sua exigibilidade plena ou não, pelo que a ausência dessa investigação não informa, sequer indiciariamente, a má-fé do endossatário” (Ap. Cív. n. 1997.010448-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

Portanto, nenhum dos argumentos é capaz de abalar a exigibilidade da dívida em relação ao apelado.

III – Decisão

Diante do exposto é que a Câmara, por unanimidade, nega provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 12 de junho de 2003.

Nelson Schaefer Martins,

Presidente;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.023251-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Processo cautelar – Pretensão voltada à continuidade de contrato de prestação de serviço de suporte e assistência técnica em programa para computador utilizado para gerenciamento de atividade empresarial – Concessão da medida liminar no juízo de origem amparada exclusivamente na dependência da empresa para com a utilização do software — Insurgência da contraparte — Ausência de aparência do direito e do periculum in mora – Obrigação de fazer passível de realização por terceiros – Inviabilidade da intervenção judicial em contrato para manutenção do ajuste negocial contra a vontade de um dos litigantes – Inexecução voluntária da avença ou irregularidade na resilição unilateral do pactuado a ser resolvida mediante apuração de perdas e danos acaso devida essa verba indenizatória – Liminar cassada – Recurso provido.

O processo cautelar preparatório assegura uma prevenção ao direito controvertido ponderada a plausibilidade do interesse posto em juízo, à vista de um iminente perigo de dano irreparável, mostrando-se adequada a proteção em favor do razoável, de modo a autorizar um provimento jurisdicional acautelatório dessa relevante pretensão a ser dirimida na lide principal, e que, caso fosse necessária uma cognição exauriente sobre sua viabilidade, poderia tornar inútil qualquer atuação jurisdicional posterior.

A resilição unilateral de contrato por meio de notificação prévia, prevista no próprio ajuste e que não contraria norma cogente, é a representação máxima da liberdade contratual e corolário do princípio da autonomia da vontade no âmbito negocial, na medida em que garante aos contraentes o poder de deliberar a respeito dos limites e abrangência da relação obrigacional, bem como permite-lhes o exercício da faculdade de desligarem-se desse mesmo vínculo jurídico na forma e limite que a lei e eles próprios dispuseram.

Os contratos de prestação continuada com prazo indeterminado colocam à mercê de qualquer dos contraentes um direito potestativo de unilateralmente desligarem-se da relação obrigacional, extinguindo o vínculo jurídico até então existente e que antes era de seu interesse e doravante não o é mais. Nesses mesmos negócios jurídicos, mas de prazo certo, implementado o termo designado no ajuste ou utilizado procedimento específico nele previsto para sua extinção, é igualmente possível o desfazimento do negócio mediante denúncia unilateral do pactuado, sem prejuízo da apuração de eventual indenização por perdas e danos acaso devida.

Em se tratando de obrigação de fazer, passível de ser realizada por terceiros, a apuração de prejuízos decorrentes da inexecução voluntária de contrato ou de irregularidade na sua resilição unilateral não autoriza a manutenção cautelar do vínculo obrigacional mediante intervenção judicial no ajuste, mas apenas eventual apuração de perdas e danos segundo a via processual adequada à averiguação dessa verba indenizatória ou a realização da prestação debitória por terceiro à custa da contraparte (nemo ad factum cogi potest – ninguém pode ser coagido a prestar um fato — art. 249 do CC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.023251-6, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é agravante Datasul S.A., sendo agravada Andriello S.A. Indústria e Comércio:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Datasul S.A., com pedido liminar, pretendo a reforma da decisão interlocutória exarada em sede de ação cautelar inominada, movida por Andriello S.A. Indústria e Comércio, em que o Juízo singular conferiu tutela liminar para manter uma relação negocial estabelecida entre as partes, a fim de que a agravante persista no fornecimento de *software* desenvolvido por ela e utilizado pela agravada.

Para tanto, alegou a recorrente: a) por um período de 10 (dez) anos houve a contratação da agravante para o desenvolvimento e assistência técnica relativa ao programa de computador utilizado pela recorrida para gerenciamento de suas atividades; b) após efetiva notificação quanto ao término da relação negocial, deferiu-se judicialmente a manutenção da relação negocial entre os litigantes; c) o *software* desenvolvido e implantado para gerenciamento da atividade da agravada não tem mais comercialização desde 1998, sendo desta data continuamente renovado o contrato, inclusive com a possibilidade de substituição do programa por outro mais atualizado; d) contemporaneamente, somente a recorrida utiliza-se desse produto, não havendo mais interesse da recorrente na prestação de serviço de suporte, já que as despesas suplantam sua remuneração; e) é legítima a rescisão do contrato de prestação de serviço por rescisão

unilateral mediante notificação prévia à outra parte, inclusive com prazo de 90 (noventa) dias de antecedência; e) não há *periculum in mora* porquanto a agravante não exigiu a cessação da utilização do programa, mas apenas a interrupção da prestação de seus serviços de suporte, comprometendo-se a fornecer todos os dados indispensáveis à continuidade de operacionalização do sistema, inclusive sem a exigência de qualquer contraprestação.

Indeferido o efeito suspensivo (fls. 104 e 105), a agravada ofereceu resposta (fls. 109 a 113).

É o relatório.

II — Voto

O recurso é conhecido e provido.

A discussão aviada no presente recurso cinge-se à possibilidade de o Juízo *a quo* conferir tutela cautelar para manter uma relação negocial relativa a um contrato de prestação de serviço continuado, respeitante ao uso e suporte de programa de computador, após a notificação da agravada quanto ao desinteresse de o agravante manter o pactuado.

In casu, a pretensão cautelar está amparada em eventual impossibilidade de a empresa agravada manter seu funcionamento, acaso cessada a prestação de serviços de manutenção e suporte do programa utilizado para operacionalizar o gerenciamento da empresa.

Com efeito, a aparência do direito alegado pela agravada bem como o perigo de dano irreparável e

de difícil reparação não se mostram presentes a ponto de conferirem uma tutela cautelar para forçar a agravante a manter um contrato de prestação de serviço de suporte e assistência técnica até eventual deslinde da lide principal, especificada pela recorrida como “ação cominatória cumulada com perdas e danos”.

Na espécie, houve a contratação de uma licença de uso de *software* por prazo indeterminado, de fornecimento de suporte e manutenção de assistência técnica por 12 (doze) meses com renovação automática ao final de cada ano por igual período, caso no prazo de 30 (trinta) dias anteriores ao término do ajuste não fosse cientificada a contraparte sobre o desfazimento do ajuste (cf. cláusula n. 4.1.1, fl. 61).

O contrato fora firmado em 29-9-1994, renovando-se sucessivamente até 29-9-03. Nesse período, a atualização do sistema mediante a implementação de novas tecnologias ao sistema operacional originário abrangia uma obrigação de trato sucessivo tendente a modernizar o *software* em função do decurso do tempo, inerente à obrigação de a agravante manter o funcionamento do recurso informático (cf. cláusula n. 1.2 – fl. 59).

Em 2-7-03, o agravado recebeu uma notificação extrajudicial dando conta do desinteresse da agravante quanto à continuidade da relação contratual relativa à “prestação de serviços de suporte e manutenção” (fl. 52), sujeitando-se a disponibilizar no final do período contratado “[...] os

Fontes (sic) do programa cuja licença de uso foi adquirida, para lhe permitir a continuidade de operacionalização do mesmo. Tais *Fontes* serão remetidos ao endereço da *Adriello* via sedex, quando do término do prazo de validade técnica” (fl. 52).

Conforme a previsão negocial estabelecida no contrato houve a denúncia unilateral da agravante quanto à continuidade da prestação do serviço de suporte e manutenção do produto, comprometendo-se, quanto à obrigação de concessão de licença por prazo indeterminado, a ceder seus direitos e conhecimentos técnicos a respeito da criação e operacionalização do programa, a fim de que a agravada pudesse manter suas atividades por meio do sistema informatizado até então utilizado para gerenciamento de suas atividades, contudo, sem qualquer vínculo obrigacional com a recorrente.

Sem embargo, a autonomia da vontade é princípio basilar da relação negocial. Dela deriva a liberdade de as partes determinarem os efeitos conferidos à relação contratual, desde que não contrariem norma cogente, bem como a faculdade de cada um dos contraentes regular seus próprios interesses, mediante o aperfeiçoamento de um contrato, e, conseqüentemente, desvincular-se desse ajuste segundo seu regular desfazimento, ou de forma irregular, sujeitando-se nessa hipótese às conseqüências dessa conduta não apropriada.

Nessa ordem de idéias, os contratos de prestação continuada com prazo indeterminado colocam à

mercê de qualquer dos contraentes um direito potestativo de unilateralmente desligarem-se da relação obrigacional, extinguindo o vínculo jurídico até então existente, e que antes era de seu interesse e doravante não o é mais. Nesses mesmos negócios jurídicos, mas de prazo certo, implementado o termo acordado no ajuste ou utilizado procedimento específico nele previsto para sua extinção, é igualmente possível o desfazimento do negócio mediante denúncia unilateral do pactuado, sem prejuízo da apuração de eventual indenização por perdas e danos, caso devida.

Logo, se em sede de relação negocial civil ninguém é obrigado a contratar, da mesma forma não se pode coagir uma das partes negociantes a manter uma relação jurídica contrária a seus interesses, quando ela dispôs de uma legítima faculdade contratual para desligar-se do pactuado, resilindo unilateralmente o contrato mediante prévia notificação do outro contratante.

A resilição unilateral de contrato por meio de notificação prévia prevista no próprio ajuste e que não contraria norma cogente é a representação máxima da liberdade contratual e corolário do princípio da autonomia da vontade no âmbito negocial, na medida em que garante aos contraentes o poder de deliberar a respeito dos limites e abrangência da relação obrigacional, bem como permite-lhes o exercício da faculdade de desligarem-se desse mesmo

vínculo jurídico na forma e limite que a lei e eles próprios dispuseram.

Não obstante tratar-se de um negócio complexo, pelo qual o contrato prevê a prestação continuada da licença de uso do programa por prazo indeterminado, e a sua manutenção e suporte técnico por um período certo, mas renovável automaticamente em caso de silêncio dos contraentes, a transitoriedade é um marco indissociável do vínculo jurídico incorporado ao ajuste, conferindo a possibilidade de quaisquer deles romper esse laço negocial unilateralmente desde que atendido o procedimento acordado no próprio pacto.

É o que ensina Fernando Noronha, ao discorrer sobre os direitos potestativos, valendo registrar:

“Potestativos são os direitos que permitem a uma pessoa, a simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse. [...] o exercício do direito do titular depende exclusivamente do seu arbítrio, este tem um poder verdadeiramente absoluto [...]. Nestes direitos subjetivos, as pessoas que ocupam a posição passiva não podem fazer nada para impedir se produzam as mudanças jurídicas que são consequência da manifestação de vontade do titular.

“No âmbito do Direito das Obrigações, são significativos direitos potestativos o de resolução de contrato por inadimplemento da

contraparte (art. 475), o de revogar procuração (art. 682, I), o direito de retrovenda (art. 505), o de revogação de doações por ingratidão do donatário (arts. 555 e s.), o de escolha da prestação nas obrigações genéricas (art. 244) e alternativas (art. 252), o de *denúncia de contratos celebrados por tempo indeterminado* [...].

“Devido ao fato de o direito potestativo atribuir ao respectivo titular o poder, por manifestação unilateral de sua vontade, alterar situações jurídicas de que participam outras pessoas, ele só pode existir onde seja previsto pelo próprio ordenamento jurídico, ou onde ele houve sido estipulado em contrato, atendidos os limites da liberdade contratual” (grifou-se) (*in* Direitos das obrigações. Fundamentos do direito das obrigações. Introdução à Responsabilidade civil, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 56 a 58).

Portanto, a suspensão judicial da denúncia do contrato via provimento cautelar liminar não se apresenta razoável, na medida em que o direito a que diz titular a postulante da cautela não lhe confere a tutela para obrigar a manutenção do serviço de suporte e assistência técnica pela contraparte agravante, nem mesmo quando preparatória de eventual ação principal voltada à apuração de prejuízos decorrentes da resilição unilateral implementada pela recorrente.

O processo cautelar preparatório assegura uma prevenção ao direito controvertido, ponderada a

plausibilidade do interesse posto em juízo e à vista de um iminente perigo de dano irreparável, mostrando-se adequado o sacrifício do certo em favor do razoável, de modo a autorizar um provimento jurisdicional acautelatório dessa relevante pretensão a ser dirimida na lide principal, e que, acaso fosse necessária uma cognição exauriente sobre sua viabilidade, poderia tornar inútil qualquer atuação jurisdicional posterior.

Dado esse contexto, a extinção do contrato mediante denúncia unilateral de uma das partes independe da vontade da outra (arts. 473 e 2.035 do CC). É direito potestativo de quaisquer dos contraentes desligar-se da obrigação pactuada, na forma como contratada e respeitadas as normas de regência. Se o proceder do outro contratante operou-se regular, ou irregularmente, a discussão sobre as conseqüências dessa conduta deverá ser travada no procedimento jurisdicional adequado à solução dessa contenda, voltado à definição dos reflexos de uma conduta contratual ilegítima.

Em verdade, a manutenção do contrato, a não ser por impedir uma sobreposição de incerto e futuro prejuízo à agravada, não conduz a qualquer acautelamento da pretensão disposta na demanda principal, de maneira que o juízo mantenha os efeitos do ajuste até o deslinde do feito principal, desfigurando, pois, em princípio, a aparência do direito pretendido à tutela na demanda cautelar, sem adentrar, quanto à ação principal, na discussão acerca da

possibilidade jurídica de alguém valer-se da jurisdição para, por meio de uma “ação cominatória” obrigar outrem a implementar conduta contra a sua vontade.

Além disso, o *periculum in mora* identificado no *decisum* censurado também não se fez evidenciado. No interlocutório impugnado ele foi identificado na total dependência da agravada quanto à utilização do *software*, e que eventual cessação da licença de uso acarretaria a imediata suspensão de suas atividades.

Contudo, a pretensão cautelar dirigiu-se exclusivamente “a não suspensão do contrato de prestação de serviços de suporte e manutenção” (fl. 33), tornando impertinente o exame referente ao perigo de dano irreparável diante da impossibilidade de disposição do sistema informático responsável pelo gerenciamento de suas atividades.

Mesmo que assim não fosse, no corpo da notificação extrajudicial, encaminhada à agravada (fls. 52 a 53), infere-se que a denúncia unilateral se prestava tanto ao rompimento do contrato de licença de uso do programa como o de suporte e assistência técnica. Contudo, com relação ao primeiro (licença de uso do *software*), há expressa disposição da recorrente em ceder todos os dados matriciais do programa, a fim de que a agravada pudesse continuar sua operacionalização normalmente.

A essa situação soma-se o prazo de 90 (noventa) dias conferido na cientificação extrajudicial, tornando crível que a sujeição da agravada a eventual interrupção de suas atividades

está exclusivamente ligada à sua negligência em procurar um novo fornecedor dos serviços de manutenção técnica para o sistema, o que, de princípio, não se vislumbra qualquer empecilho, pois, em se tratando de obrigação fungível, não há óbice que outra empresa realize o mesmo serviço prestado pela agravante.

Ademais, em se tratando de obrigação de fazer passível de ser realizada por terceiros, a apuração de prejuízos decorrentes da inexecução voluntária de contrato ou de irregularidade na sua resilição unilateral não autoriza a manutenção cautelar do vínculo obrigacional mediante intervenção judicial no ajuste, mas apenas eventual apuração de perdas e danos, segundo a via processual adequada à averiguação dessa verba indenizatória ou a realização da prestação debitória por terceiro à custa da contraparte (*nemo ad factum cogi potest* – ninguém pode ser coagido a prestar um fato – art. 249 do CC).

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Processo civil. Ação cautelar. Medida liminar. Intervenção judicial em contrato. Medida liminar, garantindo a continuidade de contrato já denunciado por uma das partes, ao fundamento de que a resilição deixou de observar as formalidades nele previstas para esse efeito. Infração contratual que – acaso existente – se resolve em indenização por perdas e danos, não justificando a manutenção do contrato contra a vontade de uma das partes. Recurso especial

conhecido e provido” (REsp n. 200856/SE, rel. originário Min. Waldemar Zveiter, rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler. Terceira Turma, j. em 15-2-2001, por maioria).

Do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento a fim de reformar o interlocutório impugnado, cassando os efeitos da liminar.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por

votação unânime, dar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2003.

Trindade dos Santos,

Presidente, com voto;

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi,

Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.021457-4, DE BRAÇO DO NORTE

Relator: Des. Trindade dos Santos

Monitória. Documento inábil à comprovação do crédito reclamado. Extinção. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

Revelando-se os documentos trazidos pela suposta credora, em face das deficiências que os cercam, inábeis para a propositura de pleito monitório, por não estabelecerem um efetivo e determinado crédito de responsabilidade do acionado, justifica-se a antecipação do julgamento, com a extinção da proposição injuntiva, à vista da sua impossibilidade jurídica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.021457-4, da comarca de Braço do Norte, em que é apelante Safra Co-

mércio e Transportes de Cereais Ltda., sendo apelado Dilson Meurer:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Irresignada com a sentença que, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, decretou a extinção da ação monitória por si ajuizada contra Dilson Meurer, Safra Comércio e Transportes de Cereais Ltda. interpôs recurso de apelação.

Em suas alegações recursais, sustentou o apelante a ocorrência de cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado levado a termo, o que lhe ceifou a feitura da prova testemunhal pretendida, e o que tornava indispensável a realização da audiência de instrução.

Acentuou não se fazer necessária a prova da efetiva entrega das mercadorias faturadas, tendo esclarecido suficientemente, na impugnação que apresentou, a forma como efetua suas negociações, razão pela qual pugna pela ouvida de testemunhas para que seja demonstrada a veracidade de suas arguições.

Por isso, defendeu a imprescindibilidade da realização da fase probatória, tendo o Magistrado a *quo* incidido em equívoco ao extinguir o processo sem possibilitar a colheita da prova testemunhal pretendida.

Enfatizou que os documentos juntados ao processo contam com a assinatura do apelado, sendo o meio utilizado o adequado para buscar a satisfação de seu crédito, merecendo

reforma, portanto, o *decisum* combatido, a fim de retomar-se a continuidade do feito.

Ao apelo foi conferida resposta.

II — Voto

Inaccolhível a insurgência recursal assacada pelo autor da ação monitória, impondo-se a confirmação da sentença que, por entender presente a carência de ação, extinguiu o feito.

Em um breve hiato, assinala-se que a monitória, também denominada ação de injunção, compete, nos termos do 1.102a do nosso Código de Processo Civil, àquele que, com base em prova escrita destituída de força executiva, pretender o pagamento de soma em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Questionada ação, também denominada ação de injunção, em assim sendo, e como ressalta dos dispositivos subseqüentes a ela pertinentes, tem como objetivo precípua a transmutação, de uma forma antecipada, de documento sem força executória em título executivo.

Assim, como observa Humberto Theodoro Júnior:

“Seu escopo especial ‘é de alcançar a formação de um título executivo sem que a ação de condenação seja exercitada nos moldes da cognição em contraditório’.

“Difere, assim, do procedimento comum de uma cognição pela ‘preordenada ausência inicial do contraditório, a qual se tende a

favorecer ou preparar a formação da declaração de certeza mediante preclusão', na lição de Calamandrei" (As Inovações no Código de Processo Civil, São Paulo: Forense, 6ª ed., 1996, p. 64).

E para fins monitorios, tal como resulta do próprio texto legal (CPC, art. 1.102a), a prova escrita do crédito objetivado pode consistir em qualquer documento idôneo, público ou particular, firmado ou não pelo devedor, desde que convença da existência do crédito pretendido.

Adverte, entretanto, Cândido Rangel Dinamarco que:

"[...] quando o documento não for capaz de expressar por si mesmo a existência de uma obrigação, necessitando de verificações *aliunde*: sempre que for preciso trazer provas em acréscimo ao título, falta a eficácia executiva e, portanto, tem cabimento o processo monitorio se o documento expressar razoável probabilidade de existência do direito afirmado pelo autor" (A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed., p. 235).

Para prosseguir:

"Tratar-se-á necessariamente de documento que, sem trazer em si todo o grau de probabilidade que autorizaria a execução forçada (os títulos executivos extrajudiciais expressam esse grau elevadíssimo de probabilidade), nem a 'certeza' necessária para a sentença de procedência de uma demanda em processo ordinário de conhecimento, alguma

probabilidade forneça ao espírito do juiz".

Na hipótese *sub judice*, a pretensão monitoria deduzida pelo apelante fundou-se no documento anexado à fl. 8, compondo-se de um "pedido" e outro, talvez, "comprovante de entrega de mercadoria", os quais representariam o débito exigido no montante de R\$ 379,28.

Entretanto, a prova escrita trazida nos autos não tem o condão de representar um crédito em face do embargante, passível de ser exigido por meio do processo monitorio, também chamado de procedimento injuntivo, pois não expõe, de modo inequívoco, o direito perseguido pelo apelante.

Com relação ao primeiro documento citado, como corretamente exposto na sentença, resta ver, muito embora discrimine o produto solicitado e especifique a quantia encomendada em 15-8-96, não apresenta menção qualquer acerca do momento em que deveria ter sido entregue, o valor a ser pago, as condições de pagamento e quando este deveria ser efetivado. Além disso, não traz nenhuma assinatura, seja do credor, seja do devedor.

Por outro lado, no que diz respeito ao outro documento anexado ao feito, o que restou aqui denominado de suposto "comprovante de entrega de mercadoria", não traz ele qualquer especificação, estando descrita apenas uma data (23-10-95), o nome do réu (com a assinatura dele no verso), bem como um número no quadro esquerdo que, se fosse para

presumir algo, equivaleria a uma declaração de quantidade de cereais negociados entre as partes.

Contudo, não há ser aceita, na hipótese, uma mera presunção, pois impunha-se à recorrente a comprovação eficiente de seu crédito, na forma do inciso I do art. 333 da Lei Instrumental Civil; e, em verdade, inexistem provas de que a encomenda constante do primeiro documento de fl. 8 tenha sido realmente entregue ao embargante.

Importante se faz destacar, ainda, ser impossível estabelecer qualquer tipo de relação entre o “pedido” e o “comprovante de entrega de mercadoria”, como pretende o autor, principalmente porque não há aceitar que as mercadorias tenham sido entregues antes mesmo da efetivação do pedido.

Ora, o pedido foi formulado pelo recorrido em 15-8-96, enquanto que o documento que serviria para a comprovação de que os produtos foram entregues ao embargante encontra-se datado de 23-10-95, ou seja, quase um ano antes do próprio pedido. Conclui-se, portanto, serem totalmente dissonantes os documentos apresentados pelo recorrente, porque não há admitir que um produto chegue no domicílio do interessado antes mesmo deste ter efetuado o pedido.

Inviável afigurava-se, pois, a pretensão monitoria da apelante, posto que os documentos que embasaram o pedido não se mostravam hábeis a tanto, o que autorizava a extinção do processo,

fazendo totalmente desnecessária a realização da prova testemunhal pretendida.

Impõe-se considerar, ainda, que, diferentemente do alegado pelo apelante em suas razões recursais, o CPC não adotou o procedimento monitorio puro, de acordo com o qual é possível o ajuizamento da ação mediante a simples afirmação do credor de seu crédito.

O procedimento monitorio adotado pela legislação pátria é o documental, tornando indispensável a prova clara e insofismável do crédito da parte autora.

Colhe-se dos ensinamentos de J. E. Carreira Alvim:

“Pode parecer que a prova escrita seja somente o documento proveniente de uma das partes ou seu representante, ou que tenha sido por eles elaborado ou, se mandado fazer, por eles assinado. Esse entendimento, no entanto, não traduziria em toda a sua extensão o alcance dessa prova. Para Amaral Santos, ‘essencial é que a parte contra a qual é invocado o escrito, pelo fato material da sua participação no escrito ou por sua atuação, considerando como suas as declarações nele contidas, tenha reconhecido que são verossímeis os fatos que do escrito decorrem [...]’ (Ação Monitoria, Temas Polêmicos, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 39).

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao comentar o art. 1.102, doutrina:

“Optou o legislador brasileiro pelo monitorio documental, que

pressupõe 'prova escrita', com requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, não se prestando a tal chamado 'começo de prova'. Essa prova, ademais, pode ser preconstituída ou causal, podendo até mesmo dispensar a assinatura do devedor (CPC, art. 371, III)" (Código de Processo Civil Anotado).

Patrícia Andrades Gameiro, em sua monografia a "Introdução da Ação Monitória no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.079/95", expõe:

"Para que se possa reivindicar o pagamento de soma em dinheiro, mister se faz necessário a presença dos requisitos legais atinentes à liquidez, certeza e exigibilidade da dívida que se pretende cobrar pela ação monitória.

"O conceito de liquidez abrange a obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto. A 'soma de dinheiro' é a mesma 'quantia certa' que se reclama para a execução regulada pelos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil. Não se pode pedir quantia incerta, na pendência de liquidação posterior, pois na ação monitória requer-se a expedição de mandado de pagamento a ser expedido baseado na prova da inicial, não havendo estágio posterior em que se possa liquidar o *quantum debeatur* [...].

"O conceito de certeza, vem a ser a exatidão do crédito, sem qualquer dúvida ou incerteza, sendo incontestável a sua existência.

[...]

"Também é possível o emprego de datilografia do texto ou de outro meio mecânico, desde que o documento esteja assinado pelo devedor. O doutrinador Humberto Theodoro Júnior assevera que não é fundamental que o documento esteja assinado pelo devedor. Vejamos:

"Não é imprescindível, portanto, que o documento, esteja assinado, podendo mesmo ser acolhido o que provém de terceiro ou daqueles registros, como os de comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas aos quais se reconhece natural força probante (CPC, art. 371, III). Pouco importa, outrossim, que o documento escrito não contenha a firma do devedor, se, por outro documento se obtém a certeza de que este o reconheceu como representativo de sua obrigação. O conjunto documental pode, dessa forma, gerar a convicção do juiz sobre o direito do credor, mesmo quando cada um dos escritos exibidos, não seja, isoladamente, capaz de comprová-lo".

Na mesma linha de entendimento, tem enfatizado este Sodalício:

"Procedimento monitório. Prova. Documento unilateral produzido pelo próprio credor. Impossibilidade. Indeferimento da inicial. Recurso desprovido. Inteligência do art. 1.102a do CPC.

"O nosso sistema processual não adotou o procedimento monitório puro, que admite o aforamento da pretensão ante a simples afirmação da parte. O nosso sistema é o do procedimento monitório documental,

que exige prova específica na qual o juiz se ampara, inequívoca, embora sem eficácia de título executivo, consoante se extrai do art. 1.102a do CPC.

“A doutrina, no exame do preceito em foco, tem entendido que a prova em questão há de provir do devedor, não tendo esse efeito o documento unilateral produzido pelo próprio credor” (Ap. Cív. n. 1996.011510-2, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)

“A prova escrita, que serve de base à ação monitória, não precisa ser revestida de todas as formalidades legais exigidas pelo Código de Processo Civil, mas também não pode ser equiparada àquela que constitui simples começo de prova escrita. Assim, aquele escrito que contém o reconhecimento de uma dívida faz prova sobre a existência do débito, mas não pode embasar uma ação monitória se não contiver alusão a seu valor, já que necessita ser complementada por outras provas para tal mister, o que descaracteriza a natureza do procedimento injuncional” (Ap. Cív. n. 1998.018252-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Apelação cível – Ação monitória — Cerceamento de defesa – Ausência de prova escrita hábil – Carência de ação — Apelo improvido.

“Não trazendo aos autos prova escrita hábil para o manejo da ação monitória, não ocorre cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, mas, sim, a correta extinção pela impossibilidade jurídica” (Ap. Cív. n.

1999.008776-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Cercato Padilha).

“Apelação cível – Ação monitória – Julgamento antecipado da lide – Preliminar de cerceamento de defesa afastada – Documentos impróprios ao ajuizamento da monitória – Duplicatas sem aceite desacompanhadas de provas que lhe confirmam executividade – Extinção do feito sem julgamento do mérito – Sentença mantida – Recurso desprovido.

“Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide.

“A disposição ‘com base em prova escrita sem eficácia de título executivo’, contida no texto do art. 1.102a do Código de Processo Civil, significa que, para exercer o direito à tutela jurisdicional, através da ação monitória, imprescindível a demonstração da existência do ‘quase título executivo’, consubstanciado em elemento escrito que demonstre a liquidez e certeza do crédito” (Ap. Cív. n. 2001.018204-1, de Braço do Norte, rel. Des. José Volpato de Souza).

“Ação monitória — Ausência de pressuposto de constituição válida — Mera possibilidade de existência de dívida — Necessidade de prova escrita sem eficácia de título executivo — Extinção do feito sem julgamento do mérito — Sentença mantida.

“Embora tenha o legislador procurado dirimir as delongas processuais que os credores geralmente têm de enfrentar na busca da liquidação

de seus créditos, normatizando no referido dispositivo (art. 1.102a do CPC) um procedimento mais célere, não há que se confundir a instituição da ação monitória com a substituição da ação ordinária de cobrança.

“Impende distinguir o credor detentor de um documento comprovador de um crédito, daquele credor que ostenta a possibilidade de exigir uma prestação material, decorrente de uma relação jurídica preexistente, através de provas a serem produzidas processualmente.

“Ao primeiro é dado utilizar-se da celeridade da ação monitória, enquanto ao segundo imperativo a demonstração efetiva da existência da dívida que alega.

“A disposição contida no texto legal ‘com base em prova escrita sem eficácia de título executivo’ significa que para exercer o direito subjetivo de

buscar do Estado uma tutela jurisdicional, através da ação monitória, imprescindível a demonstração da existência de o que poderíamos denominar ‘quase título executivo’, consubstanciado em elemento escrito que demonstre cabalmente o crédito que pretende ver adimplido” (Ap. Cív. n. 1996.010776-2, de Mafra, rel. Des. Orli Rodrigues).

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se acolhimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 8 de maio de 2003.

*Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.020176-3, DE TUBARÃO

Relator: Des. Trindade dos Santos

Monitória. Cheque prescrito. Embargos rejeitados. Carência de ação. Argumento despropositado. Investigação da causa debendi. Prática de agiotagem. Inversão do ônus da prova.

I — Título hábil para instrumentalizar demanda monitória não é apenas o documento que jamais teve força executiva. Também presta-se a tanto o documento de crédito que, tendo-a originalmente, perdeu a eficácia executiva em face da ocorrência da prescrição.

II — Sendo o cheque, ainda que prescrito executivamente, título caracteristicamente não causal, totalmente desvinculado do negócio subjacente que lhe orientou a emissão, impertinente

torna-se a investigação de sua causa debendi quando indícios inexistem a recomendar essa investigação.

III—O fato de o cheque não ter sido preenchido pelo emitente não assume qualquer relevância jurídica, posto ser suficiente, para fazer emergir a responsabilidade cambiária daquele que o emitiu, a simples oposição de sua assinatura no título.

IV— Não havendo, nos autos, evidenciação, por mínima que seja, a indicar a inclusão, no valor do cheque, de juros onzenários, reveladores da prática de agiotagem, não há acolher os argumentos deduzidos pelo devedor, nem inverter o ônus da prova em detrimento da credora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.020176-3, da comarca de Tubarão (3ª Vara), em que é apelante Timóteo Bittencourt, sendo apelada Brinq's Papel e Brinquedos Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas de lei.

I — Relatório

Inconformado com a sentença que julgou improcedentes os embargos ofertados à ação monitória contra si ajuizada pela empresa Brinq's Papel e Brinquedos Ltda., convertendo em título executivo o cheque prescrito que instruiu a inicial, no valor de R\$ 1.500,00, impondo-lhe, mais, o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, interpôs Timóteo Bittencourt recurso de apelação.

Em suas razões, o embargante ratificou a preliminar de carência de ação invocada nos embargos, ao argumento de que a ação monitória destina-se aos documentos sem eficácia executiva e não quando operada a prescrição de títulos como o que a credora detém, merecendo ser extinto o feito sem julgamento do mérito, consoante o art. 267 do CPC.

No mérito, sustentou a necessidade de discussão da *causa debendi*, demonstrando a causa originária do débito, seja porque não houve circulação do título, seja porque o art. 61 da Lei do Cheque não pode ser invocado como amparo legal para o caso vertente.

Argüiu, também, ter havido prática de agiotagem por parte da credora, impondo-se a inversão do ônus da prova, nos termos de Medida Provisória n. 2.089-26, de 22-3-2001, uma vez que verificada a abusividade e a utilização de juros superiores aos legalmente permitidos.

Por fim, pugnou pela procedência do apelo, para que seja reformada a douda sentença vergastada.

Houve resposta à insurgência.

II — Voto

O pleito recursal desenca-deado pelo demandado não comporta acolhimento.

No tocante à preliminar aventada pelo apelante, quanto à extinção do feito porque caracterizada a carência da ação, *data venia*, é prefacial sem o menor conteúdo jurídico.

A ação ingressada pela recorrida, a fim de ver satisfeita sua pretensão, foi a monitória, ou também denominada ação de injunção, ação essa que tem por pressuposto, exatamente, a existência de um documento revelador de crédito em favor de seu portador, crédito esse sem condições de executoriedade em face de deficiências contidas no próprio título.

É o que expressa o art. 1.102 a do Código de Processo Civil, quando enuncia que “a ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

A propósito, assim nos manifestamos ao ensejo da prolação do acórdão referente à Apelação Cível n. 96.001214-1, da comarca de São Joaquim:

“A ação monitória ou de injunção tem, como escopo exclusivo, a transmutação, em título executivo,

de documentos representativos de crédito aos quais a lei não confere características de liquidez, certeza e exigibilidade.

“Formado o título executivo perseguido, mercê da falta de insurgimento do devedor, ou da rejeição dos embargos pelo mesmo opostos, a execução prosseguirá nos próprios autos do procedimento monitório, com a penhora, avaliação e arrematação de bens do requerido”.

Arquitetura jurídica pura é a pretensão do apelante de ver decretada a extinção do pleito monitório contra si ajuizado, ao argumento de que, mesmo prescrito, o cheque que instrui o pedido só se presta à cobrança executiva.

Ora, o procedimento monitório é absolutamente viável para a cobrança da quantia devida pelo apelante, quando embasado esse débito em título extrajudicial afetado pela prescrição.

Acerca do assunto é a observação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

Qualquer documento escrito que não se revista das características de título executivo é hábil para ensejar a ação monitória, como por exemplo: cheque prescrito” (Código de Processo Civil Comentado. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 1.282).

No mesmo vértice, anota-se:

“Ação monitória— Cheque prescrito – Documentos atinentes ao débito – Apatia probatória – Mantendo-se jejuna a parte, quando

instada a impugnar a assistência do débito, merece convalidar o valor contido no cheque despedido de eficácia executiva, embora se deva ajustar a execução à prova existente nos autos” (TARS – Ap. Cív. n. 196.214.712, Porto Alegre, j. 21-11-96, 6ª a CC, rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis).

“Ação monitória – Cheque prescrito – Possibilidade – O cheque prescrito, mesmo para ação de enriquecimento indevido prevista no art. 61 da Lei n. 7.357/85 é ‘prova escrita’ hábil para servir de substrato à ação monitória” (TARS, Ap. Cív. n. 196.192.645, Passo Fundo, j. 30-10-96, 7ª CC, rel. Juiz Ricardo Raupp Ruschel).

É, igualmente, o entendimento manifestado pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que, a respeito, já decidiu:

“Ação monitória – Cheque prescrito sem força executiva traduz prova escrita de dívida. Cabimento de ação própria para cobrança das cártulas prescritas. Apresentação de documentos que servem como princípio de prova escrita do débito” (TASP, Ap. Cív. n. 745.140-5, 11ª CC, j. 6-11-97, rel. Juiz Silveira Paulilo).

Afasta-se, pois, a preliminar de carência da ação por restar demasiadamente comprovada a finalidade da ação monitória, enquadrando-se perfeitamente à situação em tela nos requisitos delineados para a sua positura.

No que diz respeito à arguição do apelante de que se faz indispen-

sável a prova da origem do débito descrito no cheque, é ela improspectável!

De início, ressalta-se que, conforme definição de Fábio Ulhoa Coelho:

“Cheque é ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco em razão de provisão que o emitente possui junto ao sacado, proveniente dessa de contrato de depósito bancário ou de abertura de crédito” (Curso de Direito Comercial, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 2000, vol. 1, p. 426).

Outrossim, examinando-se os critérios de classificação dos títulos de crédito, constante da doutrina pátria, percebe-se que em um desses critérios diz respeito à hipótese de emissão, ou seja, os títulos podem ser classificados como causais, limitados e não-causais.

O cheque é, via de regra, classificado como um título não-causal, assim tidos aqueles que não estão vinculados, necessariamente, a um negócio jurídico subjacente.

A propósito, explicita ainda Fábio Ulhoa Coelho:

“Pelo terceiro critério de classificação, que leva em conta as hipóteses de emissão, os títulos podem ser causais, limitados e não-causais (ou abstratos).

[...]

“Por sua vez, os títulos não-causais podem ser criados em qualquer hipótese. São dessa

categoria o cheque e a nota promissória” (ob. cit., p. 376).

A partir dos conceitos acima colacionados, temos ser completamente possível a afirmação de que o cheque (título objeto da presente discussão) dispensa qualquer motivação específica para ser sacado, não havendo, portanto, razões suficientes a ensejarem uma discussão acerca da sua *causa debendi*, a fim de torná-lo válido, ao contrário do que afirma o apelante.

O postulante recursal evidencia a sua intenção em discutir o fato que originou a emissão da cártula, quando, em suas razões apelatórias, expressamente consigna:

“Nobres julgadores, não assiste razão à decisão do juiz *a quo*, por não ter sido a cártula emitida pela apelante e não haver qualquer relação comercial entre esta e o apelado”.

Entretanto, admitir-se a discussão, no caso, da *causa debendi* do cheque questionado, com a finalidade de tornar exigível o crédito nele representado, equivaleria a desvirtuar o instituto, alterando uma de suas características fundamentais, qual seja, a da não-causalidade, fazendo com que se torne um título de crédito causal (cuja emissão somente é permitida nas hipóteses previstas em lei).

Extremamente desarrazoada, assim, a pretensão da insurgente de ver discutida a ausência de relação comercial a autorizar a emissão do cheque questionado, discussão essa

totalmente estéril, em razão de não ter ela o condão de influir na exigibilidade do título.

Esta Casa de Justiça, sobre o assunto, assim tem-se manifestado:

“[...] ‘Assim, por que indagar a *causa debendi* numa obrigação cambial, sem nada de concreto, sem vínculos aparentes, sem configurar-se, em suma, um negócio jurídico de visível complexidade ou de manifestas implicações que transcendem a verdade cartular? Seria subverter e deformar demais o mundo cambiário, justamente no que tem de mais específico e lhe constitui a essência. Do mesmo passo, por que provas e em conseqüências por que aplicar-se a regra do *caput* do art. 740, se o caso é positivamente de seu parágrafo único, uma vez que a prova está completa com o título, isto é, se a prova é exclusivamente documental: caso em que o juiz proferirá sentença no prazo de 10 dias’ (Revista de Jurisprudência Brasileira, vol. 30, p. 148)” (Ap. Cív. n. 44.064, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Execução — Títulos de crédito — Cheque — Presunção de liquidez, certeza e exigibilidade — Prova em contrário — Cambial — *Causa debendi* — Oposição — Terceiro de boa-fé.

“Em favor dos títulos de crédito milita presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, desde que revestidos dos requisitos legais. Somente prova cabal e inequívoca em contrário poderá ilidir aquela presunção, sob pena de subversão dos princípios que disciplinam a obrigação cambial” (Ap.

Cív. n. 1998.015577-0, de Canoinhas, rel. Des. Newton Trisotto).

“Cheque. Exceções pessoais. Inoponibilidade a terceiro de boa-fé. Art. 25 da Lei n. 7.357/85.

“À luz do disposto no art. 25 da Lei do Cheque, é vedada a discussão da *causa debendi* em ação proposta por terceiro portador de boa-fé, eis que o cheque, como título não-causal que efetivamente é, desvincula-se de qualquer negócio subjacente”.

Do corpo do acórdão extrai-se:

“Ademais, pretendia a apelante, por meio de prova testemunhal, demonstrar a inexistência de negócio subjacente com a empresa apelada, questão que, na espécie, não apresenta relevância, eis que o cheque constitui título cambiário não-causal, de feição autônoma e abstrata e, consoante o disposto no art. 25 da Lei do Cheque, recepcionado pelo art. 22 da Lei Uniforme, está desvinculado de qualquer obrigação precedente, de forma que o direito do possuidor é abstrato, independente do negócio jurídico que lhe deu causa” (Ap. Cív. n. 1998.009749-5, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Paladino).

E, por acórdãos da nossa lavra:

“Monitória. Cheque prescrito. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa incorrente. Alegação de devolução das mercadorias cuja aquisição ensejou a emissão da cártula. Não tomada, entretanto, das providências legais cabíveis. Pleito acolhido. Sentença correta. Apelo desacolhido.

“Cheques são ordens de pagamento à vista, característica essa que não é erradicada em razão de estarem eles afetados pela prescrição. Estando o cheque embaixador de pleito monitório formalmente perfeito, não é de se admitir a investigação da *causa debendi* que gerou-lhe a emissão, não revelando-se cerceadora do direito de defesa da devedora a sentença que, diante dos argumentos expendidos, antecipa o julgamento da lide” (Ap. Cív. n. 1997.014476-8, de Rio do Sul).

“Monitória. Cheques prescritos. Embargos rejeitados. Antecipação do julgamento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Cheques emitidos como garantia de transação comercial. Não cumprimento desta. Ausência de prova escrita. Inércia dos devedores manifesta. Apelo desprovido.

“Estando os cheques que esteiam o pleito monitório deduzido extrinsecamente perfeitos, não admitem eles, de regra, investigação sobre a causa determinante da emissão, posto que representativos, por excelência, de ordem de pagamento à vista. Ausente começo de prova por escrito a respaldar as alegações dos devedores, a antecipação do julgamento da lide não implica em qualquer cerceamento de defesa” (Ap. Cív. n. 2000.007077-7, de Blumenau).

Enfocando a matéria, decidiu o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“Ação monitória. Cheques. Prescrição. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

Impossibilidade da *causa debendi*. Ônus da prova. Títulos formalmente perfeitos. Ordem de pagamento à vista.

“Desta forma, a ação monitória é a via adequada para cobrança de cheques que perderam a eficácia de título executivo pelo decurso de tempo. Estes, por sua vez, estando formalmente perfeitos, não admitem, salvo raras exceções, a discussão da *causa debendi*, razão pela qual ino correu o alegado cerceamento de defesa. As alegações que abririam ensejo a este tipo de discussão deveriam vir acompanhadas de indícios ou começo de prova que autorizassem a perquirição subsequente, o que não ocorreu” (TAPR, Ap. Cív. n. 101.677-7, DJPR de 8-8-97, rel. Antônio Alves do Prado Filho).

A par da impossibilidade da investigação, *in casu*, da causa que originou a emissão do cheque trazido aos autos pela apelada, despropositada mostra-se a alegação da apelante de não ter o título sido por ele emitido, não detendo, por isso, qualquer responsabilidade quanto à sua emissão.

Registra-se que no direito cambiário até mesmo o fato de o cheque não ter sido preenchido pelo titular da conta corrente não assume qualquer relevância, não o invalidando, desde que dele a sua assinatura, o que se verifica na hipótese *sub judice*.

Essa responsabilidade é equacionada pelo art. 13, parágrafo

único, da Lei n. 7.357/85, ao preceituar:

“As obrigações contraídas no cheque são autônomas e independentes.

“Parágrafo único: A assinatura de pessoa capaz cria obrigações para o signatário, mesmo que o cheque contenha assinatura de pessoas incapazes de se obrigar por cheque, ou assinaturas falsas, ou assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que, por qualquer outra razão, não poderiam obrigar as pessoas que assinaram o cheque, ou em nome das quais ele foi assinado”.

E complementa o art. 15 do diploma legal em referência:

“O emitente garante o pagamento, considerando-se não escrita a declaração pela qual se exima da garantia”.

Na mesma linha, disse este Tribunal:

“[...] é regra geral do nosso direito que quem emite um cheque é parte legítima para responder à dívida para com o portador, e o terceiro de boa-fé que estiver na posse dos títulos tem o direito de receber o crédito” (Ap. Cív. n. 1999.001831-8, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Dúvidas não restam, então, quanto à responsabilidade do apelante em relação ao cumprimento da obrigação representada pela cártula de fl. 7, uma vez que não resta dúvida de que a assinatura constante do título representativo do crédito é sua.

Por outro lado, totalmente insubsistente revela-se a argüição de que o art. 61 da Lei do Cheque não pode ser aplicado ao presente feito, já que o título embaixador do pedido monitorio é justamente o cheque, como ordem de pagamento à vista.

Insustentável, portanto, a pretensão do recorrente.

Afirma o apelante, também, que o cheque respaldador da pretensão monitoria da credora foi emitido com juros abusivos, sendo tal dívida decorrente de ato ilícito, havendo prática de agiotagem, impondo-se a inversão do ônus da prova para que a credora arque com o ônus de desconstituir essa alegação, pleiteando a aplicação da Medida Provisória n. 2.089-26 de 22-3-2001, a qual permite a inversão do ônus da prova quando presente a prática de usura.

Entretanto, as alegações em apreço não são passíveis de agasalhamento, uma vez que, para tanto, impunha-se a demonstração, mínima que fosse, de verossimilhança das argüições sustentadas pelo devedor, elementos esses ausentes nos autos.

Contudo, nenhuma prova hábil foi apresentada a respeito pelo insurgente, o que faz prevalecer o cheque acostado à inicial, dentro de suas funções normais, ou seja, como ordem de pagamento à vista.

Mesmo porque, consoante já se proclamou nesta Casa:

“Estando completo, o cheque constitui título de dívida líquida e certa. Não sendo coberto, é exigível

em execução, presumindo-se de origem lícita” (Ap. Cív. n. 1996.004536-8, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Amaral e Silva).

E ainda, indiscutível faz-se que:

“Se o réu reconhece o fato constitutivo do pedido e alega a ocorrência de outro, extintivo da obrigação, a ele incumbe a prova do fato exonerativo” (TJRJ, Ap. Cív. n. 34.93684, rel. Des. Narcizo Pinto).

Dessa forma, razão não assiste ao apelante, já que declarou ter emitido a cártula em favor da apelada, sendo, portanto, parte legítima para responder à ação monitoria.

Esta, aliás, a regra geral de nosso direito. Quem emite um cheque é parte legítima para responder à dívida para com o portador, havendo necessidade de prova robusta, pelo devedor, das alegações que conduziriam à não exigibilidade do título.

Destarte:

“Mera alegação de origem ilícita de cambial não é suficiente para inviabilizar sua execução, posto que o cheque devidamente formalizado configura título líquido, certo e exigível e, portanto, autônomo, sendo necessária prova robusta para descaracterizá-lo” (TJMS, *in* Dicionário Jurisprudencial de Dagma Paulino dos Reis, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994, p. 267).

Não há, todavia, qualquer prova nos autos de que os juros foram fixados em taxas acima das legalmente admitidas ou que houve a prática de agiotagem, caracterizando-se ato ilícito.

Cumpra frisar, aqui, que o ônus da prova, em sede de ação monitória, não se distingue das regras previstas no art. 333 do CPC, qual seja, ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Nesse sentido, ensina J. E. Carreira Alvim:

“A repartição do ônus probatório, nesses feitos, não foge à regra do art. 333, I e III, incumbindo ao autor a prova do fato constitutivo (específico) do seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Nesse sentido, a doutrina dominante, para a qual o regime da prova escrita no procedimento injuncional não difere do regime que este meio de prova tem no ordinário, encontrando-se o juiz, diante da prova e da valoração da sua eficácia, na mesma e idêntica situação em que se acha este último, ante a prova produzida pelo autor à revelia do réu”.

E arremata:

“Portanto, impróprio (e até desnecessário) falar-se em inversão do ônus da prova, não sendo contrário a esse procedimento possa o autor produzir novas provas, no curso da instrução, obtendo em caso positivo a confirmação do mandado inicial” (Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, Belo Horizonte : Del Rey, 2ª ed., 1996, p. 41).

Ainda:

“O cheque, ainda que prescrito o direito do portador à ação executiva,

constitui documento representativo de obrigação líquida, certa e exigível. Ao emitente cumpre provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor (CPC, art. 333, II)” (Ap. Cív. n. 1999.017927-3, de Timbó, rel. Des. Newton Trisotto).

No mesmo sentido:

“A ação monitória é um misto de ação cognitiva e executiva e, como tal, prevalece o ônus da prova contido no art. 333 do CPC. Exsurgindo como instrumento para a constituição de título judicial cheques íntegros e válidos a constituir efeitos no mundo jurídico, tem-se como descabida a pretensão dos devedores de embargar a demanda, sob a alegação de que a dívida é proveniente de mútuo parcialmente quitado e acrescido de juros ilegais a caracterizar a agiotagem, se nenhuma prova documental idônea acostam aos autos para tanto, além do que a prova testemunhal, por não poder suplantar aquela diante do valor da dívida, nos termos do art. 401 do CPC, seria inócua para a demanda” (Ap. Cív. n. 2000.012553-9, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Confira-se a Ap. Cív. n. 1998.008594-2, da comarca de Itapiranga, da qual foi relator o Exmo. Des. Nilton Macedo Machado, cuja ementa traduz:

“Ação monitória — Cheques — Alegação de pagamento — Pedido procedente — Embargos rejeitados — Prova da quitação válida — Recurso provido.

“A posse do título, pelo credor, gera a presunção de que não foi pago, mas esta pode ser destruída por instrumento de quitação passado em separado.

“A prova do pagamento é a quitação, passada pelo credor ou por quem legitimamente o represente, em forma escrita, constando o valor e espécie da dívida quitada, o nome do devedor ou de quem por ele pagou, o tempo e o lugar do pagamento”.

Ou, como acentuamos no acórdão referente à Ap. Cív. n. 1997.005060-7, da comarca de Brusque:

“Ainda que afetada por força da prescrição a função executiva do cheque, não tem tal título, só por isso, suprimidas a literalidade e a autonomia que lhe são inerentes, bem como a sua principal característica: a de ordem de pagamento à vista [...]”.

A propósito, de valia é citar Humberto Theodoro Júnior quando leciona:

“Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua

origem. Ao devedor é que, suscitada a discussão do negócio subjacente, cumpre o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, devendo, outrossim, fazê-lo por meio de prova robusta, cabal e convincente, porquanto, ainda na dúvida, o que prevalece é a presunção legal da legitimidade do título cambiário” (Títulos de crédito e outros títulos executivos, Saraiva, 1986, p. 137).

Destarte, não tendo o apelante fornecido a prova destinada à formação da convicção quanto aos fatos alegados, é de se confirmar a sentença vergastada.

III — Decisão

Diante das considerações tecidas, nega-se provimento ao apelo do embargante.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 8 de maio de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.015281-0, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Fernando Carioni

Apelação cível — Ação de falência — Protesto especial — Inobservância do art. 10 da Lei de Falências — Ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo — Extinção do feito — Inteligência do art. 267, IV, CPC — Sentença mantida — Recurso desprovido.

O protesto especial, disposto no art. 10 da Lei Falimentar, é o mecanismo pelo qual se constata a impontualidade do devedor, bastante para fins de decretação da falência. Por tratar-se de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo em epígrafe, constatada a irregularidade do protesto, nula será a ação de falência, impondo-se a sua extinção, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.015281-0, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apelante Metrisa — Metalúrgica Triângulo Ltda., sendo apelada Berchka Fábrica de Móveis Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de São Bento do Sul, que julgou extinta, sem julgamento do mérito, a Ação de Falência n. 058.97.000498-0, intentada por Metrisa — Metalúrgica Triângulo Ltda., ao fundamento de que o instrumento de protesto não preencheu os requisitos do art. 10 da Lei de Falências (fls. 53 a 56).

Irresignada, apela Metrisa — Metalúrgica Triângulo Ltda., sustentando que o protesto especial, previsto no art. 10 da Lei de Falências, somente é necessário para

aqueles títulos que não estão sujeitos a protesto comum, o que não é o caso dos autos.

Menciona que o instrumento de protesto contém a expressão “para fins falimentares” e traz o nome do representante legal da empresa, Claus Kitzberger, o que basta para embasar o pedido de falência.

Aduz, por fim, que, não tendo a apelada negado que a pessoa que recebeu a intimação do Cartório de Protesto de Títulos é o seu representante legal, é lógico que este possui poderes para tanto, tornando o protesto perfeito para o pedido de decretação de falência.

Em contra-razões, pugna a apelada pela manutenção da sentença vergastada (fls. 76 a 79).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, por não existir no caso em viso a presença da certeza necessária da intimação pessoal do comerciante devedor, ou, pelo menos, do recebimento das intimações por pessoa idônea, próxima do comerciante, capaz de afastar qualquer dúvida sobre a ciência do ato (fls. 87 a 90).

II — Voto

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o conteúdo da postulação há de ser apreciado.

O recurso em tela tem por objeto a reforma da decisão que julgou extinta, sem julgamento do mérito, a ação de falência, ao fundamento de que o instrumento de protesto não preencheu os requisitos do art. 10 da Lei de Falências.

A decisão objurgada não comporta reparos.

Ocorre que, como bem asseverou o MM. juiz *a quo*, a requerente, ora apelante, não efetuou o protesto especial, conforme disposto no art. 10 da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45), que estatui:

“Os títulos não sujeitos a protesto obrigatório devem ser protestados, para o fim da presente lei, nos cartórios de protesto e de letras e títulos, onde haverá um livro especial para o seu registro.

“§ 1º protesto pode ser interposto em qualquer tempo depois do vencimento da obrigação, e o respectivo instrumento, que será tirado dentro de 3 dias úteis, deve conter: a data, a transcrição, por extrato, do título com as principais declarações nele inseridas, pela ordem respectiva; a certidão de intimação do devedor para pagar, a resposta dada ou a declaração da falta da resposta; a certidão de não haver sido encontrado, ou de ser desconhecido ou estar ausente o devedor, casos em que a intimação será feita por edital, afixado à porta do cartório e, quando

possível, publicado pela imprensa; assinatura do oficial de protesto e, se possível, a do portador”.

Sobre o referido dispositivo, assim se manifesta Theotonio Negrão:

“O protesto especial do cheque é necessário no pedido de falência (Lei de Falências, arts. 10 e 11). O art. 47, II, § 1º, da Lei n. 7.357/85, não se aplica à falência, mas às execuções por falta de pagamento do cheque, ajuizadas contra endossantes e avalistas (RSTJ 10/392)” (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1.309).

O protesto especial, exigido pela Lei de Falências, é o instrumento pelo qual se constata a impontualidade do devedor. Diante disso, é necessário que esteja revestido das formalidades legais, a fim de torná-lo seguro tanto para o credor quanto para o devedor.

No caso em visto não restou demonstrado que a intimação do protesto foi feita na pessoa do representante legal da devedora ou de seu preposto. Nesse norte, tem-se que o protesto é irregular, não caracterizando a impontualidade para efeito de decretação da falência.

Por se tratar de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, constatada a irregularidade do protesto, nula será a ação de falência, impondo-se a sua extinção, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Assim, é inegável a nulidade da presente *actio*, pois o protesto não se deu nos moldes do exigido pelo art. 10 da Lei de Falências, sendo a extinção da ação em tela medida cogente, como bem decidiu o Magistrado *a quo*.

Ademais, há de se levar em conta o disposto no art. 5º da LICC, do qual se extrai o sentido da atuação de todo e qualquer julgador, *in verbis*:

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

No presente caso, pretende-se decretar a falência de uma empresa para a satisfação de um crédito de R\$ 3.689,26 (três mil, seiscentos e oitenta e nove reais e vinte e seis centavos).

Ora, a ação de falência é um meio excepcional de execução, ante as conseqüências negativas que traz para a sociedade. Dessa feita, a decretação de falência da apelada importaria na demissão de mais de cento e quarenta trabalhadores, conforme afirma à fl. 14, de modo que, *in casu*, deve-se atentar igualmente para o bem comum, preservando-se a recorrida de um processo falimentar de graves efeitos sociais. O credor, por sua vez, poderá vingar sua pretensão pela via própria.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal:

“De se consignar, ainda, o réprobo hábito que por aqui vem grassando de utilizar-se o processo falimentar como sucedâneo do execu-

tório, em expediente pernicioso não só à demandada, mas a toda sociedade, tendo-se em vista a irrefutável contundência da decretação da quebra.

“Máxime nestes tempos, em que a assombrosa face do desemprego mais se desvela, não se pode atender a quem pretende cercar-se de tão severa providência para exigir um débito que se poderia lograr pela via executiva. Somente à ausência de descortino ou à insensibilidade pode-se atribuir utilização tão espúria do relevante instituto.

“A falência não é um joguete que se oferece ao credor para impelir o devedor ao cumprimento do que se avençara, mas um meio excepcional de executar, em conjunto, o devedor insolvente.

“Há precioso precedente do Superior Tribunal de Justiça condenando essa prática:

‘Falência. Protesto. Intimação. A falência, instituto que tem sido desvirtuado para servir de instrumento coativo à cobrança de dívidas, não pode ser deferida se não atendidas rigorosamente as exigências formais’ (REsp n. 157.637/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1º-9-1998).

“No ensinar do Ministro Aliomar Baleeiro, ‘não há nenhum interesse social em multiplicar as falências, provocando depressões econômicas, recessões e desemprego numa época em que todas as nações do mundo lutam precisamente para afastar esses males. Uma falência pode provocar um reflexo psicológico sobre

a praça, e todas as nações do mundo procuram evitar o colapso das empresas, que tem como consequência prática o desemprego em massa nas populações' (Thélio Farias. Da necessidade do protesto especial para a decretação de falência, RT 4/704, p. 8).

“Desse modo, convém reiterar que a declaração da falência é medida extrema, acatável unicamente quando demonstrados quantum satis seus pressupostos. Não é via pela qual se possa constranger o devedor ao adimplemento contratual, pois, para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro oferta senda apropriada” (Ap. Cív. n. 2002.002756-1, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu) (grifei).

Isso posto, considerando-se que não foi observado no caso *sub judice* o procedimento estabelecido

na lei específica, este imprescindível para a decretação da falência, ante a sua gravidade, a sentença vergastada merece ser mantida incólume.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se e nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 26 de junho de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.004274-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Fernando Carioni

Apelação cível — Ação declaratória de inexigibilidade de cambial — Preliminar de ilegitimidade passiva da empresa cedente do crédito — Descabimento — Incidência do art. 1.069 do CC/16 — Contratos bancários — Código de Defesa do Consumidor — Incidência — Promoção especial — Discussão irrelevante — Nota promissória garantidora da obrigação levada a protesto — Emissão indevida — Inadimplemento inocorrente e obrigação ilíquida — Decisão mantida — Apelo desprovido.

Segundo o art. 1.069 do CC/16, a cessão de crédito não vale em relação ao devedor se este não for notificado acerca de sua existência, a fim de opor as exceções que lhe competir.

Estando as instituições financeiras enquadradas na expressão fornecedor, na modalidade de prestador de serviço, tal como descrita no caput do art. 3º do CDC, uma vez que prestam elas serviços de natureza bancária, financeira e de crédito, estes previstos no § 2º do mesmo dispositivo, devem pautar-se pelas diretrizes do Código Consumerista, tanto que a jurisprudência vem admitindo o controle judicial dos contratos bancários de adesão.

Despicienda é a discussão acerca da promoção especial — desconto das prestações pelo pagamento antecipado —, se o apelado efetuou o pagamento de todas as prestações, até a data da propositura da ação, e o banco arrecadador deu total quitação a elas.

Inexigível é a nota promissória levada a protesto se o débito que ela representa se encontra quitado. Acrescenta-se a isso que a “nota promissória emitida como garantia do pagamento de obrigações contraídas em outro contrato carece de autonomia. Não se podendo reconhecer liquidez, certeza e exigibilidade a este, tampouco pode-se atribuir àquela” (Ap. Cív. n. 1998.013623-7, de Curitiba, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.004274-0, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que são apelantes Fiat Serviços Técnicos em Administração Ltda. e outra, sendo apelado Jamir Pegoretti:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Fiat Serviços Técnicos em Administração Ltda. e outra contra a sentença do Dr. Juiz de Direito da 4ª

Vara Cível da comarca de Blumenau, que julgou procedentes as Ações Declaratórias de Inexigibilidade de Débito c/c Cancelamento Definitivo de Protesto n. 008.97.008049-0 e Cautelar de Sustação de Protesto n. 008.97.006446-0, propostas por Jamir Pegoretti, para declarar inexistente o débito representado pela nota promissória, e sustar em definitivo o seu protesto. Condenou as ora apelantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor dado à ação principal (fls. 62 a 67).

Dessa decisão insurgem-se as apelantes, aduzindo, preliminarmente, que a Regata Veículo Ltda. é parte ilegítima para figurar no pólo passivo

da ação, por não ser credora do ora apelado, uma vez que transferiu o título à recorrente, que o emitiu para cobrança, pelo que requer a sua exclusão do feito, condenando-se o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

No mérito, afirmam que o recorrido perdeu o direito de promoção especial, previsto na Cláusula n. IV. 1. B. 1, do contrato firmado entre as partes, porquanto não efetuou o pagamento das parcelas antecipadamente, para poder fazê-lo com desconto, de sorte que deveria ter pago o valor contratado, para ver-se livre da obrigação. Sustenta que o pagamento feito por meio de instituição financeira não quita a parcela paga a menos.

Afirmam que o débito assumido pelo apelado foi de R\$ 35.916,69 (trinta e cinco mil, novecentos e dezesseis reais e sessenta e nove centavos).

Asseveram que deve prevalecer o disposto nos arts. 135 e 1.080, ambos do CC/16, pois o contrato foi firmado de livre e espontânea vontade, fazendo lei entre as partes, não apresentando, outrossim, qualquer vício. Alega, também, que não incide ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Pugnam pelo provimento do recurso, a fim de que a empresa Regata Veículos Ltda. seja declarada parte ilegítima para figurar no presente feito, condenando o apelado às custas processuais e honorários advocatícios. No mérito, requerem sejam julgadas

improcedentes as demandas, invertendo-se os ônus da sucumbência.

O recorrido, em contra-razões, requer o desprovimento do recurso (fls. 79 a 83).

II — Voto

O recurso reúne os pressupostos de admissibilidade, pelo que merece ser conhecido.

A preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Regata Veículos Ltda. não merece guarida.

Isso porque não consta nos autos que o apelado teve ciência do termo de cessão de direito e obrigações (fl. 49), conforme requer o art. 1.069 do CC/16, que dispõe:

“A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificação se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”.

Foi esse, aliás, o entendimento do Togado *a quo*, ao rejeitar a preliminar, assim mencionando em sua decisão, *in verbis*:

“Razão não lhe assiste, porém, já que o referido termo de cessão não teve a participação do A., não constando a sua necessária assinatura (fl. 49). Afasta-se a preliminar, devendo permanecer a segunda R. no pólo passivo da demanda” (fl. 65).

Rejeita-se, portanto, a referida preliminar.

No mérito, alegam as apelantes que a avença firmada faz lei entre as partes e que não se aplica o CDC aos

contratos bancários celebrados com bancos e instituições financeiras.

As teses ventiladas não são dignas de reconhecimento.

Primeiro, porque incide sobre os contratos bancários o CDC, a fim de declarar a nulidade de cláusulas abusivas neles inseridas e resguardar o equilíbrio contratual, e, segundo, porque o contrato não restou violado pelo recorrido.

É deste Tribunal:

“Código de Defesa do Consumidor — Contrato bancário — Aplicabilidade.

“Não há negar que as instituições financeiras inserem-se na expressão ‘fornecedor’, descrita no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.078/90, uma vez que prestam serviços de natureza bancária, financeira e de crédito (§ 2º), pelo que todos os contratos celebrados com essas instituições estão subsumidos àquela legislação especial” (Ap. Cív. n. 2000.015249-8, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Quanto ao inadimplemento do apelado, por não fazer jus à promoção especial, melhor sorte não socorre as recorrentes, uma vez que, conforme os bloquetes bancários juntados aos autos (fls. 13 a 20), o recorrido pagou todas as prestações convencionadas, até a data da propositura da ação, tendo o banco arrecadador dado plena quitação àquelas.

Ressalta-se que, conforme assentou o Dr. Juiz de Direito, “o pagamento por via bancária, ao contrário do que alegaram os R., é

perfeitamente válido e eficaz. Se o banco está efetuando a cobrança é porque para tal está autorizado” (fl. 66).

Ora, se o banco estava autorizado a efetuar a cobrança, e assim o fez, não há falar em impossibilidade de a instituição financeira dar quitação às parcelas pagas, sobretudo em se considerando que a maioria fora paga antecipadamente e algumas com juros e correção monetária (prestação 13ª — fl. 18).

Outrossim, no que diz respeito à nota promissória, ainda que a cláusula V.4 do contrato (fl. 45v.) estipule a sua emissão em garantia do pagamento do débito assumido, este deve ocorrer tão-somente no caso de inadimplemento da obrigação contratada, de modo que, incorrendo este, ilegal é a emissão e o envio a protesto do título, como fora feito pela recorrente.

Acrescenta-se que a promissória, por ser uma “promessa de pagamento de certa soma em dinheiro, feita, por escrito, por uma pessoa, em favor de outra ou à sua ordem” (Fran Martins, *in* Títulos de Crédito, vol. I, 2ª Edição, Editora Forense, p. 277), deve preencher os requisitos do art. 54 da Lei n. 2.044/1908 e corresponder ao que efetivamente é devido, caso contrário, é de ser considerada inexistente.

O valor de R\$ 35.916,99 (trinta e cinco mil, novecentos e dezesseis reais e noventa e nove centavos), que dizem as recorrentes ser o débito assumido pelo apelado e representado pela nota promissória, está longe

de ser preciso, porquanto os litigantes trazem aos autos contratos com valores de financiamento e taxa de juros diferenciados, não se podendo inferir qual o *quantum* verdadeiramente devido (fls. 12 e 47).

Ademais, do valor expresso na nota promissória (R\$ 35.916,99), as apelantes determinaram fosse protestado o montante de R\$ 5.902,96 (cinco mil, novecentos e dois reais e noventa e seis centavos). Entretanto, esse valor, além de ter sido auferido unilateralmente pelas recorrentes, é indevido, em face da quitação dada às parcelas pelo banco que efetuou a cobrança do débito.

Frisa-se que as promissórias vinculadas a contratos, como no caso em espécie, porquanto emitidas como garantia, não possuem autonomia, somente podendo ser consideradas líquidas, certas e exigíveis, se assim forem os contratos que as originaram.

Nesse sentido, tem entendido esta Corte:

“Perde a autonomia a nota promissória emitida como garantia do cumprimento da obrigação contida no contrato de abertura de crédito em conta corrente, e se este não possui liquidez, aquela segue o mesmo destino” (Ap. Cív. n. 99.000972-6, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi).

Ainda:

“A nota promissória emitida como garantia do pagamento de

obrigações contraídas em outro contrato carece de autonomia. Não se podendo reconhecer liquidez, certeza e exigibilidade a este, tampouco pode-se atribuir àquela” (Ap. Cív. n. 98.013623-7, de Curitiba, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ora, não sendo líquido o débito assumido pelo recorrido, porque decorrente de contratos dúbios, ilíquida é a nota promissória, pelo que é de ser declarada inexigível.

Ante o exposto, em face da não comprovação do inadimplemento do apelado, bem como da iliquidez do contrato e, por conseqüência, da nota promissória, mantém-se incólume a decisão recorrida, que julgou procedentes as ações de inexigibilidade de débito c/c cancelamento definitivo de protesto e cautelar de sustação de protesto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 22 de maio de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.022216-5, DE GASPAR**Relator: Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Apelação cível — Pedido de restituição — Mercadorias vendidas e entregues a menos de 15 dias do pleito de concordata — Requerimento alternativo do equivalente em dinheiro, com base no valor do somatório da quantia lançada na venda a prazo — Sentença que fixa a fluência do reajuste monetário a partir da data de entrega das mercadorias à compradora — Inviabilidade na hipótese — Concessão de prazo pelo vendedor para pagamento dos bens adquiridos — Preço cobrado na parcela que corresponde à expectativa de inflação entre a data de emissão das faturas e o cumprimento das obrigações — Vulneração ao princípio do enriquecimento ilícito e art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 6.899/81 — Incidência da correção monetária a contar do vencimento — Recurso parcialmente provido.

A jurisprudência tem caminhado no sentido de que, tendo o pagamento do preço das mercadorias utilizadas pela concordatária caráter de dívida de valor, o fator de correção monetária inicia-se na data de entrega dos bens. Entretanto, esse entendimento é aplicável quando o pedido de restituição é confeccionado com indicação do importe dos produtos na data de suas entregas ou nos casos em que se requer, de forma genérica, o recebimento de numerário em quantia equivalente aos produtos (Conf. STJ — REsp n. 39.216-0/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 19-12-94).

Não se identificando nenhuma das circunstâncias acima apontadas, e formulada pretensão de restituição do valor de mercadorias vendidas, com base no quantum lançado na venda a prazo, sem apurar o real importe dos produtos na época de sua entrega à compradora, a fluência da correção monetária tem como marco inicial a data do vencimento das obrigações, sob pena de enriquecimento sem causa da empresa fornecedora em detrimento da concordatária/compradora e dos demais credores, pois a vendedora estipulou o valor final do preço, mesmo considerando a inflação

esperada no período compreendido entre a venda e o vencimento das obrigações.

Eleito pelo credor, para aferir o quantum que lhe reputa devido, critério baseado no valor dos produtos em venda a prazo, é de rigor, para efeito de definição do termo legal da correção monetária, o que preceitua o art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/81, no sentido de que na atualização de dívida “líquida e certa”, seja respeitado o respectivo vencimento das obrigações nela inseridas, e somente a partir de então haverá de se cogitar, portanto, da incidência do fator de reajuste monetário (Conf. STJ — REsp n. 40.141/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 1º-7-1996).

Honorários advocatícios e custas processuais — Inexistência de contestação — Verba de sucumbência devida pela concordatária.

Embora ausente pretensão resistida, o fato é que a parte que sofreu derrota deve responder pelas verbas de sucumbência, mesmo tratando-se de ação de restituição de mercadorias não contestada pela concordatária, em decorrência da insubsistência do artigo 77, § 7º, da Lei de Quebras ante o princípio da sucumbência, contemplado no Código de Processo Civil vigente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.022216-5, da comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é apelante Metalúrgica Turbina Ltda. e apelada Mannesmann Rexroth Turbina S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade de votos, conhecer e prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Gaspar, Mannesmann Rexroth Automação Ltda. ingressou com pedido de restituição de

mercadorias contra Metalúrgica Turbina S.A., pretendendo a devolução integral dos bens entregues dentro do prazo de quinze dias anteriores ao pleito de concordata promovida pela ré, ou, em caso de alienação, consumo ou transformação das mercadorias, e fosse a concordatária condenada ao pagamento de valor equivalente ao dos produtos alienados, no importe de R\$ 3.737,56.

Manifestando-se, a concordatária reconheceu o pedido contido na petição inicial, ressalvando a idéia de que as mercadorias fornecidas pela requerente devem ser restituídas em pecúnia, em decorrência de que os produtos já foram “processados”.

Outrossim, defendeu a idéia de ser incabível a condenação em custas processuais e honorários advocatícios, em virtude da ausência de contestação.

A comissária interveio nos autos, por meio da petição de fl. 30, apontando os mesmos argumentos expostos pela concordatária, tendo o Ministério Público expressado entendimento em igual sentido (fl. 30v.).

A autora impugnou as respostas apresentadas pela ré, pela comissária e a manifestação do *Parquet*.

Cumpriu-se o art. 77, § 2º, da Lei de Quebras (fls. 32 a 35).

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito acolheu o pedido contido na exordial, condenando a requerida a restituir à demandante as mercadorias que adquiriu ou o seu equivalente em dinheiro, acrescidas de correção monetária a contar da citação ou a partir da entrega dos produtos até a data do efetivo pagamento. Outrossim, condenou a demandada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre o valor da causa corrigido.

Irresignada, apelou a ré, sob o fundamento de que: a) o reajuste de correção monetária deve ter como marco inicial o vencimento dos títulos oriundos das notas fiscais, e não a partir da entrega dos produtos, que são anteriores ao termo dos instrumentos; b) não contestada a ação, inviável a condenação em custas processuais e em honorários advoca-

tícios, conforme dicção do art. 77, § 7º, da Lei n. 7.661/45.

A comissária manifestou-se nos autos, ratificando as teses defendidas pela requerida (fls. 54 a 58). Idêntico posicionamento adotou o Ministério Público (fls.60 e 61).

A autora não apresentou contra-razões.

Na sequência, os autos ascenderam a esta Instância.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça registrou a idéia de que a apelação interposta pela demandada deve ser provida para o fim de reformar a sentença impugnada, nos tópicos em que foram apresentados inconformismos.

É o relatório.

II — Voto

O recurso é conhecido e provido parcialmente.

1 — A sentença impugnada julgou procedente o pedido contido na petição inicial e determinou a entrega dos produtos reclamados, ou o seu equivalente em dinheiro caso estes não mais existam, com correção monetária a partir da entrega das mercadorias.

No recurso de apelação, pretende a concordatária que o fator de reajuste monetário incida a partir dos vencimentos das obrigações, de modo diverso do que restou admitido na decisão combatida.

A jurisprudência tem caminhando no sentido de que, tendo o pagamento do preço das mercadorias utilizadas pela concordatária caráter de dívida

de valor, o fator de correção monetária inicia-se na data de entrega dos bens.

De acordo com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Fontes de Alencar: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que no pedido de restituição de mercadorias vendidas a crédito e entregues nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata é devida a correção monetária a partir da data da entrega do bem, pois no caso cuida-se de dívida de valor” (REsp n. 2.460/PR, DJ em 11-6-90).

Na linha de orientação, pronunciou-se o Ministro Octavio Galotti, quando do julgamento do RE n. 104.616, sob a ementa:

“Concordata. Restituição de mercadoria.

“O pagamento do preço da mercadoria já utilizada pelo concordatário tem o caráter de dívida de valor, sendo devida a correção monetária a partir da data da entrega do bem.

Mantida, no caso, a vigência estabelecida pelo acórdão recorrido (Lei n. 6.899/81), ante a preclusão operada pela falta de recurso do credor” (in RTJ 114/857).

Do voto do relator extrai-se:

“O pagamento do preço da mercadoria já utilizada pelo concordatário tem caráter de ressarcimento, por má-fé presumida em lei. Corresponde, essencialmente, ao valor do bem alienado e só acidentalmente à sua expressão monetária. Busca a equivalência com uma utilidade e

caracteriza-se perfeitamente como dívida de valor ao que foi acontecer nas indenizações.

“Por isso, segundo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal acerca das dívidas de valor, a correção monetária da dívida não estaria na dependência da aplicação da Lei n. 6.899/81 e deveria correr a partir da data da entrega da mercadoria” (in RTJ 114/857).

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou questão semelhante, decidindo que a correção monetária deve incidir a partir da entrega da mercadoria:

“Concordata. Pedido de restituição. Correção monetária. A atualização monetária conta-se a partir da entrega da mercadoria, por tratar-se de dívida de valor. Precedentes. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 44.449, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 5-9-1994).

Acontece, entretanto, que esse entendimento é aplicável quando o pedido de restituição é confeccionado com indicação do valor dos produtos na data da entrega das respectivas mercadorias ou nos casos em que se requer, de forma genérica, o recebimento de importe em quantia equivalente aos bens (Conf. STJ — REsp n. 39.216-0/SP, rel. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 19-12-1994).

E, na hipótese em julgamento, não se identifica nenhuma das circunstâncias acima apontadas, porquanto a requerente/apelada não indicou o *quantum* que as mercadorias possuíam na data da entrega,

nem pleiteou a apuração de tal cifra para o futuro; requereu a autora, isso sim, a restituição dos importes com base na quantia lançada na venda a prazo, sem apurar a real cifra dos bens na época de sua entrega à compradora.

Ora, quando do faturamento das vendas, em 19-10-1995 (fls. 23 e 24 — campo “Data da Emissão”), a requerente, efetivamente, ao estabelecer o preço que iria ser pago em 4-12-1995, referente às notas fiscais de ns. 16451 e 16.452 (fls. 23 e 24 campo “Número — Valor — Vencimento”), fez uma previsão da inflação esperada nesse período de aproximadamente *dois meses*, computando-a no valor do preço.

Dessa forma, a correção monetária dos importes a serem restituídos devem iniciar no vencimento das obrigações (4-12-1995) e não a partir da entrega dos produtos (19-10-95 — fl. 25), sob pena de enriquecimento sem causa da empresa fornecedora em detrimento da concordatária/compradora, em decorrência da incidência de correção monetária no mesmo período, uma vez que quando a fornecedora/apelada vendeu os produtos a prazo computou no valor do preço a inflação esperada no período compreendido entre a venda e o vencimento das obrigações.

Essa fundamentação encontra manifesto apoio nas razões desenvolvidas pelo eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando do julgamento do REsp n. 39.216-0/SP, DJ 19-12-1994, *in verbis*:

“[...] a autora-recorrida, na inicial, não declinou o valor que as mercadorias possuíam na data da entrega, tampouco remeteu a apuração de tal valor para o futuro. Requereu, isso sim, a restituição das quantias consignadas nas triplicatas.

“É certo que tais quantias refletem o valor das mercadorias a cuja comercialização se referem; não, porém, no momento da entrega, mas sim nas datas de vencimento das cártulas.

“É igualmente intuitivo que o fornecedor de mercadorias, ao conceder prazo de cerca de um mês para pagamento — como *in casu* — embute no preço cobrado a expectativa de inflação do período entre a data de emissão da fatura e a data estipulada para pagamento.

“No caso, portanto, quando do faturamento das vendas, em 22 e 28 de janeiro de 1991, a empresa fornecedora, ora recorrida, ao estabelecer o preço que iria ser pago em 19 e 25 de fevereiro daquele ano, fez uma previsão da inflação esperada nesse período de aproximadamente um mês, computando-a no cálculo do aludido preço.

“Assim, a correção dos valores das notas fiscais (faturas), com base nas quais extraídas as duplicatas, cumpre seja feita a partir dos vencimentos destas (19 e 25 de fevereiro) e não das datas de entrega das mercadorias (22 e 28 de janeiro), sob pena de promover-se enriquecimento sem causa da empresa fornecedora em detrimento da compradora/concordatária”.

Assim, eleito pelo credor, para aferir o *quantum* que lhe reputa devido, critério baseado no valor dos produtos em venda a prazo, é de rigor, para efeito de definição do termo legal da correção monetária, o que preceitua o art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/81, no sentido de que na atualização de dívida “líquida e certa” seja respeitado o respectivo vencimento das obrigações nela inseridas, e somente a partir de então haverá de se cogitar, portanto, da incidência do fator de reajuste monetário.

Bem disse o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que “[...] o fato de a quantia consignada no mencionado título sofrer atualização a partir do vencimento, nos moldes preconizados pelo § 1º do art. 1º da Lei n. 6.899/81, nada tem a ver com a natureza da obrigação de restituição, que se caracteriza como ‘dívida de valor’”. Isso porque, “[...] a aplicação do aludido preceito legal na espécie somente se justifica para o efeito de, em função do critério de aferição do valor das mercadorias (com base no valor da triplicata), precisar o *dies a quo* da incidência de correção monetária sobre tal valor, colimando evitar-se o enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra” (REsp n. 40.141/SP, DJ 1º-7-1996).

Nessa senda, tem-se que a correção monetária sobre o valor das mercadorias deve iniciar no vencimento das obrigações, ou seja, em 4-12-95.

2 — Posto isso, insurgiu-se, ainda, a concordatária, quanto à sua condenação ao pagamento das

custas processuais e dos honorários advocatícios, porquanto não apresentou resposta, em forma de contestação.

É cediço que da dicção da Lei de Quebras extrai-se o preceito de que “as despesas da reclamação, quando não contestadas, são pagas pelo reclamante, e, se contestadas, pelo vencido” (artigo 77, § 7º, da Lei de Falências).

Na hipótese em julgamento não houve resposta, em forma de contestação, apenas limitando-se a ré a manifestar-se nos autos em relação à pretensão da autora por ele reconhecida como legítima (fls. 28 e 29), no sentido de definir a forma de pagamento do equivalente em dinheiro, já que as mercadorias foram “processadas”.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, contestação é o “instrumento processual utilizado pelo réu para opor-se, formal ou materialmente, à pretensão deduzida em juízo pelo autor” (*in* Curso de Direito Processual Civil, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. I, p. 378).

Nessa ordem de idéias, embora ausente pretensão resistida, o fato é que a jurisprudência tem convergido, embora entendimentos contrários, cite-se como exemplo a Ap. Cív. n. 2002.008083-2, de Blumenau, rel. Des. Eládio Torret Rocha, no sentido de que a parte que sofreu derrota deve responder pelas verbas de sucumbência, mesmo tratando-se de ação de restituição de mercadorias não contestada pela concordatária, em decorrência da insubsistência do artigo 77, § 7º, da Lei de Quebras ante

o princípio da *sucumbência*, contemplado no Código de Processo Civil vigente.

Na lição do Ministro Aldir Passarinho Junior:

“A Lei n. 5.869/73 (CPC), em seu art. 20, *caput*, consagrou o princípio da causalidade, para determinar a responsabilidade das partes pelo ônus na utilização do processo, incumbindo àquele que lhe deu causa, o vencido, arcar com as despesas despendidas pelo vencedor, incluídos aí os honorários.

“*In casu*, inobstante a especialidade do processo falimentar (Lei de Falências), que em seu art. 77, § 7º, expressamente determina o pagamento das despesas da reclamação pelo reclamante, quando não contestada pelo reclamado, tal norma cede à sistemática instituída pela Lei Instrumental Civil, que lhe é posterior” (Extraído do corpo do REsp n. 34.497, DJ 21-2-2000).

Do Superior Tribunal de Justiça, colhem-se os seguintes precedentes:

“Ação de restituição de mercadorias. Inexistência de contestação. Verba de sucumbência devida pela concordatária. Considerada objetivamente, a parte que sofreu derrota em juízo deve responder pelas verbas de sucumbência, mesmo em se tratando de ação de restituição de mercadorias não contestada pela concordatária, tendo em vista a insubsistência do artigo 77, § 7º, da Lei de Falências frente ao princípio da sucumbência, consagrado no Código de Processo Civil vigente” (STJ — REsp n.

36058/MG, rel. Min. Castro Filho, DJ 14-10-2002).

E ainda:

“Concordata preventiva. Pedido de restituição de mercadorias. Condenação em juros e honorários. Impugnado de qualquer forma o pedido de restituição de mercadorias, ser feita por sua tradução em dinheiro, pagará a concordatária os juros de mora, custas e verba honorária. Artigos 77, § 7º, e 163, antigo parágrafo único, da Lei Falencial. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 16.265/PR, rel. Min. Athos Carneiro, DJ 3-8-1992).

Desse modo, irretocável a decisão impugnada, no sentido de condenar a apelante ao pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e provê-lo parcialmente, para o fim de reformar a sentença impugnada no tópico respeitante ao início da correção monetária, admitindo sua incidência a partir do vencimento das obrigações (4-12-1995).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 13 de novembro de 2003.

Trindade dos Santos,

Presidente com voto;

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi,

Relator.

DOUTRINA DE DIREITO PÚBLICO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE SENTIDO *

Reinaldo Pereira e Silva**

1. A estrutura circular da dignidade da pessoa humana

No plano da nova hermenêutica constitucional, enredada com a dignidade da pessoa humana, é impossível proceder à elaboração da compreensão jurídica das regras e dos princípios constitucionais¹, mormente daqueles relacionados com os direitos fundamentais, sem que se pré-compreenda não apenas a linguagem em que se fala dos direitos fundamentais, mas também o ambiente político-ideológico que inspirou a ação do poder constituinte originário e que, em sua textura aberta,

* Estudo em homenagem ao professor Paulo Bonavides e à dona Yeda Bonavides.

** Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC. Professor de Direitos Humanos no curso de mestrado em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina — UNISUL. Procurador do Estado. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (1998-2000; 2004).

1 Sobre a Constituição como sistema aberto de regras e princípios, JESUS, Noel Antonio Tavares de. O processo de concretização constitucional: limites e possibilidades. *Revista da Esmesc*. Florianópolis: Esmesc, 2003. p. 163-4.

deve orientar o trabalho dos intérpretes (a coisa de que o texto trata)². Tal ambiente político-ideológico envolve a superação de uma concepção de constitucionalismo pautada pela identificação acrítica do direito à lei e da lei a toda deliberação legislativa arrebatada pela idéia formalista da vontade da maioria. A superação desta concepção reducionista do fenômeno jurídico, denominada constitucionalismo da separação dos poderes³, é a responsável pelo aparecimento da concepção de constitucionalismo de que é tributária a nova hermenêutica constitucional e na qual a constatação da validade de uma lei, além de critérios formais, igualmente se pauta pela observância de critérios materiais. Daí por que, na nova hermenêutica constitucional, a interpretação dos direitos fundamentais, que são prerrogativas humanitárias que visam a assegurar a dignidade da pessoa humana, orienta-se pela pré-compreensão da própria dignidade da pessoa humana, assim como pelos compromissos estatais que lhe são correspondentes⁴.

A compreensão jurídica, dessa forma, apresenta “uma estrutura circular, visto que só dentro de uma totalidade já dada de sentido (uma regra ou um princípio) se manifesta como (uma regra ou um princípio), e uma vez que toda interpretação se move no campo da compreensão prévia, pressupondo-a como condição de sua possibilidade”⁵. Para Martin Heidegger, “toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o

- 2 Cf. LARENZ, Karl. [Methodenlehre der rechtswissenschaft]. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 242-9; HESSE, Konrad. [Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 61-3.
- 3 Para uma crítica do constitucionalismo da separação dos poderes, Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 537-45.
- 4 Este norte axiológico, avesso ao anacrônico positivismo legalista, é capaz de assegurar à nova hermenêutica constitucional duas importantes orientações pragmáticas: por primeiro, a certeza de que nem toda lei é direito e, como decorrência necessária, a convicção de que o direito, como promotor de valores e prerrogativas humanitárias, existe para além das deliberações legislativas.
- 5 CORETH, Emerich. [Grundfragen der hermeneutik]. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 23.

que se quer interpretar”⁶. O que significa dizer que “a interpretação não é que, primeiramente, leva alguma coisa à compreensão, antes pressupõe uma compreensão e significa ‘elaboração da compreensão’, elaboração explícita do que foi compreendido”⁷. Em outras palavras, a interpretação, como elaboração da compreensão jurídica, não prescinde da pré-compreensão, ao contrário, condiciona-se por uma totalidade de sentido pré-compreendido ou, ao menos, por um contexto de sentido co-compreendido. No caso da dignidade da pessoa humana, a estrutura circular de sua compreensão jurídica é bastante evidente, já que, ao mesmo tempo em que a dignidade é condição de possibilidade de sentido, constitui o objeto de sentido dos direitos fundamentais. Para efeito deste estudo, dar-se-á ênfase à dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido, desenvolvendo-se nos tópicos seguintes a pré-compreensão dos direitos fundamentais a partir de determinados pressupostos doutrinários e de certos princípios metajurídicos.

2. Os pressupostos doutrinários da pré-compreensão jurídica

2.1. A teoria das dimensões dos direitos fundamentais

Um importante pressuposto doutrinário, que explicita a natureza unitária e interdependente das prerrogativas de que se compõe a dignidade da pessoa humana⁸, é a teoria das dimensões dos direitos fundamentais. Se fundamentais são os direitos cuja

6 HEIDEGGER, Martin. [Sein und zeit]. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 209.

7 CORETH, Emerich. *Op. cit.*, p. 83.

8 Tal natureza foi bem acentuada pela Proclamação de Teerã, de 1968, ao declarar que “a plena realização dos direitos civis e políticos (direitos de liberdade) sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de igualdade) é impossível. O alcance de progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de políticas nacionais e internacionais saudáveis e eficazes de desenvolvimento econômico e social” (artigo 13). E a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, a reforçou, reafirmando que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais” (artigo 5º).

garantia pela Constituição do Estado é necessária para a realização da igualdade entre os homens, deve-se falar de diversas dimensões apenas com o propósito de evidenciar sua progressiva consagração jurídica. Em outras palavras, os direitos fundamentais, apesar de ascenderem à consciência ética da humanidade progressivamente, não devem ser colocados um ao lado do outro, de maneira incomunicável, nem um à frente do outro, de modo sucessivo. Estas duas formas de assimilar os direitos fundamentais, porque desconhecem sua unidade e sua interdependência, reduzem o todo a desconexos fragmentos, incapazes de realizar seu potencial revolucionário⁹.

Para a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, o valor liberdade corresponde à primeira dimensão, afeta aos direitos de defesa (*abwehrrechte*), e os valores igualdade e fraternidade, às demais dimensões, “com extensão referencial de sua titularidade”, concernentes aos direitos de participação (*teilhaberechte*)¹⁰. Enquanto princípio diretor, a dignidade da pessoa humana não é um princípio único e isolado, é uma unidade interdependente de prerrogativas humanitárias, expressa mediante uma “pluralidade de valores que só se abre ao homem paulatinamente na história”¹¹. Em termos bastante precários, é então possível dizer que a dimensão da liberdade se estabeleceu com a Constituição francesa, de 1791, e com as Dez Primeiras Emendas, também de 1791, à Constituição norte-americana, de 1787 (direitos civis e políticos); a dimensão da igualdade, com a Constituição mexicana de Querétaro, de 1917, e com a Constituição alemã de Weimar, de 1919 (direitos econômicos, sociais e culturais); e a dimensão da fraternidade, com as Constituições democráticas posteriores à Segunda Guerra Mundial (direitos transindividuais). Diz-se em termos bastante precários, apenas para exemplificar

9 O marco para se pensar os direitos fundamentais na modernidade é o êxito revolucionário francês de 1789. Não obstante sua tríade de valores (liberdade, igualdade e fraternidade), em termos de consagração jurídica a modernidade é, em grande medida, um conjunto de promessas não realizadas.

10 BONAVIDES, Paulo. Um novo conceito de democracia direta. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Foz de Iguaçu, Conselho Federal da OAB, 1994. p. 983, nota 1.

11 HARTMANN, Nicolai. [Zur grundlegung der ontologie]. *Ontologia*. v. I. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 23.

com a história da França, porque a idéia de liberdade inicialmente consagrada convivia sem pudor com a escravidão de negros (ausência de direitos civis) e com a exclusão das mulheres do direito de voto¹².

Importante esclarecer que o valor igualdade, além de ser a fonte de inspiração para os direitos de segunda dimensão, é, antes ainda, na forma de princípio da isonomia, a nota político-jurídica que distingue a modernidade (sociedade de iguais) da pré-modernidade (sociedade de desiguais). Enquanto princípio da isonomia, a igualdade é indicativo de imparcialidade (igualdade perante a lei) e de não-discriminação (igualdade na lei). Enquanto direitos de segunda dimensão, a igualdade se desdobra em direitos de proteção — exigência de intervenção legislativa nas relações entre particulares (por exemplo, direito do trabalho) — e direitos de prestação — exigência de intervenção executiva mediante prestação de serviços públicos (por exemplo, direito à saúde).

Para a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, as dimensões relativas à liberdade e à igualdade dizem respeito à idéia de individualidade: os direitos de liberdade resguardam a individualidade subjetiva e os direitos de igualdade, a individualidade objetiva; isso porque os direitos de igualdade envolvem o concurso do Estado e da sociedade para sua plena realização. São, portanto, “direitos providos, no ordenamento constitucional brasileiro, daquela garantia suprema de rigidez do parágrafo 4º, do artigo 60”. Noutras palavras, são direitos inseridos normativamente em “cláusulas pétreas”¹³. Apenas a terceira dimensão dos direitos fundamentais, que consagra direitos para além da esfera de titularidade e exercício de um indivíduo humano, traduz a transindividualidade. Esta terceira dimensão

12 Apesar de a constituinte de 1791 ter abolido a escravidão na França, em cujo território já não havia escravos em decorrência de anterior decisão de Luís XIV, as colônias francesas mantiveram durante décadas a prática da escravidão, a exemplo da Guiana Francesa, onde a abolição somente ocorreu em 1848. Já as mulheres francesas apenas em 1944 tiveram assegurados seus direitos políticos.

13 A garantia suprema de rigidez, destinada aos direitos individuais e aos princípios fundamentais, é previsão original da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que veio a se tornar a Constituição alemã do pós-guerra. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 588-99; TÁCITO, Caio. Os direitos do homem e os deveres do Estado. In: WALD, Arnoldo (org.). *O direito na década de 80*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 253; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. *Interesse público*. São Paulo, n. 17, 2003. p. 69 a 74.

expressa o valor fraternidade porque ocasiona vínculos jurídicos de natureza cooperativa (solidariedade), e não vínculos de concorrência. Daí a razão pela qual tais direitos, tanto em seu gozo quanto na sujeição às conseqüências de sua lesão, compreendem sempre bens de titularidade transindividual, quando não transgeracional. Como na disciplina da transindividualidade o bem jurídico protegido é sempre fisicamente indivisível, é possível distinguir duas espécies de direitos fundamentais de terceira dimensão com base na amplitude de seus titulares: 1. transindividualidade de natureza coletiva, se determináveis (por exemplo, direito à honra de determinada agremiação profissional); e 2. transindividualidade de natureza difusa, se indetermináveis (por exemplo, direito ao meio ecologicamente equilibrado, direito ao desenvolvimento, direito à paz).

Para além das especificações apresentadas, bastante úteis do ponto de vista pragmático, importa para a teoria das dimensões dos direitos fundamentais afirmar que a pré-compreensão da dignidade da pessoa humana, ao esclarecer o caráter histórico das diversas dimensões dos direitos fundamentais, objetiva, antes de tudo, explicitar a natureza unitária e interdependente das prerrogativas humanitárias de que se compõe, concluindo que liberdade sem igualdade é a opressão do mais forte sobre o mais fraco, que igualdade sem liberdade é padronização anti-humanista e que ambos os valores, ainda quando casados, não se realizam senão mediante a promoção simultânea da fraternidade.

2.2. A teoria da universalidade dos direitos fundamentais

Do ponto de vista da história, proclamar a universalidade dos direitos fundamentais, como o faz a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, não é o mesmo que negar-lhes o caráter histórico. Proclamar a universalidade dos direitos fundamentais é reconhecer que, muito embora sua ascensão à consciência ética da humanidade seja historicamente datada, os direitos fundamentais do homem não são criação histórica. Em outras palavras, é reconhecer a igual dignidade de todos os seres humanos independentemente da questão temporal¹⁴. É sabido que, para Norberto Bobbio, “os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”¹⁵. No entanto, importa entender bem esta conhecida afirmação, dela não se deduzindo senão o caráter aberto do discurso humanitário, de modo a afastar a admissão ao retrocesso. Porque pautados pela gramática da inclusão, os direitos fundamentais estão sempre abertos ao novo que a história diuturnamente apresenta, somando, às antigas, as recentes conquistas humanas. Daí por que a abertura ao novo não implica relativismo humanitário, como acentua o próprio Norberto Bobbio, numa afirmação igualmente conhecida e na qual admite, apesar da timidez, o caráter absoluto de expressivos direitos fundamentais¹⁶.

-
- 14 HARTMANN, Nicolai. [Philosophie der natur]. *Ontología*. vol. V. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 297.
- 15 BOBBIO, Norberto. [L'età dei diritti]. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.
- 16 “Entendo por valor absoluto o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outra categoria de pessoas. O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada” (BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 42).

Impossível negar que a timidez de Norberto Bobbio em afirmar a universalidade dos direitos fundamentais do homem decorre de dois equívocos: o primeiro é não entender que os direitos fundamentais “não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si”¹⁷; e o segundo é considerar como direito tudo o que, historicamente, encontrou amparo legal, a exemplo da escravidão e da tortura. Este segundo equívoco é recorrente em todos os pensadores positivistas que ainda não se desvencilharam das amarras do formalismo legalista, isto é, que ainda pré-compreendem o direito a partir do constitucionalismo da separação dos poderes¹⁸. Esclarece Nicolai Hartmann que “a cambiante validade de determinados valores em determinado tempo não significa seu nascer e perecer ao correr da história. O câmbio não é mutação dos valores, mas mudança da preferência que prestam determinadas épocas a determinados valores”¹⁹. Dessa maneira, proclamar a universalidade dos direitos fundamentais é pré-compreender a dignidade não apenas como uma pluralidade de valores que só se abre ao homem paulatinamente na história, mas pré-compreendê-la como um valor que existe desde sempre, já que é imutável, e que se incorpora em todos os homens indistintamente.

Do ponto de vista da geografia, proclamar a universalidade dos direitos fundamentais é reconhecer a igual dignidade de todos os seres humanos independentemente do espaço territorial onde se encontram²⁰. É também reconhecer que todas as culturas “possuem concepções acerca da dignidade humana, mas nem sempre a identificam em termos de direitos humanos”²¹. Em outras pala-

17 LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 413.

18 “A universalidade pode parecer demasiado utópica, mas, como disse Sartre, antes de ser concretizada, uma idéia tem uma estranha semelhança com a utopia. Seja como for, o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, impõe-se a obrigação de justificar tudo o que existe, por mais injusto e opressivo que seja” (SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, Cedec, n. 39, 1997. p. 122).

19 HARTMANN, Nicolai. [Zur grundlegung der ontologie]. p. 356.

20 HARTMANN, Nicolai. [Philosophie der natur]. p. 297.

21 SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*, p. 114.

vras, todos os seres humanos são titulares das mesmas prerrogativas humanitárias, muito embora vinculados a diferentes culturas. Incurrendo em grave desatino, autores de escol insistem em opor a universalidade ao multiculturalismo. Na verdade, a pretexto de defesa da diversidade cultural, o que tais autores advogam é o relativismo dos direitos fundamentais do homem. Mesmo porque, na prática, insistir nesta desarrazoada oposição corresponde a legitimar padrões e ações espaciais que, a despeito de sua diversidade, em nada contribuem para a emancipação humana; ao contrário, servem de anteparo à opressão²². Para além da crítica externa²³, a inter-relação entre a universalidade e o multiculturalismo também favorece, na abertura inerente a toda cultura, o desenvolvimento da crítica interna, ascendendo a pré-compreensão da dignidade humana em termos de consciência ética. Com efeito, na medida em que colabora para o exercício de uma prerrogativa humanitária, a diferença cultural não só é valorizada, mas valoriza a pré-compreensão da dignidade humana. Dessa forma, as diferenças culturais, desde que não sejam o avesso da emancipação, sofisticam a teoria da universalidade dos direitos fundamentais, como legítimo desdobramento de sua tessitura aberta.

2.3. A teoria da vontade política

Para a teoria da vontade política, distinguir os direitos fundamentais a partir de sua realização imediata ou progressiva,

- 22 Um exemplo gritante é a prática da mutilação genital feminina nos países islâmicos africanos. Assevera Ruth Macklin que “quem mostra tolerância a esse ritual a partir da noção de ‘respeito à cultura’ deve uma explicação sobre por que tal respeito é um valor superior à obrigação de proteger os vulneráveis de um dano que costuma ser duradouro e, por vezes, resulta em morte” (MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: PESSINI, Léo; GARRAFA, Volnei (org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 66-7).
- 23 Assevera Michael Freeman que “o universalismo dos direitos humanos é compatível com o respeito à diversidade cultural porque os defensores dos direitos humanos podem celebrar todas as culturas, com a condição de que elas não oprimam e aviltem aqueles que estão sob seu poder. A moralidade que não permite crítica externa da cultura em referência a um respeito pela pessoa humana está preparada para colaborar com o mal radical. A idéia dos direitos humanos universais coloca uma barreira mínima a essa espécie de colaboração” (FREEMAN, Michael. Direitos humanos universais e particularidades nacionais. *Cidadania e Justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Brasília, ano 5, n. 11, 2001. p. 97).

2.3. A teoria da vontade política

Para a teoria da vontade política, distinguir os direitos fundamentais a partir de sua realização imediata ou progressiva, isto é, a partir do caráter negativo ou positivo do papel do Estado para sua efetivação, é recurso falacioso de que se valem alguns autores para dissimular decisões que prestigiam certos direitos (regra geral, os direitos civis e políticos) e desprestigiam outros (regra geral, os direitos sociais, econômicos e culturais, assim como os direitos transindividuais de natureza difusa). Na obra “O custo dos direitos” (*The cost of rights*), Cass Sunstein e Stephen Holmes defendem a tese de que todos os direitos fundamentais do homem, sem exceção, se envolvem com o papel positivo do Estado, isto é, demandam algum tipo de prestação pública para sua efetivação. A partir daí, resta evidente que também os direitos fundamentais relacionados à dimensão da liberdade não se realizam mediante a mera postura estatal omissiva (ausência de custos), mas igualmente exigem ações comissivas. Segundo Flávio Galdino, “a crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos em detrimento de outros, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos os direitos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância”²⁴. A tese de Cass Sunstein²⁵ e Stephen Holmes acerca do custo de

24 GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.189. O artigo citado de Flávio Galdino merece ser consultado integralmente, dentre outros méritos, porque oferece uma exposição detalhada da obra *The cost of rights*, de Cass Sunstein e Stephen Holmes. No entanto, não me parece correta a crítica que o citado autor realiza ao sistema brasileiro de serviço público de saúde no primeiro parágrafo da página 206 de seu artigo.

25 Na obra “A Constituição parcial” (*The partial Constitution*), de Cass Sunstein, a crítica à crença na ausência de custos de alguns direitos se centra na parcialidade da interpretação da Constituição norte-americana pela Suprema Corte, na medida em que, assentando suas decisões na dicotomia positivo/negativo, “encobre os fundamentos da justiça distributiva que o país adota e que protege apenas uma parte do povo americano”. A referida obra também é citada por Flávio Galdino a partir da página 189 de seu artigo.

todos os direitos fundamentais, além de desqualificar a distinção dos direitos a partir de sua realização imediata ou progressiva, possibilita a pré-compreensão de um objetivo parâmetro de avaliação social sobre a existência, ou não, de correspondência entre as decisões acerca da locação de recursos públicos²⁶ e a pluralidade de valores consagrada pela ordem constitucional para a promoção da dignidade da pessoa humana²⁷.

3. Os princípios metajurídicos da pré-compreensão

Da mesma forma que os pressupostos doutrinários, os princípios metajurídicos são importantes recursos metodológicos para a pré-compreensão da natureza unitária e interdependente das prerrogativas de que se compõe a dignidade da pessoa humana²⁸. Tais princípios, regra geral subjacentes ao ordenamento constitucional positivado, desdobram-se em absolutos e gerais. Os princípios metajurídicos absolutos são aqueles cujo imperativo não admite exceção; já os princípios metajurídicos gerais admitem-na. Exemplos dos primeiros são o princípio da razoabilidade, o princípio da unidade axiológica e o princípio da máxima efetividade. Exemplo do segundo caso é o princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais. É importante esclarecer que tais princípios se denominam metajurídicos porque

26 Recursos públicos levantados a partir da tributação imposta pelo Estado a todo o povo.

27 É comum dizer-se que o direito de propriedade é um direito de imediata realização, porquanto seu exercício independeria de qualquer gasto público e se efetivaria mediante a simples abstinência estatal. “Cass Sunstein e Stephen Holmes argumentam que não existe propriedade privada sem ação pública, sem prestações estatais positivas. Para os autores, o Estado não reconhece simplesmente a propriedade; o Estado verdadeiramente cria a propriedade. O direito de propriedade depende de um arsenal normativo de criação contínua e perene por parte de agentes políticos, em especial juizes e legisladores. Ademais, a proteção ao direito de propriedade depende diariamente da ação de agentes governamentais, em especial policiais e bombeiros. Todos os agentes referidos são mantidos e pagos pelo Estado, consubstanciando seu trabalho em uma prestação manifestamente pública — positiva — indispensável à configuração e manutenção do direito de propriedade” (Galdino, Flávio. *Op. cit.*, p. 192-3).

28 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1998. p. 1.096-101; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130-3.

integram a pré-compreensão jurídica das regras e princípios constitucionais. Não se confundem com os princípios jurídicos — expressos ou implícitos —, já que estes são verdadeiras normas constitucionais e objeto de elaboração da compreensão jurídica e aqueles, como recurso metodológico, são condição de possibilidade de sentido.

Do ponto de vista material, o princípio da razoabilidade é a pré-compreensão do ordenamento constitucional como um todo semântico comprometido com a emancipação humana, isto é, com os objetivos do constitucionalismo dos direitos fundamentais. Esta pré-compreensão afasta da elaboração da compreensão jurídica toda possibilidade de sentido — atribuída às regras e princípios constitucionais — que favoreça a opressão em quaisquer de suas formas. Em conseqüência, a interpretação de uma norma constitucional de modo a propiciar a opressão se torna uma elaboração irrazoável da compreensão jurídica, ou seja, uma manifesta incompreensão. Do ponto de vista instrumental, o princípio da razoabilidade é a combinação de vários subprincípios, que orientam a elaboração da compreensão jurídica. Dentre estes subprincípios, destacam-se: a) o da congruência histórica, isto é, o apropriado acordo do significado jurídico com o momento histórico, tanto com sua realidade presente quanto com suas projeções de futuro previsível; b) o da legitimidade dos meios para a consecução dos fins; e c) o da ponderação das conseqüências previstas e prováveis. Em sua articulação, os subprincípios identificam o que tradicionalmente se chama prudência²⁹.

O princípio da unidade axiológica, em concordância com a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, é a pré-compreensão do ordenamento constitucional como uma unidade interdependente e indivisível de valores relacionados à liberdade, à igualdade e à fraternidade e de suas correspondentes prerrogativas humanitárias. Costuma-se dizer que os direitos fundamentais, que congregam as prerrogativas humanitárias, não possuem entre si hierarquia. No entanto, os valores que neles se expressam a

29 Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 529-33.

possuem³⁰. Dessa maneira, o princípio da hierarquia axiológica está subentendido no princípio da unidade axiológica, mesmo porque, sem a pré-compreensão hierarquizada dos valores, não se compreenderia o ordenamento constitucional como um sistema aberto de regras e princípios; ao contrário, como um amontoado desconexo de normas. É claro que somente na análise do caso concreto, havendo a concorrência de direitos fundamentais, manifestar-se-ão as relações de hierarquia entre os valores neles expressos. Contudo, antes de mais nada, deve-se distinguir, com base na dimensão material do princípio da razoabilidade, um verdadeiro direito fundamental de um pretense direito, para, somente após, “perceber sentimentalmente” os valores envolvidos³¹.

O princípio da máxima efetividade, que possui uma dimensão hermenêutica e uma dimensão legislativa, é a pré-compreensão do ordenamento constitucional, notadamente das normas que consagram direitos fundamentais, como um sistema capaz de responder às expectativas por ele mesmo geradas da forma mais ampla e completa. Do ponto de vista hermenêutico, o princípio da máxima efetividade é a autorização para a larga utilização da interpretação extensiva e da analogia, com vistas a favorecer o máximo resultado normativo das regras e princípios constitucionais. Do ponto de vista legislativo, o princípio da máxima efetividade é “a vinculação dos legisladores aos direitos fundamentais”. Segundo J. J. Gomes Canotilho, “a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’³²; exige um complemento: a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais”³³.

30 SICHES, Luis Recaséns. *Op. cit.*, p. 528.

31 “Os valores exercem sua força de exigência na vida não por meio de uma autoridade que esteja atrás deles, nem tampouco por uma compulsão que sintamos, senão simplesmente porque são evidentes para nós, nos convencem e são reconhecidos pelo sentimento de valor” (HARTMANN, Nicolai. [Philosophie der Natur]. p. 364).

32 A fórmula referida por J. J. Gomes Canotilho é o resultado da superação histórica — operada pelo constitucionalismo dos direitos fundamentais — da fórmula “os direitos fundamentais apenas no âmbito da lei” — tributária do constitucionalismo da separação dos poderes.

33 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 363-4.

Por fim, o princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais, que é um princípio metajurídico geral, no Brasil também possui o *status* de princípio jurídico, já que expressamente assentado no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Trata-se de um princípio metajurídico geral porque constitui regra que admite exceções. É claro que as exceções, que devem apresentar expressa fundamentação constitucional, ostentam natureza transitória, uma vez que as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais existem para imediata aplicação. A não-superação legislativa da natureza transitória das exceções caracteriza o que a doutrina denomina de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, primordial é dizer que o princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais, no caso das exceções, impõe a pré-compreensão de tais normas como dotadas de eficácia não só negativa — capacidade de revogar toda e qualquer norma anterior que lhe seja contrária e capacidade de impedir, com o mesmo grau de contrariedade, a promulgação de norma inferior posterior —, mas também de significativa eficácia positiva. Neste último aspecto, ensina Paulo Bonavides que, por ser norma cuja matéria já está definida pela Constituição, “sua aplicabilidade pode manifestar-se de maneira direta, posto que incompleta, ficando, por exigência técnica, condicionada a sucessivas normas integrativas”³⁴.

4. Considerações finais

A ênfase dada por este estudo à dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido, isto é, como pré-compreensão dos direitos fundamentais a partir de determinados pressupostos doutrinários e de certos princípios metajurídicos, apenas traçou o projeto de um empreendimento acadêmico mais ambicioso, a ser desenvolvido no ano em curso. Tal projeto encontra justificativa na convicção de que, sem um bem articulado arsenal metodológico, a luta pela promoção da dignidade da pessoa humana corre o risco do voluntarismo. E a dignidade da pes-

34 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 225.

soa humana não pode sujeitar-se a caprichos, pois, como assinala Paulo Bonavides, “é proposição do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”³⁵.

35 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231.

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILBRADO E O DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM: O CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA NAWA DO PARQUE NACIONAL SERRA DO DIVISOR — ACRE

David Wilson de Abreu Pardo^{1*}

Introdução: apresentação do problema. 1. Sobre a colisão de direitos na teoria dos princípios. 2. Sobre o instituto do indigenato e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução: apresentação do problema

Nos autos de uma ação civil pública² promovida pelo Ministério Público Federal, cujo objetivo é obrigar o Poder Público (União e Ibama) a executar o Plano de Manejo do Parque Nacional

* Juiz Federal da 1ª Vara (AC), Presidente da Turma Recursal do Juizado Especial Federal (AC), Juiz do Tribunal Regional Eleitoral (AC), Mestre e Doutorando em Direito na UFSC e Professor de Direito Constitucional na UFAC.

1 Juiz Federal da 1ª Vara (AC), Presidente da Turma Recursal do Juizado Especial Federal (AC), Juiz do Tribunal Regional Eleitoral (AC), Mestre e Doutorando em Direito na UFSC e Professor de Direito Constitucional na UFAC.
2 Processo n. 1998.30.00.002586-0 / 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Acre.

Serra do Divisor – PNSD, localizado no Estado do Acre, em região de fronteira com o Peru, surgiu uma delicada questão incidental. Após decisão concessiva da medida liminar requerida e cumprimento de algumas determinações ali contidas, como, por exemplo, identificação da área como uma unidade de conservação tipo parque nacional, mediante placas que informavam as restrições legais a imperar sobre a região, um grupo de moradores tradicionais passou a se autodenominar grupo indígena, afirmando ser descendente dos índios Nawas, considerados extintos no início do século XX.

A Autarquia Ambiental (Ibama) resistiu à pretensão do grupo de moradores, requerendo a realização de perícia antropológica a fim de esclarecer a questão, pois duvidava da auto-identificação étnica. Preocupou-se com a integridade ambiental da área do PNSD, que já havia sido identificado por pesquisadores como tendo uma das mais ricas biodiversidades do Planeta. Apesar da inércia em executar o Plano de Manejo do PNSD, principalmente sob a alegação de escassez de recursos orçamentários e financeiros, o Ibama não pretendia abrir mão de parte da região. Entendia que eventual terra indígena encravada na unidade de conservação não se submeteria às mesmas restrições legais relativas a um parque nacional, nem seria próprio do grupo de moradores que se diziam indígenas a preocupação com a preservação ambiental.

Realizada a prova pericial antropológica, esta concluiu pelo reconhecimento da indianidade do grupo de moradores tradicionais, com base em pesquisa de campo e em pesquisa bibliográfica, realçando que o critério da auto-identificação é fundamental para o reconhecimento de grupos indígenas, conforme inclusive regras de organismos das Nações Unidas (especialmente a OIT).

Posta assim a situação, surgiu um problema de grande relevância para o direito constitucional: a necessidade de proteger o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam parece confrontar com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ambos são direitos constitucionais. Apontam eles para soluções absolutamente contrárias, ou podem ser coordenados, na solução do caso?

1. Sobre a colisão de direitos na teoria dos princípios

Principalmente a partir dos trabalhos de Ronald Dworkin³, é conhecida a tese de que os direitos constitucionais se apresentam mediante padrões normativos principiológicos. Na verdade, na obra de Dworkin, a noção de princípios adquire proeminência no interior de uma concepção sistematizada do direito. A teoria jurídica dworkiana erige os princípios como os elementos nucleares de uma teoria da prestação jurisdicional instituinte de direitos⁴, superando a concepção de que eles teriam uma mera função subsidiária na solução dos conflitos. A teoria do direito baseada em princípios pretende enfrentar e defender a tese de uma resposta correta para os casos difíceis⁵. Os princípios são definidos como padrões que devem ser observados por constituírem uma exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, estando sua aplicação vinculada ao critério da importância ou peso relativo de cada um, na hipótese de conflito. Para a decisão do caso difícil, o autor americano propõe a tese da resposta correta, segundo a qual “a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, para o ato discricionário do juiz”⁶.

De acordo com essa teoria da adjudicação, a atividade judicial constrói argumentativamente a resposta correta para um caso difícil por meio de juízos interpretativos que entendem a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento⁷. Dworkin denomina a concepção do direito como interpretação construtiva da prática jurídica de o *direito como integri-*

3 DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking Rights Seriously* (1977, 1978).

4 Para uma introdução à teoria de Dworkin, cf. a excelente monografia de Vera Karam de Chueiri, *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*, mimeo, s.d., 42 p.

5 Na versão em espanhol, DWORIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 1989, p. 72 e ss.

6 KARAM, Vera. *Op. cit.*, p. 2.

7 DWORIN, Ronald. *O império do direito*. 1999, p. 272 e ss.

dade. O ideal da integridade se agrega aos princípios da justiça, equidade e devido processo, a fim de ser construída uma estrutura política justa, e cujo sentido, como ideal político, traduz-se na exigência de que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, ou, na linguagem comum, que os casos parecidos devem ser tratados de forma parecida⁸.

A teoria pede, portanto, que os juízes admitam, na medida do possível, que “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”⁹. Para Dworkin, somente assim pode ser pensada uma comunidade de princípios, uma comunidade em que as pessoas aceitam que as governam princípios comuns e não só regras estabelecidas pelas instituições políticas.

Robert Alexy aproveita as descobertas de Dworkin e realiza uma refinada sistematização dos conceitos relativos à estrutura da norma jurídica, distinguindo qualitativamente os *princípios* das *regras*. Os *princípios* são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, enquanto as *regras* são “normas que só podem ser cumpridas ou não”¹⁰. Para Alexy, os princípios são chamados de *mandamentos de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, e cuja medida de cumprimento é dependente das possibilidades fáticas e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ou seja, as conseqüências jurídicas determinadas por um princípio são cumpridas se ele, em virtude do conjunto de circunstâncias jurídicas e fáticas, adquire precedência sobre outros princípios e regras. Por sua vez, as regras, como normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo válidas implicam na exata realização daquilo que elas exigem, nem mais nem

8 DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*. p. 201 e 202.

9 DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*. p. 291.

10 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

menos. São normas que contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível.

Percebe-se que no cerne da distinção formulada está a consideração de que as regras são válidas ou inválidas, não existindo meio-termo, pois o conceito de validade jurídica não é graduável. Se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela ordena, de maneira definitiva. Os princípios, por sua vez, ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, os princípios são mandamentos *prima facie*, pois “do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o quê o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo”¹¹. Já as regras são determinações definitivas.

Importante observar que a adoção de um modelo de ordem jurídica que combina regra e princípio, vinculando os dois níveis normativos, é preferível a um modelo puro de princípios, ou a um modelo puro de regras. Na verdade, um modelo puro de princípios tem o inconveniente de substituir completamente a vinculação ao texto legal pela ponderação, de acordo com o jogo de prós-e-contra. No outro extremo, um modelo puro de regras, a par da segurança jurídica e da previsibilidade dele decorrentes, não apresenta elementos suficientes para enfrentar o grau de complexidade da ordem jurídica dos Estados contemporâneos. Essa complexidade diz respeito à necessidade de considerar as condições e circunstâncias relativas ao caso concreto para que se possa definir a norma jurídica que vai ser aplicada. Somente considerando a norma jurídica como princípio torna-se possível ponderar as circunstâncias reais e jurídicas (outras normas *prima facie* aplicáveis ao caso), fazendo incidir a determinação daí resultante¹². Pelo modelo combinado, consegue-se coordenar um certo grau de flexibilidade normativa, necessário para a ponderação das normas

11 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 99.

12 Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 118 e 129. A esse respeito, complementa o autor, na p. 126, apoiando-se no estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “...los criterios libres de ponderación pueden abarcar correctamente hasta un cierto punto, los casos claros pero, a más tardar, en los casos dudosos, se ve claramente que estos criterios no son más que la expresión de determinadas relaciones de preferencia entre los principios”.

prima facie aplicáveis, com uma medida também necessária de segurança jurídica, garantida pelo caráter de regra das normas e manifestada pela vinculação do discurso de aplicação do direito ao texto legal.

Enfim, pode-se dizer que os princípios são mandamentos (normas) cuja conduta exigida somente se pode determinar uma vez que se conheçam as circunstâncias do caso. Os princípios e regras teriam então um caráter diferente como razões para juízos concretos de dever ser. Os princípios são sempre razões *prima facie*. As regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, razões definitivas. Por isso, e resumindo o que foi dito, enquanto os princípios são normas aplicáveis apenas *prima facie*, as regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica. Essa descoberta permite afirmar que a aplicação dos princípios conduz ao estabelecimento de uma regra que representa uma razão definitiva para um juízo concreto de dever ser.

Há uma outra especificação que permite compreender mais claramente a distinção entre regras e princípios, na teoria de Alexy. Cuida-se da maneira de resolver as oposições normativas. As oposições entre normas são chamadas de *colisão de princípios* e *conflito de regras* e têm em comum o fato de que “duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios”¹³. O conflito de regras resolve-se no âmbito da validade, pois não podem coexistir duas regras, no mesmo ordenamento jurídico, que conduzam a resultados diferentes, pelo simples fato de que elas são ou não aplicadas. Nessa tarefa, podem ser utilizados todos os recursos já mencionados pela Teoria Geral do Direito, como os critérios da especialidade, anterioridade e hierarquia. Já na dimensão do peso ou da importância é que se encontra a forma de solucionar a colisão entre princípios. Se ocorre uma colisão entre princípios válidos, configura-se a hipótese de uma circunstância jurídica (que é um princípio) se opor a outro princípio, ambos pretendendo aplicação ao caso.

Para Alexy, a solução de uma colisão de princípios ocorre na medida em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se

13 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 87.

estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação desta relação consiste em que, “tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”¹⁴. Sendo assim, “de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência”¹⁵, proposição que permite a Alexy formular uma lei de colisão, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”¹⁶. Se sob as circunstâncias do caso o princípio P1 precede ao princípio P2, que com aquele colide, então daí deriva uma regra R proibitiva de aplicação de P2 e que determina as consequências jurídicas da aplicação de P1.

Assim, por meio da ponderação entre seus pesos relativos, de acordo com as circunstâncias do caso, é indicado o princípio que vai ser aplicado para resolver o problema. Chama-se ponderação o processo de averiguar qual dos princípios, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto. A ponderação produz uma regra concreta, a regra de decisão do caso.

Um princípio, mediante o processo de ponderação, adquire precedência sobre outro(s) e como a determinação de uma relação de precedência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra, o mandamento *prima facie* torna-se definitivo para o caso em questão. De modo que a regra resultante desse processo, conforme a definição própria das regras, é o juízo concreto de dever ser derivado do princípio que será aplicado ao caso. Para enfrentar a objeção de que o processo de ponderação conduziria à discricionariedade judicial, Alexy formula a lei da ponderação, responsável pela racionalidade do procedimento, esclarecendo que são os enunciados que estabelecem as preferências condicionadas entre os princípios que devem ser fundamentados.

14 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 92.

15 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 94.

16 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 94.

Ou seja, “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente”¹⁷¹⁸. Nesse processo, que se refere à fundamentação de regras relativamente concretas, podem ser utilizados todos os argumentos possíveis da justificação jurídica, inclusive os cânones da interpretação tradicional.

Mas também devem ser utilizados argumentos específicos da ponderação que justificam a racionalidade do enunciado de preferência. Internamente, o enunciado de precedência se justifica na medida em que obedece a uma regra segundo a qual “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”¹⁹. A lei da ponderação, portanto, expressa o que deve ser justificado racionalmente no processo de ponderação. O enunciado de preferência condicionado, como resultado de um processo de ponderação, somente se justifica quando a afetação de um princípio ocorre na medida de satisfação do princípio precedente. A medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. E, se sobre a base da decisão de ponderação sempre é possível formular uma regra (lei de colisão), isso quer dizer que a ponderação no caso particular e a universalidade não são inconciliáveis²⁰. As circunstâncias do caso, que servem para determinar o princípio precedente, servem igualmente para fundamentar uma regra de decisão, a regra de decisão do caso.

2. Sobre o instituto do indigenato e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O caso resumidamente descrito na *Introdução* deste artigo apresenta evidente colisão de direitos constitucionais, que pode ser solucionada mediante a aplicação dos recursos conceituais e metodológicos oferecidos pela teoria dos princípios.

17 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 161.

18 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 159.

19 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 161.

20 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 167.

Por um lado, é certo que a Constituição garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, indistintamente, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225, *caput*, CF). Quando assim o faz, impõe ao mesmo tempo ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defender e preservar tal bem para as presentes e futuras gerações. No que toca ao Poder Público, várias são as atribuições-obrigações delineadas pela própria Constituição, como a preservação e o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, bem como a definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos (artigo 225, § 1º, I e III, CF).

A edição da Lei n. 9.985/2000 tem, então, o efeito de integrar o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que regulamenta o artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e IV, da CF, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. O detalhamento legal das atividades obrigatórias do Poder Público e da coletividade, no referido diploma normativo, encontra direto assento constitucional, podendo ser entendido como mecanismo implementador do próprio direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E uma das unidades de conservação previstas pela lei, com inserção no grupo de Unidades de Proteção Integral, é a categoria de unidade de conservação Parque Nacional (artigo 8º, III, Lei n. 9.985/2000).

No mesmo nível de proteção, por sua vez, encontra-se o indigenato, entendendo-se como tal o reconhecimento aos índios dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (artigo 231, *caput*, CF). O § 1º do aludido artigo constitucional complementa que “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. E o § 2º realça que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto

exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

Aproveitando todos os argumentos da teoria dos princípios sumariamente reconstruídos no item anterior, pode-se defender a tese de que não são absolutamente excludentes os dois direitos constitucionais em colisão (o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o indigenato). Como se viu, na melhor doutrina e mesmo em um juízo moral correto, nenhum direito é absoluto, devendo cada direito constitucional conformar-se com outros direitos do mesmo nível. Cabe atentar para a necessidade de harmonização dos postulados constitucionais, ponderando-os a fim de obter-se a concordância prática e a otimização dos princípios em concorrência. O que não pode acontecer, em um procedimento tal, é o avanço em um direito a ponto de agredir o seu conteúdo essencial.

Não parece haver agressão ao conteúdo essencial do instituto indigenato, se, no caso avaliado, for institucionalizada uma área indígena sujeita a certas restrições jurídicas de cunho ambiental.

É interessante anotar que a própria legislação já indica a viabilidade de uma solução nesse sentido, quando o artigo 57, *caput*, da Lei n. 9.985/2000, faz referência à regularização de eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação. É perfeitamente possível pensar na institucionalização de uma área indígena sujeita a restrições jurídicas de cunho ambiental, garantida a participação das comunidades envolvidas (parágrafo único do artigo 57 da Lei n. 9.985/2000). Surgiria uma área sujeita a um regime especial de regulamentação, em que se pudesse observar o respeito tanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quanto ao indigenato, ambos, como já se assinalou, de nível constitucional.

Destarte, uma área submetida a tal regulamentação especial, cujo detalhamento dar-se-ia com a participação das comunidades envolvidas, atenderia à necessidade de permanência daquelas pessoas que se autodenominam indígenas, cabendo-lhes a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes (artigo 231, §

2º, CF). Mas, ao mesmo tempo, habitada em caráter permanente para uso nas atividades produtivas, estaria submetida à condição de preservação dos recursos ambientais necessários ao próprio bem-estar das pessoas que se autodenominam indígenas. O § 1º do artigo 231 da CF já indica esse caminho, acrescentando que tudo se dê segundo os usos, costumes e tradições dos indígenas.

É importante verificar que o próprio laudo pericial antropológico mencionado no início alerta quanto à necessidade de que seja praticado o manejo ecológico dos recursos, ainda que na hipótese de a área ser considerada, pura e simplesmente, um território indígena. No texto do laudo se encontra a afirmação de que *mais da metade da população é formada de criança e jovem, o que significa um aumento expressivo no futuro da referida população*. E, como conseqüência, *haverá uma escassez de produtos, em poucos anos (roça, caça e pesca), se não praticarem o manejo ecológico*.

Em outro trecho, o documento pericial expressa que: “O ideal seria que a comunidade fizesse manejo auto-sustentável do território, com orientação de técnicos especializados, assim não incrementando a pecuária para evitar novos desmatamentos”. Certamente que isso poderia ser feito com a observância dos usos, costumes e tradições das pessoas que se autodenominam indígenas, mediante a institucionalização da área indígena sujeita a restrições jurídicas de natureza ambiental, por meio da ação direta dos órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista (Ibama e Funai), garantida a participação das comunidades envolvidas.

Outrossim, essa solução jurídica encontra ressonância em normas de natureza acentuadamente indigenista. O Decreto n. 24, de 4-2-91, dispõe sobre as ações visando à proteção do meio ambiente em terras indígenas. No seu artigo 2º, inclusive, referido Decreto estabelece que, para os fins de proteção ambiental pretendida, serão elaborados projetos específicos em áreas consideradas prioritárias, objetivando ações de equilíbrio ecológico das terras indígenas e seu entorno, como condição necessária para a sobrevivência física e cultural das populações indígenas. O parágrafo único do referido artigo especifica as ações que aqueles pro-

jetos deverão contemplar, como diagnóstico ambiental, recuperação de áreas, controle ambiental e identificação e difusão de tecnologias. Já o artigo 4º, ainda do Decreto em comento, indica o Ibama e a Funai como órgãos de elaboração e execução de tais projetos, com o auxílio de outras entidades governamentais e não-governamentais.

A solução apresentada para a delicada questão incidental presente na ação civil pública, portanto, é racionalmente justificada porque se funda nas circunstâncias do problema. Tomando em conta as circunstâncias do caso se justifica a relação de precedência do indigenato (o que é unanimemente reconhecido na doutrina e na jurisprudência), mas não se afeta por completo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A ponderação dos pesos relativos de cada um dos direitos, de acordo com as circunstâncias do caso, indica a forma de solução racional. O resultado é que a regra de decisão alcançada expressa que *em áreas legalmente identificadas como unidades de conservação a terra indígena deve submeter-se às restrições jurídicas de natureza ambiental, mediante a execução de um plano de manejo elaborado com a participação da comunidade envolvida.*

Considerações finais

Pelos argumentos expostos, parece possível solucionar o problema elaborando-se um Plano de Manejo, nos moldes da Lei n. 9.985/2000, para a área em conflito, garantida a participação das comunidades envolvidas. A área submetida a essa regulação especial garantiria, simultaneamente, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o instituto do indigenato, coordenando os princípios constitucionais respectivos.

No nível da ação concreta, portanto, a institucionalização de tal área exigiria desde já a elaboração e execução de um Plano de Manejo, garantida a participação das comunidades envolvidas, para implementação de ações visando à proteção do meio ambiente dessa área (Decreto n. 24, de 4-2-1991), devendo ser observadas ainda as diretrizes da Lei n. 9.985/2000, especialmente aquelas relativas a Parques Nacionais (artigo 11), mas tudo em

respeito à organização social e política, costumes, crenças e tradições das comunidades.

Apenas a título de curiosidade do leitor, no dia 15-10-2003, as partes chegaram a um acordo (conciliação), no qual foi reconhecida a indianidade do grupo de moradores do PNSD, e ficou determinada a elaboração de Plano de Manejo específico para a área (para uso racional e comedido dos recursos naturais), com a participação da comunidade envolvida.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Título original: *Theorie der Grundrechte*.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Ronald Dworkin*. Mimeo, s.d.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *Taking Rights Seriously*.
- _____. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1989. Título original: *Taking Rights Seriously*.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's Empire*.

**JURISPRUDÊNCIA
DE DIREITO PÚBLICO**

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2001.023240-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

ICMS – Operações com álcool etílico hidratado carburante – Exigência de apuração e recolhimento do imposto no momento da saída do estabelecimento – Regime de substituição tributária – Constitucionalidade – Ausência de ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade do tributo.

É legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, em regime de substituição tributária, em transações definidas pelo Fisco, tendo os Estados competência legislativa plena para estabelecer o regime de apuração/recolhimento do imposto. Logo, a apuração do ICMS pelo regime de substituição tributária, adotada pelo Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, no tocante às operações com álcool etílico hidratado carburante, não possui qualquer vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nem tampouco representa ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade do tributo.

ICMS – Operações com álcool etílico hidratado carburante – Alterações introduzidas pelo Decreto n. 3.275/01 ao RICMS do Estado de Santa Catarina – Não configurada ofensa aos princípios da isonomia e da garantia à liberdade de trabalho – Ausência de direito líquido e certo.

Não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia, nas alterações introduzidas pelo Decreto n. 3.275/01 ao art. 76 do RICMS, uma vez que a norma em comento não estabelece tratamento desigual para os responsáveis pelo pagamento do tributo em atividade no mesmo ramo de atuação da impetrante, submetendo todos às mesmas regras. Da mesma forma, não procede a argumentação de desrespeito à garantia de liberdade de trabalho, pois o estabelecimento de regras para assegurar o cumprimento de obrigações tributárias em nada obsta o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, nem impede a livre concorrência, garantidos nos arts. 5º, XIII, e 170, IV e parágrafo único da Carta Magna.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2001.023240-5, da comarca da Capital, em que é impetrante Delta Distribuidora de Petróleo Ltda. e impetrado o Secretário de Estado da Fazenda:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, afastar as preliminares e denegar a ordem.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Delta Distribuidora de Petróleo Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Fazenda, pleiteando liminar para que seja suspensa a exigência da apuração/recolhimento do ICMS em relação às operações com álcool etílico hidratado carburante no momento da saída do seu estabelecimento, determinando que a autoridade impetrada abstenha-se de praticar qualquer ato coercitivo tendente à cobrança de tributos, como

apreensão de caminhões, cancelamento da inscrição, etc., possibilitando à impetrante, até ulterior decisão de mérito, desempenhar com plenitude a sua vida empresarial pelo regime anterior de apuração/recolhimento do ICMS. Requer, ainda, seja suspenso o dispositivo que atribuiu a responsabilidade ao substituído, determinando que a autoridade apontada como coatora abstenha-se de exigir do destinatário da mercadoria (substituído) o imposto devido ao Estado na substituição tributária.

O pedido de liminar foi postergado para após as informações (fl. 109), que foram prestadas pela autoridade impetrada às fls. 114 a 143. Argüiu, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo, o descabimento de mandado de segurança contra lei em tese e a ilegitimidade ativa da impetrante. No mérito, defendeu o ato atacado, sustentando a constitucionalidade da substituição tributária, da forma de apuração e do recolhimento do ICMS,

bem como do Regime Especial, requerendo a denegação da ordem.

A liminar foi indeferida às fls. 145 a 147.

A impetrante opôs embargos de declaração à decisão que denegou a liminar às fls. 158 e 159, os quais foram rejeitados às fls. 162 a 165.

O representante do Ministério Público manifestou-se, às fls. 169 a 178, pela denegação da segurança.

II — Voto

Inicialmente, devem ser apreciadas as preliminares argüidas pela autoridade impetrada nas informações (fls. 114 a 143), de inexistência de direito líquido e certo, descabimento de mandado de segurança contra a lei em tese e ilegitimidade ativa da impetrante.

A primeira argüição (inexistência de direito líquido e certo), por se confundir com o mérito, será com este analisada.

Quanto à alegativa de que a impetração é dirigida contra a lei em tese, dessume-se dos autos que, embora a impetrante sustente a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos §§ 5º, 6º e 7º do art. 76 do Anexo 3 do RICMS, alterados pelo Decreto n. 3.275/2001, o faz ao argumento de que a sua aplicação por parte da autoridade impetrada estaria ferindo direito líquido e certo seu, ou seja, estaria produzindo efeitos danosos concretos.

Ora, como é cediço, é possível o ataque a dispositivos de lei em mandado de segurança, quando a sua aplicação produzir efeitos

concretos em relação ao impetrante, como no caso em tela. Por essa razão, afasta-se a preliminar.

No tocante à alegação de ilegitimidade ativa da Delta Distribuidora de Petróleo Ltda., igualmente não procede, uma vez que a empresa é a responsável pelo recolhimento antecipado do ICMS, de acordo com o inciso I do art. 71 do RICMS, na qualidade de distribuidora de combustíveis. Desse modo, objetivando a impetrante justamente livrar-se da responsabilidade tributária e do pagamento de ICMS, no regime de substituição, possui ela legitimidade ativa *ad causam* na presente impetração.

Afastam-se, portanto, todas as prefaciais suscitadas.

No mérito, objetiva a impetrante a suspensão da exigência da apuração/recolhimento do ICMS em relação às operações com álcool etílico hidratado carburante, no momento da saída do seu estabelecimento, a fim de que a autoridade impetrada abstenha-se de praticar qualquer ato coercitivo tendente à cobrança de tributos, como apreensão de caminhões e cancelamento da inscrição, possibilitando-lhe desempenhar as suas atividades pelo regime anterior de apuração/recolhimento do ICMS.

Requer, ainda, seja suspenso o dispositivo que atribuiu a responsabilidade ao substituído, determinando que a autoridade apontada como coatora abstenha-se de exigir do destinatário da mercadoria o imposto devido ao Estado na substituição tributária.

O RICMS do Estado de Santa Catarina foi alterado pelo Decreto n. 3.275/2001, passando o art. 76 do Anexo 3 a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 76. Na apuração do imposto relativo às operações com álcool etílico hidratado carburante ou outros combustíveis, derivados ou não do petróleo, observar-se-á o disposto no art. 53, §§ 3º a 5º, do Regulamento, ressalvado, quanto ao álcool etílico hidratado carburante, o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo.

[...]

“§ 5º A apuração do imposto relativo às operações com álcool etílico hidratado carburante será por mercadoria em cada operação, observadas as demais disposições desta Seção.

“§ 6º Na hipótese do § 5º, o imposto devido por substituição tributária deverá ser recolhido por ocasião da saída do álcool etílico hidratado carburante, caso em que o transporte deverá ser acompanhado do documento de arrecadação.

“§ 7º Caso o contribuinte substituído receba o álcool etílico hidratado carburante acobertado por documento fiscal desacompanhado do documento de arrecadação, conforme disposto no § 6º, deverá:

“I — apurar o imposto devido por substituição tributária, na forma prevista nesta Seção;

“II — recolher o imposto relativo a cada operação até o 5º (quinto) dia subsequente ao da

entrada do álcool etílico hidratado carburante em seu estabelecimento.

“§ 8º Mediante regime especial concedido pelo Diretor de Administração Tributária, poderá ser atribuída à distribuidora de combustíveis, como tal definida e autorizada por órgão federal competente, a condição de substituto tributário em relação ao álcool etílico hidratado carburante, hipótese em que:

“I — não se aplica a substituição tributária nas saídas a ela destinadas;

“II — o imposto será apurado na forma do art. 53, §§ 3º a 5º, do Regulamento;

“III — o prazo de pagamento será o previsto no art. 17”.

Segundo afirma a impetrante, as alterações trazidas pelo Decreto n. 3.275/01 constituem afronta aos princípios da não-cumulatividade, da legalidade, da isonomia e da garantia da liberdade de trabalho.

Segundo já decidiu reiteradamente o colendo Superior Tribunal de Justiça, é legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, em regime de substituição tributária, em transações definidas pelo Fisco, tendo os Estados competência legislativa plena para estabelecer o regime de apuração/recolhimento do imposto.

Nesse sentido:

“Tributário. ICMS. Antecipação do pagamento. Possibilidade.

“1 — Não há qualquer ilegalidade no ato legislativo que antecipa a data do pagamento do ICMS,

valendo-se da entidade denominada de substituição tributária.

“2 — Embora controvertido o tema no âmbito doutrinário e, inicialmente, na jurisprudência, está, hoje, estabilizado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pela sua Seção especializada em direito público, que é legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, em regime de substituição tributária, em transações definidas pelo Fisco” (STJ – REsp n. 176973/PR, rel. Min. José Delgado, j. 18-8-98).

“Tributário — ICM — Substituição tributária — Venda de veículos automotores e peças — Legalidade.

“O regime de substituição tributária é previsto pela própria Constituição Federal vigente.

“O colendo Supremo Tribunal Federal entendeu legítimo o pagamento antecipado do ICM, previsto na legislação estadual, em casos de mercadorias destinadas a outros Estados.

“Com o pagamento antecipado, não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. Não se pode confundir momento da incidência do tributo com sua cobrança.

“Com base nos poderes amplos a eles conferidos pelo art. 34, §§ 3º e 8º, do ADCT, os Estados têm competência legislativa plena e podem estabelecer o pagamento antecipado do ICM, inclusive na venda de veículos automotores e suas peças” (STJ – REsp n. 114577/RS, rel. Min. Garcia Vieira, j. 18-6-98).

“1 — A jurisprudência da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça está assentada na linha do entendimento de que é legal o regime de substituição tributária adotado pelo Estado de São Paulo em se tratando de transações com veículos automotores, considerando atendidas as exigências da Constituição Federal e das leis complementares regeadoras do tema, apenas, o inciso XIII, do art. 8º, da Lei Estadual de São Paulo de n. 6.374, de 1º de março de 1989, cuja redação total do referido artigo é a seguinte:

“Art. 8º — são sujeitos passivos por substituição:

[...]

“III — A empresa distribuidora de lubrificante ou de combustível, líquido ou gasoso, relativamente ao imposto devido pelas operações anteriores e posteriores, desde a produção ou importação, conforme o caso, da mercadoria e de seus insumos, até a sua entrega ao consumidor final” (STJ – REsp n. 113917/SP, rel. Min. José Delgado, j. 5-5-97).

“Tributário. ICMS. Revenda de veículos automotores. Substituição tributária. Pagamento antecipado.

“1 — Esta Corte, através da 1ª seção, tem entendimento assentado de que ‘com o pagamento antecipado não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. O momento da incidência da lei não se confunde com a cobrança do tributo. O fato gerador do ICM é a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte’.

“2 — Com base no entendimento *supra*, não é ilegal a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, pela empresa fabricante de diferente veículo automotor, na qualidade de substituta tributária, em decorrência de futura revenda do veículo pela concessionária.

“3 — Continua em vigor, especialmente após a EC n. 3/93, a legislação infraconstitucional atinente à substituição tributária em tal situação” (STJ – EREsp n. 35534/SP, rel. Min. José Delgado, j. 11-6-97).

Logo, a apuração do ICMS pelo regime de substituição tributária, adotada pelo Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, não possui qualquer vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nem tampouco representa ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade do tributo, conforme vem decidindo esta egrégia Corte:

“Apelação cível – ICMS – Operações comerciais com óleos lubrificantes e derivados de petróleo – Incidência do imposto sobre operações internas – Exigência do recolhimento antecipado – Substituição tributária para frente – Admissibilidade – Art. 155, § 2º, inciso XII, *b*, da Constituição Federal, e Lei Estadual n. 10.297/97 – Recurso desprovido.

“O art. 155, § 2º, inciso X, alínea *b*, da Constituição Federal, prescreve a não-incidência do ICMS, tão-somente, sobre operações interestaduais realizadas com óleos lubrificantes, combustíveis líquidos e demais derivados de petróleo, não atingindo as transações

subseqüentes efetivadas com tais mercadorias, dentro da Unidade Federada para a qual foram destinadas.

“É legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, por empresa revendedora de óleos lubrificantes derivados de petróleo pelo regime da ‘substituição tributária para frente’, instituído pelo art. 39 da Lei Estadual n. 10.297/96” (Ap. Cív. n. 1997.011297-1, de Imaruí, rel. Des. João Martins, j. 28-11-02).

“Embargos – Execução fiscal – ICMS – Recolhimento antecipado – Regime de substituição tributária – Derivados do petróleo – Legalidade e constitucionalidade reconhecidas pelo STJ e pelo STF – Recurso desprovido.

“Primeiramente, cumpre esclarecer que ‘o regime de substituição tributária, por antecipação de ICMS, não agride o ordenamento jurídico’ (ROMS n. 10.575/ES, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 8-5-00).

“O recolhimento antecipado do ICMS, pelo substituto tributário, não caracteriza pagamento do imposto antes da ocorrência do fato gerador, uma vez que o momento de incidência da lei para gerar a obrigação tributária não se confunde com o ato de recolhimento do tributo.

“A operação é consagrada pelo Decreto-Lei n. 406/68, CF/88, pelas LC ns. 44/83 e 87/96, pela Lei Estadual n. 10.297/97, e tem o endosso da EC n. 3/93.

“Pacífico, outrossim, é o entendimento pretoriano quanto à sua legalidade, como se vê, entre outros, de julgados no ROMS. n. 8.756/GO, rel. Min. Francisco Falcão, DJU de

9-5-00, p. 60; no REsp n. 122.311/MT, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 31-5-99, p. 80 e no REsp n. 226.496-7/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 5-4-00, p. 35, entre outros.

“Portanto, os combustíveis e lubrificantes, sólidos, líquidos e gasosos e derivados de petróleo – por força da Emenda Constitucional n. 3/93, que acrescentou o § 7º ao art. 150 da CF/88; art. 155, § 2º, X, b, da CF/88; art. 128 do CTN; Decreto-Lei n. 406/68 e Convênio Confaz – estão sujeitos à incidência do ICMS nas operações internas dos Estados e Distrito Federal, pois sob a incidência do tributo, a teor do art. 155, § 2º, X, b, da CF/88, é que nas operações que destinem a outros Estados envolvendo petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados não incidirá o imposto, o que não significa que tais operações estejam imunes quanto ao comércio destes produtos dentro do Estado destinatário, ou seja, o imposto é devido pela operação entre varejistas/atacadistas e o consumidor final, sendo perfeitamente legal a sua cobrança antecipada – antes da ocorrência do fato gerador – substituição tributária, afastadas todas as divergências concernentes a sua constitucionalidade, por força do advento da Lei Complementar Federal n. 87/96 e da Lei Estadual n. 10.297, de 26-12-96, alterada pelas Leis ns. 10.727/98 e 10.757/98.

‘É sabido que, quando se adota este tipo de substituição tributária, o que se antecipa é o recolhimento, não o fato gerador, porque se trata de arrecadação, não de tributação. E nenhum deles se confunde, segundo

melhor orientação da jurisprudência do TJSC, STJ e STF, que a declaram legal e Constitucional’ (Ap. Cív. n. 2000.006493-9, de Tubarão, rel. Des. Anselmo Cerello)” (Ap. Cív. n. 2000.023781-7, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 22-4-02).

“Execução fiscal — ICMS — Imposto — Circulação de mercadorias — Distribuição de óleos, lubrificantes e derivados de petróleo — Operação interestadual — Substituição tributária — Capacidade contributiva – Precedentes.

‘1. O recolhimento antecipado do ICMS, pelo substituto tributário, não caracteriza pagamento do imposto antes da ocorrência do fato gerador.

‘2. O momento de incidência da lei para fazer gerar a obrigação tributária não se confunde com o ato de recolhimento do tributo.

‘3. O DL n. 406/68, recepcionado pela CF/88, alterado pela Lei Complementar n. 44/83, e tendo convivência harmônica com o art. 128 do CTN, consagra a regra de substituição tributária.

‘4. O regime de recolhimento do ICMS antecipado por substituto tributário não pratica ofensa ao princípio da legalidade, da capacidade contributiva e ao da não cumulatividade do tributo. Não caracterizada, também, vinculação do substituto tributário com o fato gerador.

‘5. A Emenda Constitucional n. 3/93 veio reafirmar a sistemática da antecipação do recolhimento do tributo instituída por convênio’ (REsp n. 82.279)” Ap. Cív. n. 1998.006217-9,

de Cunha Porã, rel. Des. Newton Trisotto, j. 24-11-98.

Outrossim, não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que a norma em comento não estabelece tratamento desigual para os responsáveis pelo pagamento do tributo em atividade no mesmo ramo de atuação da impetrante, submetendo todos às mesmas regras.

Da mesma forma, não procede a argumentação de desrespeito à garantia de liberdade de trabalho, pois o estabelecimento de regras para assegurar o cumprimento de obrigações tributárias em nada obsta o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, nem impede a livre concorrência, garantidos nos arts. 5º, XIII, e 170, IV, e parágrafo único da Carta Magna.

Diante do exposto, denega-se a ordem postulada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, à unanimidade, afastar as preliminares e denegar a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Anselmo Cerello, Rui Fortes e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 11 de junho de 2003.

João Martins,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.027973-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Administrativo – Servidores públicos estaduais – Gratificação complementar prevista no § 6º do art. 1º da Lei n. 9.503/94 – Base de cálculo – Vencimento básico, desde que não inferior ao salário mínimo – Inconstitucionalidade afastada – Revogação inócurrenente – Segurança concedida.

1. Não afronta o disposto no inc. IV do art. 7º da Constituição Federal lei que preveja como base de cálculo de gratificação valor não inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado (Lei n. 9.503/94, § 6º). Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, a proibição de vinculação a que se refere a Lei Maior diz respeito à fixação de retribuição em múltiplos do salário mínimo (RE n. 170.203-6/GO, rel. Min. Ilmar Galvão).

2. Norma que estabeleça regramento específico, sem que haja disposição expressa, só revoga a anterior na parte que com ela conflita. O ordenamento jurídico não admite revogação tácita por presunção, mas tão-somente pela constatação inequívoca de incompatibilidade entre as disposições de normas editadas em datas diferentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2002.027973-6, da comarca da Capital, em que são impetrantes Ailson Pedro Silva e outros e impetrados os Secretários de Estado da Administração e da Saúde:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, afastar as preliminares e conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Ailson Pedro Silva e outros contra ato que reputam ilegal atribuído aos Exmos. Srs. Secretário de Estado da Administração e Secretário de Estado da Saúde do Estado de Santa Catarina.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que as autoridades apontadas não estão pagando a Gratificação Complementar de Vencimento de acordo com a Lei n. 9.503/94, que determina a gratificação em 90% do vencimento do cargo de provimento efetivo, passando depois para 120%, de acordo com a Lei Estadual n. 9.860/95, ferindo, assim, os princípios

da legalidade e da irredutibilidade dos vencimentos.

Alegam, ainda, que a gratificação não pode ser inferior ao valor do salário mínimo, pois a norma garante que a base do cálculo seja a do piso nacional do salário, de acordo com o art. 1º, § 6º, da Lei Estadual n. 9.503/94.

Houve concessão de liminar.

Devidamente notificado, o Secretário de Estado da Saúde prestou informações, defendendo a manutenção do ato vergastado e pugnando pela inconstitucionalidade do art. 27, inc. I, da Constituição Estadual, em face do art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, pois estabelece equivalência entre salário mínimo e vencimento.

Sustenta, ainda, que o pedido dos impetrantes viola o princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes do Estado, porquanto cabe ao Chefe do Poder Executivo, privativamente, a iniciativa de aumentar a remuneração dos servidores públicos federais, estaduais e municipais.

Por outro lado, aduz que o legislador estadual equivocou-se ao equiparar o salário mínimo com o piso de vencimento.

O Secretário de Estado da Administração, por sua vez, deixou transcorrer *in albis* o prazo para prestar informações.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Nelson Fernando Mendes, manifestou-se pela concessão da segurança.

II — Voto

1. Requerem os impetrantes a concessão em definitivo da segurança, para perceberem mensalmente a gratificação complementar de vencimento em valor não inferior ao fixado no § 6º do art. 1º da Lei Estadual n. 9.503/94, com a alteração decorrente da Lei Estadual n. 9.860/95.

É sabido que ao servidor público é garantido o direito referente à percepção do salário mínimo nacionalmente unificado, o qual vem expresso no art. 27, inc. I, da Constituição Estadual e no art. 39, § 2º, combinado com o art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal.

O art. 27, inc. I, da Constituição Estadual assegura o estipêndio mensal do “piso de vencimento não inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado”. O valor de comparação não é o vencimento do cargo efetivo, mas sim o somatório de todas as parcelas que compõem os vencimentos. Este é o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 197072-3, Min. Marco Aurélio e RE n. 1999098-8, rel. Min. Ilmar Galvão), inclusive acompanhado pela colenda Sexta Câmara Cível deste

Tribunal, conforme se colhe do precedente a seguir enunciado:

“Administrativo – Servidor público – Piso salarial – Art. 27, I, da Constituição Estadual – Interpretação conforme arts. 7º, IV, § 2º, e 39 da CF – Salário mínimo compreende o vencimento básico mais vantagens funcionais – Provimento do recurso.

“1. É de todo inconfundível que, ao se referir a ‘vencimento’ a Lei Magna Estadual deve ser interpretada como ‘vencimentos’, englobando, assim, a parte fixa ou básica da remuneração do servidor e mais os acréscimos de ordem individual.

“2. ‘O dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina que garante aos servidores civis piso de vencimentos nunca inferior ao salário mínimo deve ser interpretado como referido à remuneração do servidor. Recurso extraordinário conhecido e provido’ (RE n. 207.891-7/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13-3-99) (Ap. Cív. n. 1998.001173-6, da lavra deste Relator).

Desse modo, se a pretensão dos impetrantes fosse o ajustamento da rubrica “vencimento – cod. 1001” ao valor do salário mínimo, o pleito, em consonância com o entendimento já sufragado pela Suprema Corte, não poderia ser atendido. Porém, transparece com clareza do pedido deduzido na inicial não ser isso o pretendido pelos demandantes. Na realidade, o que buscam os autores é a incidência da gratificação complementar de vencimento sobre o salário mínimo em vigor, já que a Lei n. 9.503/94, art.

1º, § 6º, não permite que a base de cálculo da referida gratificação incida em valor inferior à remuneração mínima. Eis o teor da citada norma:

“Art. 1º Fica criada, para os servidores civis, ativos e inativos, pertencentes aos Quadros de Pessoal dos órgãos da Administração Direta, Fundação Catarinense de Cultura, Fundação Catarinense de Educação Especial e Fundação Catarinense de Desportos, a Gratificação Complementar de Vencimento, correspondente a 90% (noventa por cento) do vencimento do cargo efetivo, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1994.

[...]

“§ 6º A base de cálculo da Gratificação de que trata o *caput* deste artigo não será inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado”.

2. Não se vislumbra inconstitucionalidade no art. 1º, § 6º, da Lei n. 9.503/94, isso porque a norma trata simplesmente da base de cálculo da gratificação complementar de vencimento. Portanto, a todos os servidores que por lei têm o valor de seus vencimentos fixados abaixo do salário mínimo é concedido o direito à gratificação complementar de vencimento calculada não sobre o que percebem, mas sobre o correspondente ao salário mínimo vigente.

O Supremo Tribunal Federal, ao se referir à vinculação vedada pela parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição Federal, tem consignado o entendimento de que a proibição diz respeito ao atrelamento de venci-

mento ou gratificação a “múltiplos do salário mínimo”. Nesse sentido, na ementa do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 201.460, registrou o Ministro Maurício Corrêa:

“A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a vinculação a que se refere a Constituição Federal diz respeito à fixação de retribuição em múltiplos do salário mínimo. O que não se permite é a vinculação a múltiplos, mas ‘o respeito ao pagamento de uma só vez o seu valor, para efeito de percepção de soldo ou vencimento básico’ (ADI n. 751/GO, rel. Min. Sidney Sanches). A norma constitucional vedativa ‘não pode abranger as hipóteses em que o objeto da prestação expressa em salários mínimos tem a finalidade de atender às mesmas garantias que a parte final do inciso concede ao trabalhador e à sua família, presumivelmente capazes de suprir as necessidades vitais básicas’ (RE n. 170.203-6/GO, rel. Min. Ilmar Galvão)”.

Na Excelsa Corte há outros precedentes que confortam a tese adotada:

“O Plenário desta Corte, ao julgar os RREE n. 197.072 e 199.098, que trataram de hipótese análoga à presente, firmou o entendimento de que o artigo 7º, IV, combinado com o artigo 39, § 2º, ambos da Constituição, se refere à remuneração total recebida pelo servidor e não apenas ao vencimento-base” (RE n. 299.075, rel. Min. Moreira Alves).

“Conquanto o salário mínimo seja constitucionalmente previsto

como piso remuneratório do servidor público, a teor da norma do art. 39, § 2º, c/c o art. 7º, IV, da Constituição, disso não resulta que a remuneração do pessoal da Administração Pública possa ser fixada em múltiplos do referido índice, sem ofensa aos princípios constitucionais acima apontados (ADI n. 45, rel. Min. Celso de Mello). Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 204.645, rel. Min. Ilmar Galvão).

“A fixação do piso salarial de servidor público em múltiplos de salário mínimo ofende o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal” (AgRgRE n. 255.442, rela. Min. Ellen Gracie).

No caso retratado nos autos, vale repetir, o que está vinculado ao salário mínimo é unicamente uma das parcelas dos vencimentos e, ainda assim, tão-somente para o efeito do cálculo da aludida gratificação complementar.

Este Grupo de Câmara de Direito Público já emitiu posicionamento que se afina com a orientação da Suprema Corte:

“Administrativo – Servidor público – Gratificação complementar de vencimento – Base de cálculo não inferior ao valor do salário mínimo – Inconstitucionalidade rejeitada.

“Não é inconstitucional (CF, art. 7º, IV) lei que estabelece como base de cálculo de gratificação quantia não ‘inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado’ (Lei n. 9.503/94, art. 1º, § 6º)” (MS n. 2002.014103-3).

3. Importante ressaltar que a Lei Estadual n. 9.860/95 majorou o

percentual da gratificação em questão para 120% (cento e vinte por cento) e que, consoante o disposto na Medida Provisória n. 116/2003, a partir do mês de abril de 2003, o salário mínimo nacional foi alterado de R\$ 200,00 (duzentos reais) para R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais). Eis o teor desse edito:

“Art. 1º A partir de 1º de abril de 2003, após a aplicação dos percentuais de dezoito inteiros por cento, a título de reajuste, e de um inteiro e seiscentos e noventa e cinco milésimos por cento, a título de aumento real, sobre o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), o salário mínimo será de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais).

“Parágrafo único. Em virtude do disposto no *caput*, o valor diário do salário mínimo corresponderá a R\$ 8,00 (oito reais) e o seu valor horário a R\$ 1,09 (um real e nove centavos)”.

Logo, pelo *jus superveniens* (CPC, art. 462) o valor a ser observado, a título de salário mínimo, será R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais).

Não obstante a determinação legal e a alteração do salário mínimo nacional, o Estado de Santa Catarina deixou de considerar aquele patamar para aplicar o percentual de 120% (cento e vinte por cento) correspondente à gratificação complementar de vencimento.

E não há dizer que o art. 3º da Lei n. 9.860/95 revogou o disposto no § 6º do art. 1º da Lei n. 9.503/94. Reza aquele dispositivo legal:

“Art. 3º A partir de 1º de maio de 1995, a Gratificação Complementar

de Vencimento instituída pelo art. 1º da Lei n. 9.503, de 8 de março de 1994, com as alterações posteriores, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo, passa a corresponder a 120% (cento e vinte por cento) do respectivo vencimento”.

Como é cediço, a norma que estabelece regramento específico, sem que haja disposição expressa, só revoga a anterior na parte que com ela conflita. O ordenamento jurídico não admite revogação tácita por presunção, mas tão-somente pela constatação inequívoca de incompatibilidade entre as disposições de normas editadas em datas diferentes.

Ora, como facilmente se percebe, a norma posterior – Lei n. 9.860/95 – unicamente alterou o percentual da gratificação de 90% para 120%, atingindo exclusivamente a parte final do art. 1º da Lei n. 9.503/94 – “[...] correspondente a 90% (noventa por cento) do vencimento do cargo efetivo, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1994”. Os demais dispositivos dessa última, que tem caráter geral se relacionados àquela (LICC, art. 2º, § 2º), permanecem hígidos e com plena eficácia para amparar o direito pleiteado pelos impetrantes.

4. Por derradeiro, deve ser afastada igualmente a alegativa sobre vulneração ao art. 61, § 1º, inc. II, a e c, da Constituição Federal, por subtrair da iniciativa do Chefe do Poder Executivo Estadual a iniciativa de leis que visem ao aumento do funcionalismo público.

O fato de a Lei n. 9.503/94, que não padece de vício de iniciativa – pelo menos a autoridade impetrada nada suscita a respeito –, ter disposto que parcela dos vencimentos dos servidores públicos deveria observar, para o seu cálculo, o salário mínimo, não significa que o Governador do Estado perdeu a prerrogativa de legislar a respeito da remuneração dos servidores. A própria disposição da Constituição Federal que determina seja observado o salário mínimo também para os servidores públicos restringe, nesse particular, o poder discricionário dos administradores públicos. A constitucionalidade do § 6º do art. 1º dessa Lei já foi afirmada acima e os precedentes do Supremo Tribunal Federal lá citados têm perfeita aplicação também ao tema em comento.

5. Ante o exposto, confirmo a liminar deferida e concedo definitivamente a segurança postulada para assegurar aos impetrantes a incidência da Gratificação Complementar de Vencimento, tendo como base o valor do novo salário (Medida Provisória n. 116/2003).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, afastaram as preliminares e concederam a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto, Volnei Carlin, Vanderlei Romer, Rui Fortes, Cesar Abreu e Sônia Maria Schmitz. Pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça
lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Nelson
Fernando Mendes.

Florianópolis, 9 de abril de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.006881-3, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Volnei Carlin

Dano moral — Caracterização — Ente público municipal — Divulgação errônea de exame imunológico — Sífilis — Gestante — Responsabilidade civil objetiva da administração — Desnecessidade da prova dos prejuízos — Verba devida — Inteligência dos arts. 5º, incisos V e X, e 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

É devida indenização por danos morais à autora que, caracterizando violação à honra objetiva demonstrada nos fatos em que se funda a actio, sofre perturbações psicológicas e conflitos conjugais, causadores de sofrimentos e transtornos que atingem seu âmago, de forma a ferir-lhe o ego e causar-lhe constrangimentos ensejadores de anomalias extrínsecas, que afetam seu status de tranqüilidade familiar e social (impressões do man in the street).

Ofensa à personalidade moral — Nexo de causalidade demonstrado — Dever de reparação do ente público.

Para que seja impingida à pessoa jurídica de direito público a obrigação de reparar o prejuízo resultante de uma ofensa à integridade moral, que acarrete manifesto ato lesivo aos sentimentos de dignidade, faz-se necessária a comprovação da existência do nexos causal entre os danos ocorridos e a conduta do ente público. Ademais,

aponta a autora em que, especificamente, atribui a ofensa moral que lhe teria causado o comportamento do servidor municipal.

Prejuízo — Fixação do quantum debeatur – Valor que deve orientar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade — Análise teleológica das leis invocadas.

A fixação da verba indenizatória deve, além de conferir conforto ao lesado, imprimir um caráter dissuasório real para o fim de evitar comportamentos lesivos a terceiros, concretizados por prepostos da pessoa jurídica de direito público. O pretium doloris estima-se, ainda, consoante os parâmetros implícitos da razoabilidade e proporcionalidade da Magna Carta vigente, sem reduzi-lo a um mínimo inexpressivo nem elevá-lo a cifra enriquecedora, atendidas as condições da vítima e a natureza do bem jurídico lesado (préjuice d'affection).

Indenização — Correção monetária e juros de mora — Dies a quo a partir da condenação.

Quanto aos juros moratórios e à correção monetária, verifica-se que não foi fixado o dies a quo na sentença.

Segundo a Súmula 54 do STJ, os juros moratórios fluem a contar do evento danoso, visto tratar-se de responsabilidade extracontratual.

A correção monetária deve incorrer do dia da condenação à data do efetivo pagamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.006881-3, da comarca de Criciúma, em que é apelante Marlene Gomes e apelado o município de Criciúma:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar a preliminar suscitada pela recorrente e prover o recurso voluntário interposto pela autora.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Marlene Gomes ingressou com ação reparatória de danos morais contra o município de Criciúma, argumentando que estava grávida, e que no dia 6-11-00 foi ao Posto de Saúde São José realizar os exames pré-natal, solicitados pela médica Dra. Sarita Cardoso. Ao pegar o resultado, teria sido constatado que ela possuía doença venérea, denominada sífilis.

Inconformados com o resultado do exame, a acionante e seu esposo se deslocaram ao Posto de Saúde Municipal, onde os servidores lhes informaram que a doença fora adquirida de seu marido, Antônio Sérgio Vieira, visto tratar-se de doença sexualmente transmissível.

Diante dos fatos acima expostos, a referida profissional da saúde encaminhou a gestante ao tratamento e indicou o uso de penicilina, ressaltando que deveria ser feita a dessensibilização da paciente por apresentar reações alérgicas.

A demandante foi submetida ao tratamento, que lhe trouxe diversas complicações, em virtude de não ter observado o receituário médico.

Alega a autora que, em 28-11-00, realizou um outro exame no mesmo laboratório, que confirmou o resultado anterior. O marido da acionante sujeitou-se ao exame que teve como resultado “não reagente”, ou seja, não estava acometido da aludida moléstia.

Em 29-11-00 e 1º-12-00, a pretensora realizou três exames nos laboratórios particulares Santa Bárbara e Búriço Ltda., nos quais verificou-se que ela não portava essa doença infecciosa. Postula, assim, pelo ressarcimento dos danos morais sofridos.

A Municipalidade contestou, pugnando (fls. 20 a 25) que a autora não comprovou que o medicamento, penicilina, foi aplicado sem o devido cuidado, e que a médica tomou a atitude própria à situação, pois o não

encaminhamento para o tratamento configuraria negligência.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido (fls. 96 a 100), dispensados as custas e os honorários.

Irresignada, a autora interpôs a presente apelação, argüindo, a princípio, a nulidade da sentença, ou, ainda, a sua reforma, reafirmando suas considerações de fato e de direito (fls. 103 a 113).

Contra-razões do apelado às fls. 117 a 121,

II — Voto

No tocante à prefacial, cumpre salientar que não há nulidade na *sententia*, por ter o Magistrado *a quo* adotado como razão de decidir o parecer do Ministério Público, como sustenta a apelante (fl. 104).

É do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Nada impede que, como razão de decidir, acolha-se o parecer do Ministério Público” (AGA n. 199500171856, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 1º-2-99).

Também:

“Não há impedimento legal no fato de o Relator utilizar como razão de decidir os fundamentos da decisão agravada externados pelo juízo que inadmitiu o recurso especial” (AGA n. 200200034684, rel. Min. José Delgado, j. em 5-8-02).

A transcrição *ipsis litteris* do parecer, não obstante desaconselhável, não descaracteriza a sua validade, portanto.

Destarte, não merece acolhimento a preliminar argüida pela vencida.

No mérito, a demandante postula o ressarcimento de danos morais, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em virtude da divulgação errônea pelo Laboratório Municipal de Análises Clínicas, bem como a prescrição de medicamento ao qual a autora possuía reações alérgicas.

O Togado julgou improcedente o pedido inicial, asseverando não existir nexos causal entre os procedimentos adotados pela Municipalidade e o suposto dano, descaracterizando o princípio da responsabilidade civil.

Dano moral é o prejuízo resultante de uma ofensa à integridade psíquica que acarreta prejuízo ao patrimônio *morale*, no qual deve ser demonstrado o imprescindível nexo de causalidade entre os danos ocorridos e o manifesto ato lesivo da Fazenda Pública Municipal.

O Órgão Administrativo, em sua contestação, não propugna a existência do dano moral, restringe-se, apenas, em demonstrar os procedimentos médicos adotados, asseverando que não praticou atos diretos ou indiretos que pudessem contribuir ao lamentável evento danoso.

Ora, na audiência de instrução e julgamento, a própria Administração reconhece os atos lesivos causados à apelante, vejamos:

“fez exame que constatou a existência de sífilis e que imediatamente aplicou medicação; depois

surgiu novo exame que esclareceu a inexistência de tal mal” (fl. 87).

Celso Ribeiro Bastos nos ensina que:

“São pois pressupostos fundamentais para a deflagração da responsabilidade do Estado: a causação de um dano e a imputação deste a um comportamento comissivo ou omissivo seu. É o chamado nexo de causalidade” (Curso de Direito Constitucional. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 292).

Ainda, eis a lição de Rui Stoco:

“Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

“Diz Cretella Júnior que havendo dano e nexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida” (Responsabilidade Civil. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 318).

Escrevendo acerca do assunto, diz Hely Lopes Meirelles:

“Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação, incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima,

subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização” (Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 555).

A jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sobre o tema, corrobora esse entendimento.

“Tendo a Constituição da República de 1988 (a exemplo das anteriores) adotado a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas indicadas em seu art. 37, § 6º, a que bastaria o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do ente público ou privado prestador de serviço público, mostra-se, em princípio, despidendo qualquer averiguação do dolo ou da culpa por parte de seus agentes, por desnecessária a sua prova. Precedentes jurisprudenciais” (Ap. Cív. n. 200004011164001, rela. Juíza Luiza Dias Cassal, j em 7-11-00).

Sem dúvida, restou, então, demonstrado o nexo causal entre o ato comissivo, ou seja, resultante da ação do Poder Municipal, e o consistente sofrimento psicológico suportado pela apelante ante os resultados laboratoriais que ele tornou públicos por duas vezes (fls. 9 à 11).

Além do exposto, por tratar-se de responsabilidade civil objetiva, caberia ao Município o ônus probatório capaz de lhe eximir da obrigação de reparar o mal causado (art. 333, II, CPC).

Depreende-se das peças inclusas que a apelante realizou dois exames no Laboratório Municipal de Análises Clínicas, os quais tiveram como resultado “(sorologia p/Lues) qualitativo: reagente e quantitativo: reagente na proporção de 1:32 e 1:4 respectivamente” (fls. 9 e 10), ou seja, portava uma moléstia venérea repugnante e, se não bastasse, foi informada pelos servidores do Posto de Saúde São José que tinha sido infectada por seu esposo por meio de relação sexual (fls. 16 e 17).

A vencida submeteu-se ao tratamento prescrito pela Dra. Sarita Cardoso que indicou o uso de Penicilina G Benzatina 2.400.000, e alertou-a para a necessidade de se fazer a dessensibilização (fl. 15), momento em que sustenta a recorrente ter sofrido reações alérgicas (fl. 3).

Ocorre que não constam nos autos documentos que comprovem a aplicação da substância *penicillium*, bem como as reações generalizadas e agudas mencionadas pela apelante. Os procedimentos adotados pela médica são os indicados pela organização mundial de saúde, assim, não há imputar, nesse aspecto, a responsabilidade ao Município, pois não se sabe a autoria, muito menos o local em que foi ministrada a aludida injeção.

Veja-se:

“*Gestantes alérgicas à penicilina devem ser dessensibilizadas*. Na impossibilidade, podem ser tratadas com estearato de eritromicina 500mg VO, de 6/6 horas, durante 15 dias

(sífilis recente) e 30 dias (sífilis tardia). Entretanto, essa gestante não será considerada adequadamente tratada” (Disponível em: www.aids.gov.br, coordenação do Ministério da Saúde. Apresenta título sobre as ações de prevenção e tratamento das DTS e Aids. Acesso em: 20-5-03) (grifado para destaque).

Diante das alegações da forma de contágio feitas pelos prepostos do apelado, o marido da acionante realizou o exame de imunologia, no qual restou demonstrado que não possuía a aludida doença sífilis (fl. 11).

É de extrema importância ressaltar que os exames laboratoriais realizados no estabelecimento do demandado tiveram um intervalo temporal de 22 (vinte e dois) dias entre o primeiro e o segundo, respectivamente (fls. 9 e 10).

Em razão dos fatos acima expendidos, a autora suportou uma dor psicológica que repercutiu em sua vida conjugal, pois portava uma doença sexualmente transmissível que não havia contraído de seu esposo, o que o levou e a seus familiares a acreditarem na traição. Abalados ficaram seus sentimentos maternos, tendo em vista a possibilidade de transmissão da doença ao feto, circunstância causadora de angústia e sofrimento, além de natural transtorno doméstico.

Inconformada e perplexa com os resultados e as repercussões, a recorrente efetuou dois exames no Laboratório Santa Bárbara e um outro no Laboratório Búrgio Ltda, nos quais

constatou-se que seu quadro clínico não era compatível com o apresentado pelo Poder Público.

Aurélio Buarque Holanda Ferreira descreve que sífilis é:

“Doença infecciosa e contagiosa, *transmitida sobretudo por contato sexual, transmissível à descendência* [...] e cuja causa é um espiroqueta” (*in* Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.583) (grifado para destaque).

Ora, inegável o abalo moral que a apelante sofreu.

O Código Civil Francês, no âmbito do direito comparado, no art. 1.382 dispõe, *in verbis*: “*Tout fait quelconque de l'homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

Como se nota, a norma abrange a totalidade das lesões, materiais e imateriais, desde que sejam produzidas na vítima.

Sobre a matéria extraímos, ainda, a lição de A. Hudelot e E. Metman, no sentido de que:

“*Tout préjudice moral se résout en un sentiment de souffrance intime, personnel de la personne lésée*” (*in* Des Obligations, 4ª ed.. Paris: Cujas, 1908. p. 328, *apud* RF 337/137).

Yussef Said Cahali professa que:

“Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüili-

dade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade, etc.); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)" (*in* Dano moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20).

No mesmo sentido:

"Inegavelmente, qualquer ofensa à honra e à dignidade pessoal configura um dano moral e que, como tal, deve ser economicamente reparável. O patrimônio do ser humano, a final, não é composto apenas dos bens de apreciação material, nele integrando-se outros valores, tais como a inteligência, a liberdade, o trabalho, a honestidade, o caráter, além de outros inerentes à própria condição da pessoa. A vulneração de qualquer desses valores por outrem é essencialmente indenizável. Contudo, para que a reparação se faça possível de mister é, acima de tudo, a comprovação, pela parte alegadamente lesada, não só dos fatos indicados, mas, essencialmente, que estes acarretaram-lhe, efetivamente, o gravame buscado de indenização.

E, mais adiante:

"No plano do dano moral, entende-se aqui que na melhor exegese, sob a jurisprudência ainda dominante, só se agasalha quando

desgarrado do dano material, salvo com prova detalhada de sofrimento moral intenso, causador de seqüelas ou repercussões materialmente aferidas [...] Aliás, para o dano moral, não basta o fator em si do acontecimento, mas requer prova de sua repercussão prejudicialmente moral" (LEX 90/143)" (Ap. Cív. n. 1997.003913-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 27-4-99).

Nesse sentido:

"[...] a gravidade extrema do ocorrido, assim como a duração e a intensidade da dor, constituem importantes critérios de avaliação para o arbitramento da indenização devida" (Ap. Cív. n. 2000.000822-2, de Joaçaba, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 21-5-02).

Diante disso, é devida pela Municipalidade a reparação dos prejuízos morais advindos da indicação errônea dos exames de imunologia.

Vejamos:

"E há responsabilidade do laboratório, porque não ressalvou, ao comunicar o resultado, a possibilidade de o resultado se mostrar equivocado" (TJRS — Ac. 595160250 — 3ª C. — rel. Des. Araken de Assis — j. 7-12-95).

E, ainda:

"Responsabilidade civil — Ação de indenização por danos morais — Ato ilícito atribuído à fundação estadual prestadora de serviços públicos — Divulgação de resultado de exame indicando, erroneamente, ser o autor portador do vírus da 'Aids' — Nexa causal não desconstituído —

Danos morais — Caracterização — Critérios de fixação — Procedência do pedido — Inteligência do art. 37, §§ 6º e 5º, V e X, ambos da Constituição Federal.

“Instituição componente do aparelho Estatal, encarregada da coleta e oferta de sangue à população, desenvolvendo atividades na área de prestação de serviços e assistência médica, controle de qualidade e educação sanitária, tem o dever, ao fornecer resultado de exame médico, apontando ser o doador portador de ‘HIV’, de acautelar-se de procedimentos indispensáveis à preservação de sua integridade física e moral, esclarecendo-lhe a imprecisão do resultado, sob pena de, não comprovado o resultado positivo, arcar com os danos fluentes do fornecimento de diagnóstico errado. Destarte, não desconstituído o nexo causal e restando comprovada a culpa exclusiva da Ré, que é de caráter objetivo, por imposição Constitucional, a condenação à verba indenizatória, a título de dano moral, é de rigor. A fixação dos danos morais contém inegável carga de subjetividade, uma vez que os valores tutelados são insusceptíveis de mensuração, dada a sua própria natureza” (TJMG, AC n. 000235414-0, rel Des. Dorival Guimarães Pereira, j em 8-4-02).

Dessa forma, deve a sentença ser modificada *in totum*. Com isso, impende estipular a verba indenizatória por existirem fatos imputados e não desconstituídos pelo apelado. Marlene Gomes de Campos merece

ser ressarcida pelo sofrimento psicológico, decorrente do fornecimento de diagnóstico errado, na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por mostrar-se proporcional à lesão.

Dentre os fatos que influenciaram diretamente na fixação do *quantum* está, em primeiro lugar, a desconfortável posição da própria vítima — autora — apelante, os quais abalaram psicologicamente sua credibilidade de esposa e futura mãe. A intensidade do constrangimento foi bem maior do que os padrões da moralidade, ensejando-lhe vexame e sofrimento no meio social em que vive devido a natureza específica da ofensa sofrida (*préjudice d'affection*).

Quanto aos juros moratórios e à correção monetária, verifica-se que não foi fixado o *dies a quo* na sentença. Segundo a Súmula 54 do STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Logo, terá como data de incidência a do evento danoso, isto é, a da divulgação errônea do resultado do primeiro exame imunológico (fl. 9).

No que tange à correção monetária, esta deve incidir a partir da data da condenação até a do efetivo pagamento.

Nesse sentido:

“A correção monetária da indenização do dano moral inicia a partir da data do respectivo arbitramento” (EDREsp n. 194.625, de São Paulo, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 5-8-02, p. 0035).

No que tange à verba honorária, consoante o entendimento jurisprudencial dominante desta Corte (veja-se: Ap. Cív. ns. 1999.019861-8, de Tubarão, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 20-11-01; e 1999.012709-5, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 16-5-00), quando vencida a Fazenda Pública, já se pacificou o entendimento de que não deve ela suportar honorários superiores a 10%. Assim, a teor do art. 20, §§ 3º e 4º, CPC, fixa-se-os em 10% do valor da condenação.

Cumpré, ainda, gizar acerca da impossibilidade de condenação da Pessoa Jurídica de Direito Público Interno ao pagamento das custas processuais, tendo em vista a isenção determinada no art. 35, *h*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, rejeitar a preliminar suscitada pela recorrente e dar provimento ao recurso voluntário interposto pela autora.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 5 de junho de 2003.

Volnei Carlin,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.015229-6, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Apelação cível. Ação de indenização. Responsabilidade extracontratual do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição da República. Danos causados por delinqüente. Ligação telefônica efetuada à polícia militar relatando, tão-somente, as ameaças de morte sofridas. Impossibilidade de averiguar-se quando e se, de fato, as ameaças concretizar-se-iam. Omissão no serviço de segurança pública inexistente. Obrigação de indenizar afastada. Beneficiário da assistência judiciária vencido. Condenação ao pagamento dos consectários decorrentes da sucumbência. Suspensão da exigibilidade do crédito. Exegese do art. 12 da Lei n. 1.060/50. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

2003.015229-6, da comarca de Criciúma (Vara dos Feitos da Fazenda,

Acidentes de Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Marlei da Rosa Lima, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Marlei da Rosa Lima ajuizou ação contra o Estado de Santa Catarina objetivando a indenização por danos materiais e morais que sofreu em decorrência de ato de terceiro, causados por omissão da administração pública.

Argüiu que, diante das ameaças de morte que sua filha vinha sofrendo do ex-companheiro, a proprietária da loja na qual esta última trabalhava efetuou ligação telefônica para o Centro de Operações da Polícia Militar – Copom, de Criciúma, solicitando proteção policial, pedido que não foi prontamente atendido, o que lhe teria causado sérios danos, uma vez que o delinqüente, concretizando suas ameaças, dirigiu-se à loja e desferiu tiros de arma de fogo contra sua filha, e que, tentando protegê-la, foi atingida.

Oferecida contestação e após a instrução do feito, sobreveio a sentença, tendo o Magistrado de origem julgado improcedente o pedido.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, reite-

rando, para tanto, os argumentos anteriormente expostos.

Com contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

O Ministério Público, no primeiro grau de jurisdição, manifestou-se pela improcedência do pedido; nesta instância, diferentemente, opinou pelo provimento parcial do apelo.

É o relatório.

II — Voto

Cuida-se de ação de indenização aforada por Marlei da Rosa Lima contra o Estado de Santa Catarina, fundamentando-se no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Alegou, em síntese, que, no dia 5-10-1998, Albertino Vicente, ex-companheiro de sua filha, telefonou algumas vezes para a loja na qual esta trabalhava ameaçando-a de morte. Diante disso, a proprietária da loja ligou para o Centro de Operações da Polícia Militar – Copom, solicitando proteção policial, pedido que não foi prontamente atendido. Argüiu, então, que tal conduta omissiva da Administração, qual seja, falha no serviço de segurança pública, ocasionou-lhe sérios danos, uma vez que o delinqüente, concretizando suas ameaças, foi até a loja e efetuou disparos de arma de fogo contra sua filha, e que, tentando protegê-la, foi atingida.

Relativamente à responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito público, prescreve a Constituição de 1988:

“Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa”.

O referido dispositivo consagra a responsabilidade objetiva do Estado, baseada no risco administrativo.

Questão controvertida, todavia, tanto na doutrina como na jurisprudência pátria, é a referente à responsabilidade estatal nos casos de omissão do poder público.

Sustentam alguns que, mesmo nessa hipótese, ela é objetiva, porque a Constituição não fez distinção entre ato comissivo ou omissivo; asseverando outros que é subjetiva, porquanto o único modo de constatar-se a omissão do Estado é verificar se ele tinha o dever de agir, ou seja, se houve culpa na sua conduta omissiva.

In casu, o importante é frisar, como fez com propriedade o Juiz sentenciante, Dr. Hélio do Valle Pereira, que seja para os partidários da teoria objetiva ou da subjetiva a indenização é indevida.

Nesse passo, transcreve-se excerto da decisão guerreada que espancou a *quaestio*, persistindo, pois, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Confira-se:

“1. Sabe-se que o art. 36 (*sic*), § 6º, da Constituição Federal, tornou direito positivo a teoria do risco administrativo no que toca à respon-

sabilidade do Estado por danos causados a terceiros, abstraindo-se deste campo a necessidade de invocação de elemento subjetivo. Em conseqüência, o poder público responde patrimonialmente pelos prejuízos advindos a terceiros independentemente de juízo valorativo no que respeita à culpa. E mais: mesmo atos ilícitos perpetrados pelos entes estatais podem gerar a sua obrigação reparatória.

“Esta teoria, entretanto, adequa-se aos atos comissivos do poder público, como esclarece Lúcia Valle Figueiredo:

‘Deveras ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.

‘Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

‘Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

‘Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute de service*. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente’ (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 1994, p. 172).

“Emenda Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjéctiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não o foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso *esteja obrigado a impedir o dano*. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar o evento lesivo.

‘Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E sendo responsabilidade por *ilícito* é necessariamente responsabilidade subjéctiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjéctiva’ (Curso de Direito Administrativo Brasileiro, RT, 1993, p. 447).

“Mesmo para aqueles que, em princípio, não seguem a mesma linha de raciocínio, trazendo a falta de serviço também para o regime objetivo, não deixam de reconhecer

que, em relação a defeitos do sistema de segurança pública, a responsabilidade civil do poder público não pode ser levada a extremos.

“Enfim, não se pode reclamar que o Estado seja onisciente, onipresente e onipotente. O pacto constituinte prometeu que o poder público envidaria esforços no sentido de manter a ordem pública. Não prometeu, no entanto, o *Éden*, espaço de perfeição e segurança absoluta. A existência do Estado não derroga, nem jamais derogará, as vicissitudes humanas; suas mazelas e desajustes. Tampouco funciona o Estado como uma ampla seguradora, a ressarcir os danos de qualquer ordem, por mais relevantes que sejam.

“Como registra o já invocado Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o ‘serviço não funcionou’. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal!’ (ob. cit., p. 797).

“Yussef Said Cahali, a propósito, esclarece que não basta o reconhecimento da ‘ineficácia genérica do aparelhamento estatal de polícia preventiva, encarregado da manutenção da ordem e da segurança do cidadão’. Acrescenta, então, que ‘em linha de princípio, é este o enten-

dimento que tem prevalecido na jurisprudência, com vistas à exclusão, via de regra, da responsabilidade civil do Estado, ante o pressuposto da inexigibilidade de uma vigilância específica capaz de evitar, na situação concreta, a prática do delito de que se queixa o particular' (Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 534 e 535).

"O Estado de Santa Catarina não é seguradora.

"Inimaginável que a responsabilidade objetiva indicada pela Constituição Federal se equipare a uma absoluta socialização dos riscos, arcando todos com os prejuízos que, infortunadamente, acabam onerando alguns em face da vida em sociedade.

"Todos, infelizmente, sofremos e temos danos; nem por isso é justo que esse risco inerente ao cotidiano seja transferido para o poder público.

"2. Sob outro ângulo, deve-se ter presente que a responsabilidade civil – mesmo envolvendo o poder público – está assentada na relação de causalidade. E, entre as diversas teorias que a justificam, a melhor é aquela que exige uma relação de causalidade adequada entre a conduta do agente e o dano havido.

"Nossa cultura jurídica nos leva rotineiramente a raciocinar, no âmbito da responsabilidade civil, em sistema lógico semelhante ao criminal. No direito penal, realmente, é preponderante a visualização da relação de causalidade (requisito para tipificação do crime) em termos meramente naturalísticos. Cuida-se de conhecida fórmula da *conditio sine qua non*. É

dizer, um fato é resultado de outro quando, mental e retrospectivamente abstraído, não levaria à eclosão do resultado. Nessa simplicidade, a fabricação do revólver é elemento indispensável do homicídio resultante de disparo de arma de fogo. O fabricante desse objeto será considerado co-responsável pelo evento.

"Ocorre que no direito criminal é até factível essa construção, na premissa de que não existe, naquele território, responsabilidade objetiva. Então, mesmo presente relação de causalidade, a imputação haverá de ser derogada se, no caso concreto, não ficar revelada ação ou omissão subjetivamente reprovável.

"Contudo, mesmo naquela esfera essa visão é passível de crítica. O maior especialista brasileiro nesse assunto, Paulo José da Costa Júnior, defende que se está diante da *causalidade adequada* (Comentários ao Código Penal, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 111).

"Com amplitude de razões, assim haverá de ser no campo do direito civil. Aqui, a causa de um evento não é singelamente o acontecimento que, afastado, anularia o resultado havido. Deve existir, mais gravemente, uma vinculação de pertinência lógica entre os acontecimentos (conduta e resultado). Não se trata de abordagem meramente naturalística, mas de percepção social do fenômeno.

"Essa teoria 'somente considera causadora do dano as condições por si só aptas a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de

concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação era adequada a produzir efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada' (Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 386).

"Aplicados esses aspectos ao caso presente, note-se que, naturalisticamente e como antes dito, o prejuízo ao particular não derivou da deficiência do sistema de segurança, mas das mazelas próprias do desajuste social. O Estado não é responsável pelos desatinos de marginais; não pode ser admoestado porque a vida não é perfeita.

"Como já dito, a violência ronda a convivência humana. Não é fato de o Estado existir ou deixar de existir que farão aparecer ou desaparecer os desencontros humanos. O Estado não catalisa nem tampouco recrudescer a violência. A atividade estatal, nesse campo, é meramente paliativa e essencialmente retributiva.

"Os crimes não são resultantes da presença ou ausência de policiamento. Os delitos derivam das paixões humanas, de seus desgarramentos éticos e das deficiências de relacionamento.

"A responsabilidade civil só alcança os prejuízos diretos e imediatos da ação ou omissão (art. 1.060 do Código Civil de 1916, então vigente).

"Uma tentativa de homicídio foi perpetrada por particular; a ele – e só a ele – deve ser imputado.

"3. Na hipótese concreta, tem-se como comprovado que a autora, amedrontada por ameaças, contactou telefonicamente com a polícia. Só que 'não omissão do Estado, até porque do serviço telefônico houve desdobramento no efetivo deslocamento ao local dos fatos, isso sem contar a possibilidade lançada nos autos pela autoridade policial de efetuar escolta no final do expediente. Evidentemente que esta autoridade não poderia constituir um soldado para guarnecê-la dia e noite, pois que tal serviço é inexecutável para a coletividade. Serviço que não comporta lógica nem contrapartida pelo contribuinte, obviamente', como registrou o Promotor de Justiça Leonardo Felipe Cavalcanti Luchezi (fl. 122).

"E emenda:

'Onde então, nesta seqüência de fatos, está caracterizado o dolo e a culpa do agente público? Deveria o policial militar ficar de plantão na loja para defender um suposto ataque daquele delinqüente? Parece-nos pouco razoável, visto que se não o fizesse ali o ataque, o faria noutro lugar, pois era conhecido da autora, sabia onde esta morava, tinha pleno conhecimento do ritmo de vida dela. Veja, não por coincidência, após a comunicação sobre o eventual fato ameaçador contra a autora, talvez agindo inclusive à espreita. Neste aspecto, o serviço público promovido pelo órgão denominado Copom – Centro Operacional da Polícia Militar, existente no 9º BPM de Criciúma, cumpriu exatamente o seu papel, deslocando inclusive uma unidade

motorizada até o local para verificação. O culpado pelo fato é o delinqüente e não o Estado. Ademais, a autora nunca provou o nexo de causalidade entre o serviço prestado e o prejuízo sofrido através das seqüelas advindas de projétil de arma de fogo. O delinqüente não estava sob custódia do Estado, o policial militar destacado não vislumbrou a sua presença no período em que lá esteve e houve a contrapartida pela ligação da autora, ou seja, vistoria do local num momento antes do atentado no local e registro da intenção homicida daquele homem' (fls. 122 e 123).

“Assim, julgo *improcedente* o pedido” (fls. 126 a 132).

No mais, relativamente às alegações expostas no reclamo, alguns esclarecimentos devem ser feitos.

A apelante argumentou que a tese utilizada na sentença calçou-se em afirmação não confirmada pelas provas produzidas nos autos, qual seja, de que não existiu conduta omissiva do Estado, uma vez que o atendente, soldado Edilor da Silva, logo após a ligação, entrou em contato com um policial motociclista que foi até o local, conversou com a solicitante, constatou que não havia nenhum problema, e orientou-a a chamar uma viatura, caso fosse necessário.

Afirmou a recorrente que após as ligações efetuadas ao Copom nenhum policial compareceu ao local.

Tal alegação não pode prosperar.

Com efeito, a decisão objurgada não se fundamentou apenas no fato supramencionado, entendendo o Magistrado que, não obstante nenhum policial tivesse comparecido ao local, ainda assim, ante as peculiaridades do caso, o Estado não poderia ser responsabilizado pelo infortúnio.

Em suma, o que ocorreu, na verdade, foi uma fatalidade, cuja responsabilidade pelos danos dela oriundos devem recair, tão-somente, ao autor do delito, e não ao Estado, que, de fato, tem a obrigação de propiciar segurança à população, o que não implica, no entanto, o dever de estar em todos os lugares ao mesmo tempo, fornecendo um policial para assegurar a integridade física de cada cidadão.

No caso em tela, não se poderia prever quando e se realmente o delinqüente iria efetivar suas ameaças, tanto que na própria inicial afirmou-se que não foi a primeira vez que as intimidações foram feitas.

Isso pode ser observado na transcrição da conversação telefônica (autos da ação cautelar de produção antecipada de provas em apenso), na qual a Sra. Cristina mostra-se amedrontada com as ameaças de morte, somente conjecturando a possibilidade delas se concretizarem, não afirmando, porém, em nenhum momento, que o desafeto iria, naquele instante, ao seu encontro.

Veja-se:

“Cristina – Ele falou que estava ou iria ser solto daqui a três dias e que era pra preparar o caixão dela e mandou preparar o meu caixão, que

ele iria matar a gente, eu não sei o que eu faço, eu tô aqui na loja e ela tá aqui comigo, eu não sei, eu estou apavorada” (fl. 51).

“Cristina – Tá e se ele tentar vir aqui na loja?” (fl. 61).

Assim sendo, o pedido formulado na presente ação indenizatória, verdadeiramente, deve ser julgado improcedente.

Por derradeiro, insurgiu-se a apelante contra a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais, cuja exigibilidade do crédito restou suspensa nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei n. 1.060/50.

Confusão fez a recorrente.

Sua declaração de pobreza foi aceita e tida como verdadeira pelo Magistrado, tanto que lhe foi concedido o benefício da assistência judiciária. No entanto, “a parte beneficiária da justiça gratuita, quando vencida, sujeita-se ao princípio da sucumbência, não se furtando ao pagamento dos consectários dela decorrentes. A condenação respectiva deve constar da sentença, ficando, contudo, sobrestada até e se,

dentro em cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida” (STJ, REsp n. 8.751/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 17-12-1991).

Dessa feita, nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 16 de outubro de 2003.

Volnei Carlin,
Presidente, com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.016476-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Ação de indenização por danos causados em motociclista por linha de pandorga durante festival promovido pelo município. Negligência do organizador. Ausência de delimitação do local do evento e falta de sinalização de advertência e policiamento adequado. Danos materiais. Despesas com medicamentos. Apuração em liqui-

dação de sentença. Deterioração da motocicleta. Inexistência de prova. Danos morais. Quantia suficiente para atender ao caráter compensatório e punitivo inerente à espécie, ante as peculiaridades do caso. Incidência de juros moratórios e correção monetária. Sentença que silenciou a respeito. Aplicação de ofício. Lei Complementar n. 156/97, alterada pela Lei Complementar n. 161/97. Isenção do ente público do pagamento das custas. Benefício que não abrange as despesas antecipadas pelo vencedor, a teor do princípio da sucumbência estampado no art. 20 do CPC. Remessa e recurso do município desprovidos. Recurso do autor parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.016476-6, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que são apelantes e apelados o município de Florianópolis e Henrique Scharf:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover a remessa e o recurso do município; por maioria de votos, prover parcialmente o recurso adesivo; e, de ofício, determinar a incidência de juros moratórios e correção monetária ao valor da condenação. Vencido o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira que votou no sentido de elevar o valor fixado a título de danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Henrique Scharf ajuizou ação contra o município de Florianópolis almejando indenização por danos morais, físicos, estéticos e materiais.

Asseverou, em síntese, que no dia 20 de março de 1999, aproxima-

damente às 9h30min, trafegava com sua motocicleta na Avenida Gustavo Richard, sentido Ponte Pedro Ivo – Fórum da Capital, quando, nas proximidades da passarela de pedestres ali localizada, teve seu pescoço atingido por uma linha de pandorga, preparada com cerol, causando-lhe sério ferimento que resultou em sutura com nove pontos, e que, por muito pouco, não lhe ocasionou a morte.

Imputou a responsabilidade à Municipalidade, que, na oportunidade, promovia o evento denominado “Festival da Pandorga”, alegando que, pela teoria da responsabilidade objetiva ou subjetiva, deve o réu indenizar os danos por ele sofridos, já que o Município foi negligente nos cuidados com a segurança, pois não havia nenhum tipo de fiscalização quanto ao uso do cerol, vigilância de trânsito, nem delimitação de espaço para a atividade, a qual se estendia ao canteiro central da avenida.

Oferecida a resposta em forma de contestação, e após a instrução do feito, seguiu-se a sentença, tendo o Magistrado *a quo* julgado parcialmente procedente o pedido formulado

na inicial para condenar o município de Florianópolis ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de indenização por danos morais, bem como ressarcir ao autor as despesas com a aquisição de medicamentos, estas a serem apuradas em liquidação de sentença. Por fim, fixou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, isentando o réu do pagamento das custas.

Irresignadas, as partes recorreram.

O Município interpôs recurso de apelação, suscitando que o autor não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, arguindo que o boletim de ocorrência foi elaborado unilateralmente, visto que nenhum policial foi chamado ao local do acidente, e que as três testemunhas ouvidas comprovaram a inexistência do nexos causal; no mais, reiterou os argumentos anteriormente expostos.

O autor, por sua vez, apresentou contra-razões e interpôs recurso adesivo, no qual pugnou pela majoração da indenização a título de danos morais para o mínimo de 350 salários mínimos, ou valor equivalente, corrigido monetariamente e com incidência de juros de mora desde a citação, uma vez que a sentença silenciou a esse respeito; pela majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação ou valor mínimo de R\$ 5.000,00; e pela condenação do réu às custas pendidas pelo autor.

Sem contra-razões do Município, os autos ascenderam a esta Corte, sendo remetidos à douta

Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pelo desprovemento da remessa e do recurso do réu, e pelo provimento parcial do recurso do autor para a incidência de juros de mora de 6% ao ano e correção monetária a contar da citação.

É o relatório.

II — Voto

Cuida-se de reexame necessário, recurso de apelação interposto pelo município de Florianópolis e recurso adesivo interposto por Henrique Scharf nos autos da ação de indenização aforada por este último contra a Municipalidade.

O autor afirmou que quando trafegava com sua motocicleta na Avenida Gustavo Richard foi atingido no pescoço por uma linha de pandorga, preparada com cerol, causando-lhe sério ferimento que resultou em sutura com nove pontos, e que, por muito pouco, não lhe ocasionou a morte, isso durante a realização do evento intitulado “Festival da Pandorga”, promovido pelo réu, a quem imputou a responsabilidade, já que este foi negligente nos cuidados com a segurança do evento.

Relativamente à responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito público, prescreve a Constituição de 1988:

“Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegua-

rado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa”.

A responsabilidade civil dos entes públicos ou equiparados, consagrada pelo referido dispositivo, baseia-se no risco administrativo, sendo, portanto, objetiva. Para a sua caracterização exige-se a ocorrência dos seguintes requisitos: dano, ação ou omissão administrativa, nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade. São excludentes: força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima.

Questão controvertida, tanto na doutrina como na jurisprudência, é a referente à responsabilidade estatal nos casos de omissão do poder público.

Sustentam alguns, que, mesmo nessa hipótese, ela é objetiva, porque a Constituição não fez distinção entre ato comissivo ou omissivo; asseverando outros, que é subjetiva, porquanto o único modo de constatar-se a omissão do ente público é verificar se ele tinha o dever de agir, ou seja, se houve culpa na sua conduta omissiva.

Pensa-se, com respeito aos defensores da outra tese, que a primeira é a mais acertada, ou seja, a responsabilidade objetiva, disciplinada no art. 37, § 6º, da Constituição do Brasil, aplica-se também aos casos de omissão.

A respeito, a lição do mestre Hely Lopes Meirelles:

“Para obter a *indenização*, basta que o lesado acione a Fazenda

Pública e demonstre o nexos causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização” (Direito administrativo brasileiro, 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 631).

In casu, todavia, seja para os partidários da teoria objetiva ou da subjetiva, a indenização é devida, visto ter restado demonstrado que os danos causados ao autor decorreram da atitude negligente da Municipalidade, que não tomou os cuidados necessários para a realização do evento por ela promovido.

As provas produzidas nos autos corroboram a tese exposta na decisão guerreada. Desse modo, não pode prosperar a alegação do Município de que o autor não fez prova dos fatos constitutivos de seu direito.

O dano (lesão corporal na região anterior esquerda do pescoço) restou plenamente demonstrado pelo laudo pericial (fls. 16 e 17), pela reportagem jornalística (fl. 18), pela fotografia (fl. 22) e pelos receiptários médicos (fls. 23 e 24).

O fato lesivo, bem como o nexo de causalidade entre esse e o dano, igualmente, foram comprovados. Veja-se que o boletim de ocorrência (fl. 15), o depoimento das testemunhas (fls. 70 a 72), as fotografias (fls. 19 a 21) e a cópia da reportagem jornalística (fl. 74) informam que no dia do infortúnio, 20-3-1999, no local relatado, realizou-se o dito “Festival da Pandorga”, e que os participantes estavam distribuídos por toda a área próxima ao acidente, a qual, pelo que consta nos autos, não era delimitada e não apresentava qualquer aviso de advertência ou policiamento para a orientação dos motoristas e pedestres que por ali transitassem.

Como anotado na sentença, “a prova documental, à fl. 74, faz ver inclusive que o réu programou atividades de ‘corte de pipa’, coisa somente viável com uso do cerol, que, pela sua própria formulação, coloca em risco a integridade física dos participantes e a de terceiros, é, pois, evento nocivo.

“Era de esperar do réu, um ente público, um grau de zelo muito maior do que o adotado, para com os administrados, evidenciando o desenrolar dos fatos uma desorganização inaceitável” (fl. 125).

No que tange à alegação de que o boletim de ocorrência foi unilateralmente elaborado pelo autor, e portanto não serve como prova dos fatos narrados na inicial, mais uma vez, não comporta acolhida.

Não obstante tenha sido efetuado de forma unilateral, não houve, consoante demonstrado, alteração da

verdade dos fatos, e o *decisum* não se embasou apenas no citado boletim de ocorrência, existindo outras provas que dão suporte ao que fora alegado pelo autor.

Convém ressaltar, por oportuno, que não se está aqui discutindo a validade da atividade promovida pelo réu no festival, sobretudo, ao incluir a categoria de melhor desempenho na modalidade “corte de pipa”, o que, como ressaltado, só é viável com a linha preparada com cerol, tornando a prática da pandorga, por conseguinte, perigosa. O importante, sim, era que o Município, ao promover um festival desse tipo, proporcionasse não só aos participantes mas também aos espectadores e aos que transitassem pelo local toda a segurança recomendada.

Ademais, era plenamente previsível o perigo para quem passasse pela área das atividades de ser atingido por alguma das linhas de pandorga, as quais, ao que tudo indica, eram preparadas com cerol, e, ainda que não fossem, para os que se deslocassem, como o autor, de motocicleta, representavam igual perigo.

Não há cogitar, de outro vértice, a culpa da vítima, que, como demonstrado, trafegava em velocidade apropriada para o local, não tendo infringido nenhuma norma de trânsito. Aliás, como observou o Magistrado sentenciante, “tal cerol não era avistável a quem está conduzindo veículos, atento ainda à movimentação dos pedestres, desordenadamente sobre a via” (fl. 125).

Em suma, a negligência do Município na realização do festival é flagrante. Destarte, restando demonstrada sua omissão, bem como o nexo de causalidade entre esta e o dano que sofreu o autor, caracterizada está a responsabilidade do réu e, conseqüentemente, seu dever ressarcitório.

Passa-se, pois, à apuração dos danos.

Com relação aos danos materiais, pleiteia o autor a indenização de aproximadamente R\$ 1.000,00, correspondente aos danos causados em sua motocicleta com a queda que sofreu logo após ter sido atingido pela linha da pandorga.

Não há nos autos, porém, prova de que tais danos realmente ocorreram. Não trouxe nenhum recibo, nota fiscal, ou documento que pudesse demonstrar a ocorrência desse prejuízo.

A prova testemunhal a esse respeito é contraditória. Confira-se os depoimentos das testemunhas arroladas pelo próprio autor:

“[...] *que não havia danos na motocicleta do autor*, que o autor na época relatou ter-se desvencilhado da linha com as mãos e a motocicleta em movimento, mas sem perder o equilíbrio” (sem grifo no original) (depoimento de Jeferson Bitz – fl. 71).

“[...] *que a moto sofreu reparos; que o conserto foi realizado, visando à venda*” (depoimento de André Luiz Tedesco – fl. 70).

Anota-se, que, consoante demonstrado, e, aliás, como afirmou o próprio autor, o único dano físico por

ele sofrido foi o ferimento no pescoço ocasionado pela linha da pandorga.

Pois bem. É lógico que se realmente houvesse ocorrido a queda da vítima após ser atingida pela linha (o que certamente danificaria sua motocicleta), isso, provavelmente, teria-lhe ocasionado danos outros que não apenas no pescoço.

Vê-se, ainda, que no boletim de ocorrência (fl. 15) nada consta sobre a suposta queda do autor.

Diversa é a situação relativamente aos danos materiais envolvendo os medicamentos, os quais sem dúvida teve de utilizar para recuperar a saúde. Essa conclusão é alcançada não apenas pelo tipo de ferimento sofrido, mas, sobretudo, pelos receituários médicos de fls. 23 e 24.

Não se podendo, todavia, precisar o *quantum* despendido pelo autor, agiu corretamente o Magistrado ao delegar a apuração dos valores para a fase de liquidação de sentença.

Por fim, tem-se o dano moral, o qual, como cediço, resulta do sofrimento imposto ao demandante em decorrência do acidente.

Da análise do conjunto probatório contido nos autos conclui-se, sem receio de equívoco, que tal dano extrapatrimonial efetivamente ocorreu.

O autor insurgiu-se quanto ao valor da indenização fixada a título de danos morais, pugnando pela sua majoração para a quantia de 350 salários mínimos ou valor equivalente.

Pensa-se, entretanto, que o valor de R\$ 10.000,00 arbitrado no *decisum* não merece ser alterado.

Com efeito, não há critérios objetivos para determinação da indenização por dano moral, sendo conferidos amplos poderes ao juiz para a sua fixação. O arbitramento da verba indenizatória deve ser justo a ponto de alcançar seu caráter punitivo, correspondendo à satisfação do prejuízo moral sofrido pela vítima.

Deve-se levar em consideração, como adverte o Superior Tribunal de Justiça, que o dano moral não pode ser fonte de enriquecimento sem causa. Confira-se:

“A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 171.084, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Não se desconhece a gravidade da lesão sofrida pelo autor, que, se tivesse sido um pouco mais profunda, poderia ter ocasionado até mesmo o óbito (depoimento do médico legista que realizou o exame

pericial, Dr. Zulmar Vieira Coutinho – fl. 72), e, muito menos, o sofrimento que esta lhe ocasionou.

Ainda assim, deve-se considerar que a lesão, não obstante sua potencialidade lesiva, foi de natureza leve, não tendo resultado perigo de vida para a vítima (quesito n. 5 do exame pericial – fl. 17).

Desse modo, tem-se por razoável a quantia fixada pelo Togado *a quo*, o qual, analisando as peculiaridades do caso em concreto, observou os parâmetros recomendados pela melhor doutrina e jurisprudência. A quantia de R\$ 10.000,00 atende à finalidade compensatória e punitiva inerente ao dano moral. Cuida-se de valor que, de um lado, ameniza a situação constrangedora a qual foi submetido o recorrido, e, de outro, desencoraja o Município a reiterar atos como o presente.

Constata-se, por outro lado, que a decisão objurgada, consoante observou o autor na apelação, silenciou a respeito dos juros de mora e correção monetária, pedido, aliás, registra-se, que não fora formulado na inicial, daí a impossibilidade de prover-se o apelo do autor para esse fim.

Nesse caso, contudo, deve o Tribunal, de ofício, fixar os critérios para a atualização monetária e para a incidência de juros moratórios aos valores arbitrados na ação de indenização. A hipótese não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita*, porquanto “incluem-se os juros moratórios [e, por extensão, a correção monetária] na liquidação, embora

omisso o pedido inicial ou a condenação” (Súmula 254 do STF).

A jurisprudência é nesse sentido. Veja-se:

“Os juros de mora, ainda que quanto a eles omissos o pedido inicial e a condenação, haverão de ser incluídos na liquidação, como acessórios que são do principal” (REsp n. 10.929, rel. Min. Waldemar Zveiter).

E ainda:

“Os juros legais, segundo boa doutrina, ‘sempre se consideram incluídos no pedido (art. 293). E, nesse caso, mesmo que a sentença a eles não se refira, serão devidos, a partir da constituição em mora do devedor, pois o preceito é de direito material (art. 1.064 do Código Civil). Tanto é verdade que a lei os manda incluir não no pedido, mas no principal’. Logo, possível a inclusão, em segundo grau, dos juros legais, mesmo que não haja recurso nesse sentido e a sentença não tenha deles tratado” (REsp n. 202.826, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Por fim:

“A incidência dos índices inflacionários expurgados na atualização monetária do débito judicial, ainda que não fixados na sentença de primeiro grau, não consubstancia *reformatio in pejus*, pois traduz mera recomposição do valor nominal da moeda, em face do fenômeno da inflação, tampouco na hipótese em que o Tribunal, a despeito da inexistência de recurso da parte vencedora, supre a patente omissão existente na sentença, no tocante ao percentual devido a título de juros de mora”

(REsp n. 297.695, rel. Min. Vicente Leal).

Relativamente ao termo inicial de incidência, tem-se que a “correção monetária, em casos de responsabilidade civil, tem o seu termo inicial na data do evento danoso. Todavia, em se tratando de dano moral o termo inicial é, logicamente, a data em que o valor foi fixado” (REsp n. 204677/ES, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito), isto é, na espécie, a correção monetária deve contar-se da data da sentença.

Os juros legais, por sua vez, devem incidir desde a citação (REsp n. 132691/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 1º-8-2000; RSTJ 10/414, 11/422, 17/324, STJ/RT 664/165, 669/200).

Desse modo, complementando o julgado, ao que nele foi consignado, acrescenta-se que o valor da condenação deve ser corrigido monetariamente desde a sentença, com incidência de juros de mora, fixados em 6% ao ano, a contar da citação.

No que pertine ao pedido formulado no apelo da Municipalidade sobre a condenação do autor às penas de litigância de má-fé, novamente, não merece guarida.

Não se vislumbra a hipótese nos autos.

O apelante afirmou que o autor, violando o princípio da lealdade processual, faltou com a verdade ou a distorceu para alcançá-la, havendo, inclusive, alterado “intencional e falsamente a verdade das jurisprudências” (fl. 145).

Totalmente infundada a alegação, posto que destituída de qualquer suporte probatório.

Os fatos narrados pelo autor, à exceção dos danos materiais referentes à motocicleta, restaram amplamente comprovados, não se podendo falar, assim, em alteração da verdade dos fatos. Quanto à modificação da jurisprudência, sequer citou o réu quais seriam os julgados que teriam sido modificados.

Além disso, presumida é, sempre, a boa-fé, e, não existindo prova segura em contrário, não há aplicar o art. 17 do CPC.

Anota-se, em seguida, que, quando vencida a Fazenda Pública, a verba honorária deve ser fixada consoante apreciação eqüitativa do julgador, ao passo que “entre as exceções do § 4º do art. 20 do Estatuto Processual Civil, o legislador ‘deu à Fazenda Pública um tratamento especial, porque ela não é um ente concreto, mas a própria comunidade, representada pelo governante que é o administrador e preposto’ e ‘jamais se apontou qualquer inconstitucionalidade nessa regra, que, visando a preservar os interesses coletivos, tratou desigualmente pessoas desiguais, restando ao Juiz apenas a apreciação eqüitativa, atendidas as normas das letras a e c do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil” (STJ, AGA n. 295.481/DF, rel. Min. Fraciuili Neto).

Ademais, deve-se levar em consideração o entendimento consagrado por este Tribunal no que diz respeito aos honorários advocatícios

quando vencido o ente público: “Na ausência de circunstâncias especiais, sedimentou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios, quando se tratar de pessoa jurídica de direito público, deve situar-se no patamar de 10% sobre o valor da condenação” (Ap. Cív. n. 2002.014805-4, da lavra deste Relator). Ou ainda: “Pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que não deve entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%” (Ap. Cív. n. 1999.012709-5, rel. Des. Sérgio Paladino).

Logo, considerando as peculiaridades do caso em tela e, conforme a apreciação eqüitativa que determina o dispositivo supracitado, afiguram-se corretos os honorários de 10% sobre o valor da condenação, não merecendo nenhum reparo.

O último pleito veiculado no apelo do autor versa sobre a isenção do pagamento das custas determinada na sentença. Argumentou que “o MM. Juízo prolator, isentando o réu de custas, como de fato lhe socorre essa prerrogativa por ser um ente Público, deixou, porém, de impor aos ônus sucumbenciais o seu dever de ressarcir o autor nas custas e despesas processuais que sabidamente teve que arcar” (fl. 164).

Ex vi da Lei Complementar n. 156/97, que instituiu o Regimento de Custas do Estado, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 161/97, o réu, realmente, está isento

do pagamento dos referidos encargos.

No entanto, como bem observou o ilustre Desembargador Francisco Oliveira Filho, em hipótese análoga, “é verdade que a Lei Complementar Estadual n. 156/97, posteriormente modificada pela de n. 161/97, isentou de custas e emolumentos ‘o processo em geral, do qual tenha sido vencida a Fazenda do estado e dos municípios, direta ou por administração autárquica, quanto ao ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos’ (art. 35, alínea i).

“Contudo, é impossível desconhecer a interpretação do art. 20 do Código de Processo Civil, que indiscutivelmente adotou o princípio da sucumbência, mediante o qual o processo não deve reverter em prejuízo da parte que tenha razão.

“Em outras palavras: a regra do art. 35, alínea i, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, posteriormente modificada pela de n. 161/97, cede passo ao princípio da sucumbência, quando a parte impetrante no mandado de segurança sai vencedora, seja em face do Estado, seja em face de Município, os quais são os verdadeiros sujeitos passivos da ação.

“A bem da verdade, e já seria o bastante para justificar o acerto da decisão combatida, a lei que isentou os entes públicos do pagamento das custas processuais se destina a evitar que o Estado as pague a si, o que constituiria teratologia acaciana. Todavia, a se levar a ferro e fogo a regra da isenção, o impetrante com

direito líquido e certo ficará sem a quantia desembolsada para a impetração, a qual não desaparecerá, por certo; ficará com o Estado, enriquecido, dessa forma, sem causa. E o enriquecimento sem causa, é bem sabido, é veementemente rechaçado pela ordenação brasileira” (ACMS n. 2000.016059-8, j. 16-6-2003).

Não difere a orientação do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

“A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos (art. 39 da Lei n. 6.830/80). Tal privilégio, contudo, não a exime do ressarcimento do valor respectivo na hipótese de se tornar vencida na demanda (parágrafo único). Não há, desse modo, qualquer isenção de pagamento dos emolumentos, mas apenas dispensa de prévio depósito, postergando para o final da ação o ressarcimento respectivo” (ROMS n. 12073/RS, rel. Min. José Delgado, DJ 2-4-2001).

E também:

“A Fazenda Pública (União Federal e suas autarquias) é isenta do pagamento de custas processuais perante a Justiça Federal, circunstância, entretanto, que não a desobriga de ressarcir aquelas custas que o particular, como autor, antecipou no início do processo no qual foi vencedor, em homenagem ao princípio da sucumbência processual” (REsp n. 48.617/RJ, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 3-5-1999).

Assim, há de ser dado provimento ao recurso adesivo para determinar que o município de Florianópolis

polis ressarça ao autor as despesas que antecipou.

Por todo o exposto, nega-se provimento à remessa e ao recurso do Município; dá-se provimento parcial ao recurso do autor para o fim supra-mencionado; e, de ofício, determina-se a incidência de juros moratórios e correção monetária ao valor da condenação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover a remessa e o recurso do Município; por maioria de votos, prover parcialmente o recurso adesivo; e, de ofício, determinar a incidência de juros moratórios e correção monetária ao valor da condenação. Vencido o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira que votou no sentido de elevar o valor fixado a título de danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2003.

Volnei Carlin,
Presidente, com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira:

Não se pode deixar de notar as graves falhas na conduta do requerido ao organizar o evento. Colhe-se dos autos que os participantes estavam distribuídos por toda a parte próxima do acidente, a qual não era delimitada; não havia quaisquer avisos de advertência; não havia policiamento destacado para orientação dos motoristas e pedestres; aliado a tudo isso, e ainda mais grave, o próprio evento previa a atividade “corte da pipa”, para o qual se faz necessário o uso do cerol, que, por sua própria formulação, expõe as pessoas próximas a enorme risco.

De outro vértice, vê-se a gravidade da lesão sofrida, que, por pouco, lhe custaria a vida.

Dessa forma, considerando o elevado grau de culpa do Município e a gravidade da lesão sofrida, tendo em vista a peculiaridade do dano moral ter caráter punitivo, de forma a evitar que em evento futuro as mesmas falhas sejam cometidas, o arbitramento do valor fixado a título de dano moral deveria ficar em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), dando-se parcial provimento ao recurso adesivo do autor.

Por essas razões, dissenti da maioria.

Nicanor da Silveira.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.011517-8, DA CAPITAL**Relator: Des. Newton Janke**

Anulação de ato jurídico. Aplicação de pena disciplinar. Critério da “verdade sabida”.

O critério da “verdade sabida” pereceu, definitivamente, com o advento da Constituição Federal de 1988, não mais se concebendo a imposição de pena disciplinar, por mais branda que seja, sem a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.011517-8, da comarca da Capital (Vara dos feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado Clausmar Luiz Siegel:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer da remessa e do recurso, dar parcial provimento à primeira e desprover o segundo.

Custas na forma da lei.

1. Trata-se de remessa para reexame necessário e de apelação interposta pelo Estado de Santa Catarina contra a sentença que julgou procedente o pedido de anulação de pena disciplinar formulado na ação de anulação de ato jurídico promovida por Clausmar Luiz Siegel.

Propugnando pela reforma da decisão, enfatiza o recorrente que o cometimento de infração de diretriz escolar, consistente na permissão de saída de alunos da sala antes do

término da aula, é fato incontroverso, posto que admitido tanto pelas partes, como pelo Ministério Público e pelo próprio Magistrado sentenciante. Evocando ensinamento doutrinário sobre a chamada “verdade sabida”, sustenta que, na hipótese, a aplicação da pena disciplinar prescindia de processo administrativo, e pondera que o termo de aplicação da sanção consigna as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta, além do que a penalidade aplicada (advertência) é a de menor gravidade e importância. Registrou, por fim, que o propósito do apelado visa a impedir a Administração Pública de exercer seu poder/dever disciplinar.

O apelado apresentou contra-razões, defendendo a imprescindibilidade do prévio processo administrativo, com o estabelecimento do contraditório.

O Ministério Público de primeiro grau opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso, seguido pelo da instância *ad quem*, o qual, em acréscimo, recomendou o

provimento parcial da remessa. a fim de isentar o Estado do pagamento das custas processuais.

É o relatório.

2. Não é ocioso lembrar que não se pode mais prescindir do devido processo legal sem ofender cânones constitucionais. Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados também, e sobretudo, pela Administração Pública, ainda que a penalidade a ser infligida se revele de pouca gravidade.

Referindo-se ao poder disciplinar, Odete Medauar enfatiza:

“No concernente ao exercício do ‘poder disciplinar’, a garantia constitucional da ampla defesa veda a imposição de penas, sem a intermediação de processo (que pode ser simples). A idéia de que o contraditório e a ampla defesa só devem existir para apuração de condutas passíveis de penas graves, enquanto outras penas seriam aplicadas sem processo, deixa de prevalecer à vista do disposto no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal. Portanto, não há de se admitir a punição pelo critério da ‘verdade sabida’, em virtude do qual se conferia à autoridade o poder de aplicar, de imediato, penas leves (exemplo: repreensão e suspensão curta), quando tivesse conhecimento direto da falta cometida [...]” (in *Direito Administrativo Moderno*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 193).

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro segue no mesmo tom:

“Verdade sabida é o conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente para aplicar a pena. É o conceito que consta do artigo 271, parágrafo único, do Estatuto paulista. Pelo *caput* do dispositivo, é possível aplicar-se a pena pela verdade sabida, quando se tratar de repreensão e suspensão.

“Esse dispositivo estatutário não mais prevalece, diante da norma do artigo 5º, LV, da Constituição, que exige o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. Mesmo antes da atual Constituição, já se entendia que o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 153, § 16, para o processo penal, era aplicável às esferas civil e administrativa.

“A lei federal não prevê a aplicação da pena pela verdade sabida” (in *Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 499).

A respeitável sentença prolatada, pois, há de ser confirmada, posto que ao apelante foi imposta a pena de advertência à revelia de qualquer procedimento, por mais simples ou sumário que fosse.

Insiste o apelado em realçar o fato de o apelante ter admitido a conduta dita irregular, o que estaria a dispensar qualquer formalidade. Essa particularidade, no entanto, não tem a relevância que o apelante lhe dá.

Sem descurar do fato de que não cabe ao Poder Judiciário enfrentar o denominado *mérito administrativo*, mas tão-só verificar a legalidade do ato, é preciso observar que, apesar de o apelado ter reconhe-

cido que permitiu que alguns alunos, com a prova já concluída, retirassem-se do recinto da sala e aguardassem o encerramento do horário de aula no pátio da escola, não admite ele que essa iniciativa comprometeu a dignidade e o decoro da função pública ou que feriu a disciplina e a hierarquia ou ainda que causou qualquer prejuízo à Administração Pública, conforme os elementos objetivos do artigo legal no qual foi enquadrado (art. 163 da Lei n. 6.844/86).

O direito de defesa antecede qualquer exame de mérito, sendo alçado a tal magnitude que independe da posição que o averiguado assume diante do ilícito que lhe é imputado.

Do repertório jurisprudencial desta Corte de Justiça destaca-se:

“Apelação civil em mandado de segurança – Servidor municipal – Pena de advertência aplicada independentemente de processo administrativo – Impossibilidade – Lesão ao art. 5º, inciso IV, da Carta Magna – Apelo e reexame necessário desprovidos.

“Em face da garantia do contraditório e da ampla defesa, há necessi-

dade de processo administrativo, para a incidência de penalidade, inclusive de advertência. Inobservada essa regra, o ato impositivo é nulo” (ACMS n. 2001.025781-5, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 30-9-02).

O reclamo é, pois, insubsistente; todavia, em sede de remessa, impõe-se isentar o Estado do pagamento das custas processuais, em razão da previsão contida no art. 35, *h*, da Lei Complementar n. 156/97 e das alterações posteriores.

3. Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, conheceu da remessa e do recurso, provendo parcialmente a primeira e desprovendo o segundo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 22 de maio de 2003.

Volnei Carlin,
Presidente, com voto;
Newton Janke,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.012327-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Newton Janke

Falência – Ação revocatória – Intervenção do Estado e do Município – Competência – Exegese do art. 56 do Decreto-Lei n. 7.661/45.

A competência originária ou recursal para a ação de ineficácia (art. 52) ou revocatória (art. 53) será sempre do juízo falimentar ou do órgão fracionário a que, nos Estados, for atribuído o exame das questões concernentes ao Direito Falimentar, pouco importando que o Estado ou o Município integrem a relação processual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.012327-2, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que são apelantes Dobrevê Empreendimentos e Participações Ltda. e o município de Blumenau, sendo apelados o Estado de Santa Catarina e Massa Falida de Moellmann Comercial S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, não conhecer dos recursos e determinar a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Comercial.

Custas na forma da lei.

1. Dobrevê Empreendimentos e Participações Ltda. e o município de Blumenau interpuseram, o último como terceiro prejudicado, apelações contra sentença que, em ação revocatória fundada nos arts. 52 e 53 do Decreto-Lei n. 7.661/45, julgou procedente o pedido formulado por Massa Falida de Moellmann Comercial S.A., declarando a ineficácia da operação de compra e venda de três imóveis, celebrada entre a primeira apelante e a empresa Moellmann Comercial S.A.

Processados os recursos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer.

Este o relatório, vazado abreviadamente em decorrência do não

conhecimento dos recursos por este órgão fracionário nos termos dos fundamentos a seguir expostos.

2. A ação em tela deita seus fundamentos e está disciplinada na Lei de Falências (art. 52 e seguintes do Decreto-Lei n. 7.661/45). Prescreve o art. 56, *caput*, deste diploma legal, que “a ação revocatória correrá perante o juiz da falência e terá curso ordinário”.

Em obediência a este preceptivo, a ação tramitou, em primeiro grau, no Juízo da falência, malgrado o Estado de Santa Catarina tenha nela ingressado como assistente litisconsorcial (fls. 146 a 155) e sem embargo de, a respeito dessa intervenção, não ter havido a decisão reclamada no inc. III do art. 51 do Código de Processo Civil.

A regra de competência acima reproduzida é, sem dúvida, de natureza absoluta, derivando da matéria de que se cuida na demanda. O legislador federal, ao inseri-la expressamente, em lei especial (que, portanto, pelo critério da especialidade, sobrepõe-se a qualquer outra lei com a mesma hierarquia), quis que a ação revocatória fosse tratada no juízo especializado e mais familiarizado com as peculiaridades do direito falimentar.

À base desse escopo, é lícito dizer e entender que a Lei de Falências excluiu, peremptoriamente, a competência de qualquer outro juízo para o processamento e julgamento da demanda. E essa diretriz, por boa simetria, projeta-se para a instância recursal, desde que o regimento do respectivo tribunal ou a lei estadual de organização judiciária preveja a competência de um de seus órgãos fracionários para o exame de matéria falimentar.

Em Santa Catarina, tanto o Ato Regimental n. 41/00, de 9-8-2000 (art. 6º, inc. II), quanto o Ato Regimental n. 57/02 foram expressos em definir a competência recursal para as questões concernentes ao Direito Falimentar.

De fato, o último o fez em seu art. 3º, com o seguinte enunciado:

“A 3ª Câmara de Direito Civil passa a ter competência igual à 1ª e à 2ª Câmaras de Direito Civil, o mesmo ocorrendo com a 3ª Câmara de Direito Público, relativamente às ora denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Público; as três Câmaras de Direito Comercial passam a ter competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o *Direito Falimentar*, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima”.

A circunstância de o Estado de Santa Catarina ter ingressado no feito como assistente litisconsorcial e de o município de Blumenau ter recorrido como terceiro prejudicado não tem o

condão de alterar essa regra de competência de modo a deslocar o julgamento do recurso para uma das Câmaras de Direito Público porque, salvo melhor juízo, há de prevalecer o critério de especialidade, estabelecido na lei federal.

Tal conclusão tem a chancela do abalizado magistério de José da Silva Pacheco que, a propósito do tema, leciona:

“Competência para a ação revocatória – A competência para ação revocatória do art. 53 e a ação de ineficácia do art. 52 é do juízo da falência. É o que dispõe, expressamente, o art. 56.

“Pergunta-se:

“Mesmo que os réus a que alude o art. 55, parágrafo único, não sejam domiciliados no juízo da falência, prevalece a competência deste? Sim é a resposta certa, não admitindo sequer hesitação.

“Prevalece, ainda, essa regra do art. 56, se for réu o Poder Público ou a Fazenda Pública municipal, estadual ou federal ou qualquer autarquia? Sim deve ser a resposta, sendo certo que o recurso será conhecido pelo Tribunal de Justiça local, excluindo-se o mesmo da competência do Tribunal Federal de Recursos.

“Se a ação é argüida incidentalmente, em outro processo, em juízo diverso do juízo falimentar, como faculta o art. 57, há de se remeter o processo ao juízo da falência? Sim é a resposta certa, se outro impedimento não há.

“Assinale-se que não se prorroga a competência ainda que o réu não oponha exceção declinatória do foro.

“Não importa quem seja o autor ou quem seja o réu, tratando-se de ação revocatória falencial, a competência é do juízo da falência” (in Processo de Falência e Concordata, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 353 – sem o grifo no original).

3. Ante o exposto, nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, não conheceu dos recursos, determinando a sua redistri-

buição a uma das Câmaras de Direito Comercial.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 8 de maio de 2003.

Volnei Carlin,

Presidente, com voto;

Newton Janke,

Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.024289-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Apelação cível – Tributário – ICMS – Legitimidade ativa ad causam – Distinção entre operações pretéritas e futuras – Venda a prazo – Base de cálculo – Acréscimos financeiros – Não-incidência – Exegese do art. 34 do RICMS – Precedentes pretorianos – Condicionamento ao procedimento previsto no § 1º daquele artigo – Ônus da prova – Desprovemento.

Na ação que tem por objetivo a repetição do indébito e a não-incidência do ICMS em relação às vendas a prazo, deve-se distinguir duas situações: operações pretéritas e futuras. Naquelas, por se tratar de tributo indireto, presume-se que a carga tributária foi repassada integralmente ao consumidor, que, na hipótese, é o legitimado ativo ad causam para questionar sua legalidade, uma vez que é o contribuinte de fato do imposto. Nestas, deve-se admitir, ao menos hipoteticamente, a legitimidade da empresa para questionar a legalidade ou não da incidência tributária, uma vez que esta solução indubitavelmente repercutirá nas suas relações empresariais e de consumo.

Proclama reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça que não integram a base de cálculo do ICMS os encargos financeiros acrescidos ao preço da mercadoria nas operações de compra e venda a prazo, cuja exclusão fica condicionada às regras do § 1º do art. 34 do RICMS. Desatendido tal procedimento, não há o direito pleiteado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.024289-1, da comarca de Criciúma (Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Neguy's Indústria e Comércio de Confeções Ltda., sendo apelado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao pleito recursal.

Despesas legais (art. 20, § 2º, do CPC).

Neguy's Indústria e Comércio de Confeções Ltda., por seu procurador, deflagrou ação de procedimento ordinário contra o Estado de Santa Catarina, objetivando, em síntese, a declaração de seu direito de crédito escritural referente ao ICMS incidente sobre o adicional correspondente à correção monetária em relação às vendas efetuadas a prazo.

Clamou pelo reconhecimento do direito ao crédito escritural decorrente do recolhimento indevido do mencionado imposto.

Mandato e documentos instruem a exordial (fl. 33 *usque* 47).

Regularmente citado, o Estado de Santa Catarina contestou salientando a legalidade da exação (fls. 55 a 78).

A prestação jurisdicional foi negativa (fls. 90 a 96).

Irresignado, apelou o autor, clamando pela reforma *in totum* da r. sentença (fls. 99 a 118).

Contra-razões foram apresentadas (fls. 123 a 144).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo, opinou pelo desprovimento do pleito recursal (fls. 150 a 159).

É a síntese do essencial.

A *quaestio* cinge-se na possibilidade ou não da incidência do ICMS em relação às vendas a prazo.

Necessário, de imediato, distinguir duas situações: as vendas pretéritas, que no entender da autora lhe dariam direito à compensação ou escrituração, e as operações futuras, nas quais clama-se pela não-incidência do tributo em relação ao acréscimo monetário decorrente do pagamento das mercadorias em parcelas e com alongamento do vencimento.

Em relação às operações passadas, a melhor exegese é no sentido de que, por tratar-se de tributo indireto, o ICMS, via de regra, é repassado integralmente ao contribuinte de fato (consumidor final) pelo contribuinte de direito (na hipótese, a autora).

Aliás, este entendimento foi trazido à baila em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“O tributo examinado (ICMS) é de natureza indireta. *Apresenta-se com essa característica porque o contribuinte real é o consumidor da mercadoria objeto da operação*

(contribuinte de fato) e a empresa (contribuinte de direito) repassa, no preço da mercadoria, o imposto devido, recolhendo após, aos cofres públicos, o imposto já pago pelo consumidor de seus produtos. Não assume, portanto, a carga tributária resultante dessa incidência. Em consequência, o fenômeno da substituição legal no cumprimento da obrigação, do contribuinte de fato pelo contribuinte de direito, ocorre na exigência do pagamento do imposto do ICMS” (AGREsp n. 436894/PR, rel. Min. José Delgado, DJ 17-2-03 – grifou-se).

Percebe-se que a empresa, contribuinte de direito, apenas repassa o valor arrecadado do imposto aos cofres públicos.

Ex vi do art. 166 do Código Tributário Nacional, “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

Mutatis mutandis, já se decidiu:

“Embora não seja contribuinte de direito, o consumidor de energia o é, indiretamente, eis que é ele que sofre o ônus tributário (ICMS) embutido no consumo, tendo legítimo interesse de promover ação visando eximir-se da exação” (REsp n. 48135/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo).

A respeito do assunto, Sacha Calmon Navarro Coelho enfatiza:

“Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa. Por isso mesmo, exige a prova de não-repercussão, ou então a autorização do contribuinte de fato, o que suportou o encargo, para operar a devolução ao contribuinte de *jure*, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária” (*in* Paulsen, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. p. 557).

Portanto, em relação às operações passadas, a autora não possui legitimidade ativa *ad causam*, uma vez que existe a presunção não ilidida de que o encargo tributário, na espécie, recaiu todo sobre os adquirentes dos produtos, contribuintes de fato.

Se ocorreu a repercussão do tributo, com a transferência do respectivo encargo a terceiros, não existe mais a possibilidade de reconhecer-lhe o creditamento, sob pena de violação do art. 166 do CTN. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, ao enunciar a Súmula 546, fulminou a questão: “Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo”.

Tollitur quaestio.

Em relação às operações futuras, deve-se admitir, ao menos hipoteticamente, a legitimidade da empresa para questionar a legalidade ou não da incidência tributária, uma vez que esta solução indubitavel-

mente repercutirá nas suas relações empresariais e de consumo.

Nesse ponto, Hugo de Brito Machado preleciona:

“A base de cálculo do ICMS, na hipótese de ocorrência mais freqüente, é o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria. [...] ficando a cobrança de juros a depender de evento futuro e incerto, o valor destes evidentemente não pode integrar o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria, ou serviço.

“Aliás, a situação é em tudo semelhante à que acontece com os descontos. Se um desconto é concedido no ato da venda, e não fica a depender de qualquer acontecimento futuro, seu valor é excluído da base de cálculo do ICMS porque evidentemente não integra o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria.

[...]

“Realmente, a Base de Cálculo do ICMS não é o preço anunciado, ou constante de tabelas. É o valor de operação. E esta se define no momento em que a operação se concretiza” (A base de cálculo do ICMS e os Juros e Descontos, Repertório IOB de Jurisprudência, n. 17/94, p. 343).

Neste norte, dizia o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 7.547/89: “Os acréscimos financeiros cobrados nas vendas a prazo a consumidor final não integram a base de cálculo do ICM, quando destacados na nota fiscal; o regulamento do ICMS disporá a forma de controle que permitirá

determinar a base de cálculo mínima a ser reservada em cada operação” (grifou-se).

Por seu turno, o art. 34, III, do RICMS do Estado de Santa Catarina estabelece que não integram a base de cálculo do imposto “os acréscimos financeiros cobrados nas vendas a prazo para consumidor final”.

E este tem sido o posicionamento reiterado do Superior Tribunal de Justiça:

“Nas vendas a prazo ou com cartão de crédito, não incide o ICMS. A base de cálculo, ou fato gerador do tributo é o valor da operação da qual decorrer a saída da mercadoria, sem os acréscimos relativos ao financiamento” (REsp n. 236525/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 5-3-2002).

No mesmo diapasão:

“Jurisprudência pacífica desta Corte e do STF no sentido de que os encargos relativos ao financiamento do preço nas vendas efetuadas a prazo não integram a base de cálculo do ICMS, aplicando-se, por analogia, a Súmula 237/STJ” (ROMS 13394/ES, rela. Min. Eliana Calmon, j. em 20-6-2002).

Ainda: REsp n. 406515/SP, Min. José Delgado, j. em 2-4-2002; AGA 350775/SP, Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 12-11-2002; AGA 326196/SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 27-11-2001.

Todavia, o RICMS, em seu art. 34, § 1º, condiciona a exclusão a uma série de requisitos que devem ser observados pelo contribuinte, a saber:

“I — À indicação, no corpo da Nota Fiscal, Modelo 1, das seguintes informações:

“a) preço de partida, como definido no inciso III deste parágrafo;

“b) valor do acréscimo financeiro efetivamente cobrado;

“c) valor da entrada, se houver, e o número de prestações.

[...]

“III — À que a base de cálculo mínima do imposto, deduzido o acréscimo financeiro, em cada operação, não seja inferior:

“a) ao preço de venda à vista da mercadoria, na operação mais recente;

“b) ao preço da tabela, no caso de mercadoria com preço de venda estabelecido pelo fabricante ou fixado pela Autoridade competente;

“c) ao preço de aquisição mais recente, acrescido dos percentuais de margem de lucro previstos no inciso VI do art. 49, no caso de impossibilidade de aplicação do disposto na alínea a”.

Logo, para que os acréscimos financeiros cobrados nas vendas a

prazo para consumidor final não integrem a base de cálculo do ICMS, a irrisignada deveria observar os requisitos exigidos pelo RICMS.

In casu, não existe prova documental de que a irrisignada venha adotando tal procedimento, que é condição indispensável para a configuração do direito invocado, porque apenas juntou as notas fiscais de fls. 46 e 47, nas quais se observa o descumprimento daquela formalidade.

Ante o exposto, nega-se provimento ao pleito recursal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 14 de abril de 2003.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.015398-0, DE TIMBÓ

Relator: Des. Jaime Ramos

Execução fiscal – Embargos do devedor – Matéria não alegada – Preclusão – Juros de mora e correção monetária à taxa Selic – Possibilidade – Multa moratória – Inocorrência de confisco – Possibilidade de incidência de correção monetária e de cumulação com honorários – Abatimento de quantia paga – Necessidade – Provimento parcial.

“No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa [...]” (Lei n. 6.830, art. 16, § 2º). Por isso, não se tratando de questões de ordem pública, que poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz, é defeso ao devedor discutir em apelação matérias que não foram oportunamente alegadas nos embargos, em face da preclusão.

Pacificou-se neste Tribunal, a partir da rejeição, pelo Órgão Especial, em 2-4-2003, da argüição de inconstitucionalidade da Lei n. 10.297/96 (ArgIncAC n. 1999.014247-7/0001.00), a orientação de que a utilização da taxa Selic como fator de atualização dos débitos tributários é autorizada por lei, vedada apenas a sua cumulação com juros e correção monetária.

Não caracteriza confisco a estipulação da multa fiscal em 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto que não foi recolhido no prazo legal, porque, além de estar expressamente prevista em lei, não se confunde com tributo e, por esse motivo, sobre ela não incide a regra proibitiva de confisco, do art. 150, IV, da Constituição Federal.

“As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária” (Súmula 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos).

A cobrança de multa fiscal não impede a condenação em honorários advocatícios no valor de 20%, porque as duas verbas decorrem de lei.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.015398-0, da comarca de Timbó (2ª Vara Cível e Criminal), em que é apelante Madeireira Nova Rodeio Ltda. e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e dar-lhe provimento parcial tão-somente para excluir da execução

a parcela paga conforme demonstrativo de fl. 70 dos embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na 2ª Vara Cível e Criminal da comarca de Timbó, Madeireira Nova Rodeio Ltda. opôs embargos à execução fiscal que lhe move o Estado de Santa Catarina.

Sustentou que a taxa Selic, apesar de prevista na Lei Estadual n.

10.297/96, não pode ser adotada para o cômputo dos juros de mora, porque ela consiste em aumento de capital muito superior à taxa de 1% ao mês prevista no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, ou de 12% ao ano prevista no art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Acrescentou que as mensalidades pagas em virtude do parcelamento do débito tributário não foram totalmente abatidas no cálculo realizado pelo exequente, de modo que há excesso de execução. Alegou, também, que não lhe pode ser cobrada a multa de 50% do valor do imposto, porque importaria em confisco, e que essa multa, além disso, deve ser reduzida com base no Decreto-Lei n. 2.741/88 e no art. 106, II, do Código Tributário Nacional, porque se impõe aplicar retroativamente a lei mais benéfica ao contribuinte. Por fim, a embargante asseverou que os honorários advocatícios não podem ser arbitrados em 20%, porque é vedada a incidência dessa verba sobre multa convencional, e que a correção monetária sobre a multa moratória só é cabível depois da notificação.

Após impugnação levada a cabo pelo exequente e o parecer do Ministério Público, sobreveio sentença, na qual os embargos foram julgados improcedentes.

A vencida apelou, alegando, além de toda a matéria já suscitada na petição inicial dos embargos, que não podem ser cumulativamente exigidas a multa administrativa e a multa moratória.

Contra-arrazoado o recurso, o representante do Ministério Público de primeiro grau não se manifestou sobre o mérito, ao argumento de não haver na causa interesse público que exija a intervenção do *Parquet*. Já o de segundo grau, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Dr. Raulino Jacó Brüning, opinou pelo provimento parcial do apelo, para limitar os juros a 12% ao ano.

II — Voto

1. Na apelação a embargante sustenta a impossibilidade de se cumular a multa administrativa com a multa moratória (fls. 123 a 126). Essa matéria, entretanto, não foi previamente debatida na petição inicial dos embargos à execução fiscal (fls. 2 a 25). Dela não se pode conhecer, portanto, neste grau de jurisdição, em face da ocorrência da preclusão.

Com efeito, o § 2º do art. 16 da Lei de Execuções Fiscais dispõe: “No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite” (grifou-se). Já o *caput* e o § 1º do art. 515 do Código de Processo Civil estatuem: “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º. Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal *todas as questões suscitadas e discutidas no processo*, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (grifou-se).

Logo, com base nos dois preceitos, e no princípio da eventualidade, tem-se que a matéria de defesa não oportunamente suscitada nos embargos não poderá ser apreciada em apelação. Em casos semelhantes, decidiu este Tribunal:

“Embargos à execução fiscal – Insurgência quanto à certidão de dívida ativa – Nulidade de requisitos não verificada – Presunção *juris tantum* de certeza e liquidez – Matéria ventilada tão-só em grau de recurso – Impossibilidade em face da preclusão.

[...]

“Fato novo, suscitado tão-só em sede de apelo, não pode ser aceito diante da necessidade de alegação na fase processual oportuna, aplicando-se o princípio da eventualidade ou preclusão” (TJSC, 5ª Câm. Civil, Apelação Cível n. 1999.010362-5, de Videira, rel. Des. Volnei Carlin, j. 16-4-2001).

“1. Operada a preclusão consumativa quanto às matérias não alegadas, pelo embargante, na inicial, descabida é a sua apreciação no segundo grau de jurisdição, a menos que se trate de questão de ordem pública, o que não é o caso do excesso de execução argüido somente nas razões recursais” (TJSC, 3ª Câm. Civil, Ap. Cív. n. 1999.009731-5, de Concórdia, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 25-6-2002).

De qualquer forma, pode-se desde logo esclarecer que não há, na execução fiscal, cumulação entre multa administrativa e multa

moratória. Somente esta última é objeto da execução.

2. A apelante sustenta que a taxa Selic, apesar de prevista na lei, não pode ser adotada como fator de cálculo dos juros moratórios, porque ela representa uma elevação do capital muito maior que a inflação e corresponde à remuneração pelo uso de dinheiro, uma vez que é calculada consoante a variação do rendimento do valor de mercado de diversos títulos públicos.

A taxa Selic foi criada pela Lei n. 9.069, de 29-6-1995, que deu consistência ao Plano Real e estabeleceu que: “os depósitos da União no Banco Central do Brasil e nas instituições financeiras terão seu saldo atualizado pela taxa média referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic, de 30 de junho de 1994, e convertidos para real, em 1º de julho de 1994, observada a paridade fixada para aquela data”.

Por sua vez, a Lei n. 9.250, de 26-12-1995, que “altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências”, autorizou o acréscimo de juros acumulados mensalmente, equivalente à taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) estabelecida para títulos federais, a fim de remunerar as parcelas do imposto de renda a pagar (art. 14, inciso III); a restituição do imposto de renda (art. 16); e a compensação ou restituição de impostos indevidamente pagos (art. 39, § 4º).

Essa disciplina foi estendida, a partir de 1º de janeiro de 1997, a todos

os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, bem como os inscritos em Dívida Ativa da União (ver, por exemplo, as Medidas Provisórias ns. 1.110, 1.542, 1621, e 1.973-6, de 28-8-2000).

No âmbito estadual, a adoção da taxa Selic para o cálculo dos juros moratórios foi introduzida no art. 69 da Lei n. 5.983, de 27 de novembro de 1981, com a redação que lhe deram as Leis ns. 10.297, de 26 de dezembro de 1996 (art. 102), e 10.369, de 24 de janeiro de 1997. Dispõe o citado dispositivo:

“Art. 69. O imposto pago fora do prazo previsto na legislação tributária será acrescido de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, para títulos federais, acumulados mensalmente”.

Essa disposição de Direito Estadual está em consonância com o que autorizam o art. 161, e seu § 1º, do Código Tributário Nacional. Aquele prevê que “o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária”. O parágrafo dispõe: “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”.

Resulta, portanto, das legislações federal e estadual, o amparo legal para que os juros de mora dos débitos fiscais sejam calculados com

base na denominada taxa Selic, no Estado de Santa Catarina.

Esta Corte de Justiça, sobre a matéria, assim já decidiu:

“Agravo contra decisão do relator que nega seguimento a recurso – Tributário – Execução fiscal – ICMS – Atualização do débito fiscal – Selic – Legalidade da aplicação – Cumulação com juros moratórios e correção monetária – Prática inaceitável.

“A Selic tem previsão na Lei n. 9.250/95 que autorizou a Fazenda Nacional a adotá-la como fator de atualização de seus tributos, e o Poder Legislativo do Estado, utilizando-se da sua prerrogativa constitucional (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 24, I) para legislar sobre direito tributário, a instituiu como forma de correção de créditos pagos com atraso.

“Sendo uma forma de correção dos valores a que o Fisco tem a receber de seus contribuintes inadimplentes não pode ela ser cumulada com correção monetária e juros moratórios” (TJSC, 5ª Câmara Civil, Agravo do art. 557, § 1º, do CPC, na Ap. Cív. n. 2001.002584-7, de Blumenau, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 21-2-2002).

Ou ainda:

“Execução fiscal – Embargos do devedor – Nulidade da CDA – Juntada do processo administrativo que originou o título – Desnecessidade na espécie – Presunção de liquidez, certeza e exigibilidade – Viabilidade da cartula – Juros de mora – Ilegalidade da taxa Selic não

demonstrada – Afronta a dispositivo constitucional – Inocorrência – Não limitação dos juros em 12% ao ano – Precedentes da Corte Suprema.

[...]

“Ocorrendo a mora inafastável é a incidência dos juros pertinentes.

“*Ex vi* das Leis ns. 10.297/96 e 10.399/97, que deram nova redação ao art. 69 da Lei Catarinense n. 5.983/81, ‘o imposto pago fora do prazo previsto na legislação tributária será acrescido de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, para títulos federais, acumulados mensalmente’.

“Com discrepância de respeitáveis entendimentos, abroquela-se posicionamento no sentido de admitir a aplicação de juros com base na taxa Selic, desde a vigência da Lei n. 9.250/95, ainda que se cuide de compensação de tributo lançado por homologação, afastada a cumulação com outro índice de correção monetária” (STJ, 1ª Turma, REsp n. 297017/SP, Min. Milton Luiz Pereira, j. 13-3-2001)” (Ap. Cív. n. 2002.010800-1, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 2-9-2002).

Do corpo deste último acórdão, devido à sua relevância, extrai-se o seguinte trecho:

“Insurge-se a apelante, ainda, contra a aplicação da Taxa Selic como forma de correção dos juros moratórios.

“No tocante a esta matéria, entretanto, melhor sorte não merece o reclamo.

“Com efeito esta taxa tem previsão na Lei n. 9.250/95, que trata do Imposto de Renda (IR). O art. 39, § 4º, prescreve que a ‘compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais’.

“Nesse sentido já julgou o Superior Tribunal de Justiça:

‘Com discrepância de respeitáveis entendimentos, abroquela-se posicionamento no sentido de admitir a aplicação de juros com base na taxa Selic, desde a vigência da Lei n. 9.250/95, ainda que se cuide de compensação de tributo lançado por homologação, afastada a cumulação com outro índice de correção monetária’ (STJ, 1ª Turma, REsp n. 297017/SP, Min. Milton Luiz Pereira, j. em 13-3-2001).

“Ainda: ‘1. Embora não unânime, a jurisprudência da Primeira Seção é majoritária no sentido de que são devidos juros Selic em compensação de tributos. 2. Da decisão agravada constam as razões de decidir, o que possibilita a impugnação da parte, não havendo prejuízo em virtude da não-publicação dos precedentes mencionados (EResp ns. 230.427, 242.029 e 244.443), conforme decidiu o STF (REED n. 112.564/RS). 3. Inexistência de cerceamento de defesa. 4. Agravo regimental improvido (STJ, AERESP n. 246.733/SC, 1ª S., Mina. Eliana Calmon, DJU 25-2-2002).

“E mais: ‘1. Sem antecedente procedimento administrativo descabe a imposição de multa. Exigi-la, seria desconsiderar o voluntário saneamento da falta, malferindo o fim inspirador da denúncia espontânea e animando o contribuinte a permanecer na indesejada via da impontualidade, comportamento prejudicial à arrecadação da receita tributária, principal objetivo da atividade fiscal. 2. Com discrepância de respeitáveis entendimentos, abroquela-se posicionamento no sentido de admitir a aplicação de juros com base na taxa Selic, desde a vigência da Lei n. 9.250/95. 3. Precedentes iterativos. 4. Recurso sem provimento (STJ, REsp n. 306.716/SC, 1ª T., Min. Milton Luiz Pereira, DJU 11-3-2002).

“No âmbito estadual as Leis n. 10.297/96 e n. 10.369/97 deram nova redação ao art. 69 da Lei Estadual n. 5.983/81 que assim passou a dispor:

‘O imposto pago fora do prazo previsto na legislação tributária será acrescido de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, para títulos federais, acumulados mensalmente’.

“Resta evidente que a Taxa Selic está devidamente amparada na legislação federal e estadual, não havendo, portanto, qualquer razão para sua não aplicação”.

Não há, portanto, qualquer empecilho à aplicação da taxa Selic para o cálculo dos juros de mora incidentes sobre os débitos fiscais.

Aliás, em julgamento recente, datado de 2-4-2003, o Órgão Especial

deste Tribunal de Justiça teve oportunidade de decidir, na Arguição de Inconstitucionalidade em Ap. Cív. n. 1999.014247-7/0001.00, que não é inconstitucional a legislação estadual que autoriza a aplicação da Taxa Selic para atualização do crédito tributário. A respeito dessa pacificação jurisprudencial noticia o eminente Des. Newton Trisotto, ao julgar a Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.014238-4, de Rio de Sul, por acórdão publicado no DJSC n. 11.195, de 22-5-2003, p. 27:

“Tributário – Constitucional – ICMS – Correção monetária – Selic – Constitucionalidade – RITJSC, art. 160, *caput*.

“Conforme decisão do colendo Órgão Especial do Tribunal (ArgInCAC n. 1999.014247-7/0001.00, julgada em 2-4-03), à qual se submetem os órgãos fracionários porque unânime (RITJSC, art. 160, *caput*), não afronta a Constituição da República a Lei n. 10.297/96, que instituiu a Taxa Selic como parâmetro para atualização da dívida tributária estadual”.

Não se está admitindo a Selic como taxa de remuneração sobre os tributos devidos pelo contribuinte, e sim como taxa de juros moratórios, ainda que o cálculo daquela se baseie na remuneração dos títulos da dívida pública. Justifica-se a providência legal porque, se os tributos não são pagos, os Estados acabam tendo que remunerar os títulos da dívida pública que emitiram, sem poder resgatá-los. É necessária uma indenização por esse ônus que o Estado teve que assumir em virtude da inadimplência

do contribuinte. Essa indenização se dá sob a forma de juros moratórios.

Por outro lado, não há falar na auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, para limitar os juros de mora incidentes sobre os créditos tributários a 12% ao ano. É que esse dispositivo constitucional, além de não ser auto-aplicável, porque precisaria ser regulamentado por meio de lei complementar, como já definido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 4/DF (rel. Min. Sydney Sanches, *in* RTJ 147/719), não se aplicava ao Sistema Tributário Nacional, porquanto era dirigido ao Sistema Financeiro. O Sistema Tributário é tratado pela Constituição Federal de 1988 nos arts. 145 a 162, ao passo que do Sistema Financeiro cuida o art. 192. A interpretação sistemática das normas constitucionais não permitem a aplicação deste último para incidir sobre créditos tributários. Aliás, recentemente, por meio da Emenda Constitucional n. 40, de 29-5-2003, foi revogado o § 3º do art. 192 da Constituição Federal de 1988, de modo que não existe mais qualquer limitação de taxa de juros nem mesmo para as operações de crédito vinculadas ao Sistema Financeiro Nacional.

Também não é limitador a 1% ao mês, da taxa de juros de mora aplicável sobre os créditos tributários, o disposto no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que permite a adoção, pela legislação pertinente, de taxa diferenciada. E a legislação tributária do Estado de Santa Catarina, editada em face da competência

concorrente em matéria tributária, que lhe dá o art. 24, inciso I, da Constituição Federal de 1988, autoriza a cobrança de juros de mora à taxa Selic.

Do texto do § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional não se retira, absolutamente, a proibição de contar juros de mora em taxa superior a 1% (um por cento) ao mês. O que se tem ali é a previsão de que, não havendo lei que disponha em contrário, os juros de mora são calculados a essa taxa. Mas no caso a Lei Estadual é muito clara ao estabelecer que a taxa a ser utilizada é aquela decorrente da Selic. Nem se diga que o referido dispositivo do CTN proíbe que a legislação federal, estadual ou municipal estabeleça taxa de juros de mora que ultrapasse 1% (um por cento).

A única observação que se tem a fazer é a de que, não obstante a regra autorizadora do art. 74, e seu parágrafo único, da Lei Estadual n. 5.983/81, com a redação dada pela Lei n. 10.297/96, não cabe a cumulação dos juros moratórios baseados na taxa Selic, com a correção monetária, sob pena de *bis in idem*, porque no cálculo da taxa Selic se inclui, não só a taxa de juros reais, mas também o índice de inflação do período a que se refere, o que corresponde à atualização da moeda. Assim, embora incidente a taxa Selic, ela deve compreender, em único cálculo, os juros de mora e a correção monetária dos créditos tributários, e, dessa forma, não pode haver cumulação com a última. Mas pelo

que se nota, o Estado de Santa Catarina não tem feito essa cumulação, de modo que não há qualquer reparo a fazer na sua atuação.

3. Insurge-se a empresa embargante, também, contra a aplicação da multa fiscal correspondente a 50% sobre o valor do imposto, haja vista que, na sua concepção, trata-se de verdadeiro confisco, o que afrontaria o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, daí por que pretende que seja reduzida para 10% ou 20%.

No entanto, melhor sorte não a socorre nesse aspecto.

O dispositivo constitucional invocado efetivamente veda a utilização de “tributo com efeito de confisco”, mas não tem qualquer aplicação à multa fiscal porque, por óbvio, esta não se confunde com tributo.

Nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A multa, por seu turno, é a prestação pecuniária compulsória, distinta do tributo, instituída por lei e cobrada mediante lançamento, tendente a penalizar o contribuinte pelo descumprimento da legislação tributária, daí por que a ela não se aplica a vedação constitucional definida no inciso IV do art. 150.

No caso dos autos, a multa fiscal foi instituída pela Lei n. 10.297/96, que em seu art. 51, inciso I, assim dispõe:

“Art. 51. Deixar de recolher, total ou parcialmente, o imposto:

“I — apurado pelo próprio sujeito passivo;

[...]

“Multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto”.

Hugo de Brito Machado, comentando o tema, leciona que “a vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos” (Curso de Direito Tributário. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40).

A jurisprudência não discrepa:

“Não caracteriza confisco (CF, art. 150, IV) multa moratória equivalente a 50% do valor do tributo não recolhido no prazo legal” (TJSC, 6ª Câmara Civil, Ap. Cív. n. 1999.000157-1, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto, j. 11-11-02).

Ou ainda:

“Multa fiscal — Percentual elevado — Irrelevância — Redução inadmissível.

“A multa fiscal constitui verdadeira sanção pecuniária, de caráter repressivo, imposta ao contribuinte infrator da legislação tributária, razão pela qual sequer comporta redução do seu *quantum*” (TJSC, 3ª Câmara Civil, Ap. Cív. n. 1997.010473-1, de Taió, rel. Des. Eder Graf, j. 29-10-1997).

4. Também não assiste razão à embargante ao alegar que a multa fiscal deve ser reduzida com base na aplicação retroativa do Decreto-Lei n. 2.471/88, como prescreve o art. 106, II, c, do Código Tributário Nacional.

Efetivamente, o Decreto-Lei mencionado dispõe, no art. 1º:

“Art. 1º. O valor da contribuição de que os Decretos-Leis n. 308, de 28 de fevereiro de 1967, e 1.712, de 14 de novembro de 1979, e do adicional previsto no Decreto-Lei n. 1.952, de 15 de julho de 1982, quando não recolhidos nos prazos fixados, serão atualizados monetariamente na data do efetivo pagamento e cobrados pela União com os seguintes acréscimos:

[...]

“II – multa de mora de 20% (vinte por cento) sobre o valor monetariamente atualizado, sendo reduzida a 10% (dez por cento) se o pagamento for efetuado até o último dia útil do terceiro mês subsequente ao do vencimento da obrigação; e [...]”.

Vê-se claramente que essa norma não é aplicável ao caso ora analisado, porque os autos tratam de ICMS, que é tributo estadual, e nada tem a ver com a contribuição a que se refere aquele Decreto-Lei federal. A norma que reduz o percentual da multa, portanto, não exerce qualquer influência sobre a legislação estadual, mesmo porque, como já se disse, em matéria tributária é concorrente a competência legislativa entre a União, os Estados e os Municípios. Desse modo, só uma norma estadual que versasse especificamente sobre

ICMS poderia servir para a argumentação da apelante.

Não há falar, portanto, em redução da multa de mora, que deve permanecer no patamar de 50% (cinquenta por cento), conforme o art. 51 da referida Lei Estadual n. 10.297/96.

A apelante alega também que “a multa fiscal há que deixar de ser aplicada não somente em empresas falidas, mas igualmente naquelas onde evidente sua aplicação agravar sensivelmente os riscos de sua solvabilidade” (fl. 22). Em primeiro lugar, registra-se que não há nos autos qualquer prova de que a cobrança da multa fiscal da embargante lhe possa causar riscos de insolvência – mesmo porque o valor da multa, de R\$ 1.184,76 (mil, cento e oitenta e quatro reais e setenta e seis centavos), em maio de 1999, não se mostra tão elevado assim.

Além disso, a exclusão da multa fiscal, como têm reiteradamente decidido os tribunais pátrios, aplica-se apenas às empresas falidas, em face da disposição literal do art. 28, inciso III, da Lei de Falências. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 250, assim vazada: “É legítima a cobrança de multa fiscal de empresa em regime de concordata”. Ora, se a multa fiscal pode ser cobrada até de empresas em concordata, então é evidente que ela também é exigível de empresas que ainda não chegaram a esse estado. Quem pode o mais, pode o menos.

5. Não procede a alegação de que, como está sendo cobrada multa

moratória juntamente com o débito principal, não poderia haver condenação de honorários de advogados no valor de 20% (vinte por cento). Nesse tópico, a embargante reporta-se a julgados do Supremo Tribunal Federal dos longínquos anos de 1973 e 1974, segundo os quais “os honorários de advogado não podem ser exigidos cumulativamente, com multa convencional”.

Em princípio, ressalta-se que esse entendimento visivelmente não se aplica ao caso dos autos, porque se refere à multa convencional, ou seja, multa que foi convencionalizada pelas partes. Trata-se, em outras palavras, da cláusula penal (arts. 408 a 416 do novo Código Civil), relativa ao direito privado, que pode ser livremente estipulada pelos contratantes, segundo a autonomia da vontade, desde que se observem as prescrições legais, evidentemente. Hipótese muito diversa é a dos autos, em que se está tratando de direito tributário, que é um ramo do direito público; aqui, a multa pelo descumprimento da obrigação decorre não de mero acordo de vontades, mas de imperativa e inderrogável disposição de lei. A multa cobrada da embargante, portanto, não é multa *convencional*, e sim multa *fiscal* do tipo *moratória*.

Ademais, o entendimento colacionado pela embargante de há muito já foi superado; tanto que o Supremo Tribunal Federal, mencionado pela própria embargante apelante, editou a Súmula 616, assim vazada: “É permitida a cumulação de multa contratual com os honorários de

advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente” (publicada no Diário de Justiça da União de 19-10-1984, p. 8.115).

Aliás, sobre o específico caso dos autos, de cumulação de honorários advocatícios com multa fiscal, este Tribunal de Justiça tem decidido:

“A multa tributária pode ser perfeitamente cumulada com os honorários advocatícios, tendo em vista tratar-se de institutos diversos, pois o primeiro é aplicado em decorrência da violação ao ordenamento jurídico pertinente ao não-recolhimento do tributo devido e o segundo é aplicado em face ao princípio da sucumbência” (TJSC, 2ª Câm. Civil, Ap. Cív. n. 1999.010332-3, de Brusque, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 21-9-2000).

Vê-se, portanto, que é totalmente infundada a alegação da embargante quanto à impossibilidade de cumulação de multa fiscal e honorários advocatícios. A única ressalva que se deve fazer é no sentido de que, como nos embargos do devedor os honorários já foram fixados no valor máximo permitido, ou seja, em 20% (vinte por cento), então essa verba deve abranger os autos da execução.

6. Diversamente do que sustenta a apelante, é legítima, e até mesmo imperativa, a incidência de correção monetária também sobre a multa fiscal.

A recorrente aduziu: “conforme se observa da certidão de dívida ativa, a multa ali imposta só poderia sofrer atualização após a lavratura do auto

de infração, uma vez que o débito em questão se originou pela confissão espontânea da embargante através da apresentação da GIA” (fls. 23 e 126). De fato, a correção monetária sobre a multa só pode incidir desde a notificação. Mas foi justamente isso que ocorreu no caso dos autos, como afirmou o embargado: “afinal, em se tratando de autolancamento como é o caso dos autos, o auto de infração já é a própria lavratura da notificação fiscal, momento a partir do qual começa a correr a correção monetária” (fl. 57). Não há qualquer ilegalidade, portanto, no procedimento adotado pelo exequente.

Aliás, a Súmula 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos é de seguinte teor: “As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária”.

Além disso, ressalta-se que seria impossível a cobrança da multa sem correção monetária. Afinal, como se sabe, a correção monetária não representa um *plus*, e sim uma mera atualização do valor pecuniário, em face da desvalorização da moeda. Se, como pretende a embargante, a multa moratória fosse aplicada sem correção monetária, então seria muito mais vantajoso ao inadimplente prorrogar ao máximo o pagamento do débito tributário, porque, quanto mais tempo passar, maior será a desvalorização da moeda, menor será o valor real da multa e, por conseguinte, muito menos terá de pagar. Assim, a multa estaria causando efeito exatamente contrário ao seu real objetivo, quer dizer, ela estaria incentivando o

atraso no pagamento, em vez de incentivar a pontualidade.

Não há, pois, excluir a incidência da correção monetária sobre a multa.

7. É oportuno colacionar a ementa de recente decisão desta Câmara, em apelação cível também proveniente da comarca de Timbó, envolvendo as mesmas partes, que foi publicada no Diário da Justiça n. 11.207, de 9-6-2003, p. 16, com ampla abrangência sobre as discussões igualmente trazidas nos presentes autos:

“Execução fiscal – Embargos do devedor – Juros de mora – Ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa Selic não demonstradas – Limitação dos juros em 12% ao ano – Impossibilidade – Norma constitucional de eficácia limitada – Precedentes da Corte Suprema – Multa confiscatória – Inocorrência – Inteligência do art. 58 da Lei Estadual n. 10.297/96 – Composição dos juros e das multas sobre o valor corrigido – Determinação legal.

“*Ex vi* das Leis ns. 10.297/96 e 10.369/97, que deram nova redação ao art. 69 da Lei Complementar Catarinense n. 5.983/81, 'o imposto pago fora do prazo previsto na legislação tributária será acrescido de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia Selic, para títulos federais, acumulados mensalmente.

‘Com discrepância de respeitáveis entendimentos, abroquelase posicionamento no sentido de admitir

a aplicação de juros com base na Selic, desde a vigência da Lei n. 9.250/95, ainda que se cuide de compensação de tributo lançado por homologação, afastada a cumulação com outro índice de correção monetária' (STJ, 1ª Turma, REsp n. 297017/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgada em 13-3-2001).

"O dispositivo constitucional que trata dos juros reais (art. 192, § 3º) não é auto-aplicável, pois, 'tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por Lei Complementar, com observância do que se determinou no *caput*, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura Lei Complementar, com a observância de todas as normas do *caput*, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma' (STF, ADIn n. 004/DF, rel. Min. Sidney Sanches).

"A multa fiscal no âmbito estadual tem previsão na Lei n. 10.297, e deve ser aplicada ao contribuinte infrator da legislação tributária, sendo, portanto, devida *in casu*.

"Não havendo provas de que a aplicação da multa poderia subtrair ao devedor sua capacidade contributiva,

impossível cogitar-se a redução de seu *quantum*.

"A relação existente entre fisco e contribuinte não é uma relação de consumo, razão pela qual não há falar na aplicação do CDC à espécie.

"Nenhuma ilegalidade se vislumbra na composição dos juros e multas sobre o valor do imposto corrigido monetariamente (TJSC, 2ª Câm. de Direito Público, Ap. Cív. n. 2001.015399-8, de Timbó, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

8. No tocante ao excesso de execução alegado pela apelante, referente ao abatimento das prestações de parcelamento por ela já pagas, há uma pequena correção a fazer na sentença.

É que o abatimento da maioria das parcelas pagas pela executada já foi considerado pelo Estado de Santa Catarina nos cálculos de fl. 5 da execucional e de fl. 68 destes embargos, de modo que as Certidões de Dívida Ativa e atualizações posteriores que resultaram no valor pleiteado na exordial da execução já levaram em conta aquele abatimento. O que mais não foi abatido, com referência às prestações consideradas, corresponde às despesas do próprio parcelamento, em valores que não são dedutíveis, como bem esclareceu o apelado.

Todavia, o Estado de Santa Catarina confessou, à fl. 62 dos embargos, que deixou de abater o valor correspondente ao pagamento feito em 31 de março de 1998, porque na guia teria sido mencionado o código incorreto de arrecadação, ou

seja, o de n. 5835, em vez do código n. 1503, que dizia respeito ao pagamento da notificação fiscal em referência, conforme evidenciado no demonstrativo de fl. 70 dos embargos.

Deve, portanto, ser feito o abatimento dos respectivos valores, que são de 65,0401 UFIR para o imposto; 32,5148 UFIR para a multa; e 20,5182 UFIR para os juros moratórios, como consta naquele demonstrativo; excluindo-se os da execução fiscal.

Não cabe obrigar o contribuinte a sujeitar-se a um procedimento administrativo, como sugeriu o exeqüente, de devolução da quantia erroneamente apropriada ao código n. 5835, se o tributo correspondente está sendo exigido outra vez, na execução fiscal, embora já recolhido. Até porque o erro não partiu da contribuinte, que grafou na guia de recolhimento o código correto, de n. 1503 (fl. 28). Cabe, pois, excluir-se da execução fiscal o respectivo valor.

9. Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, tão-somente para excluir da execução fiscal a parcela paga conforme o demonstrativo de fl. 70 dos embargos.

Considerando que foi mínima a sucumbência do apelado em decorrência da exclusão do referido valor pago, fica isento o Estado de Santa Catarina de honorários advocatícios (CPC, art. 21, parágrafo único). A apelante arcará com os honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da dívida fiscal restante, com seus acréscimos legais, devendo a verba honorária abranger tanto os embargos do devedor quanto a execução fiscal.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara dá provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 16 de junho de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.008387-4, DE SANTA CECÍLIA

Relator: Des. Jaime Ramos

Execução fiscal — Embargos do devedor julgados improcedentes — Nulidade da sentença por cerceamento de defesa e por falta de fundamentação — Inocorrência — Prova técnica não produzida — Desnecessidade.

Não é nula por falta de fundamentação a sentença que analisa com parcuciência, um a um, os argumentos expendidos pela embarcante, justificando os motivos do convencimento do julgador.

Cabe ao juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não de realização de perícia técnica, conforme lhe faculta o art. 420 do Código de Processo Civil, não implicando cerceamento de defesa o julgamento antecipado com base em prova exclusivamente documental, se aquela era desnecessária.

Tributário — Embargos à execução — ICMS — Incidência do imposto sobre sua própria base de cálculo — Crédito decorrente da aquisição de bens do ativo fixo — Correção monetária do crédito de ICMS — Exclusão, da base de cálculo, dos encargos financeiros nas vendas a prazo — Compensação com verbas recolhidas indevidamente — Prazo de pagamento do imposto — Honorários advocatícios fixados moderadamente — Recurso não provido.

“O montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle” (Lei Estadual n. 7.547/89, art. 17; Lei Estadual n. 10.297/96, art. 11, I; cf. Decreto-Lei n. 406/68, art. 2º, § 7º, e, atualmente, Lei Complementar n. 87/96, art. 13, § 1º). Essa disposição não conflita com a Constituição Federal de 1988, cujo ADCT, no art. 34, § 5º, por outro lado, recepcionou e manteve a legislação tributária já existente à época.

Por ausência de amparo legal, não há falar em direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de bens do ativo fixo, até porque tais bens se incorporam ao patrimônio comercial ou industrial do estabelecimento e, juntamente com as demais mercadorias de consumo da empresa, “encerram a cadeia tributária, não integrando, destarte, o produto final da empresa” (Ap. Cív. n. 96.012237-0, de Santa Cecília, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Diante da inexistência de lei que permita a atualização monetária de crédito de ICMS a compensar, inviável se torna a pretensão da embargante nesse sentido.

É vedada a incidência do ICMS nas operações de venda a prazo, mas a exclusão dos encargos financeiros da base de cálculo do imposto está condicionada ao cumprimento, por parte do contribuinte, do disposto no art. 34, § 1º, do RICMS, sem o que a exclusão não pode ser autorizada. Também há que distinguir entre o que é acréscimo financeiro cobrado nas vendas a prazo ao consumidor final e o acréscimo decorrente de reajuste de preço.

O direito a uma eventual compensação de ICMS, decorrente do recolhimento indevido de tributos, só tem lugar se houver prova do alegado pagamento errôneo, e se cumpridas as exigências do art. 33, parágrafo único, da Lei Estadual n. 7.547/89. De qualquer forma, a compensação entre créditos e débitos do contribuinte só é possível quando aqueles são líquidos e certos (CTN, art. 170), o que não ocorre quando os valores a compensar ainda dependeriam de reconhecimento judicial e apuração dos respectivos valores. Mesmo assim, não é admitida a referida compensação em execução fiscal (art. 16, § 3º, da Lei n. 6.830/80).

O prazo de recolhimento de tributos estaduais pode ser fixado por decreto do Poder Executivo, que integra a “legislação tributária” (CTN, art. 96), com obediência aos parâmetros estabelecidos na lei estadual (Lei n. 7.547/89, art. 39, § 3º, e Lei n. 10.297/96, arts. 34 e 36), já que não se submete ao princípio da reserva legal estabelecido na Constituição Federal de 1988 e no art. 97 do Código Tributário Nacional.

Não pode ser considerada excessiva a verba honorária fixada com supedâneo no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, se não atinge sequer o equivalente a 10% do valor da execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.008387-4, da comarca de Santa Cecília, em que é apelante Bonet Madeiras e Papéis Ltda., sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação

unânime, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Santa Cecília, a empresa Bonet Madeiras e Papéis Ltda. opôs embargos à execução fiscal que lhe move o Estado de Santa Catarina, sustentando que a

incidência do ICMS sobre sua própria base de cálculo contraria a norma constitucional que proíbe o cálculo de imposto sobre imposto, representando um *bis in idem* e, em consequência, uma elevação da carga tributária, em detrimento dos princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade; que faz jus ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de bens incorporados ao ativo fixo; que tem direito à correção monetária de créditos de ICMS; que devem ser excluídos, da base de cálculo, os encargos financeiros inseridos nas vendas a prazo; que tem direito à compensação do ICMS indevidamente pago em razão do que alega nos itens anteriores; e, por fim, que o pagamento do imposto só é devido após o lançamento, já que a lei estadual não estabelece prazo, não podendo o decreto fazê-lo.

Impugnando os embargos, o Estado/exeqüente rebateu os argumentos expendidos pela embargante que, por seu turno, refutou a impugnação.

Sobreveio, então, a sentença que julgou improcedentes os embargos, condenando a embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 10.000,00, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Não conformada com a decisão que lhe foi adversa, a embargante apelou, alegando, preliminarmente, que a sentença é nula porque não atende ao disposto no art. 458 do Código de Processo Civil, já que a

fundamentação não analisa as questões de fato e de direito, e também porque a empresa possuía créditos anteriores ao débito exigido e a prova pericial demonstraria a inexistência de débitos relativos ao ICMS, por isso que o julgamento antecipado violou os princípios constitucionais previstos no art. 5º, LV.

No mérito, repisou os mesmos argumentos aventados nos embargos, acrescentando que a condenação em honorários advocatícios deve ser cancelada, ou, se esse não for o entendimento, que eles devem ser fixados de forma moderada.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, em que se constatou que o recurso de apelação não se fez acompanhar do respectivo preparo, motivo pelo qual o eminente Des. Alberto Costa, 1º Vice-Presidente, o declarou deserto. Mais tarde, a embargante, por fax (posteriormente vieram os originais), encaminhou a guia de pagamento do preparo, e ao mesmo tempo requereu reconsideração do despacho que declarou deserto o recurso, o que foi acolhido pelo mesmo Desembargador.

Em seguida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos, opinou pelo não provimento do apelo.

II — Voto

1. Não assiste razão à empresa apelante.

A alegada nulidade da sentença que, de acordo com a apelante, decorreria da falta de fundamentação por não ter analisado as questões de fato e de direito, uma vez que ausente a prova pericial que serviria de embasamento ao *decisum*, é totalmente inconsistente, assim como também o é o alegado cerceamento de defesa que teria sido ocasionado pela não-produção da mencionada prova técnica.

Há que se registrar, inicialmente, que a prova técnica, como bem justificou o digno Magistrado, era mesmo desnecessária porque a solução da *quaestio* não dependia (e por isso foi resolvida) da coleta de qualquer prova pericial, mas apenas da prova documental que se encontra nos autos. Além do mais, a embargante não apontou o mínimo indício de prova capaz de convencer o julgador da necessidade da perícia, mesmo porque “a realização de perícia em execução fiscal, para cobrança de ICMS declarado e não pago, está condicionada à inequívoca demonstração de erro ou engano, sem o que não se configura cerceamento de defesa” (STJ — REsp n. 41.385/SP, Min. Peçanha Martins, DJU 24-2-97).

Destarte, não há falar em cerceamento de defesa decorrente da não realização da prova pericial e, via de conseqüência, se a prova técnica era desnecessária, a sentença não pode ser taxada de nula por falta de fundamentação ocasionada pela ausência da supracitada prova que lhe daria sustentação, até porque

examinou com percuciência todos os temas aventados pelas partes, especialmente aqueles expendidos pela apelante, justificando, um a um, os motivos pelos quais os rejeitou.

Aliás, a matéria discutida nos autos é de solução baseada exclusivamente no direito e não em fatos.

Não se pode dizer, portanto, que o julgamento antecipado da lide atropelou o devido processo legal ou violou os princípios do contraditório e da ampla defesa que a Constituição Federal outorga a todo litigante.

Vencidas essas preliminares, examina-se o mérito.

2. Ao contrário do que entende a apelante, a incidência do ICMS sobre sua própria base de cálculo não contraria as normas constitucionais e muito menos a legislação infraconstitucional.

Esta Corte, por sua extinta Sexta Câmara Civil (atual Segunda Câmara de Direito Público), julgando a Apelação Cível n. 1999.005727-5, da Capital, relatada pelo eminente Des. Newton Trisotto, por votação unânime, deixou assente:

“Tributário — ICMS — Base de cálculo — Montante do próprio imposto — Legalidade.

‘Constitui determinação expressa na lei que, o montante do imposto de circulação de mercadorias integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle (Decreto-Lei n. 406/68, art. 2º, § 7º)’ (EDResp n. 14.034, Min. Demócrito Reinaldo)”.’

Do corpo do acórdão:

“1. Por força do Convênio Confaz n. 66/88, o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo (art. 14); ocorre o denominado ‘cálculo por dentro’. Este dispositivo é reproduzido na Lei Complementar n. 87, de 13-9-96 (art. 13, § 1º, I), e na legislação estadual: ‘O montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle’ (Lei n. 7.547/89, art. 17; Lei n. 10.297/96, art. 11, I). Esse ‘cálculo por dentro’ não é ilegal ou inconstitucional. Da doutrina e da jurisprudência colaciono lições e julgados que respaldam a assertiva:

‘É fato sabido que o ICMS não incide sobre o valor acrescido, mas sim sobre o valor total da operação que constitui o seu fato gerador. Daí o fato de que o seu destaque no documento não corresponde a valor a ser adicionado ao preço, mas sim a parte deste, sendo o destaque do valor do imposto, como diz o inciso, mera indicação para fins de controle’ (Rubens Miranda Carvalho, ICMS — Comentários à LC n. 87/96, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 242).

‘Constitui determinação expressa na lei que, o montante do imposto de circulação de mercadorias integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle (Decreto-Lei n. 406/68, art. 2º, § 7º)’ (EDResp n. 14.034, Min. Demócrito Reinaldo).

‘A base de cálculo do ICMS é o valor da operação de que decorre a

saída da mercadoria, valor esse que representa ‘o universo monetário tributado, ainda que inclusa a carga fiscal que onera o preço de mercadoria posta à disposição comercial’ (REsp n. 86.653, Min. José Delgado)’.

‘O denominado ‘cálculo por dentro’ ou ‘cálculo de baixo para cima’, pelo qual o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo, tal como previsto na legislação tributária catarinense (Lei Estadual n. 7.547, de 27-1-89, art. 17), com respaldo no art. 14 do Convênio n. 66/88, convênio esse que tem força legal de Lei Complementar, conforme art. 34, § 8º, do ADCT, não tem a maculá-lo qualquer eiva de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Inquestionavelmente, o ICMS incide sobre o valor global da operação tributável, valor global esse que, como é curial, inclui o próprio ICMS que se agrega ao importe da mercadoria transacionada e que, em verdade, é arcado pelo contribuinte de fato: o adquirente’ (ACMS n. 1998.001016-0, rel. Des. Trindade dos Santos)”.

3. O alegado direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de bens incorporados ao ativo fixo também não merece prosperar por falta de amparo legal.

Este Tribunal, a respeito, já decidiu em caso semelhante, envolvendo as mesmas partes:

“O direito ao crédito na aquisição de bens do ativo fixo não encontra amparo legal pois os bens compreendidos no ativo fixo destinam-se à incorporação no estabelecimento comercial ou indus-

trial a fim de operacionalizar o seu funcionamento normal e, junto com as mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, encerram a cadeia tributária, não integrando, destarte, o produto final da empresa' (Ap. Cív. n. 96.012237-0, de Santa Cecília, rel. Des. Nelson Schaefer Martins)" (Ap. Cív. n. 99.007158-8, de Santa Cecília, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 18-3-2002).

Afasta-se, portanto, tal pretensão.

4. De igual modo, por ausência de amparo legal, não assiste razão à embargante apelante quanto à pretendida correção monetária dos créditos de ICMS recolhidos nas operações anteriores e compensados nos meses seguintes. É o que vem decidindo esta Segunda Câmara de Direito Público, apoiada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

"Tributário — Correção monetária — Crédito escritural — Impossibilidade — Precedentes do STF e STJ.

'A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afastando a alegação de ofensa aos princípios constitucionais da não-cumulatividade e da isonomia, firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes. Precedentes' (RE n. 221.584, Min. Celso Melo)" (Ap. Cív. n. 2002.018646-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 10-2-2003).

Do corpo do acórdão, por relevante, extraem-se os seguintes trechos:

"Não existe lei estadual autorizando a correção monetária. Conforme já dito no início, o que a jurisprudência vem admitindo é a atualização nos casos em que o crédito venha a ser reconhecido tardiamente — administrativamente ou judicialmente. O mesmo não ocorre quando se tratar de créditos escriturais.

"O Supremo Tribunal Federal, repetidamente, tem decidido que a correção monetária não incide sobre os créditos escriturais quando não há previsão legal neste sentido, inclusive afastando expressamente as assertivas sobre a violação do princípio da não-cumulatividade e isonomia tributária. Ilustram o afirmado os seguintes arestos:

'O sistema de créditos e débitos, por meio do qual se apura o ICMS devido, tem por base valores certos, correspondentes ao tributo incidente sobre as diversas operações mercantis, ativas e passivas, realizadas no período considerado, razão pela qual tais valores justamente com vista à observância do princípio da não-cumulatividade, são insuscetíveis de alteração em face de quaisquer fatores econômicos ou financeiros.

'De ter-se em conta, ainda, que não há falar, no caso, em aplicação do princípio da isonomia, posto não configurar obrigação do Estado, muito menos sujeita a efeitos moratórios, eventual saldo escritural favorável ao contribuinte, situação reveladora,

tão-somente, de ausência de débito fiscal, este sim, sujeito a juros e correção monetária, em caso de não-recolhimento no prazo estabelecido' (RE n. 195902-9, Min. Ilmar Galvão — julgado em 30-6-98 — 1ª Turma). E no mesmo sentido: RE n. 195.643/RS, j. em 30-6-98).

[...]

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afastando a alegação de ofensa aos princípios constitucionais da não-cumulatividade e da isonomia, firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes. Precedentes' (RE n. 221584, Min. Celso de Melo – j. em 21-3-2000).

“1. Crédito de ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão por que não se pode pretender a aplicação do instituto da atualização monetária.

“2. A correção monetária do crédito do ICMS, por não estar prevista na legislação estadual, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de substituir-se o legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

‘A alegação de ofensa ao princípio da isonomia e não-cumulatividade. Improcedência. Se a legislação estadual só previa a correção monetária dos débitos tributários e vedava a atualização dos créditos, não há como se falar em tratamento desigual a situações equivalentes.

‘A correção monetária incide sobre o débito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em

atraso. Diferencia-se do crédito escritural — técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade' (RE n. 205.453-4, Min. Maurício Corrêa — julgado em 3-11-97).

[...]

“No mesmo sentido é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

‘Os créditos tributários estão sujeitos à correção monetária após o respectivo vencimento, mas daí não se pode extrair qualquer analogia com os créditos, se em face da legislação local nem os do Estado nem os do contribuinte são corrigidos monetariamente' (ERESP n. 139931/PR, Min. Ari Pargendler).

“Tributário — ICMS — Créditos escriturais — Correção monetária — Competência legislativa estadual — Precedentes.

‘1. A Primeira Seção deste Tribunal pacificou o entendimento de que a correção monetária incidente sobre os créditos tributários escriturais, por força do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68, é matéria de competência legislativa estadual que não pode ser examinada em sede de recurso especial.

‘2. ‘A matéria em questão tem o seu leito na via extraordinária do Supremo Tribunal Federal' (RE n. 205.453/SP e RE n. 195.643/RS).

‘3. A jurisprudência do STJ relativamente à correção monetária não se aplica à espécie, eis que o crédito escritural, utilizado como

técnica de contabilidade, não se confunde com o crédito tributário devidamente constituído.

‘4. Agravo regimental improvido’ (REsp n. 131835/RS, Min. Eliana Calmon)”.

Ausente lei estadual que autorize a correção monetária do crédito de ICMS, não se pode acolher a irresignação.

5. Entende a apelante que devem ser excluídos, da base de cálculo do imposto, os encargos financeiros (juros e/ou correção monetária) decorrentes das vendas a prazo. No entanto, tal entendimento não pode prosperar porque, “o ICMS é um imposto indireto, cobrado do consumidor final, contribuinte de fato, sendo a recorrente mera responsável tributária pelo recolhimento e repasse aos cofres públicos, não havendo falar em prejuízos, pois, à evidência, os custos foram embutidos no preço final suportado pelo contribuinte de fato” (REsp n. 332638/SP, rel. Min. José Delgado, DJU 29-4-02).

Hugo de Brito Machado, tecendo comentários sobre o assunto, registrou:

“A base de cálculo do ICMS, na hipótese de ocorrência mais freqüente, é o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria.

“Nas vendas a prazo, o valor dos juros acrescido ao preço da mercadoria integra o valor da operação, e assim a base de cálculo do imposto.

[...]

“No sistema de vendas no crediário existe um contrato de compra e venda, no qual é fixado desde logo o preço da mercadoria, em função do prazo de pagamento. Os juros, neste caso, integram a base de cálculo do ICMS porque fazem parte do valor da operação da qual decorreu a saída da mercadoria.

[...]

“De todo modo, ficando a cobrança de juros a depender de evento futuro e incerto, o valor destes evidentemente não pode integrar o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria, ou serviço.

“Aliás, a situação é em tudo semelhante à que acontece com os descontos. Se um desconto é concedido no ato da venda, e não fica a depender de qualquer acontecimento futuro, seu valor é excluído da base de cálculo do ICMS porque evidentemente não integra o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria.

[...]

“Realmente, a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado, ou constante de tabelas. É o valor de operação. E este se define no momento em que a operação se concretiza” (A base de cálculo do ICMS e os Juros e Descontos. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 17/94, p. 343).

Não fora isso, “para excluir a incidência do ICMS sobre a correção monetária das vendas a prazo deve o contribuinte atender ao preconizado no § 1º do artigo 34 do RICMS. A não ser assim, estaria ele liberado para indicar

a base de incidência que lhe aprouvesse” (Ap. Cív. n. 2001.025782-3, de Xanxerê, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 16-9-2002).

O art. 10, parágrafo único, da Lei n. 7.547/89 (com idênticas prescrições no art. 12, inciso II, e seu parágrafo único, da Lei n. 10.297, de 26-12-1996, que agora dispõe sobre o ICMS), tratando da matéria, estabelece:

“Art. 10. Não integra a base de cálculo do imposto o montante do imposto:

[...]

“Parágrafo único — Os acréscimos financeiros cobrados nas vendas a prazo a consumidor final não integram a base de cálculo do ICMS, quando destacados na nota fiscal; o regulamento do ICMS disporá a forma de controle que permitirá determinar a base de cálculo mínima a ser reservada em cada operação”.

Essa norma, por sua vez, veio a ser regulamentada pelo art. 34 do RICMS do Estado de Santa Catarina, que assim preconiza:

“Art. 34. Não integram a base de cálculo do imposto:

[...]

“III — os acréscimos financeiros cobrados nas vendas a prazo para consumidor final.

“§ 1º — A exclusão de que trata o inciso III fica condicionada:

“I — À indicação, no corpo da Nota Fiscal, Modelo 1, das seguintes informações:

“a) preço de partida, como definido no inciso III deste parágrafo;

“b) valor do acréscimo financeiro efetivamente cobrado;

“c) valor da entrada, se houver, e o número de prestações.

[...]

“III — À que a base de cálculo mínima do imposto, deduzido o acréscimo financeiro, em cada operação, não seja inferior:

“a) ao preço de venda à vista da mercadoria, na operação mais recente;

“b) ao preço da tabela, no caso de mercadoria com preço de venda estabelecido pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente;

“c) ao preço de aquisição mais recente, acrescido dos percentuais de margem de lucro previstos no inciso VI do art. 49, no caso de impossibilidade de aplicação do disposto na alínea a”.

Em julgado recente, tratando de quase toda a matéria discutida nestes autos, porque envolve a mesma parte (Bonet Madeiras e Papéis Ltda.), relatado pelo eminente Des. Luiz César Medeiros, esta Segunda Câmara de Direito Público assim se pronunciou:

“Tributário — ICMS — Compensação com créditos escriturais não demonstrada — Impossibilidade de outra forma de compensação — Aplicação do § 3º do art. 16 da Lei n. 6.830/80 — O montante do imposto integra a sua própria base de cálculo — ‘Cálculo por dentro’ — Previsão legal — Vendas a prazo — Acréscimos

financeiros — Necessidade de destaque no documento fiscal — Direito a crédito incoorrente — Prazo para recolhimento do ICMS — Fixação por decreto — Possibilidade.

“1. É expressamente vedada pelo § 3º do art. 16 da Lei n. 6.830/80 a possibilidade de o contribuinte alegar na fase de embargos a compensação de créditos para se eximir da obrigação exequenda.

“2. O montante do imposto de circulação de mercadorias integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

“3. Para excluir a incidência do ICMS sobre a correção monetária das vendas a prazo deve o contribuinte atender ao preconizado no § 1º do art. 34 do RICMS. A não ser assim, estaria ele liberado para indicar a base de incidência que lhe aproovesse.

“4. De acordo com o disposto no Código Tributário Nacional, é legal a fixação de prazo por decreto para recolhimento do ICMS” (Ap. Cív. n. 2001.007614-4, de Lebon Régis, DJSC de 12-6-2003, p. 13).

Constata-se, portanto, que existe previsão legal vedando a incidência do ICMS nas operações de venda a prazo, mas a exclusão dos encargos financeiros da base de cálculo do imposto está condicionada ao cumprimento, por parte do contribuinte, do disposto no art. 34, § 1º, do RICMS, mormente no que tange ao destaque, nas notas fiscais, do valor correspondente ao acréscimo meramente financeiro sobre o preço da mercadoria, em razão do prazo

dado ao consumidor final para pagamento, o que não restou provado nos autos, daí por que a exclusão não pode ser autorizada.

Não há falar, também, na possibilidade de a embargante apelante creditar-se de ICMS, que alega ter pago a mais, sobre acréscimos financeiros nas vendas a prazo que fez até 1º de julho de 1991. Em primeiro lugar, porque não provou que tenha destacado em suas notas fiscais os referidos acréscimos meramente financeiros. Em segundo, porque a Lei n. 7.547, de 29-1-1989 já previa a exclusão dos encargos financeiros destacados em nota fiscal, da base de cálculo do ICMS. Portanto, não foi a partir de julho de 1991, com o Decreto n. 401, de 7-8-1991, que se autorizou essa exclusão. Em terceiro lugar, porque se antes da Lei n. 7.547/89 não havia lei a prever a exclusão do acréscimo financeiro na fixação da base de cálculo, não podia o contribuinte excluí-lo.

Por fim, é necessário distinguir encargos ou acréscimos financeiros correspondentes a vendas a prazo do que seja preço ou seu reajuste. Aqueles devem estar destacados à parte, na nota fiscal. O último é atribuído à mercadoria, ainda que em valor completo da espera do pagamento. Não destacado em nota o acréscimo financeiro, é impossível ao Fisco saber qual o valor que a ele corresponde e o que seja o preço. E, em conseqüência, não pode excluí-lo da base de cálculo. Por isso que a obediência à norma, quanto ao destaque do valor do acréscimo finan-

ceiro é indispensável para obviar a sua exclusão da base de cálculo do ICMS.

6. Quanto à compensação do ICMS com verbas indevidamente recolhidas, registra-se que a sentença recorrida com muita propriedade afastou a pretensão, sob o fundamento de que “não restou reconhecido que a embargante tenha efetivamente recolhido qualquer verba tida como indevida. Além disso, a embargante não preenche os pressupostos previstos no art. 33, parágrafo único, da Lei Estadual n. 7.547/89, em face da não comprovação de ‘erro de fato na escrituração dos livros fiscais ou no preparo da guia de recolhimento, mediante o lançamento, no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro Crédito do Imposto — Outros Créditos, anotando a origem do erro’. Ora, para admitir-se a compensação, necessário que a embargante comprovasse a existência de créditos líquidos, o que não é o caso”.

Outra não é a orientação desta Corte:

“Execução fiscal. Embargos. ICMS. Preliminares afastadas: nulidade da sentença por cerceamento de defesa, por ausência de fundamentação e por falta de oportunidade de manifestar-se sobre a prefacial. Inclusão do ICMS em sua base de cálculo. Decreto-Lei n. 406 de 31-12-68, art. 2º, § 7º. Crédito na aquisição de bens do ativo fixo. Correção monetária de créditos. Exclusão de encargos financeiros da base de cálculo. Súmula 533 do STF. Compensação. Lei Estadual n.

7.547/89, art. 33, parágrafo único. Prazos para recolhimento. Decreto Estadual n. 3.107, de 28 de fevereiro de 1989. Recurso desprovido.

[...]

“No caso concreto, não se reconheceu que a embargante tenha indevidamente recolhido verba indevida suscetível de compensação. Por outro lado, constata-se que a devedora não satisfaz os requisitos previstos no art. 33, parágrafo único, da Lei Estadual n. 7.547/89” (Ap. Cív. n. 96.012237-0, de Santa Cecília, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, julgada em 9-6-1999).

Do corpo do acórdão:

“Aduz, ainda, a embargante o direito à compensação do ICMS com as verbas indevidamente recolhidas. Tal tese imerece acolhimento, eis que não se reconheceu que a embargante tenha indevidamente recolhido qualquer verba; em segundo lugar, embora o CTN discipline no art. 170 a forma em que poderá a lei autorizar a compensação de créditos tributários, a embargante não satisfaz os requisitos legais previstos no art. 33, parágrafo único, da Lei Estadual n. 7.547/89, em especial, pela não-comprovação de ‘[...] erro de fato na escrituração dos livros fiscais ou no preparo da guia de recolhimento, mediante o lançamento, no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro Crédito do Imposto — Outros Créditos, anotando a origem do erro’”.

Não há nos autos a mínima prova de que a apelante tenha efetuado recolhimento de verbas indevidas, até porque a sentença aqui

confirmada não reconheceu crédito algum em favor da embargante apelante, pois rejeitou suas alegações de “indevida inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo”; “direito ao crédito na aquisição de bens do ativo fixo”; “direito à correção monetária de créditos”; e de exclusão, da base de cálculo do ICMS, “dos encargos financeiros nas vendas a prazo” anteriores a 1º de julho de 1991. Por outro lado, não cumpriu, a embargante apelante, as exigências do art. 33, parágrafo único, da Lei n. 7.547/89, a fim de poder valer-se de eventual compensação, daí por que não há deferir tal pretensão.

Não fora isso, além de não ser possível a compensação entre créditos e débitos do contribuinte, se aqueles não são líquidos e certos (art. 170, *caput*, do Código Tributário Nacional), o art. 16, § 3º, da Lei n. 6.830, de 22-9-1980, veda a compensação nas execuções fiscais.

7. Também não merece acolhida o argumento de que o pagamento do imposto somente é devido depois de efetuado o competente lançamento.

O assunto já foi, inclusive, objeto de deliberação colegiada, quando a extinta Sexta Câmara Civil (atual Segunda Câmara de Direito Público) assim decidiu:

“Pode o Estado, mediante decreto, antecipar o prazo de recolhimento, sem correção monetária do ICMS já devido, porquanto o prazo de carência se constitui em benefício fiscal instituído em favor do contribuinte’ (Ap. Cív. n. 48.376, da Capital,

rel. Des. Eder Graf)” (Ap. Cív. n. 99.007158-8, de Santa Cecília, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 18-3-2002). No mesmo sentido: Ap. Cív. ns. 99.007144-8, de Santa Cecília, rel. Des. Vanderlei Romer, e 96.012681-3, também de Santa Cecília, rel. Des. Eládio Torret Rocha.

Na verdade, a regra do art. 160 do Código Tributário Nacional, segundo o qual o vencimento do crédito tributário ocorre 30 (trinta) dias após a data da notificação sobre o lançamento, só é aplicável na hipótese de a “legislação tributária não fixar o tempo de pagamento”.

A “legislação tributária”, segundo o art. 96 do mesmo Diploma “compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”.

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo do “Sistema Tributário Nacional”, previu (art. 146) que cabe à “lei complementar” dispor, regular e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária e sobre matérias específicas ali previstas. A “lei complementar” também deve fornecer normas gerais sobre o imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Outros dispositivos constitucionais também se referem à possibilidade de “a lei” dispor sobre outros assuntos do sistema tributário, como se vê, *ad exemplum*, nos arts. 149, § 4º; 150, §§ 5º e 7º. Contudo, nenhuma das disposições magnas determina que a

fixação do prazo para o recolhimento dos tributos, seja no âmbito federal, no estadual ou no municipal, tenha de ser efetivada por meio de lei.

Da mesma forma, o art. 97 do Código Tributário Nacional, recepcionado e mantido pelo art. 34, § 5º, do ADCT da Constituição Federal de 1988, estabelece quais as matérias de Direito Tributário que devem ser reguladas por lei. E entre elas não se encontra a obrigatoriedade de fixação, por meio de lei, do prazo para o recolhimento dos tributos.

De qualquer forma, no Estado de Santa Catarina, tanto a Lei n. 7.547, de 27-1-1989, quanto a Lei n. 10.297, de 26-12-1996, estabeleceram prazos para recolhimento do ICMS e deixaram ao regulamento por Decreto do Poder Executivo a estipulação de eventuais benefícios aos contribuintes, como o diferimento do prazo, por exemplo.

Estuem os §§ 3º e 4º do art. 39 da Lei n. 7.547/89:

“Art. 39 — O imposto será apurado na forma prevista em regulamento, observando-se os seguintes critérios:

[...]

“§ 3º — O imposto será recolhido nos prazos fixados em regulamento, observando-se os seguintes prazos:

“I — por ocasião da operação ou prestação nas hipóteses dos incisos I, IV, VII e VIII do *caput* deste artigo;

“II — até o último dia útil que anteceder ao 21º (vigésimo primeiro) dia do mês seguinte àquele ao qual competir o lançamento, no caso da estimativa prevista no inciso V do *caput* deste artigo;

“III — até o último dia útil que anteceder ao 21º (vigésimo primeiro) dia do mês seguinte àquele em que ocorrerem os fatos geradores, no caso do inciso III, alínea *b*, do *caput* deste artigo, bem como no caso de operações ou prestações previstas no inciso IX do *caput* deste artigo ressalvado o disposto no inciso seguinte;

“IV — até o último dia útil que anteceder ao 26º (vigésimo sexto) dia do mês seguinte àquele em que ocorrerem os fatos geradores, no caso de operações ou prestações previstas no inciso IX do *caput* deste artigo, promovidas por estabelecimentos que se dediquem aos ramos de atividade para esse fim especificado sem regulamento;

“V — até o último dia útil que anteceder o 41º (quadragésimo primeiro) dia após o término do mês em que ocorrer o fato gerador, no caso de operação ou prestação, sujeitas ao regime de substituição tributária, promovidas por contribuintes substitutos inscritos, de acordo com o inciso II do *caput* deste artigo;

“VI — até o 30º (trigésimo) dia da data do ciente, no caso de lançamento por notificação fiscal.

“§ 4º — É lícito ao Poder Executivo:

“I — exigir o pagamento do crédito tributário por ocasião da ocorrência do respectivo fato gerador;

“II — ampliar o prazo mencionado no parágrafo anterior, até o limite estabelecido em convênio firmado com os demais Estados ou, na falta deste, até o 40º (quadragésimo) dia após o encerramento do período de apuração;

“III — antecipar o pagamento, nos casos de substituição tributária”.

O art. 34 da Lei n. 10.297/96 considera vencida a obrigação tributária “no último dia do período de apuração”, e o art. 36 remete ao regulamento a fixação dos prazos de recolhimento.

Portanto, é possível que o prazo para o recolhimento dos tributos venha a ser fixado por Decreto do Poder Executivo Estadual, que faz parte da “legislação tributária”, com obediência aos parâmetros definidos nas leis estaduais, como vêm determinados no art. 39, §§ 3º e 4º, da Lei Estadual n. 7.547/89 e nos arts. 34 e 36 da Lei n. 10.297/96.

8. Por fim, deve ser mantida a verba honorária fixada em R\$

10.000,00, com supedâneo no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, uma vez que moderadamente estipulada, porquanto não atingiu sequer o valor correspondente a 10% da execução.

Pelas razões expostas, afasta-se a preliminar de nulidade da sentença e nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara afastou a preliminar e negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 23 de junho de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 1999.017990-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança – Alvará sanitário – Acupuntura – Negativa sem o devido procedimento administrativo – Interdição do estabelecimento – Sentença positiva – Apelo e reexame necessário – Desprovidimento.

Para interditar estabelecimento comercial que vinha funcionando regularmente, não é possível que a administração o faça liminarmente sem apontar qual é o perigo grave e iminente que está a coletividade a sofrer; é mister que seja instaurado o competente procedimento administrativo, sem o qual se estará tratando de mácula às garantias constitucionais e aos princípios administrativos aplicáveis à espécie.

Não há norma legal no País que faça presumir perigo e risco de dano no mero funcionamento de estabelecimento de acupuntura.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1999.017990-7, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelado Gerhard Friedrich Köth:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação

unânime, negar provimento ao apelo e ao reexame necessário.

Sem custas.

Gerhard Friedrich Köth, por seu advogado, impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Chefe de Divisão de Vigilância Sanitária da Secretaria Municipal de Saúde do município de Blumenau, que por intermédio de fiscais de saúde lhe teria autuado, pois se encontraria

desprovido de alvará sanitário, além de que teria encontrado produtos irregulares em seu estabelecimento. Ter-lhe-ia imposto a referida autoridade, então, a apreensão dos produtos em situação irregular e a interdição de seu estabelecimento, ao arrepio das garantias constitucionais que lhe assistem e dos princípios administrativos aplicáveis à espécie. Depois de outras considerações que ficam incorporadas, por brevidade, a esta suma, requereu a concessão de liminar e sua confirmação posterior, jungindo documentos.

Notificada, a autoridade indigitada coatora prestou informações, aduzindo que fez uso de seu poder de polícia, pois o impetrante se encontrava em situação irregular, além do que não possuía habilitação necessária ao exercício da atividade em questão.

A liminar foi indeferida (fls. 78 e 169).

Há parecer do Ministério Público no sentido da concessão da ordem ao impetrante “tão-somente para que lhe seja garantida a apresentação de defesa, em processo administrativo próprio e regular, suspendendo-se, até então, os efeitos da interdição” (fl. 184).

O digno Togado monocrático concedeu a segurança ao impetrante “para determinar à autoridade impetrada que, atendidas às demais exigências legais, conceda-lhe o alvará sanitário, ficando, desde já, suspensos os efeitos da interdição, pelo prazo de 90 dias, a contar da intimação desta decisão” (fl. 190).

Irresignado, apelou o município de Blumenau requerendo a reforma da respeitável sentença a fim de ser totalmente denegada a segurança.

Deixou o apelado transcorrer o prazo para contra-razões sem apresentá-las.

O *Parquet* opinou no seguinte sentido: “a concessão da segurança deveria ficar restrita somente à garantia ao impetrante de apresentação de defesa em procedimento administrativo próprio e regular, com a conseqüente suspensão dos efeitos da interdição, não se podendo impor, ao Município, o deferimento de alvará sanitário, ensejando, dessa forma, o conhecimento e provimento do recurso de apelação interposto pelo município de Blumenau” (fl. 215).

Manifestou-se, entretantes, o reexame necessário, e ascenderam os autos a este egrégio Pretório.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Raulino Jacó Brüning, pronunciou-se pelo conhecimento e provimento parcial “do recurso e da remessa”, no propósito de que “deve a segurança cingir-se, apenas, à suspensão dos efeitos da interdição, garantindo-se ao apelado o exercício do seu direito de defesa no competente processo administrativo, para, posteriormente, se preenchidos os requisitos, ser deferido o referido alvará pela Municipalidade” (fl. 223).

É o relatório.

Em primeiro lugar, é de ser relembrado o pedido do mandado de segurança, exposto no requerimento da petição inicial, o qual é claramente

delimitado: “Finalmente, seja concedida a segurança requerida para, confirmando a liminar, em cuja concessão os impetrantes acreditam piamente, se reconheça a ilegalidade do ato praticado pela ilustre autoridade coatora, para assegurar-se aos impetrantes o seu direito líquido e certo de exercer a sua lícita profissão, pois assim o fazendo V. Exa. estará praticando um ato de direito e de justiça” (fl. 10, último parágrafo, *ipsis litteris*).

Assim, nota-se desde já que a reversão da apreensão dos produtos apreendidos não é matéria a merecer análise nestes autos.

Por outro lado, para interditar estabelecimento comercial que vinha funcionando regularmente, não é possível que a administração o faça liminarmente sem apontar qual é o perigo grave e iminente que está a coletividade a sofrer; é mister que seja instaurado o competente procedimento administrativo, sem o qual se estará tratando de mácula às garantias constitucionais e aos princípios administrativos aplicáveis à espécie.

Não há norma legal no País que faça presumir perigo e risco de dano no mero funcionamento de estabelecimento de acupuntura.

Não há lei regulamentando o exercício da acupuntura, e não tinha a autoridade impetrada competência para reconhecer ou não sua ilegalidade. A interdição não poderia ter-se dado porque não há prova de que a acupuntura cause risco à saúde pública, como expressamente deixou

assentado a autoridade coatora à fl. 39.

Com efeito, veja-se precedente desta eg. Corte da lavra do eminente Des. Reynaldo Rodrigues Alves: “*Habeas corpus*. Constrangimento ilegal manifesto. Direito de exercer a profissão de acupunturista. Somente a lei pode coibir o exercício da atividade de acupuntura. Enquanto não o fizer, não poderá a autoridade administrativa impedir que seja exercida a pretexto de não estar o acupunturista devidamente habilitado, pois não há regulamento disciplinando tal habilitação” (RT 581/102).

Sem as garantias da ampla defesa e do contraditório – garantias estas esculpidas na Constituição da República, nunca é demais lembrar –, a administração cometeu sem dúvida ato arbitrário, incompatível com o atual estágio de nossa sociedade, em que está consagrado o devido processo legal.

A respeito, anotou Celso Antônio Bandeira de Mello: “Estão aí consagrados, pois, a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer de decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de

atender o contido nos mencionados versículos constitucionais” (Curso de direito administrativo. 13ª ed. rev., atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 85).

Em situação análoga, já decidiu esta Corte:

“Mandado de segurança – Alvará – Interdição de estabelecimento – Exercício da acupuntura – Ausência de processo administrativo – Ampla defesa e contraditório assegurados constitucionalmente – Ilegalidade – Custas – Isenção – Provimento parcial da remessa necessária.

“1. ‘A interdição de estabelecimento comercial sem processo administrativo regular, não assegurado, ao seu proprietário, o direito de defesa, é ato ilegal e abusivo, passível de ser sanado com o deferimento do *mandamus* (JC 73/57)’ (ACMS n. 5.792, de Rio Negrinho, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)” (ACMS n. 2000.001007-3, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros).

A simples suspensão da interdição, contudo, não garantiria o direito líquido e certo do impetrante; sem embargo, ficaria ele ainda ao sabor da autoridade, que mediante novas

alegações poderia obstar o livre exercício de sua profissão, além do que possivelmente perderia boa parte de sua carta de clientes. Bem andou o Magistrado *a quo*, portanto, quando lhe concedeu o alvará sanitário.

Nada impedirá, contudo, que instaurado o referido procedimento, a Municipalidade, respeitado o contraditório e a ampla defesa, chegue à conclusão que eventual interdição do estabelecimento e revogação do alvará concedido sejam as medidas apropriadas, contra as quais, da mesma forma, poderá insurgir-se o impetrante, caso não observados os parâmetros legais.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo e ao reexame necessário.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 5 de maio de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.016278-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Processo civil – Incompetência absoluta – Reconhecimento ex officio – Omissão – Provimento dos embargos declaratórios – Anulação dos atos decisórios – Admissibilidade nesta fase recursal – Remessa dos autos para a Justiça Federal.

1. *Mesmo tendo sido prolatada sentença definitiva no processo originário, não perde o objeto o agravo de instrumento que aprecia questão prejudicial incompatível com os atos decisórios proferidos naquele.*

2. *Se os efeitos infringentes em sede de embargos declaratórios decorrem do reconhecimento de matéria de ordem pública, que deve ser apreciada de ofício pelo juiz, a ausência de manifestação da parte contrária não implica violação ao princípio do contraditório.*

A incompetência absoluta configura matéria que deve ser conhecida de ofício pelo juiz, em qualquer fase processual e grau de jurisdição; portanto, pode ser argüida em mesa pelo relator e, mesmo que não suscitada pela parte interessada, é omissa o acórdão que deixou de reconhecê-la (CPC, art. 113, caput).

3. *Verificada a incompetência absoluta, decreta-se a nulidade dos atos decisórios já praticados, inclusive os do processo originário, quando reconhecida em sede de recurso (CPC, art. 113, § 2º).*

4. *“Não age de má-fé, nem desafia o art. 245 do CPC, a parte que, logo após a publicação do acórdão, utiliza embargos declaratórios para argüir a nulidade do julgamento” (STJ, EDROMS n. 10041/RJ, Min. Humberto Gomes de Barros).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2002.016278-2, da comarca da Capital, em que é embargante Fidélis Barato Filho e embargados Ophélio Beneton e o Presidente da Junta Comercial do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, afastar as preliminares e acolher os embargos para declarar a incompetência absoluta da Justiça Estadual, anular os atos decisórios, inclusive os praticados no processo principal e determinar a remessa dos autos à Justiça Federal.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Inconformado com a decisão proferida nos autos dos embargos de declaração em agravo de instrumento por ele opostos, Fidélis Barato Filho interpôs novamente embargos de declaração alegando que “persiste um ponto omissão, de que o embargante só agora se apercebeu e que se não for objeto de embargos poderá comprometer eventual recurso especial ao eg. Superior Tribunal de Justiça” (fl. 277).

Afirma o recorrente que “vê-se jungido a estes novos embargos, para prequestionar matéria que, conhecida e suscetível de decisão *de ofício*, não foi abordada na respeitável decisão embargada” (fls. 277 e 278).

Alega que há inequívoca incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgar o mandado de segurança impetrado contra ato do Senhor Presidente da Junta Comercial em matéria de registro, no qual foi proferida a decisão impugnada por intermédio deste agravo de instrumento. Salaria que teve ciência desse fato com as informações prestadas pela autoridade coatora naqueles autos, ensejando a oposição dos presentes embargos para que a matéria seja analisada neste grau de jurisdição, haja vista não ter ocorrido a preclusão, por ser tema que deve ser conhecido de ofício.

Ao final, consignou: “o que se pretende demonstrar é que o órgão competente do Tribunal, deparando com fato juridicamente relevante, como a incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgar o feito, e suprindo a omissão de ponto sobre o qual cumpria-lhe pronunciar-se, *deve* (como expressa o art. 113) reconhecer e proclamar a aludida incompetência absoluta, determinando a remessa dos autos ao juízo competente, a Justiça Federal, Circunscrição de Santa Catarina, anulando, outrossim, todos os atos decisórios, de acordo com o disposto no art. 113 do CPC e com o exposto nos itens 24 a 33 *supra*” (fls. 289 a 290).

II — Voto

1. Da inocorrência de perda de objeto do recurso

Mesmo tendo sido prolatada sentença definitiva no processo origi-

nário, não perde o objeto o agravo de instrumento que aprecia questão prejudicial, e cujo provimento é absolutamente incompatível com os atos decisórios do primeiro grau.

O agravo, como sabido, salvo a exceção inscrita no art. 558 do Código de Processo Civil, não tem o condão de suspender os efeitos da decisão recorrida e muito menos de, como regra, interromper o curso do processo principal. Assim, se o objeto do reclamo é matéria relacionada à competência, ou acaso venha esta a ser questionada incidentalmente ou de ofício pela instância superior, “anular-se-ão todos os atos praticados pelo juiz que o tribunal considerou incompetente” (RT 642/132 e RJTAMG 61/47. *In* Theotônio Negrão. Código de Processo Civil e legislação em vigor. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 378, art. 306, nota 8).

Da mesma obra, extrai-se ensinamento que referenda o acima sustentado:

“O agravo, normalmente, não tem efeito suspensivo e, por isso, não impede o andamento do processo, com prolação, inclusive, de sentença (JTA 89/333). Se for provido, ficará sem efeito tudo quanto tiver ocorrido posteriormente à sua interposição e que seja incompatível com o seu acolhimento” (*op. cit.*, p. 551).

Do Supremo Tribunal Federal colhe-se precedente que, *mutatis mutandis*, tem pertinência ao caso em análise:

“O efeito devolutivo do agravo de instrumento, interposto contra a decisão de saneamento do processo,

faz com que a sentença, proferida na causa, fique com sua eficácia condicionada ao desprovimento do agravo, no que concerne às questões nele ventiladas” (RE n. 89.980/SP, Min. Soares Muñoz).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, comentando sobre os efeitos do julgamento da lide originária incidentes no recurso de agravo, afirmam:

“Sobrevindo a sentença sem que tenha sido julgado, ainda, o agravo, não é necessário que o agravante ‘reitere’ o agravo ou apele da sentença, pois o seu inconformismo já foi exposto quando interpôs o recurso de agravo. *A sentença, no caso, é dada sob a condição de ser desprovido o recurso, a exemplo do que ocorre com a execução provisória (CPC 587/588)*. Daí não ser a sentença acobertada pela coisa julgada material, mas apenas pela preclusão (coisa julgada formal), quando o agravante não a impugnar por apelação. O agravo deve ser julgado, por força de seu efeito devolutivo, quando: a) não houver apelação de nenhuma das partes e o agravante for o vencedor, deve ser julgado prejudicado o agravo; *quando o agravante for vencido, o agravo deve ser julgado, pois a sentença se encontra sob condição*; b) não houver apelação de nenhuma das partes nem de terceiro e o agravante for vencido, o agravo deve ser apreciado, pois a eficácia da sentença se encontra sob a condição do desprovimento do agravo; c) o agravante apelar, o agravo deve ser julgado antes da

apelação (CPC 559); d) o agravado apelar e o agravante for o vencedor, este nem poderia apelar por lhe faltar o requisito da sucumbência. Não se pode falar em 'renúncia' ao agravo pelo fato de o agravante não apelar, pois a renúncia pressupõe recurso ainda não interposto e o agravo já o fora; nem se pode falar, tampouco, em aquiescência (CPC 503) pois, por ser modo de extinção de direitos, deve ser entendida sempre restritivamente, não havendo nenhuma prescrição legal específica, que imponha ao agravante essa penalidade, vedado ao intérprete fazê-lo. A atitude omissiva do agravante, de não apelar da sentença, não se configura como ato incompatível com a vontade de ver julgado seu agravo. No mesmo sentido de nossa opinião, entendendo que a eficácia da sentença não apelada fica condicionada ao desprovemento do agravo: STF-RTJ 91/320; STJ, 2ª T., REsp n. 28.935/PR, rel. Min. Adhemar Maciel; STJ, 5ª T., REsp n. 136.217/SP, rel. Min. Edson Vidigal; STJ, REsp n. 43.788/SP, rel. Min. Vicente Leal, RJTJSP 124/356; STF—JTACivSP 55/165 [...]” (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1.033, nota 10) (grifos não constam do original).

Compatibilizando a situação retratada nos presentes autos com os ensinamentos dos doutrinadores citados, cumpre salientar que a notícia de que a sentença definitiva fora proferida veio a lume por meio de intervenção do procurador do agravante, na sessão de julgamento,

que inclusive fez juntar petição dando conta da interposição de embargos declaratórios, o que, nos termos do art. 538 do Código de Processo Civil, interrompe o prazo para o ajuizamento do recurso cabível e, na lição de José Carlos Barbosa Moreira, suspende a eficácia da decisão impugnada (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976. vol. V, p. 524).

Assim, é forçoso concluir que a questão prejudicial apreciada nos embargos de declaração torna inválidos todos os atos praticados após a interposição do recurso, inclusive a noticiada sentença definitiva.

2. Da possibilidade do julgamento dos embargos declaratórios em mesa

Conforme se abordará com mais profundidade em tópico posterior, os tribunais têm admitido, excepcionalmente, a atribuição de efeito infringente aos embargos de declaração, cabível apenas na hipótese de o suprimento da omissão ou a correção da inexatidão ou contradição implicar a alteração do julgado.

Em casos tais, para a regularidade do feito, o Supremo Tribunal Federal orienta que a garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça, previamente, a parte embargada (EDRE n. 173.923-5 e RE n. 250.396). Na mesma direção tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 296.836/RJ e EDAGA n. 437.744/PA).

A providência se justifica – e este Órgão Fracionário sistematicamente a tem adotado – nas situações

em que a questão modificativa é suscitada por uma das partes e se insere na esfera do princípio dispositivo. Não obstante, se os efeitos infringentes, em sede de embargos declaratórios, decorrem do reconhecimento de matéria de ordem pública, que deva ser apreciada de ofício pelo juiz, a ausência de manifestação da parte contrária não implica violação ao princípio do contraditório.

A incompetência absoluta configura matéria que deve ser conhecida de ofício pelo juiz, em qualquer fase processual e grau de jurisdição; portanto, pode ser argüida em mesa pelo relator e, mesmo que não suscitada pela parte interessada, é omissa o acórdão que deixou de reconhecê-la (CPC, art. 113, *caput*). Em outras palavras, se a prejudicial tivesse sido observada anteriormente, competia ao relator, sem colocar o processo em pauta, submetê-la ao Colegiado. O mesmo procedimento, em nome da celeridade e economia processual, pode, sem que isso signifique prejuízo às partes, ser observado no caso dos declaratórios.

3. Do cabimento excepcional de efeito infringente aos embargos declaratórios

Não obstante a firme orientação doutrinária e pretoriana restritiva da admissibilidade dos embargos declaratórios para outros fins que não a correção do julgado sem a modificação de sua substância, em situações excepcionais admite-se esta modalidade de recurso com efeitos infringentes, em especial, quando a correção das inexistências, omissões,

obscuridades ou contradições implicar a alteração do *decisum*.

Os doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery concordam que eventualmente os embargos de declaração podem apresentar caráter infringente, ou seja, podem provocar alteração no julgado, modificando-lhe o sentido. Isso será possível quando for o caso de: “a) correção de erro material manifesto; b) suprimimento de omissão; c) extirpação de contradição. A infringência do julgado pode ser apenas a consequência do provimento dos EDcl” (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1.045).

Esse entendimento é amplamente aceito pelos tribunais pátrios, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil – Embargos de declaração – Efeito infringente – Equívoco manifesto reconhecido – Contradição entre a fundamentação e o dispositivo do voto condutor – 1. Em caráter excepcional, tem a jurisprudência se firmado no sentido de receber os embargos de declaração com efeitos modificativos, nos casos de erro evidente, e inexistir outra forma recursal para a sua devida correção. 2. Constatado o equívoco na decisão embargada, ao acolher a tese do INSS quanto à não retroatividade da Lei n. 8.213/91, art. 75, *a*, mas negar conhecimento ao seu recurso especial. Acórdão que merece reforma. 3. Embargos

acolhidos para dar provimento ao recurso especial do INSS” (EDREsp n. 175452/PE, Min. Edson Vidigal).

“Processo civil – Embargos de declaração – Efeito infringente – Possibilidade – Previdenciário – Reajuste – URV – Lei n. 8.880/94 – Conversão do valor – Embora os embargos de declaração tenham por escopo expungir do julgamento obscuridades ou contradições, ou suprir omissão sobre tema de pronunciamento obrigatório pelo Tribunal, segundo o comando expresso no art. 535 do CPC, a tal recurso é possível conferir-se efeito modificativo ou infringente, desde que a alteração do julgamento decorra da correção daqueles citados defeitos. Enquanto a antecipação consubstancia forma de amenizar o poder aquisitivo do benefício frente a desvalorização da moeda, trata o reajuste de critério principal de restabelecimento do poder aquisitivo mediante a incidência integral do índice inflacionário, em razão do que é indevida a inclusão do percentual integral de IRSM de janeiro e fevereiro de 1994. Embargos acolhidos. Recurso especial conhecido e provido” (EDREsp n. 206869/RS, rel. Min. Vicente Leal).

O precedente a seguir não só referenda a possibilidade de os embargos terem efeito infringente como registra a necessidade da interposição do remédio processual para viabilizar o recurso especial:

“Recurso especial – Falta dos pressupostos de admissibilidade – Recurso não conhecido.

“1. Os embargos de declaração podem ter efeito infringente. Vedado é o simples reexame, para esse fim, dos temas já decididos.

“2. Não pode ser conhecido o especial que alega nulidade do acórdão, se não foram opostos embargos de declaração para provocar o prequestionamento da matéria” (STJ, REsp n. 174.667/PA, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

4. Do mérito

Vencida a questão da admissibilidade do recurso, é de concluir-se que no caso vertente a razão está com o embargante.

Conforme informado pelo Presidente da Junta Comercial do Estado de Santa Catarina nos autos do mandado de segurança, “a Lei n. 8.934, de 1994 (Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, e dá outras providências), manteve o sistema até então vigente de dupla subordinação das juntas comerciais: subordinação administrativa ao governo da unidade federativa de sua jurisdição, e subordinação técnica ao Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC (art. 6º)” (fl. 293).

Em seguida, salienta que o Superior Tribunal de Justiça qualificou como técnica a matéria referente às atividades-fins das juntas comerciais, aí incluídos os atos pertinentes ao registro de comércio.

Sobre as competências e a respectiva subordinação estatui o citado art. 6º da Lei n. 8.934/94:

“Art. 6º As juntas comerciais subordinam-se administrativamente ao governo da unidade federativa de sua jurisdição e, tecnicamente, ao DNRC, nos termos desta lei”.

É indubitável que a matéria tratada nos autos do mandado de segurança e no presente agravo de instrumento diz respeito exclusivamente a registro de comércio, ou seja, alterações contratuais de sociedade comercial, temática que é eminentemente técnica e relativa à atividade-fim das juntas comerciais.

Esse, aliás, o entendimento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça por meio dos seguintes precedentes:

“Competência. Conflito. Registro de comércio.

“É da Justiça Federal a competência para julgar mandado de segurança contra ato de Secretário-Geral da Junta Comercial.

“Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Unânime” (CC n. 2.532-0/RR, Min. Fontes de Alencar).

“Mandado de segurança. Junta Comercial. Competência.

“Em se cuidando de ação de mandado de segurança, a competência se define em razão da função desempenhada pela autoridade apontada como coatora. As juntas comerciais efetuam o registro do comércio por declaração federal.

“Competência a teor do artigo 109, VIII, da Constituição da República, da Justiça Federal” (CC n. 1.994/PE, Min. Athos Carneiro).

“Competência – Mandado de segurança – Juntas comerciais.

“Malgrado as juntas comerciais sejam criadas e mantidas pelos Estados, têm natureza federal os serviços que lhes são afetos. Competência da Justiça Federal para julgamento de mandado de segurança relativo a ato que se insira em suas atividades-fins” (REsp n. 27.432-5/SE, Min. Eduardo Ribeiro).

Do corpo desse último acórdão, destaca-se:

“Como salientado no parecer do Ministério Público, a jurisprudência da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a competência para apreciar os atos praticados pelas juntas comerciais, relativos a suas atividades-fins, ou seja, ao registro de comércio, é da Justiça Federal. Isso porque, malgrado a subordinação administrativa aos Estados, as funções que desempenham têm natureza federal. A investidura daqueles órgãos é estadual mas o serviço que lhes cabe é federal. Daí a competência da Justiça Federal, quando se cogite de tais atos, notadamente em se tratando de mandado de segurança. Aos precedentes arrolados pelo Ministério Público acrescente-se o julgado no Conflito de Competência n. 2.532, rel. o Ministro Fontes de Alencar (DJ de 3-4-93).

Assim, não há dúvidas de que efetivamente quando o feito envolvendo junta comercial referir-se a atos de registro de comércio, como, por exemplo, alteração contratual, a competência para análise e julga-

mento da demanda será da Justiça Federal, o que não restou observado no caso em análise, posto que tanto o mandado de segurança como o agravo de instrumento estão tramitando na Justiça Estadual.

Por tratar-se de competência em razão da matéria, é absoluta e, portanto, inderrogável por convenção das partes e não está sujeita à preclusão, podendo ser alegada em qualquer fase processual e grau de jurisdição, conforme o art. 111 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes, mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde então serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações”.

Ao comentar o dispositivo acima transcrito, os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, já referidos, prelecionam:

“A competência absoluta e a funcional são de natureza absoluta, não admitindo prorrogação nem derrogação por vontade das partes, porque ditadas em nome do interesse público. O juiz deve pronunciar *ex officio* a incompetência absoluta; as partes e os intervenientes podem requerer seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC 267 IV e § 3º, 301 II e § 4º). Sentença transitada em julgado proferida por juiz absolutamente incompetente é passível de

impugnação por ação rescisória (CPC 485 II)” (*op. cit.*, p. 563).

Desse modo, em se tratando de incompetência absoluta é dever do magistrado pronunciá-la de ofício, conforme preceitua o art. 113 do Código de Processo Civil:

“Art. 113. A incompetência absoluta *deve ser* declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção” (sem grifo no original).

Sobre esse dispositivo, de forma contundente acentua o sempre lembrado Pontes de Miranda:

“A alegação de incompetência absoluta foi posta como um dos pressupostos da contestação (art. 301, II). Cabe ao juiz, se não houve a arguição, declarar, de ofício, a sua incompetência absoluta, pois seria imperdoável desconhecer a lei, ou deixar de aplicá-la. O art. 113 impõe-lhe tal dever. Se não o exerceu quando devia, a cada momento pode fazê-lo. Não se precisa do formalismo processual da exceção. Não se fixou prazo ao juiz; a sua infração ocorre no momento em que se devia dar por absolutamente incompetente” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 293).

Mesmo não tendo sido suscitada pela parte interessada, por imperativo legal, impunha-se a necessidade de o acórdão enfrentar a questão prejudicial. Não o fazendo, incorreu em omissão, possibilitando a oposição dos presentes embargos

declaratórios e o seu provimento, para que seja declarada incompetente a Justiça Estadual. Em conseqüência, devem ser declarados nulos todos os atos decisórios praticados, inclusive os do processo principal, determinando-se a remessa dos autos para a Justiça Federal, órgão jurisdicional que detém competência para a análise da ação mandamental.

Em consonância com os entendimentos trazidos à colação, quando da análise da admissibilidade dos embargos declaratórios com os efeitos pretendidos pelo insurgente, convém ressaltar que é perfeitamente possível – nesta via recursal – o reconhecimento de nulidade do julgamento decorrente de vício insanável, conforme recentemente decidiu a Corte Superior de Justiça:

“Processual — Embargos declaratórios — Nulidade de julgamento — Arguição em embargos declaratórios (CPC, art. 245) — Preclusão inexistente — Litigante de má-fé — Ministério Público.

“I — Não age de má-fé, nem desafia o art. 245 do CPC, a parte que, logo após a publicação do acórdão, utiliza embargos declaratórios para argüir a nulidade do julgamento.

“II — O Ministério Público submete-se aos mesmos preceitos éticos que orientam as partes, na atividade processual” (EDROMS 10041/RJ, Min. Humberto Gomes de Barros).

5. Ante o exposto, dá-se provimento aos embargos declaratórios

para reconhecer a incompetência da Justiça Estadual e, conseqüentemente, para declarar nulos todos os atos decisórios praticados, inclusive no processo principal, e determinar a remessa dos autos para a Justiça Federal.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, afastar as preliminares e acolher os embargos para reconhecer a incompetência da Justiça Estadual, anular os atos decisórios praticados, inclusive os do processo principal, e determinar a remessa dos autos para a Justiça Federal. Vencido o Des. Francisco Oliveira Filho que entende que de acordo com os precedentes do STF, do STJ e deste Pretório, o processo deveria ser convertido em diligência para a ouvida do advogado da parte contrária e, posteriormente, ser colocado em pauta para julgamento. Entende, ainda, que a prolação da sentença no mandado de segurança acarretaria a extinção do agravo de instrumento; e, no mérito, entende que a competência é da Justiça do Estado de Santa Catarina.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho e Newton Trisotto.

Florianópolis, 26 de maio de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;
Luiz César Medeiros,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Ementa aditiva.

Agravo de instrumento – Embargos declaratórios em embargos de declaração – Sociedade por quotas – Artigo 12 do contrato social – Direito de preferência de sócio – Ausência do previsto aviso escrito aos demais sócios – Inobservância também do prazo de aquisição – Carência de interesse da União Federal – Competência da Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em se tratando de embargos declaratórios, com carga infringente, inarredável é a necessidade de ouvida da parte contrária, bem como da Procuradoria-Geral de Justiça, a qual oficia, por extensão, no mandado de segurança, *ex vi* do art. 10 da Lei n. 1.533, de 31-12-51.

“Os pronunciamentos do STF são reiterados no sentido da exigência de intimação do embargado quando os declaratórios veiculem pedido de efeito modificativo” (Informativo n. 168, do Excelso Pretório, de 17-5-00, p. 4, 1ª coluna). O colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, acerca dessa matéria é categórico: “Embargos de declaração com efeitos modificativos – Abertura de vista para a parte contrária apresentar contra-razões” (RSTJ 139/136).

Há puro litígio entre sócios, com simples reflexo na Junta Comercial do Estado, quando é descumprida cláusula do contrato social dispondo

que: “o sócio quotista que pretender alienar, sob qualquer forma, e a qualquer título, no todo ou em parte, as suas quotas dará aviso por escrito aos demais sócios, que têm direito de preferência à aquisição dessas quotas, na proporção de seu quinhão social, concedendo-lhes o prazo de 5 (cinco) dias para manifestarem o seu interesse expresso na compra” (art. 12).

“Conflito de competência. Sociedade por quotas. Direito de preferência de sócio. Transferência de quotas. Ausência de interesse da União Federal. 1. Litígio entre sócios de determinada empresa, no qual um dos litigantes busca apenas ter direito de preferência na aquisição do capital social pertencente ao outro sócio retirante. Não há interesse da União, eis que não se está discutindo a lisura e correição da atividade de Junta Comercial, que executa atividade de natureza federal. 2. Hipótese, em que, portanto, a ação deve ser processada e julgada pela Justiça do Estado. 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito” (STJ — Conflito de Competência n. 20.640 — Sergipe, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Ipsa facto, inexistente, na espécie, incompetência absoluta da Justiça do Estado de Santa Catarina.

Quedei vencido (fl. 330) porque em se tratando de embargos declaratórios com carga infringente deveria, *data venia*, ter sido aberta vista ao embargado. Aliás, no Informativo n. 168, do Excelso Pretório, de 17-5-00, p. 4, 1ª coluna, constata-se: “Os

pronunciamentos do STF são reiterados no sentido da exigência de intimação do embargado quando os declaratórios veiculem pedido de efeito modificativo”. O colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, acerca dessa matéria é categórico: “Embargos de declaração com efeitos modificativos – Abertura de vista para a parte contrária apresentar contra-razões” (RSTJ 139/136).

In casu o veredicto majoritário (fl. 340) reconheceu a incompetência absoluta da Justiça catarinense para conhecer e deslindar a matéria, ficando inteiramente *latere* Ophélio Beneton, cujo ato está em franco desacordo, segundo aqueles elevados Sodalícios superiores, com as garantias do devido processo legal, notadamente o contraditório e a ampla defesa. Daí a nulidade do pronunciamento (fls. 339 a 350) do Órgão Fracionário.

No mais a incompetência absoluta não pode prevalecer. É que “o impetrante é sócio da empresa Comercial Carbonífera Catarinense Ltda. com sede no município de Lauro Müller/SC, e em 20 de dezembro de 2001, juntamente com os demais sócios, protocolaram a Décima Primeira Alteração Contratual na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina. Afirma que em razão da não apresentação da certidão negativa do INSS, o processo baixou em diligência. Todavia, ‘para surpresa do impetrante, no início do mês de julho do corrente ano, apresentou-se na empresa o senhor Fidélis Barato Filho, portando uma Décima Primeira

Alteração Contratual, registrada pela Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, levada a efeito sem o conhecimento, sem a concordância e o consentimento do autor, e completamente diferente daquela que já se encontra tramitando na Junta Comercial. Por essa esquisita Décima Primeira Alteração Contratual o senhor Fidélis Barato Filho, que nunca teve qualquer participação na sociedade, passou a ser sócio majoritário, com poderes para exercer, isoladamente, a gerência da empresa. Afirma que a alteração contratual não podia ser registrada na Junta Comercial do Estado, porque desconforme com as regras do próprio contrato social. Após outras considerações, pretende a concessão de liminar para suspender os efeitos do registro da Décima Primeira Alteração Contratual já referida. É o breve relatório’. O documento contido nos autos relativo à ‘*décima primeira alteração de contrato social*’, revela que a sócia Regina Zappellini, transferiu para o Sr. Fidélis Barato Filho 4.000.000 (quatro milhões) de quotas do capital da sociedade pelo valor nominal de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), a ser pago em 500 (quinhentas) parcelas mensais de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) cada uma. Diante da alteração mencionada, a gerência da empresa passou a ser exercida isoladamente pelo Sr. Fidélis Barato Filho (doc. anexo). O contrato social prova que o impetrante é sócio da empresa Carbonífera Catarinense Ltda., e na alteração contratual questionada não consta a sua assinatura. O contrato social (anexo) não

deixa quaisquer dúvidas. Vemos: ‘art. 12 – o sócio quotista que pretender alienar, sob qualquer forma, e a qualquer título, no todo ou em parte, as suas quotas dará aviso por escrito aos demais sócios, que têm direito de preferência à aquisição dessas quotas, na proporção de seu quinhão social, concedendo-lhes o prazo de 5 (cinco) dias para manifestarem o seu interesse expresso na compra’. Portanto, induvidoso afirmar que a Sra. Regina Zappellini devia notificar o impetrante da intenção de alienar suas quotas sociais. *In casu*, conforme consta dos autos, o impetrante não teve ciência da alienação das quotas sociais” (fl. 24).

Portanto, o litígio não é perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, mas entre os sócios, decorrente da falta de aviso por escrito aos demais, consoante prevê o art. 12 do Contrato Social. Trata-se, pois, de inobservância do pacto societário. Com o descumprimento daquela disposição, o prazo de 5 (cinco) dias não foi satisfeito, criando o conflituoso evento.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, em matéria análoga, assim se pronunciou: “*Conflito de competência. Sociedade por quotas. Direito de preferência de sócio. Transferência de quotas. Ausência de interesse da União Federal*. 1. Litígio entre sócios de determinada empresa, no qual um dos litigantes busca, apenas, ter direito de preferência na aquisição do capital social pertencente ao outro sócio retirante. Não há interesse da União, uma vez que não se está discutindo a lisura e correição da atividade de Junta Comercial, que executa atividade de natureza federal. 2. Hipótese, em que, portanto, a ação deve ser processada e julgada pela Justiça do Estado. 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito” (STJ — Conflito de Competência n. 20.640 — Sergipe, Min. Carlos Alberto Menezes Direito). Logo, *inexiste, data venia*, a reconhecida incompetência absoluta.

Esses os motivos da divergência.

Francisco Oliveira Filho.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.014598-2, DE POMERODE

Relator: Des. Anselmo Cerello

Agravo de instrumento – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Decisão declinando competência para esta Corte de Justiça — Foro por prerrogativa de função para ações civis propostas contra prefeito municipal – Inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02 — Competência do poder constituinte originário ou decorrente — Precedentes do STJ e do TJPR e da doutrina – Competência do juízo singular — Recurso provido.

“O Prefeito Municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas cíveis” (STJ – ROMS n. 2.621/PR, rel. Min. Adhemar Maciel).

“Inexiste foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de Prefeitos Municipais, por ausência de previsão constitucional específica, devendo, portanto, ser ajuizadas perante a 1ª instância” (Alexandre de Moraes. Direito Constitucional. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 274 e 275).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.014598-2, da comarca de Pomerode (Vara Cível, Crime e Ane-

xos), em que é agravante o representante do Ministério Público, sendo agravados Henrique Drews Filho e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, prover o recurso.

Custas legais.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz que, nos autos da ação civil pública que promove contra Henrique Drews Filho e outros, declinou da competência do Juízo do primeiro grau para esta Corte de Justiça.

O agravante sustentou ser inconstitucional a Lei n. 10.628/02, aduzindo que a ação de improbidade é matéria de natureza extrapenal, não ensejando qualquer prerrogativa de foro. Requereu a concessão de efeito suspensivo e o provimento do recurso para determinar a manutenção da competência do Juízo de primeiro grau no processamento e julgamento da presente ação civil pública.

Em despacho de fls. 24 e 25, o Relator negou a concessão do efeito almejado.

Não houve contra-razões (fl. 29).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer de fls. 32 a 42, da lavra do Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo representante do Ministério Público contra decisão do MM. Juiz que, nos autos da ação civil pública que promove contra Henrique Drews Filho e outros,

declinou da competência do Juízo de primeiro grau para este egrégio Tribunal.

Sustentou o agravante ser inconstitucional a Lei n. 10.628/02, sendo competente para o processamento e julgamento do feito o Juízo de primeiro grau.

Adoto, como razões de decidir, os fundamentos já despendidos por mim nos autos da Ap. Cív. n. 2003.011367-3, de Guaramirim, julgado em 12-9-03:

“No tocante à incompetência do Juízo de primeiro grau, oportuna a transcrição do § 1º do art. 125 da Constituição da República:

“A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

Portanto, o legislador constitucional conferiu ao Poder Constituinte decorrente dos Estados da Federação a atribuição da competência dos Tribunais de Justiça e, por via reflexa, a de julgamento dos prefeitos municipais.

Dispõe o art. 83, XI, *b*, da Constituição do Estado de Santa Catarina:

“Art. 83 – Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:

“XI – processar e julgar, originariamente:

“b) *nos crimes* comuns e de responsabilidade, os Secretários de Estado, salvo a hipótese prevista no art. 75, os juizes, os membros do Ministério Público e os *Prefeitos*,

ressalvada a competência da Justiça Eleitoral" (destaquei).

Entendimento este já referendado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Constitucional e processual civil. Medida cautelar, preparatória de ação popular, ajuizada contra prefeito municipal. Competência do juiz de primeiro grau, e não do Tribunal de Justiça. Recurso improvido.

"I – O prefeito municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas cíveis.

"II – As medidas cautelares preparatórias serão ajuizadas perante o juiz competente para conhecer da ação principal, o qual fica prevento [...]" (STJ – ROMS n. 2.621/PR, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 23-6-97, p. 29.072).

"Improbidade Administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Código Civil arts. 159 e 1.518; Leis ns. 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por prerrogativa de função (membro do TRT). Competência. Reclamação.

[...]

"III. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui,

trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau [...]" (STJ – RCL n. 591/SP, rel. Min. Nilson Naves, DJU de 15-5-2000, p. 112).

Também nesse sentido se firma a jurisprudência desta Corte de Justiça:

"Agravado de instrumento – Município – Prefeito e secretários afastados dos cargos – Nulidades em inquérito civil público – Impossibilidade do alcaide ser julgado na comarca em matéria civil – Interlocutório tido como imotivado – Quebra do sigilo bancário – Matérias rechaçadas – Reclamo desprovido.

"[...] A prerrogativa de foro do alcaide no Tribunal de Justiça é restrita à matéria criminal, podendo ser legitimado passivo *ad causam* em ação civil desencadeada na comarca [...]" (AI n. 1988.079725-1, de Laguna, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

"Agravado regimental (art. 195, § 1º, do RITJSC) – Indeferimento da inicial em mandado de segurança – Prefeito municipal – Afastamento do cargo – Competência do magistrado de primeiro grau – *Mandamus* que visava a expurgar decisão teratológica pela incompetência do juízo singular – Impossibilidade – Competência do Tribunal de Justiça apenas adstrita a matéria penal (art. 29, X, da CF) – Exegese do artigo 83, inciso XI, alínea b, da Constituição Estadual – Recurso desprovido" (Agravado Regimental no Mandado de Segurança n. 1999.016414-4, de

Barra Velha, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

“[...] ‘O foro privilegiado para julgamento de prefeito municipal assegurado na Constituição Federal é para processos criminais e não para as ações civis, cuja competência continua da justiça comum de primeiro grau. Precedentes do STJ (CC n. 819 – Min. Ilmar Galvão, e CC n. 2.273 – Min. Hélio Mosimann)’ (Ação Popular n. 1, rel. Des. João José Schaefer)” (MS n. 6.024, rel. Des. Alcides Aguiar).

Ademais disso, afigura-se inarredável a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, porque ao tratar de matéria afeta à competência dos tribunais o legislador ordinário cuidou de ampliar o rol previsto na Constituição da República, como se agisse autorizado pelo Constituinte Originário. Não é bem assim, todavia.

Os dispositivos impugnados foram assim redigidos — *verbis*:

“§ 1º – A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

“§ 2º — A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício

de função pública, observado o disposto no § 1º”.

Em caso que tal, recoheceu-se ao agente ímprobo a prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública também para as ações de natureza civil. Não obstante, o privilégio de foro assegurado pela Carta Constitucional alcançou somente os processos criminais, logo, não poderia ter sido estendido também às ações civis sem que para isso fossem observadas as limitações formais previstas na *Lex Mater*.

Por sobre isso, colhe-se do escólio de Alexandre de Moraes a seguinte dicção:

“O inciso X do art. 29 da Constituição Federal inovou a competência para processo e julgamento das infrações penais cometidas por prefeitos municipais, concedendo-lhes foro privilegiado, ao dispor que somente serão julgados pelo tribunal de justiça respectivo, seja pelo plenário ou por órgão fracionário competente.

“[...] salienta-se que a Constituição Federal prevê a competência originária do tribunal de justiça, salvo as exceções acima analisadas, somente para o processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizadas contra o prefeito municipal, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas, e demais ações de natureza cível (STF, 1ª T., Agravo de Instrumento n. 177.313-8/MG — rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 5 fev. 1996, p. 1.283)” (Morais, Alexandre

de. Direito Constitucional, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 277 a 279).

Mais adiante o mesmo autor assevera que não há “foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de Prefeitos Municipais, por ausência de previsão constitucional específica, devendo, portanto, ser ajuizadas perante a primeira instância” (Morais, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 277 a 279).

Bem de ver que, por força de autorização constitucional expressa (art. 125, § 1º, CF 88), as competências desta Corte de Justiça foram fixadas pela Constituição do Estado de Santa Catarina, cujo rol é taxativo, não admite interpretações extensivas nem contempla a hipótese que ora é impugnada.

Em comentário acerca do tema, Alexandre de Moraes adverte:

“A Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu, em seu § 2º, que a ação de improbidade deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

“Observe-se, porém, que essa extensão de competência ao tribunal de justiça para as ações de improbidade administrativa ajuizadas contra prefeitos municipais fere frontalmente o inciso X do art. 29 da Constituição

Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.

“A citada lei estabeleceu, ainda, que essa competência especial por prerrogativa de função deverá prevalecer ainda que o inquerito ou a ação judicial se inicie após a cessação do exercício da função pública, revigando, no campo civil, a antiga regra da contemporaneidade fato/mandato prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada. Essa perpetuação de competência, igualmente, fere a interpretação dada pelo STF à questão dos foros especiais e, conseqüentemente, deverá ser declarada inconstitucional” (Morais, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 280).

Mudando o que deve ser mudado, colaciona-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“Prerrogativa de foro. Lei n. 10.628/02. Ex-agentes. Inconstitucionalidade. Competência do juízo de primeiro grau.

“Se a Constituição Federal prescreve que a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça (art. 125, § 1º), é manifesta a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02, que concedeu prerrogativa de foro a ex-agentes, ampliando o rol de competência dos tribunais, o que só poderia ser feito pelo poder constituinte derivado, e nunca pelo legislador ordinário (HC n. 137.187-1, de Curitiba, rel. Des. Leonardo Lustosa).

Importante registrar que a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, discutida no presente recurso, já é objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — Conamp — ao Supremo Tribunal Federal, ação esta que se encontra tramitando naquela Corte aguardando decisão de mérito (ADIn n. 2797-2). Nesse contexto, oportuno transcrever os princípios que são defendidos naquela ação, visto que se amoldam perfeitamente ao caso sob análise:

“Considerações sobre a nova redação do *caput* do artigo 84.

“O cotejo entre a redação primitiva do artigo 84 do Código de Processo Penal (‘A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade’) e a nova redação dada pela Lei, ora questionada, mostra que nenhuma alteração substancial houve, limitando-se a acrescentar o Superior Tribunal de Justiça, eis que, constitucionalmente, tem ele competência para processar e julgar, originariamente, crimes comuns e de responsabilidade atribuíveis às pessoas arroladas no artigo 105, I, a, da Constituição Federal.

“Duas outras alterações irrelevantes também ocorreram: a primeira consistiu na supressão da obsoleta denominação ‘Tribunais de Apelação’, relativa aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, substi-

tuindo-a pelos tribunais de segundo grau de jurisdição, hoje existentes, seja no âmbito da Justiça Federal, seja na esfera da Justiça Estadual.

“A outra alteração, também sem relevância, consistiu na substituição do uso da conjunção alternativa ‘ou’ pela aditiva e, ao se referir às duas espécies de crimes (comuns e/ou de responsabilidade).

“Constata-se, portanto, que a nova redação dada ao *caput* do artigo 84 do Código de Processo Penal está conforme o texto constitucional, já que a este — e só a este — cabe definir quais as infrações e as pessoas que devam ser submetidas a foro por prerrogativa de função.

“De fato, o *caput* do artigo 84 do Código de Processo Penal, seja na sua redação primitiva, seja na sua redação agora dada pela Lei ora impugnada, nada mais pode ser do que uma repetição daquilo que está na Constituição Federal, já que a lei ordinária não pode modificar as regras de competência ali definidas, não lhe sendo permitido estendê-las nem restringi-las.

“Portanto, é presumível que a nova redação do *caput* do artigo 84 do Código de Processo Penal tenha sido mero pretexto para o acréscimo dos dois parágrafos, flagrantemente inconstitucionais, como se passa a demonstrar.

“A inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º.

“Com esses dispositivos, o legislador ordinário arvorou-se em Poder Constituinte e acrescentou mais uma competência originária ao

rol exaustivo de competências de cada tribunal, além de se arvorar, desastrosamente, em intérprete maior da Constituição.

“Com efeito, é cediço que constitui tradição vetusta do ordenamento jurídico pátrio que a repartição da competência jurisdicional, máxime da competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade, é fixada na Constituição da República, de forma expressa e exaustiva, vedada qualquer interpretação extensiva.

“Se assim é com relação ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, aos tribunais regionais federais e aos juízes federais, também o é com relação aos tribunais estaduais, cuja competência também há de ser fixada em sede constitucional estadual, segundo expresse mandamento da Constituição Federal, *litteris*:

‘Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

‘§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça’.

“Ora, definir é pôr limites e, se os limites da competência dos tribunais estão no texto constitucional, quer federal, quer estadual, não pode o legislador ordinário ultrapassá-los, acrescentando nova competência ao rol exaustivo posto na Constituição, como se poder constituinte fosse.

“Que o rol de competência dos tribunais é de direito estrito e tem fundamento constitucional trata-se de entendimento reiteradamente proclamado por essa excelsa Corte, como se extrai, a título exemplificativo, da ementa do v. acórdão relativo à Petição n. 693 AgR/SP, relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, assim redigida:

‘Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação civil pública contra Presidente da República. Lei n. 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade. Agravo regimental improvido’.

“Inúmeros são, também, os julgados desse colendo Supremo Tribunal Federal, relativamente à falta de sua competência originária para processo e julgamento de ação popular contra o Presidente da República, por se tratar de matéria não contemplada no exaustivo rol de competência fixado em sede constitucional.

“Não pode, pois, a lei ordinária, como o Código de Processo Penal, regular matéria que só pode ter sede constitucional.

“O que já se expôs é bastante para demonstrar a inconstitucionalidade.

dade de ambos os parágrafos, aqui questionados.

“Especificamente quanto ao § 1º, ora impugnado, o legislador ordinário se arvora em intérprete do texto constitucional, no que diz respeito à própria competência dos tribunais, inclusive dessa Suprema Corte, dando-lhe interpretação divergente daquela já firmada por esse Tribunal Maior, consubstanciada no cancelamento da Súmula 394, que tinha o seguinte enunciado:

‘Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’.

“Ora, se o intérprete maior da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu, há quase um lustro, que o texto constitucional não contempla a hipótese de prorrogação do foro por prerrogativa de função, quando cessado o exercício desta, não pode o legislador ordinário editar norma de natureza constitucional, como se esta tivesse o condão de compelir a Suprema Corte a voltar à interpretação, já abandonada, de uma norma da Constituição.

“Já quanto ao § 2º, o legislador ordinário, a par de travestir-se em poder constituinte e também em intér-

prete da Constituição, tal como quanto ao § 1º, pretende revelar, ainda, poderes premonitórios ou servir-se do seu mister legislativo como forma de pressão sobre esse Supremo Tribunal Federal, pois o tema nele posto constitui questão que é objeto de julgamento em curso.

“Assim, ambos os parágrafos ora impugnados ofendem não apenas os artigos 102, I; 105, I; 108, I e 125, § 1º, da Constituição Federal, mas também a independência e a harmonia dos poderes do Estado, cravado no artigo 2º da mesma Constituição Republicana”.

Diante desse contexto, provejo o recurso, para declarar a incompetência desta Corte, determinando o retorno dos autos à Magistrada da Vara Cível, Crime e Anexos da comarca de Pomerode, a teor do art. 113, § 2º, do CPC.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2003.

*Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.*

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.008815-4, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Rui Fortes

Apelação cível — Execução fiscal — Embargos — ICMS — Creditamento — Notas fiscais emitidas por empresa com inscrição estadual cancelada — Idoneidade não comprovada — Ônus da prova da embargante (art. 3º da LEF) — Presunção de liquidez e certeza da CDA não derruída — Recurso desprovido.

A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza, podendo ser elidida por qualquer meio de prova admitido em direito, desde que a encargo do devedor.

No aproveitamento dos créditos do ICMS embutidos nos valores das mercadorias adquiridas pelo seu estabelecimento, o comprador não está obrigado a comprovar o pagamento do tributo por parte do vendedor. Exige-se, apenas, prova acerca da nota fiscal correspondente ao negócio realizado, e que o vendedor, nessa época, estava regularmente inscrito na repartição fazendária estadual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.008815-4, da comarca de Papanduva, em que é apelante Agro Pecuária Xaxim Ltda., sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agro Pecuária Xaxim Ltda. opôs embargos à execução fiscal movida pelo Estado de Santa Catarina, alegando ter sido notificada pelas autoridades fazendárias em razão de ter aproveitado crédito oriundo da aquisição de mercadorias da empresa Camagui — Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., cuja inscrição estadual havia sido anulada. Destacou que não poderia ter conhecimento do ato fiscal de anulação,

pois a publicação do edital ocorreu após o creditamento. Considerou a aplicação de multa (50% sobre o valor do débito) e os juros extremamente abusivos. Requereu a incidência da taxa de juros em 12% ao ano, conforme o disposto no art. 192, § 3º, da CF/88. Por fim, protestou pela procedência dos embargos para declarar nula a certidão de dívida ativa.

Intimado, o Estado apresentou impugnação (fls. 35 a 38), alegando que a CDA preenche os requisitos estabelecidos no art. 202 do CTN, defendendo a legalidade da aplicação da multa e dos juros moratórios.

Após o parecer do representante do *Parquet* opinando pela rejeição dos embargos (fls. 77 a 80), sobreveio a r. sentença (fls. 83 a 85), julgando improcedentes os embargos, condenando-a ao pagamento das custas e dos honorários (15% sobre o valor do débito).

Inconformada, a empresa embargante apelou (fls. 90 a 92), aduzindo ter agido de boa-fé no creditamento dos valores referentes às notas fiscais da empresa com a inscrição estadual cancelada, e que a documentação pleiteada só não foi juntada em razão de o responsável pela administração ter falecido.

Apresentadas as contra-razões (fls. 96 a 100), opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovetimento do reclamo (fls. 72 a 76).

II — Voto

Sem razão a empresa recorrente.

Inicialmente, cumpre destacar que a certidão de dívida ativa traz consigo a presunção de liquidez e certeza, admitindo, todavia, prova em contrário acerca de suas informações, consoante dispõe o art. 3º, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80), *in verbis*:

“Art. 3º — A dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

“Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou terceiro, a quem aproveite”.

Pois bem. A empresa apelante alegou ter efetuado transações comerciais com a empresa Camagui — Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., sem, contudo, ter conhecimento de que a inscrição estadual desta havia sido cancelada pelo ente público. Em verdade, procede a alegação da empresa recorrente de que antes de ter sido efetivada a publicação do edital, que cancelou a inscrição estadual, não poderia a anulação surtir efeitos contra terceiros.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“A inidoneidade da inscrição do vendedor só gera efeitos contra terceiros depois de publicada; todavia, ainda que idônea a inscrição, a nota fiscal só autoriza o aproveitamento dos créditos correspondentes se representativa de verdadeira compra e venda. Hipótese em que a prova da efetividade do negócio sequer foi ensaiada” (REsp n. 77.631, rel. Min. Ari Pargendler).

Com efeito, a empresa Camagui — Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. foi extinta em setembro de 1987, conforme demonstra o Edital n. 457/88 (fl. 75); no entanto, não há precisar se as transações comerciais ocorreram antes ou após a publicação do edital, pois sequer foram juntadas aos autos as notas fiscais das operações efetuadas, geradoras dos créditos aproveitados pela empresa apelante.

Na espécie, não se pode assegurar ter havido a efetiva transação comercial entre as empresas, haja vista não existir provas da existência das mercadorias, do transporte, ou mesmo do correspondente pagamento.

A própria recorrente, em seu arrazoado, afirmou não ter sido comprovado que o crédito utilizado era referente a essa empresa, que teve a inscrição estadual cancelada; porém, esqueceu-se que na seara dos embargos à execução o ônus da prova incumbe ao devedor, diante da presunção de liquidez e certeza de que goza a CDA.

Com relação ao ônus da prova de que a nota fiscal corresponde à efetiva aquisição de mercadorias, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Para aproveitar os créditos de ICMS embutidos no valor das mercadorias que entram no seu estabelecimento, o comprador não depende da prova de que o vendedor pagou o tributo; só se exige do comprador a comprovação de que a nota fiscal corresponde a um negócio efetiva-

mente realizado e de que o vendedor estava regularmente inscrito na repartição fazendária como contribuinte do tributo” (AGA n. 173.817, rel. Min. Ari Pargendler).

Aliás, o direito à compensação está condicionado à idoneidade da documentação, conforme a regra insculpida no art. 51 do Decreto n. 3.017/89, que não se faz presente, ante a ausência de prova de que as mercadorias ingressaram realmente no estabelecimento da apelante.

A respeito, pede-se vênia para transcrever parte importante do estudo realizado pelo representante do Ministério Público, Dr. Moser Vhoss (fl. 79), *verbis*:

“[...] há que se registrar, também, que é patente a má-fé da embargante, que certamente sabia que as notas fiscais das quais se aproveitara eram frias, emitidas sem venda de mercadoria, com o propósito único de abatimento do seu débito de ICMS para com o Fisco. Tanto é assim que, instada a apresentar comprovantes do pagamento da mercadoria correspondente às notas fiscais impugnadas, incapaz foi de trazer um documento só, sequer, que pudesse elidir a presunção de liquidez e certeza do crédito tributário legalmente inscrito.

“Pior que isso, a empresa que supostamente lhe vendera tais mercadorias, e que era a emitente das notas fiscais impugnadas, é desconhecida no endereço onde se supunha que funcionava, o que demonstra que a venda de mercadorias informada nas notas canceladas em verdade nunca

existiu, não passando de mero ardil para ludibriar a Fazenda Estadual, dando origem a crédito fraudulento que abatia o débito do imposto da embargante”.

Portanto, pode-se concluir que, na verdade, tratam-se de notas fiscais “frias”, com a finalidade de sonegar tributo, em visível intenção de prejudicar a Fazenda Estadual.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência pátria:

“Tributário. ICMS. Crédito decorrente de nota fiscal emitida por empresa cuja inscrição foi declarada inidônea. Para aproveitar os créditos de ICMS embutidos no valor das mercadorias que entram no seu estabelecimento, o comprador não depende da prova de que o vendedor pagou o tributo; só se exige do comprador a comprovação de que a nota fiscal corresponde a um negócio efetivamente realizado e de que o vendedor estava regularmente inscrito na repartição fazendária como contribuinte do tributo. Agravo regimental improvido” (STJ — AGA n. 173817/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 6-4-98, p. 95).

Ou ainda:

“Não cabe à embargante comprovar que os vendedores recolheram o tributo; exigindo-se, outrossim, prova de que as notas fiscais correspondem a negócios efetivamente realizados e que as empresas vendedoras estavam regularmente inscritas na repartição fazendária à época da transação.

“Porém, não logrou a apelante, no presente caso, comprovar a veracidade das negociações nem tampouco a regularidade da inscrição das empresas

a que se referiam as notas fiscais, consideradas fictícias pelo Fisco, por meio de editais de declaração de nulidade das respectivas inscrições” (Ap. Cív. n. 1998.003755-7, da Papanduva, rel. Des. Volnei Carlin, julgada em 3-10-03).

Assim, não restou comprovada a veracidade das transações a que se referiam as notas fiscais anuladas pelo Fisco, por meio do Edital Declaratório n. 457/88 (fl. 75). Além disso, no inciso III do aludido edital foi concedido prazo de 30 (trinta) dias para todos os contribuintes corrigirem a sua obrigação tributária, não registrando os créditos referentes às notas referidas no edital e, se já tivessem efetuado o crédito, deveriam estornar o referido crédito e pagar o tributo.

Pelas razões expostas, não pode a apelante pretender escusar-se da sua responsabilidade fiscal, motivo pelo qual deve ser mantida a combatida *sententia*.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Sônia Maria Schmitz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 17 de novembro de 2003.

Anselmo Cerello,

Presidente, com voto;

Rui Fortes,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.022752-9, DE MARAVILHA**Relator: Des. Rui Fortes**

Apelação cível – Ação de cobrança – Incorporação das horas extras trabalhadas – Supressão do horário extraordinário pela contratação de novo servidor – Legalidade – Gratificação propter laborem – Verbas pecuniárias – Ausência de prova – Ônus do autor (art. 333, I, CPC) – Recurso deprovido.

As verbas de caráter extraordinário (horas extras) ou percebidas a título de exercício de função temporária, não estão protegidas pelo disposto no art. 37, XV, da CF/88. Tais verbas podem e devem ser suprimidas pela Administração sempre que o serviço extraordinário ou temporário deixar de ser prestado pelo servidor.

O ônus da prova acerca do fato constitutivo do direito incumbe ao autor. Se é insuficiente a demonstração do fato autorizador do acolhimento do pleito deduzido na inicial, ou seja, a falta de pagamento pelo labor em jornada extraordinária, não há prosperar a pretensão do demandante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.022752-9, da comarca de Maravilha, em que é apelante José Fonseca dos Santos, sendo apelado o município de Maravilha:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Sem custas.

I – Relatório

José Fonseca dos Santos ingressou com ação de cobrança contra o município de Maravilha, objetivando a incorporação das horas

extras por ele trabalhadas. Alegou ter sido contratado em 7-4-81 para exercer função de auxiliar do Departamento de Obras e Serviços Urbanos – DOSU, passando, em 4-2-84, a desempenhar a função de vigia, trabalhando em horário noturno e em período extraordinário. Destacou que, em 5-5-93, a Municipalidade contratou outro servidor para cumprir a mesma função de vigia, que até então desempenhava, ocorrendo a redução das horas extras laboradas e, conseqüentemente, diminuição salarial. Sustentou a ilegalidade da supressão das horas extras trabalhadas no fato de ter laborado com habitualidade naquelas condições durante anos. Por

fim, requereu o pagamento das diferenças salariais, ante a inobservância do piso normativo da categoria, estabelecido por acordo coletivo de trabalho; a incorporação das horas extraordinárias e aquelas não pagas além da 8ª hora diária e 44ª semanal; repouso semanal remunerado; adicional noturno e o ressarcimento da verba retida a título de IRPF, caso procedente o pedido.

Citado, o município de Maravilha apresentou contestação (fls. 126 a 135), argüindo, preliminarmente, prescrição de qualquer direito anterior ao ano de 1993, de acordo com o art. 7º, XXIX, a, da Constituição Federal. No mérito, salientou a improcedência de todos os pedidos, pois todas as verbas pecuniárias foram devidamente pagas, e a inexistência de arbitrariedade na supressão das horas extras.

Após a réplica (fls. 203 a 206), a representante do Ministério Público exarou parecer (fls. 213 a 216), sobrevivendo a r. sentença (fls. 217 a 220), julgando improcedente o pedido com fulcro no art. 269, I, do CPC, sem ônus sucumbenciais.

Irresignado, o autor apelou (fls. 222 a 225), reiterando os fatos inseridos na inicial. Apresentadas as contra-razões (fls. 227 a 230), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovisionamento do apelo (fls. 239 a 244).

II – Voto

O reclamo não merece provimento.

A pretensão em debate tem por fundamento a incorporação das horas extras laboradas pelo apelante, com fundamento na ilegalidade da supressão da jornada extraordinária e na irredutibilidade de vencimentos, como também o pagamento das diferenças salariais, ante a inobservância do piso normativo da categoria estabelecido no acordo coletivo de trabalho; a incorporação das horas extraordinárias e aquelas não pagas além da 8ª hora diária e 44ª semanal; repouso semanal remunerado; adicional noturno e ressarcimento da verba retida a título de IRPF, caso procedente o pedido.

Compulsando os autos para julgamento, constata-se que houve a diminuição na carga de horas extras realizadas pelo apelante, ocasionando decesso, tão-somente, do total percebido a título salarial e, dessa forma, não há falar em afronta ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos assegurada ao servidor público e tampouco em ilegalidade da supressão das horas extras, pois possuem natureza de gratificação, sendo, portanto, de caráter transitório.

Com efeito, sendo as horas extras classificadas como “gratificação *propter laborem*”, a qual é percebida somente enquanto houver a prestação do trabalho excepcional, não podem ser incorporadas ao vencimento do servidor público.

A respeito, leciona o consagrado mestre Hely Lopes Meirelles:

“Gratificações: são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos funcionários que estão prestando

serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço), ou concedidas como ajuda aos servidores que reúnam as condições pessoais que a lei especifica (gratificações pessoais). As gratificações – de serviço ou pessoais – não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida, ‘são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas’.

[...]

“Gratificação de serviço (*propter laborem*) é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. O que caracteriza essa modalidade de gratificação é a sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. Nessa categoria de gratificações entram, dentre outras, as que a Administração paga pelos traba-

lhos realizados com risco de vida e saúde; pelos serviços extraordinários; pelo exercício do Magistério; pela representação de gabinete; pelo exercício em determinadas zonas ou locais; pela execução de trabalho técnico ou científico não decorrente do cargo; pela participação em banca examinadora ou comissão de estudo ou de concurso; pela transferência de sede (ajuda de custo); pela prestação de serviços fora da sede (diárias).

“Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o funcionário está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo e propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que a justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador” (ob. cit., p. 456 a 458)” (*in* Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed., São Paulo: RT, 2001).

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

“Servidor público municipal – Incorporação de horas extras – Reenquadramento de cargo – Invalidez – Gratificação por horas extras ou tempo integral. Natureza e efeito. A mera percepção de gratificação por horas extras de trabalho não indica per se o exercício de função gratificada pelo servidor público. E em se tratando de vantagem pecuniária

concedida no interesse recíproco da Administração e do servidor, de natureza precária, transitória e contingente, não se incorpora automaticamente aos vencimentos nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. [...] Inexistindo, assim, nos dois casos, e no terreno estipendiário, direito líquido e certo ao restabelecimento do *status quo ante*, a denegação da segurança era o desfecho que se impunha. Apelo improvido” (TJRJ – Ap. Cív. n. 7285/94 – (Reg. 200695), Cód. 94.001.07285, Teresópolis, 8ª C.Cív., rel. Des. Laerson Mauro, j. 4-4-95).

E ainda:

“Pretendida incorporação aos proventos do adicional noturno e horas extras – Exclusão das vantagens. Qualificando-se as verbas correspondentes ao adicional noturno e horas extras como gratificações *propter laborem* não se incorporam aos proventos. Segurança denegada. Decisão unânime” (TJPR, MS n. 3.635, rel. Des. Osiris Fontoura).

Portanto, em se tratando de gratificação *propter laborem*, esta só é devida quando há realização da atividade excepcional, não havendo incorporação ao vencimento do servidor. Ademais, a vedação disposta no art. 37, XV, da CF/88, diz respeito apenas a vencimentos, e não a verbas de caráter transitório.

No mesmo diapasão, é o entendimento deste Tribunal:

“Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o funcionário está prestando o serviço que as ensejam, porque são retribuições

pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa, ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador’ (in Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 22ª ed., Malheiros, p. 418)” (MS n. 1999.017960-5, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 14-3-00).

Outra:

“Apelação cível em mandado de segurança – Gratificação de representação – Natureza *propter laborem* – Pagamento condicionado ao exercício de atividade extraordinária em cargo efetivo – Inativo – Ausência de direito líquido e certo à percepção da vantagem – Provimento do apelo – Reexame necessário prejudicado” (ACMS n. 2001.011488-7, de São José, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Quanto aos demais pedidos referentes ao não-pagamento de horas extras, adicional noturno, repouso semanal remunerado, este relativo aos finais de semana trabalhados, e do piso da categoria, não merecem prosperar.

Frisa-se, inicialmente, que só devem ser pleiteados neste Juízo as verbas referentes ao período estatutário do apelante, não obstante os documentos juntados aos autos (cartões-ponto e contracheques, fls.

107 a 201) demonstrem que em todos os meses o apelante, quando trabalhou em horário extraordinário ou noturno, percebeu a remuneração correspondente. Assim, não há nos autos qualquer prova no sentido de ter o recorrente laborado em horário extraordinário ou noturno sem o seu devido pagamento.

Conforme dispõe o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova acerca do fato constitutivo do seu direito incumbe ao autor. Se é insuficiente a demonstração do fato autorizador do acolhimento do pleito proemial, ou seja, a falta do pagamento pela realização de jornada extraordinária, não há prosperar a pretensão do apelante.

Nesse sentido, brilhante é a lição dos professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“A palavra vem do latim, *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte” (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 835).

E este egrégio Tribunal de Justiça, seguindo o mesmo entendimento, já decidiu:

“O pagamento de horas extras somente é devido quando há prova escorreita de que o servidor trabalhou além da jornada normal, ônus que

incumbe ao autor” (Ap. Cív. n. 2001.022023-7, de Palmitos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 26-5-03).

No mesmo diapasão:

“Não comprovados os fatos alegados pelo autor, cujo ônus lhe competia, julga-se improcedente o pedido” (Ap. Cív. n. 1998.005860-0, de Mafra, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 27-10-98).

Outra:

“Ao autor cumpre comprovar o fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I); *in casu*, que realizou horas extras de trabalho além daquelas já pagas” (Ap. Cív. n. 2001.017380-8, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto, j. 10-2-03).

Por derradeiro, no tocante à inobservância do piso da categoria estabelecido por acordo coletivo do trabalho, razão não socorre ao apelante. Tais disposições não são aplicadas aos servidores públicos pelo fato de serem regidos pelo regime estatutário e, tendo em vista a diferença de regime entre os servidores (estatutários e celetistas), não se vislumbra o direito de o apelante perceber o piso salarial decorrente do acordo coletivo.

Nesses termos, a confirmação da bem-lançada sentença é medida que se impõe.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Sônia Maria Schmitz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 24 de novembro de 2003.

Anselmo Cerello,
Presidente, com voto;
Rui Fortes,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.008862-3, DE CRICIÚMA

Relatora: Desa. Sônia Maria Schmitz

Apelação cível e reexame necessário. Embargos à execução fiscal. Parcelamento. Inadimplência. Desnecessidade de nova notificação e lançamento. Nulidade das certidões de dívida ativa. Responsabilidade do sócio-gerente da empresa à época da infração.

Caracterizada a inadimplência no parcelamento, o lançamento do saldo remanescente realizar-se-á automaticamente sem que se faça necessária a notificação do executado.

Inexiste nulidade se a certidão de dívida ativa, que goza de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, preenche todos os requisitos previstos na Lei de Execução Fiscal.

O sócio-gerente é detentor de legitimidade passiva para figurar em execução, cuja infração tributária tenha sido cometida no exercício de suas atividades.

Decadência do crédito tributário.

Para que ocorra a decadência, é necessário o transcurso temporal de cinco anos, iniciado no fato gerador até a constituição definitiva do débito.

Multa. Redução. Código de Defesa do Consumidor.

As obrigações tributárias não configuram relações de consumo. Ocorrendo a inadimplência fiscal, a multa poderá ser exigida nos parâmetros da legislação de regência.

Capitalização dos juros.

Descaracteriza-se o anatocismo se a certidão de dívida ativa indica apenas a incidência de juros moratórios.

Honorários advocatícios.

Nas causas de menor complexidade a verba honorária deve ser fixada no patamar de 10%.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.008862-3, da comarca de Criciúma (Vara da Fazenda Pública, Executivos Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que são apelantes e apelados José Antônio Bongioio e Paulo Roberto de Lucca e o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso dos embargantes e negar provimento ao recurso do Estado e à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, José Antônio Bongioio e Paulo Roberto de Lucca ajuizaram embargos à execução fiscal, promovida contra si pelo Estado de Santa Catarina, objetivando eximir-se da obrigação fiscal contida nas CDAs ns. 1995.04081.67 e 1995.04077.80, sob o argumento preliminar de ausência de constituição definitiva do crédito e nulidade das certidões de dívida ativa, por não preencherem os requisitos do artigo 2º da Lei n. 6.830/80, pois não indicam o termo inicial, a forma de calcular os juros de mora e os índices utilizados para a correção do crédito,

ensejando falta de pressuposto de constituição válida e regular do processo. Sustentaram, de outra parte, carência de ação, diante da sua ilegitimidade passiva *ad causam*, tendo-se em conta que alienaram a empresa, passando a responsabilidade para os sócios adquirentes. Sustentaram, no mérito, a decadência do crédito, sendo descabida a multa aplicada, que possui efeito confiscatório, vedado pela Constituição Federal, requerendo, então, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a fim de reduzi-la. Insurgiram-se, por fim, contra a capitalização dos juros, pleiteando a procedência dos embargos, com a extinção da execução deflagrada.

Em impugnação, o Estado de Santa Catarina rechaçou as teses esgrimidas na inicial, defendendo a legitimidade passiva dos embargantes, diante da possibilidade que detêm de optar pelo ajuizamento da execução contra o devedor primitivo ou seu sucessor. Ressaltou a higidez das CDAs que contêm os requisitos do artigo 202 do Código Tributário Nacional, afirmando que a partir do lançamento não mais se opera a decadência. Sustentou, em arremate, a legalidade da multa, bem como a não incidência de capitalização de

juros, merecendo rejeição *in totum* os referidos embargos.

Sobreveio a r. sentença, acolhendo parcialmente os embargos opostos, excluindo da execução o embargante Paulo Roberto de Lucca, por ilegitimidade passiva, reconhecendo a obrigação quanto ao devedor remanescente.

Inconformados, os embargantes apelaram, reiterando a matéria suscitada na inicial, com ressalva apenas no tocante aos honorários advocatícios, diante da condenação desigual, pedindo a reforma da sentença recorrida.

Em contra-razões, o Estado de Santa Catarina reeditou a matéria da impugnação, sustentando, no que tange aos honorários advocatícios, que o código processual permite a condenação em percentual inicial no patamar de 10%, sendo esse o mínimo referente a cada ação (execução e embargos).

De sua parte, igualmente interpôs recurso de apelação, o Estado de Santa Catarina, almejando o reconhecimento da responsabilidade pessoal e solidária do sócio Paulo Roberto de Lucca.

Decorrendo sem manifestação o prazo ofertado para contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte. Em seu parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso dos embargantes para reduzir a verba honorária, negando-se provimento ao recurso do Estado.

É o relatório.

II — Voto

O crédito fiscal está definitivamente constituído. Com efeito, descuidando-se o devedor de recolher o imposto, o Fisco procedeu à notificação respectiva, inscrevendo o débito em dívida ativa. Concedido o parcelamento, partes das prestações não foram pagas, as faltantes abandonadas, ensejando o lançamento do saldo em aberto. Efetivamente não se justifica nova notificação, nem caracteriza ausência de lançamento definitivo, pois o devedor já estava ciente, ao firmar o parcelamento que, em caso de inadimplemento, o restante do débito seria inscrito em dívida ativa automaticamente. Ademais, o próprio contrato de parcelamento estipulava que a inscrição seria efetuada *ex officio*.

Igualmente sem sucesso a preliminar de nulidade das certidões, pois, a toda evidência, as CDAs preenchem todos os requisitos apontados no § 5º do artigo 2º da Lei n. 6.830/80: o nome do devedor; o valor original de cada CDA e a forma de cálculo; a origem, data e número da inscrição; número do processo administrativo ou o do auto de infração. (fls. 4 a 8)

Não fora isso, é sabido que as certidões possuem presunção relativa de liquidez, certeza e exigibilidade, conforme preceitua o art. 3º da Lei n. 6.830/80, somente superadas por prova inconcussa (Ap. Cív. n. 2001.021274-9, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 12-8-2002).

Indicam os embargantes recorrentes os atuais sócios como responsáveis pelas dívidas, suscitando sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que venderam a empresa no ano de 1995.

Dos autos da execução fiscal deflui-se que os embargantes foram notificados da infração em 22-5-92 e 29-6-93 (fls. 5 e 9 da execução fiscal), ambas assinadas pelo diretor administrativo da empresa, Sr. José Antônio Bongioiolo. E, embora o sócio Paulo Roberto de Lucca tenha vendido suas cotas juntamente com ele, em janeiro de 1995, alienando por inteiro a empresa, não se tem, nos autos, registro do momento em que integrou o grupo sóciário, nem ao menos de atos por ele praticados que indiquem sua titularidade como sócio-gerente, chamando a si a responsabilidade desse débito.

Enfim, a empresa foi alienada sem bens passíveis para cobrir o débito constituído, suas atividades encerradas, pertencendo atualmente a outros proprietários. Em decorrência da constituição do débito, provocada pela ausência de recolhimento do ICMS e sem patrimônio suficiente para cobri-lo, sobressai incontestável a responsabilidade do sócio-gerente, por força de disposição contida no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, que o responsabiliza por atos praticados com abuso de poder e infração à lei.

Veja-se, nesse sentido: “É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que os diretores, gerentes, são pessoal-

mente responsáveis pelos impostos devidos pela empresa da qual eram sócios, com fatos geradores da época em que pertenciam à sociedade, e a falta de recolhimento de tributos constitui infração à lei” (STJ, AGA n. 314836/RS, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 30-10-2000).

E: “O sócio-gerente de sociedade de responsabilidade limitada por cotas, por substituição é objetivamente responsável pela dívida fiscal apurada, contemporânea ao período do seu gerenciamento, constituindo violação à lei o não recolhimento, a tempo e modo, dos créditos correspondentes à obrigação tributária. A dissolução regular da sociedade não derrisca esse liame” (STJ, REsp n. 62.752-4, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Por amostragem, menciona-se ainda os julgados do Tribunal Superior: REsp n. 78.581/MG, rel. Min. Demócrito Reinaldo e AGREsp n. 91859/ES, rel. Min. Castro Filho.

Deduz-se que se José Antônio Bongioiolo era o sócio-gerente à época da constituição da dívida e alienou a empresa, transferindo a sua direção sem quitar as dívidas fiscais pendentes, chamou para si essa responsabilidade, pois as convenções particulares são inócuas à Fazenda Pública “para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes” (art. 123, CTN). Noutra vértice, há de se excluir o sócio Paulo Roberto de Lucca, que não praticou qualquer ato de gerência ou função de comando na empresa executada.

No mérito, é cediço que a decadência ocorre antes mesmo da constituição definitiva do crédito tributário, em que apurada a infração. Na hipótese do não recolhimento do ICMS, a Fazenda Pública possui o prazo de 5 (cinco) anos para constituir o débito em dívida ativa.

Observa-se que a notificação da CDA n. 1995.04081.67 data de 18-5-1992, tendo sido aposto o ciente do diretor da empresa em 22-5-1992, bem como a da CDA n. 1995.04077.80 efetivou-se em 24-6-1993, com ciente dado em 29-6-93. Ambas foram inscritas em 29-6-1995, exurgindo claramente a inocorrência do prazo decadencial.

A partir da constituição definitiva do crédito tributário inicia-se a contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, que também não se esgotou na espécie, pois a execução foi ajuizada em 22-11-1995, decorridos apenas cinco meses incompletos da inscrição do crédito (29-6-1995).

Não fora isso, os recorrentes embargantes parcelaram a dívida, a qual é causa de suspensão da prescrição, como estabelece o artigo 151 do Código Tributário Nacional.

No que se refere à redução da multa imposta pelo exequente com base no artigo 44 da Lei n. 7.547/89, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, pois a relação Fisco *versus* contribuinte não se enquadra entre as de consumo, previstas nos artigos 2º e 3º da Lei n. 8.078/90.

São precedentes desta Corte: “A relação jurídica tributária não se

submete às normas do Código de Defesa do Consumidor porque nela não há ‘fornecedor’ e ‘consumidor’, e tampouco ‘produto’ ou ‘serviço’” (Ap. Cív. n. 1999.018731-4, rel. Des. Newton Trisotto, j. 3-8-2000).

“A multa fiscal quando expressamente definida em lei, no caso, art. 44 da Lei Estadual n. 7.547/89, tem caráter de sanção específica com finalidade preventiva, ao inibir a ação dos possíveis infratores da legislação tributária, e repressiva, ao penalizar o infrator com vistas a evitar que ele reincida na infração. Aludida multa não se submete às diretrizes do art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, incidível apenas nas relações de consumo e sem aplicação, portanto, na esfera tributária” (Ap. Cív. n. 1997.008317-3, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11-3-2002).

Verifica-se também que não houve capitalização de juros, pois consta nas CDAs (fls. 4 e 8 da execução) apenas a incidência de multa, correção monetária e juros moratórios (artigo 69 da Lei n. 5.983/81, convalidados pelo artigo 88 da Lei n. 7.547/89).

No mais, os embargantes recorrentes não comprovaram o anatocismo, limitando-se a tecer genéricas alegações, aleatoriamente.

Por fim, no que diz respeito aos honorários, correta foi a condenação mínima do recorrente embargante Paulo Roberto de Lucca. Porém, quanto a José Antônio Bongioiolo, os honorários devem ser reduzidos para o percentual de 10% sobre o valor da execução,

considerando-se o tempo despendido, a pouca complexidade da matéria e as demais circunstâncias da causa.

Diante desse contexto, conhece-se do recurso interposto pelos embargantes e dá-se-lhe provimento parcial, tão-somente para reduzir a condenação em verba honorária imposta a José Antônio Bongioio. Nega-se provimento ao apelo do Estado de Santa Catarina e à remessa.

III — Decisão

Nos termos do voto da Relatora, a Câmara, por unanimidade, decidiu dar provimento parcial ao

recurso dos embargantes e negar provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina e à remessa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 27 de junho de 2003.

Anselmo Cerello,

Presidente;

Sônia Maria Schmitz,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.011345-8, DE DIONÍSIO CERQUEIRA

Relatora: Des. Sônia Maria Schmitz

Servidora com vínculo celetista. Estabilidade extraordinária. Demissão.

A estabilidade extraordinária, conferida pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pressupõe cinco anos de serviços prestados à Administração Pública, sem o que o servidor celetista não adquire a garantia de permanência no serviço público, sendo passível de demissão a qualquer momento, se o interesse público o exigir, como aliás previsto na legislação municipal.

Suplente do Conselho Fiscal do Sindicato dos Servidores Públicos do Município. Indispensabilidade da condição de servidor público para ocupar cargo de direção no sindicato da categoria.

A condição de servidor público é indispensável para a filiação ao sindicato da categoria, tolhido juridicamente o empregado celetista de atuar como suplente e pretender, em decorrência, a estabilidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.011345-8, da comarca de Dionísio Cerqueira, em que é apelante o município de Dionísio Cerqueira e apelada Ivonete de Vargas Araújo:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso voluntário e dar provimento à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ivonete de Vargas Araújo, funcionária pública municipal, ajuizou reclamatória trabalhista c/c medida liminar de reintegração no emprego perante a Junta de Conciliação e Julgamento de São Miguel do Oeste, almejando a declaração de nulidade do ato de sua demissão, com a consequente reintegração no emprego nas mesmas funções que exercia, além do recebimento das verbas salariais com todas as vantagens e aumentos concedidos à categoria até a efetiva reintegração.

Relatou que foi contratada pelo município de Dionísio Cerqueira em 6-5-87, embora efetivado o registro do contrato em 1989, para exercer a atividade de atendente de enfermagem, e que, em 12-6-1992, foi eleita suplente do Conselho Fiscal do Sindicato dos Servidores Públicos daquele Município, sendo demitida sem justa causa em 4-1-1993.

Argumentou para tanto que as disposições do art. 543, § 3º, da CLT e do art. 8º, inciso VIII, da CF, garantem

estabilidade no emprego dos integrantes da diretoria sindical até um ano do término do mandato, situação reforçada pelo acordo coletivo firmado entre a entidade sindical e o réu, para persistir até fevereiro de 1994.

Em razão disso, pleiteou a declaração de nulidade do ato demissório e sua reintegração no emprego, com os reflexos salariais decorrentes.

Deferida a liminar, em audiência foi apresentada a resposta, combatendo o réu a pretendida estabilidade, por inexistir nos autos prova da observância do preceito do art. 543, § 5º, da CLT pelo Sindicato, refutando a vigência do acordo coletivo não aprovado pela Câmara de Vereadores do Município (art. 34, XII, Constituição Municipal), dada a sua inconstitucionalidade, na medida em que atribuiu estabilidade a servidores em estágio probatório e também àqueles que ingressaram sem concurso público.

Assentada a competência da justiça estadual, intimadas as partes, a autora procedeu adaptação de seu pedido ao rito ordinário e à legislação municipal estatutária, no que foi contrário o Município, requerendo a improcedência do pedido. Na instrução, impossibilitada a conciliação, manifestou-se o Ministério Público favoravelmente à pretensão, culminando na sentença que julgou procedente o pedido e condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado o Município réu interpôs seu apelo, suscitando, em

preliminar, a nulidade da sentença diante da omissão quanto aos pedidos por ele formulados (art. 458 e incisos, CPC) e no mérito, repisando a fundamentação já expandida, postulou a reforma da decisão.

Processado regularmente o recurso, ascenderam os autos a esta Corte, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo seu desprovimento, bem como pela remessa necessária.

É o relatório.

II — VOTO

Afasta-se a suscitada nulidade da sentença, pois o juiz não está obrigado a analisar todas as questões levantadas, quando tenha encontrado fundamentos suficientes para formar seu convencimento pleno e inabalável, por mais relevantes afigurem-se aos interessados (EDREsp n. 39.870/PE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 21-8-1995).

A autora foi contratada pelo Município em 6-5-87 em caráter temporário (fl. 9), vindo a ser eleita suplente do Conselho Fiscal do Sindicato dos Servidores Públicos do Município em 12-6-92 (fls. 14 a 16), tendo sido demitida em 4-1-93 (fl. 8).

Denota-se também que o município de Dionísio Cerqueira, em cumprimento aos preceitos insculpidos no art. 39 da CRFB/88 e art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, editou lei instituindo regime jurídico único aos seus servidores, bem como regras de transição para compatibilização de seu quadro

de pessoal (Lei n. 1.881, de 16-8-1991):

“Art. 1º — O Regime Jurídico Único dos Servidores da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do município de Dionísio Cerqueira, é o estatutário instituído por esta Lei.

“Parágrafo Único — Os servidores da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Município passarão a vincular-se ao regime de que trata este artigo independentemente do vínculo em que tiverem sido admitidos, ressalvados os casos previstos na presente Lei.

[...]

“Art. 4º — Os servidores celetistas que tiverem sido admitidos por concurso ou que tenham adquirido estabilidade face as disposições Transitórias da Constituição Federal e desde que optem pelo regime estatutário previsto nesta Lei, terão seus empregos transformados em cargos e serão imediatamente efetivados.

[...]

“§ 2º — O servidor celetista que não puder exercer a opção, permanecerá na condição de empregado, em quadro isolado, ficando extintos à medida em que vaguem os empregos respectivos.

“§ 4º — Os servidores não estáveis e não concursados terão seus empregos extintos, instantânea ou gradativamente, na medida em que o interesse público exigir, quando serão imediatamente exonerados”.

E assim sendo, a verificação da natureza da relação de trabalho mantida entre a autora e o Município é pressuposto ao reconhecimento de sua estabilidade sindical, impeditiva do ato demissório. Isso porque, ao ser instituído o regime jurídico único, não se encontrava a autora em nenhuma das situações ali previstas à aquisição da estabilidade, posto que seu ingresso na administração municipal não se deu mediante concurso público (art. 37, II, CRFB/88), nem tampouco contava com 5 (cinco) anos continuados de exercício, na data da promulgação da Constituição Federal (art. 19, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

E a exigência de concurso público, para ingresso no serviço público, não foi dispensada, mesmo àqueles a quem extraordinariamente foi conferida estabilidade, consoante se extrai do disposto no art. 37, II, CRFB e art. 19, parágrafo único, do ADCT.

Celso Antônio Bandeira de Mello professa a respeito:

“Os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, que estavam sob regime trabalhista quando do advento da Constituição, não podem ser, por lei ou por ato administrativo, genericamente passados simplesmente para o regime de cargo.

[...]

“Mais de uma razão concorre para inviabilizar a indiscriminada conversão de ‘celetistas’ em integrantes de cargo público.

“6. A primeira delas é que o ingresso em cargo público e, portanto, a submissão ao regime que lhe é correspondente, dependia, no passado, e depende *hoje*, de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da *Constituição Brasileira*). Assim, quem não atendeu à exigência constitucional carece da possibilidade de ser transmutado em titular de cargo, em agente sujeito ao regime estatutário, ou seja, próprio dos titulares de cargo.

[...]

“Deveras, a própria Constituição, nas ‘Disposições Transitórias’, deixa explícito – e com incontável clareza – que não pretende contemporizar com a exigência do concurso público e que inadmitte possam atuais servidores não concursados ingressar em cargo público sem o atendimento deste fundamental requisito, pois não o dispensou mesmo para aqueles que dela receberam, em caráter excepcional, o benefício da estabilidade.

“[...] a Lei Maior houve por bem outorgar, excepcionalmente, o benefício da estabilidade a servidores não concursados, isto é, a servidores admitidos sem atendimento do art. 37, mas que contavam dado tempo de serviço. O texto em causa deferiu a tais pessoas e só a elas *uma certa e específica benesse: a estabilidade*. Sem embargo, nada mais concedeu aos referidos sujeitos (e, repita-se, só a eles) além da estabilidade. Ou seja, não transmutou a natureza jurídica da relação que *entretinham com as pessoas a que estavam vinculadas, nem os fez integrantes de cargos*”.

“Pelo contrário: deixou explícito que para que pudessem vir a ocupar cargos – e, pois, para virem a se integrar em regime diverso do que tinham – teriam de se submeter a *concurso*. É o que resulta do § 1º, no qual, para facilitar-lhes a integração no regime de cargos, o referido preceptivo das ‘Disposições Transitórias’ determinou que o tempo de serviço que dispunham fosse contado como título ‘quando se submeterem a concurso para fins de efetivação’. *Efetivação é estabilização em cargo público*, enquanto estabilidade é a simples garantia de permanência no serviço público, sem titulação em cargo” (grifei) (Revista de Direito Público, n. 99/05).

Nesse mesmo sentido decidi esta Corte como se confere: “A estabilidade no serviço público, decorrente do art. 19, do ADCT, da CF/88, pressupõe que o servidor, na data da promulgação da Carta Política (5-10-88), conte com, pelo menos, cinco anos ininterruptos de efetivo exercício no cargo. Assim, é irregular a investidura de servidor que, sem ser concursado e sem contar com cinco anos contínuos de efetivo exercício ao tempo da promulgação da Constituição Federal, adquira estabilidade no cargo público com suporte em tal dispositivo, não se exigindo, em tal caso, da administração, a instauração de processo administrativo para exonerá-lo” (ACMS n. 1996.003662-8, rel. Des. Eder Graf).

Por amostragem, menciona-se ainda os seguintes precedentes: Apelações Cíveis ns. 1998.011507-8,

rel. Des. João Martins; 2001.017349-2, rel. Des. Newton Trisotto; 1998.002435-8, rel. Des. Luiz César Medeiros; e 2000.002180-6, rel. Des. Volnei Carlin, dentre outros.

Como a autora foi admitida e permaneceu como empregada do Poder Público Municipal sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo-lhe inaplicáveis as regras pertinentes ao regime estatutário, poderia ser demitida a qualquer momento, observados os direitos rescisórios previstos nas normas trabalhistas, até porque os dispositivos da lei municipal suso transcritos deixaram a critério da Administração a oportunidade em que ocorreria, levando em conta o interesse público.

Nessa direção, o argumento da autora de que detinha estabilidade, seja com base na CLT (art. 543, § 3º) e na Constituição Federal (art. 8º, inciso VII) ou por ter passado a ser regida pelo estatuto em razão do exercício de cargo no Sindicato dos Servidores Municipais, encontra-se prejudicado.

Primeiro, porque a sua condição no Município era de servidora com vínculo celetista quando assumiu como suplente, haja vista, como se viu, que nem o advento da novel Carta Constitucional nem a lei instituidora do regime jurídico único no município de Dionísio Cerqueira tiveram o condão de transmutar o seu vínculo para estatutário. Depois, porque o fato de não ser servidora pública obstava-lhe integrar cargo no Sindicato dos Servidores Municipais

e, conseqüentemente, adquirir a estabilidade provisória.

A propósito, leciona Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“Note-se que não se admite equiparação a servidor público de quem não o seja, para o efeito de sindicalização, nem mesmo em se cuidando de empregado público, vale dizer, aquele empregado em empresa estatal e sujeita a regime jurídico celetista. De outra parte, e considerando-se que a sindicalização vocaciona-se à permanência, não se permite a associação sindical de servidor contratado temporariamente (e que, conforme antes enfatizado, é uma situação precária e para atender à necessidade de curta duração), uma vez que ele não dispõe da condição que o habilita a persistir nesse *status*” (Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 348).

Sem a garantia da permanência no serviço público (art. 19, ADCT, CF/88), a suposta estabilidade por vínculo sindical nasceu viciada e, por isso, não serve de supedâneo à pretendida reintegração no cargo.

Assim sendo, nega-se provimento ao recurso voluntário e dá-se provimento à remessa necessária para reformar-se a r. sentença, julgando-se improcedente o pedido, com a inversão do ônus da sucumbência, dispensado o recolhimento das despesas processuais por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

III — DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, a Câmara, por votação unânime, decidiu negar provimento ao recurso voluntário e dar provimento à remessa necessária, para julgar improcedente o pedido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 23 de maio de 2003.

Rui Fortes,
Presidente, com voto;
Sônia Maria Schmitz,
Relatora.

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.024640-4, DE PALHOÇA

Relator: Des. Anselmo Cerello

Apelação cível – Mandado de segurança – Taxa de licença de funcionamento e localização (alvará) – Exigência anual – Legalidade da cobrança – Possibilidade – Fato gerador – Poder de polícia – Recurso voluntário e remessa necessária conhecidos e providos.

“Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (Meirelles, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 340, 370 e 371).

“O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas Municipalidades, da taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia, não podendo o contribuinte furtar-se à sua incidência sob alegação de que o ente público não exerce a fiscalização devida, não dispondo sequer de órgão incumbido desse mister” (STF – RE n. 198.904-1/RS – 1ª T., unân., rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 28-5-96 – DJU 27-9-96, p. 36.171).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.024640-4, da comarca de Palhoça (2ª Vara), em que é apelante o município de Palhoça, sendo apelada Manoel José Pereira – ME:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, conhecer do recurso voluntário e da remessa necessária e dar-lhes provimento para cassar a segurança concedida.

Custas legais.

Manoel José Pereira – ME impetrou mandado de segurança, perante a 2ª Vara da comarca de Palhoça, contra ato do Prefeito Municipal e do Secretário da Administração e Finanças.

Asseverou que foi notificada a recolher aos cofres públicos a taxa de renovação de licença de funcionamento e localização (alvará), referente ao exercício de 1993 a 1999, tributo que seria inconstitucional uma vez que ausentes os requisitos de exigibilidade e do fato gerador. Observou que essa taxa já seria cobrada no momento da efetiva instalação do estabelecimento, não podendo ser debitada novamente sem a utilização efetiva ou potencial dos serviços públicos específicos e divisíveis, colocados à disposição do contribuinte. Por fim, postulou a concessão de liminar para promover o cancelamento da cobrança do tributo, bem como tornar sem efeito a notificação recebida.

Em despacho de fls. 12 a 18, foi deferida a liminar almejada.

Notificadas, as autoridades impetradas prestaram suas informações, alegando que o alvará concedido seria instrumento de licença para o exercício de atividade dependente de policiamento administrativo permanente, em prol do bem-estar coletivo e para que não houvesse desvio de finalidade da atividade proposta, razão pela qual a taxa cobrada seria regular. Observou, ainda, que a cobrança executada pelo Município estaria em perfeita consonância com a Lei Tributária Nacional.

O representante do Ministério Público, às fls. 53 a 56, opinou pela concessão da segurança requerida.

Sentenciando, o MM. Juiz, às fls. 57 a 66, julgou procedente o pedido exordial, para confirmar a liminar e cancelar definitivamente a cobrança do tributo correspondente à “taxa de licença para funcionamento”, uma vez que ausente seu fato gerador.

Irresignado, o município de Palhoça, às fls. 70 a 75, apelou, afirmando que a cobrança não seria correspondente à renovação do alvará, mas à licença para funcionamento, decorrente do exercício regular do poder de polícia administrativa, motivo pelo qual a r. sentença deveria ser totalmente reformada.

Foram oferecidas as contra-razões, às fls. 71 a 87.

O Ministério Público de primeiro grau, às fls. 88 a 95, opinou pelo provimento do apelo.

Encaminhados os autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 100 a 105, manifestou-se pelo provimento do recurso e da remessa.

É o relatório.

A discussão trazida à baila reside na legalidade ou não da cobrança da taxa de licença de funcionamento e localização (alvará).

Dispõe o art. 145 da Magna Carta:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

“II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

No mesmo sentido, colhe-se do Código Tributário Nacional:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

Do art. 78 do Código Tributário Nacional extrai-se o conceito de poder de polícia:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que limitando ou disciplinando direito, interesse, ou liberdade regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à tranqüilidade pública, ou ao respeito, à propriedade e aos outros direitos individuais ou coletivos”.

Acerca da matéria, colhe-se da doutrina:

“Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

“Esse policiamento se estende a todas as atividades e estabeleci-

mentos urbanos, desde a sua localização até a instalação e funcionamento, não para o controle do exercício profissional e do rendimento econômico, alheios à alçada municipal, mas para a verificação da segurança e da higiene do recinto, bem como da própria localização do empreendimento (escritório, consultório, banco, casa comercial, indústria etc.) em relação aos usos permitidos nas normas de zoneamento da cidade” (Meirelles, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 340, 370 e 371).

O mesmo doutrinador esclarece:

“Quanto ao poder de polícia, o seu exercício, para legitimar a imposição de taxa, deve ser *regular*, ou seja, contido nos limites legais de competência, finalidade e forma. Na esteira dessa doutrina, o Código Tributário Nacional qualifica de *regular* o policiamento administrativo desempenhado por órgão competente, nos limites da lei, com observância do processo legal, e, se discricionário, nos termos da legislação pertinente, sem abuso ou desvio de poder (art. 78, parágrafo único)”.

Em julgamento de caso análogo, já restou decidido nesta egrégia Corte de Justiça, *in verbis*:

“Município – Taxa de licença para localização e funcionamento – Escritório de advocacia – Lei n. 1.715/79, do município de Joinville (art. 94) – Cobrança – Legalidade – Mandado de segurança denegado – Sentença mantida – Recurso desprovido.

“O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas Municipalidades, da taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia, não podendo o contribuinte furtar-se à sua incidência sob alegação de que o ente público não exerce a fiscalização devida, não dispondo sequer de órgão incumbido desse mister. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF – RE n. 198.904-1/RS – 1ª T., unân, rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 28-5-96 – DJU 27-9-96, p. 36.171).

[...]

“Ora, o fato gerador da taxa mencionada é a vigilância que o Poder Público exerce em todos os estabelecimentos prestadores de serviço em decorrência das normas de zoneamento urbano, que não se confundindo com qualquer controle sobre o exercício profissional dos advogados, este sim, de competência privativa da Ordem dos Advogados do Brasil” (ACMS n. 1996.009785-6, de Joinville, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).

Ou ainda:

“Mandado de segurança – Tributário – Taxa de licença de funcionamento e localização – Decorrência do poder de polícia – Inexistência de prova do seu efetivo exercício – Presunção relativa em prol da administração.

“A taxa em questão tem como fato gerador a fiscalização procedida pelo Município nos estabelecimentos prestadores de serviço com base nas

normas de zoneamento urbano. Logo, nos moldes da Constituição da República Federativa do Brasil, art. 145, II, é possível a instituição da taxa de licença de funcionamento e localização com fundamento no exercício do poder de polícia.

“Em favor das alegações feitas pela Administração Pública há presunção relativa de veracidade, que pode ser desconstituída, tão-só, através de prova em contrário, o que não foi feito *ab initio*, sendo incompatível com a celeridade do remédio heróico a dilação probatória para comprovação de tal fato” (ACMS n. 1997.005860-8, de Palhoça, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 31-5-01).

Assim, em que pesem as razões da sentença em sentido diverso, constata-se nada haver de ilegítimo em sua cobrança, uma vez que o fato gerador presumido deu ensejo à incidência do tributo.

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao recurso e à remessa necessária, para, em consequência, cassar a segurança concedida ao impetrante.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 28 de março de 2003.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

DOCTRINA PENAL

DIREITO PENAL E MÍDIA

Edmundo José de Bastos Júnior*

Um dos princípios fundamentais do Direito Penal, complementar ao da legalidade, é o da intervenção mínima. Também denominado *ultima ratio*, impõe limite ao poder estatal de baixar normas incriminadoras, considerando-o legítimo apenas quando a proteção de determinado bem jurídico não possa ser efetivada por outras formas de controle social. Em outras palavras, a intervenção do Direito Penal não se justifica se se puder lançar mão de outros ramos do Direito para a tutela de bens individuais e sociais relevantes. “Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui se entremostra o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Nada além disso”¹.

Mas, a despeito da ampla aceitação e defesa do princípio da intervenção mínima pelos doutrinadores do Direito Penal, notou-se, já a partir da segunda metade do século XIX, um desmedido aumento das leis penais. Atualmente, é claro o abuso na edição de leis que criminalizam condutas ou tornam mais rigorosa a resposta penal, a pretexto de mais vigoroso combate à criminalidade. O efeito, paradoxal, é o enfraquecimento da função preventiva da norma penal, pela perda de sua força intimidativa.

* Professor da Escola Superior da Magistratura/SC e da Escola Superior da Magistratura Federal/SC.

1 Folha de S. Paulo, 19-8-2003, p. A 17.

Essa tendência tem-se intensificado nas últimas décadas, com o acentuado incremento da criminalidade violenta e organizada, especialmente o tráfico de drogas. O alarme social provocado por esse fenômeno, agravado pela notória incapacidade estatal de confinar a delinquência a limites aceitáveis, propiciou o surgimento de movimentos do tipo “lei e ordem”. O discurso desses movimentos, em franca oposição ao princípio da intervenção mínima, é no sentido de que o combate à criminalidade – ou seja, a defesa da lei e da ordem – exige o endurecimento das leis penais, com penas mais severas e duradouras, inclusive morte e prisão perpétua, rigor penitenciário e ampliação da prisão provisória.

Parece contraditório que esse discurso, tão agradável a governos de índole autoritária, tenha encontrado campo fértil exatamente no país que se pretende o berço da liberdade, paladino dos direitos humanos: os Estados Unidos da América. Além da crueldade da pena de morte – em cuja execução se chega ao requinte de permitir a presença dos familiares da vítima – a política de encarceramento naquele país resultou, segundo dados de 2002, em população prisional de 2,1 milhões de pessoas, proporcionalmente inferior somente às da Rússia e Ruanda. Pessoas acusadas de delitos leves podem ser, em alguns estados, condenados à prisão perpétua, segundo leis locais que admitem essa pena para autores de três crimes (*three strikes and you are out*). Um entre cada 37 americanos adultos já teve ou está tendo algum tipo de experiência em prisão, representando 5,6 milhões, ou 2,7% dos estimados 210 milhões de adultos do país em 2001². Os defensores do sistema comemoram relatórios que dão conta de forte queda nos índices de delinquência. Especialistas, no entanto, destacam a contribuição, para esse resultado, da melhora da renda e do crescimento econômico contínuo. Vincent Schiraldi, diretor do Justice Policy Institute, afirma ser necessário separar a retórica oficial sobre a criminalidade da política de correção americana, apontando vários estados do Sul em que tanto a taxa de homicídios como o número de prisões registram crescimento³. De

2 Folha de S. Paulo, 19-8-2003, p. A 17.

3 *Idem*, 26-8-2003, p. A 17.

qualquer forma, indaga-se se não haveria meios socialmente menos danosos, de menor custo financeiro (cada nova cela no sistema custa cerca de US\$ 100 mil), e, sobretudo, menos discriminatórios, visto que, entre homens negros, o número de presos chega a 17%, contra 7,7% de hispânicos e 2,6% dos considerados brancos.

No Brasil, a reforma penal de 1984 foi elaborada sob a égide do princípio da intervenção mínima. Instituiu-se o sistema progressivo de execução da pena privativa da liberdade e diminuiu-se o tempo de cumprimento necessário à obtenção da liberdade condicional. Penas substitutivas à prisão (de aplicação posteriormente ampliada) foram introduzidas e a pena de multa, fortalecida. Simultaneamente, foi promulgada a Lei de Execução Penal, com ênfase na reabilitação pelo trabalho, considerado dever social e condição de dignidade humana, prevendo-se a possibilidade de redução da pena, pela remição, na proporção de um dia para cada três de trabalho.

O aumento da criminalidade organizada e violenta foi logo debitada, pelos arautos da lei e da ordem, a pretensa benignidade da nova legislação. A marcha para o retrocesso começou no Congresso Constituinte de 1988, com a inclusão, na nova Carta Magna, do inciso XLIII do art. 5º (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”). Algum tempo depois, o clima emocional, criado com a ampla divulgação dada a vários crimes de extorsão mediante seqüestro praticados contra pessoas de destacada posição socioeconômica, deu ensejo à aprovação da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Sobre essa lei e seus defeitos já discorreram muitos e abalizados autores, a cujas críticas fazemos coro. Acrescentamos apenas que ela procede da mesma fonte que inspirou o infeliz dispositivo constitucional já mencionado: o acendrado conservadorismo (as mais das vezes tacanhice) ou alienação da maioria parlamentar. O que é, ao mesmo tempo, verdadeiro e triste, é que ela feriu gravemente o

princípio da intervenção mínima e toda a tendência de humanização que norteou a reforma penal de 1984.

Existe controvérsia a respeito da função que o sistema penal cumpre na realidade social. Para uns, essa função é de selecionar pessoas dos segmentos sociais inferiores para criminalizá-los, desta forma indicando aos demais o limite do espaço social; para outros, essa função é de garantir a supremacia de um segmento social sobre o outro.

Para Zaffaroni/Pierangeli, é indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura, com segmentos hegemônicos e outros marginalizados do poder, estrutura que tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, o sistema penal. Essa função do sistema penal é fundamentalmente simbólica, seja através da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais, seja criminalizando pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que não desenvolvam condutas prejudiciais à supremacia dos seus grupos. Há casos, também, em que a criminalização de marginalizados ou contestadores serve apenas para levar sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros, em geral por causa de manipulação dos meios de comunicação de massa.⁴

O objetivo deste trabalho é exatamente destacar a influência desses meios de comunicação, não apenas na enxurrada de leis que, a pretexto de combater a criminalidade, vem endurecendo inutilmente o sistema penal brasileiro, mas na própria implementação das leis penais.

Assinala-se, desde logo, que os meios de comunicação são explorados por empresas privadas, as quais, ainda que se prestem à sustentação da estrutura de poder, que lhes garante a sobrevivência, buscam o lucro, que depende da vendagem e audiência que lhes propiciem fatia cada vez maior do bolo de verbas publicitárias. Para isso, utilizam as páginas e programas policiais, explorando de modo sensacionalista acontecimentos inusitados ou causadores de revolta popular mais intensa: crimes de estupro, extorsão mediante seqüestro (especialmente se as víti-

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. SP, RT, 1999, p. 77 e 78.

mas são ricas e/ou famosas), o padre pedófilo, o médico que abusa sexualmente de pacientes, o juiz corrupto etc.

Os movimentos “lei e ordem” encontram nos meios de comunicação de massa, especialmente a televisão, veículos úteis e eficientes para a difusão de suas mensagens. Através do espaço destinado a determinado assunto e do enfoque que é dado às suas circunstâncias, aumenta-se a sensação de insegurança dos cidadãos, criando-se o tal “clamor público” que serve de pretexto à elaboração de leis em que o aspecto emocional se sobrepõe ao técnico, gerando formulações defeituosas, que, ao invés de fortalecer o sistema penal, na verdade o tumultuam. Programas populares de televisão, transmitindo a mensagem de que as leis são por demais benignas, que a polícia prende e a Justiça solta, que os presos gozam de direitos excessivos e mordomias, e que direitos humanos servem à proteção de bandidos, estimulam – às vezes de forma nada sutil – as execuções sumárias⁵ por “justiceiros” e “esquadrões da morte”, cuja ação não recebe a reprovação devida. Isso explica, em parte, a situação vexatória do Brasil perante a comunidade internacional, pelas seguidas denúncias de execuções extrajudiciais e prática corriqueira de tortura contra presos e menores, de que resultam periódicas visitas de funcionários da ONU, cujos relatórios têm sido, para nós, lamentáveis, sob o ponto de vista de ausência de ação mais efetiva contra a violação dos direitos humanos.

Um exame da legislação penal promulgada nos últimos tempos comprova a influência do discurso de lei e ordem divulgado pela mídia.

A Lei dos Crimes Hediondos resultou, como se disse, do clamor gerado pela intensa divulgação de seqüestros envolvendo personalidades destacadas no meio social e econômico. Tempos depois, uma jovem foi assassinada com dezesseis golpes de tesoura. Não era uma jovem qualquer, como tantas outras que são mortas em circunstâncias semelhantes: tratava-se de atriz de televisão, naquele momento em fase de grande sucesso na novela

5 Segundo a Folha de São Paulo (25-2-2004, p. C 3), o número de supostos criminosos mortos pela polícia do Rio de Janeiro triplicou em seis anos. Foram 1.195 em 2003.

das oito, na qual contracenava com o homicida (que praticou o crime em co-autoria com a mulher). A mãe da vítima, autora da novela, liderou campanha para incluir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, o que acabou acontecendo, através da Lei n. 8.930, de 6-9-1994. Na ocasião, escrevemos: “O prolongamento da permanência de condenados em confinamento, pelo critério único do crime praticado, desprezando-se as possibilidades individuais de retorno experimental ao meio livre, virá agravar ainda mais o problema da superpopulação carcerária, com suas habituais e trágicas conseqüências: presos amontoados em condições subumanas, rebeliões, mortes. E tudo sem qualquer efeito inibidor da criminalidade”⁶.

Como o modesto professor provinciano nunca foi portador de dons proféticos, está claro que os autores da lei oportunista e demagógica, e os que a aprovaram, sabiam perfeitamente de sua inutilidade e efeitos (ou nem sequer sabiam o que estavam votando, como é, infelizmente, comum). Como informa Franciny Abreu de Figueiredo e Silva⁷, em 1990, ano da promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, houve trinta ocorrências desse tipo no Rio de Janeiro. O número aumentou quatro vezes nos dois anos seguintes. Em 1996, houve oito mil casos de estupro no país. Em 2002, foram quatorze mil.

Nada disso, entretanto, ameniza a fúria legiferante, exacerbada pela cobertura da mídia a fatos pontuais. Do final da década de 80 para cá, só para citar alguns exemplos, criminalizaram-se: a pesca mediante utilização de explosivos ou de substâncias tóxicas; a obtenção de redução do imposto sobre a renda mediante utilização fraudulenta dos benefícios concedidos ao desporto amador; a realização de trabalhos de extração de substâncias minerais sem a competente permissão, concessão ou licença; atos que obstem a fruição de direitos pertencentes às pessoas portadoras de deficiência e de menores em idade escolar; condutas atentatórias à organização da Seguridade Social; certas condutas do locador de imóveis; a representação contra agente

6 *Crimes Hediondos*, in Diário Catarinense, Florianópolis, 23-9-74, p. 2.

7 SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. *Crimes Hediondos*. Florianópolis, OAB/SC Editora, 2003, p. 49.

público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente (como se o Código Penal já não punisse a denúncia caluniosa); exigências e outras práticas para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; o comportamento de pessoas físicas que, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, concorrem para o descumprimento das normas que dispõem sobre a exportação de bens sensíveis e serviços vinculados; e por aí vai. A relação é muito longa, nela incluindo-se também o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor, as leis que definem os crimes de tortura, contra o meio ambiente, o Código de Trânsito Brasileiro, legislação sobre armas e muitas outras, que contém parte penal, geralmente com técnica defeituosa e desconhecendo que as leis penais do país devem formar um sistema harmônico, coerente e proporcional.

A Lei dos Crimes Hediondos promoveu, também, o aumento das penas de alguns delitos: roubo qualificado por lesão corporal, de 5 a 15 para 7 a 15 anos de reclusão, além da multa; em caso de morte (latrocínio), de 15 a 30 para 20 a 30, mais multa; extorsão mediante seqüestro (art. 159), de 6 a 15 para 8 a 15 anos de reclusão (*caput*), de 8 a 20 para 12 a 20 (§ 1º); se do fato resulta lesão grave, de 12 a 20 para 16 a 20, e, se o resultado é morte, de 20 a 30 para 24 a trinta. Estabeleceu-se, assim, acentuada desproporção entre a pena cominada à eliminação da vida humana para fim de lesão patrimonial e a praticada através de traição, emboscada, motivo fútil, veneno, fogo, explosivo ou outro meio cruel, já que o homicídio qualificado continua punido com 12 a 30 anos de reclusão.

Episódio de falsificação de medicamentos, matéria de vários programas televisivos, resultou na inclusão dos respectivos tipos penais no rol dos crimes hediondos, além do aumento da pena privativa da liberdade prevista nos respectivos artigos do Código Penal (272 e 273), de 2 a 6 para 4 a 8, e de 1 a 3 para 10 a 15 anos de reclusão. Considerando-se a já destacada pena do homicídio, fica clara a reação emocional do legislador e a sua precipitação, que o levaram não só a agredir o princípio da proporcionalidade e a harmonia do estatuto penal, mas também à absurda inversão da

dosagem da pena: pune-se agora, com muito menor rigor, a forma mais grave (art. 273) caracterizada pela nocividade positiva.

A influência da mídia na criação de tipos penais ficou bem patente no caso do assédio sexual. Certamente com inspiração em fatos ocorridos nos Estados Unidos – onde a acusação por essa conduta costuma render polpudas indenizações –, programas populares de televisão passaram a entrevistar mulheres supostamente vítimas de assédio por parte de pessoas com ascendência funcional sobre elas. Entrevistas e mesas redondas apresentavam o fato emocionalmente, reclamando preenchimento da lacuna da lei penal, omissa a respeito. Não faltou um (ou uma) congressista para apresentar projeto, que acabou resultando na Lei 10.204, de 15-5-2001, que insere dispositivo no Código Penal (art. 216-A) definindo o crime de assédio sexual e cominando-lhe pena de um a dois anos de detenção. Acontece que a clara deficiência técnica dessa lei levou o ilustre professor Damásio de Jesus a afirmar que não teria tranqüilidade em julgar nenhum réu com base nela, tachando-a de *insuportável*.⁸ Aprovada a lei, a matéria praticamente sumiu do noticiário, reaparecendo há pouco tempo, provavelmente porque o caso envolvia pessoas de projeção social.

A vigilância seletiva na execução das penas se evidenciou em dois casos. O dos seqüestradores do empresário Abílio Diniz, não atingidos pela Lei dos Crimes Hediondos, mas submetidos, na prática, aos seus efeitos, uma vez que não lhes eram concedidos os direitos previstos na legislação vigente na época do fato, basicamente em função da vigilância da mídia, e que acabaram libertados e expulsos do país em razão de greve de fome, solução política provocada pela atenção internacional. O segundo caso é o dos matadores da atriz Daniela Peres, cujo processo foi acompanhado até a condenação, e, depois, na própria execução, procurando impedir que usufríssem os direitos legais, como progressão de regime prisional, visto que o crime fora anterior à Lei 8.930/94. A campanha recrudesciu mais tarde, quando um indulto natalino, para o qual o condenado se qualificava, extinguiu-lhe a

8 JESUS, Damásio de, e BIANCHINI, Alice. *Assédio sexual agora é crime*. In Boletim IBCCrim n. 105, agosto/2001.

punibilidade. A campanha não contestava a concessão de indulto a todos os condenados por crimes semelhantes, mas *àquele* condenado, autor da morte *daquele* vítima.

Muitas vezes, a cobertura seletiva e intensa sobre certos fatos produz conseqüências desastrosas. Nos fins de semana, em São Paulo, os homicídios contam-se às dezenas. Como ocorrem, quase sempre, na periferia pobre, não merecem mais que rápido registro nas páginas policiais de segunda-feira. Quando envolvem, porém, gente conhecida ou de classe média, o destaque é sempre a regra, com acompanhamento das investigações. Tome-se o caso do Bar Bodega, situado num bairro nobre de São Paulo, freqüentado por pessoas de classe média, até porque pertencente a atores da Rede Globo. Ali, nas primeiras horas de sábado, 10 de agosto de 1996, houve um assalto, que terminou com a morte de uma estudante, de 23 anos, e de um dentista recém-formado, de 25, além de ferimentos em outro estudante. O caso teve intensa repercussão e recebeu cobertura emocional de programas de televisão, resultando na deflagração de um movimento denominado Reage São Paulo. Em 15 dias, o delegado responsável pelas investigações prendeu nove supostos criminosos e deu o caso por encerrado. Um jovem promotor resolveu “remar contra a maré”, argumentando que a confissão, única prova, teria sido obtida mediante tortura. Líderes comunitários e empresários da região em que trabalhava o delegado promoveram um jantar de desagravo e lhe entregaram uma placa de prata pelos “serviços prestados”. Mas, em novembro, a Polícia Militar deteve dois homens que confessaram o crime e foram reconhecidos por testemunhas. Com eles foram encontrados produtos do roubo⁹. Se houve algum procedimento contra os responsáveis pela tortura, não foi divulgado, pelo menos com amplitude minimamente comparável à exposição dos inocentes.

Caso semelhante ocorreu na cobertura do caso da Escola Base, cujos proprietários foram acusados de abuso sexual contra alunos, todos crianças. O enfoque sensacionalista resultou em forte comoção popular, inclusive com apedrejamento do prédio da Escola. A opinião pública, mal orientada, errou em sua precipitada

9 Revista Isto É, 20-11-96.

condenação. O reconhecimento, pela Justiça, da inocência dos acusados praticamente de nada lhes serviu, porque, se a perda patrimonial pode até ser amenizada através de indenização, o abalo emocional e o sofrimento moral jamais poderão ser compensados.

Em novembro do ano passado, um casal de namorados, de classe média, foi brutalmente assassinado, com participação de um adolescente de 16 anos. Houve grande comoção, com passeatas, apelos pela redução da maioria penal (um senador logo protocolou projeto de emenda constitucional fixando-a em 13 anos) e pela pena de morte, esta com endosso até de líderes religiosos. Conhecida apresentadora de televisão, furibunda, manifestou em pleno ar gana de eliminar pessoalmente os autores. Chacinas em favelas não merecem maior atenção da mídia. Não há passeatas, apelos por penas mais rigorosas ou apresentadoras furibundas. Como bem disse um leitor em carta à Folha de São Paulo, “todos os dias Joões e Marias da periferia são assassinados em circunstâncias semelhantes às do casal de namorados, por um ou mais psicopatas sociais, maiores ou menores de idade. Nessas ocasiões, ninguém se lembra de se manifestar nem de pedir a opinião de políticos”.

Mas a ocorrência em que fica nitidamente marcada a influência da mídia na seletividade do Direito Penal é a morte, em Brasília, do índio pataxó Galdino Jesus dos Santos que, na madrugada de 20 de abril de 1997, teve o corpo incendiado por cinco jovens – um deles menor de 18 anos – que passeavam de carro, e sobre ele lançaram álcool, fugindo em seguida. Quando se identificaram a vítima – de início supostamente um mendigo – e os autores – jovens de classe média da Capital Federal –, o caso ganhou as manchetes dos jornais e considerável espaço no rádio e, sobretudo, na televisão.

A adequação típica do fato comportava duas alternativas: 1) Os jovens atearam fogo nas roupas do índio por estúpida brincadeira com o objetivo cruel de vê-lo correr, sabendo do risco de que ele viesse a morrer das queimaduras, resultado a que eram indiferentes: nesse caso, deveriam responder, perante o tribunal do júri, por homicídio doloso (dolo eventual) qualificado, sujeitos à pena

mínima de doze anos de reclusão. 2) Com sua perversa brincadeira, os rapazes pretendiam apenas divertir-se com o susto do índio, sabendo que ele poderia sofrer queimaduras, mas não desejando nem prevendo o resultado morte, entretanto previsível. O delito, nesta hipótese, seria de lesão corporal seguida de morte, ou homicídio preterdoloso, da competência do juiz singular, e punido com pena mais branda, quatro a doze anos.

Tratava-se de questão extremamente complexa, pois a diferença entre as duas figuras estaria no que se passou na cabeça dos agentes. A avaliação dependeria de criterioso exame dos argumentos a favor e contra os autores, seus antecedentes e as circunstâncias do crime.

Aí entra a cobertura da mídia, em que, como observa Luís Nassif, a análise isenta dos fatos é substituída pelo sensacionalismo, porque o assunto, em termos de audiência, era realmente muito valioso. Nesse sentido, a melhor versão seria de que um grupo de jovens sádicos (melhor ainda se fossem neonazistas), de famílias ricas e poderosas, queimou um índio até a morte para divertir-se. Enfatizaram-se as evidências contra os autores. Exibiu-se o sofrimento dos familiares da vítima. Destoou a revista “Veja”, que apresentou a matéria de forma isenta, mencionando os bons antecedentes dos rapazes até a fatídica noite e mostrando que dois deles estavam longe de pertencer à elite brasiliense, posto que trabalhavam para sustentar-se. A mãe do terceiro era casada com um juiz do Tribunal Superior Eleitoral e o último era filho de um juiz de direito, coincidentemente o primeiro a proferir sentença de reconhecimento de terras indígenas¹⁰.

Previsivelmente, os quatro acusados foram denunciados por homicídio doloso. Mas a denúncia não foi aceita pela juíza Sandra Sanctis de Melo, que entendeu ter ocorrido lesão corporal seguida de morte. A reação contra a decisão foi tão intensa, e de tal natureza, que a jornalista Eliane Catanhede, da Folha de São Paulo, deu à sua coluna do dia 17 de agosto de 1997 o título “Não incendeiem a juíza”. Ressaltando a coragem da juíza, que “poderia ter dado uma sentença endereçada à opinião pública”, voltando para casa feliz para dormir com os louros, a jornalista citou opinião de

10 Folha de São Paulo, 19-8-97.

renomados juristas, para os quais a decisão nada tinha de absurda. Mais adiante, reafirmou que o crime foi hediondo (aqui no sentido comum de abjeto, extremamente reprovável) e que seus autores mereciam punição severa. “Mas isso não pode se tornar um delírio coletivo irracional. Nem devem imolar a juíza em praça pública”.

Nassif, jornalista paradoxalmente especializado em economia, verberou, em sucessivos artigos, a cobertura parcial e sensacionalista do chamado “caso Galdino”. Em coluna intitulada “O editor que virou juiz”, de 19 de agosto de 1997, escreveu: “Independentemente de todas as circunstâncias que cercaram o episódio, das agravantes e das atenuantes, suponha-se que o ‘Jornal Nacional’ (citado apenas por ser o veículo de maior abrangência e o que mais tem recorrido a esse tipo de expediente) decidisse reduzir o número de cenas que mostravam o corpo de Galdino e ampliar a cobertura sobre os matadores e suas famílias. Mostraria jovens com vida pacata e normal até a loucura daquela noite. Mostraria pais de família normais, indefesos, arrebatados. Divulgaria que o pai de um dos rapazes é juiz com atuação importante pró-causa indígena. Sem alterar uma vírgula dos fatos, sem nenhum elemento novo de prova, mesmo que os rapazes fossem eventualmente assassinos frios e cruéis, a mera mudança de enfoque na cobertura do ‘Jornal Nacional’ seria suficiente para dirigir a opinião pública para o lado oposto. Quando se pretende que a Justiça se curve ao ‘clamor das ruas’, no fundo se está transferindo o papel de julgar do juiz para o editor do ‘Jornal Nacional’. E o que pretende o editor? Fazer justiça? Analisar tecnicamente os fatos? Nada disso. A pauta – não apenas do ‘Jornal Nacional’, mas da mídia em geral – tem o objetivo expresso de buscar o enfoque de maior repercussão. É seu trabalho”.

Reformada a decisão da juíza Sandra de Sanctis Melo pela instância superior, os acusados foram a julgamento pelo júri. O comportamento da mídia se repetiu, novamente verberado por Luís Nassif, que na coluna de 8 de agosto de 2001, intitulada “Justiçamento e Selvageria”, escreveu: “Quando se mistura justiça com o fantástico *show* da mídia, essa defesa deixa de existir. Troca-se a análise isenta das provas pelo sensacionalismo e se

criam unanimidades que atropelam toda norma de direito individual. Enfatizam-se todas as provas contra os réus, escondem-se ou minimizam-se todas as atenuantes. Expõem-se a dor e a revolta dos familiares dos culpados. [...] Evita-se qualquer informação que possa ‘humanizar’ os culpados e se criam estereótipos que possam facilitar a unanimidade em torno do fato”. Também do assunto se ocupou o *ombudsman* do mesmo jornal, Bernardo Ajzenberg, que, em sua coluna de 8-11-01 (“Clamor e Justiça”), disse que o julgamento dos assassinos do pataxó Galdino Jesus dos Santos foi uma daquelas ocasiões em que a imprensa mostra a sua cara. Comentando a cobertura desde o acontecimento, em abril de 1997, assinalou que (independentemente da opinião expressa em editoriais) o noticiário sobre o assunto, com diferenças relevantes entre um veículo e outro, “não correspondeu, no geral, ao modelo mais desejável: aquele que, apesar do drama, busca equilíbrio e frieza para não transformar reportagem em peça de campanha”.

Como se sabe, os acusados acabaram condenados. Mas, tenha ou não sido justa a condenação, o fato é que apenas homologou o que estava decidido pelo “clamor público” construído como se viu acima.

A “cara” da mídia, de que falou o *ombudsman* Ajzenberg, ficaria bem exposta em vários outros casos semelhantes. Em 22 de agosto de 1997, poucos meses, portanto, após a morte de Galdino, o mendigo Rubens Batista da Silva teve de 30 a 35% de seu corpo queimado por uma mulher loura que teria atirado álcool sobre ele, riscando um fósforo em seguida, segundo declarou a vítima, internada em risco de vida¹¹. Em 10 de setembro seguinte, o ajudante de obras José Bezerra de Araújo, 40, morreu ao ter seu corpo incendiado, na Cidade Ademar (zona sul de São Paulo)¹². Pouco tempo depois, na madrugada de 16 de outubro de 1997, uma jovem de 19 anos, Cristiane Pereira Marques, e um travesti, Paulo Sérgio de Jesus, de 23, tiveram o corpo queimado enquanto dormiam na região central de São Paulo. Os dois ataques aconteceram de maneira semelhante: os agressores jogaram álcool nos

11 Folha de São Paulo, 23-8-97, caderno 3, p. 9.

12 *Idem*, 11-9-97, caderno 3, p. 6.

corpos das vítimas e, em seguida, lançaram sobre eles palitos de fósforo acesos. No mesmo dia, o padeiro Marcelo Sebastião Pinto, de 17 anos, foi queimado dentro de seu barraco, no bairro Itaim Paulista, também em São Paulo¹³. Em 21 de fevereiro de 1999, três homens atearam fogo no morador de rua Romário da Costa Oliveira, de 42 anos, em Bonsucesso, Rio de Janeiro¹⁴. Em 19 de março seguinte, dois meninos de rua foram acusados de pôr fogo em um apanhador de papel, Luiz Maciel, de 38 anos, em Francisco Beltrão, Paraná. A vítima morreu com queimaduras em todo o corpo¹⁵. Os mendigos Carlos Alexander Gonçalves, 27, e Janaina da Silva, 24, tiveram o corpo parcialmente queimado quando dormiam, na madrugada de 29 de maio de 1999, em Copacabana, Rio de Janeiro¹⁶. Em 13 de março de 2000, dois moradores de rua, o casal José e Sônia Barbosa, foram incendiados por quatro indivíduos, que sobre eles lançaram gasolina e atearam fogo, em princípio, por pura crueldade, como declarou a autoridade policial¹⁷. Em 5 de setembro do ano passado, dois moradores de rua foram queimados enquanto dormiam em uma calçada, na região leste de Belo Horizonte. Segundo boletim de ocorrência da PM, o autor jogou gasolina sobre as vítimas e em seguida riscou um fósforo¹⁸.

O registro desses casos, tão semelhantes ao do índio Galadino, não passou das páginas policiais dos jornais, e sem acompanhamento que permitisse conhecer detalhes sobre as vítimas e autores, motivações para o crime, conclusão das investigações policiais e desfecho dos julgamentos.

Na noite de 6 de janeiro do ano passado, o índio caingangue Leopoldo Crespo, de 77 anos, foi morto a chutes e pedradas quando dormia na principal avenida da cidade de Miraguai, 454 km a noroeste de Porto Alegre. Três jovens, ouvidos na delegacia, foram soltos apesar de terem confessado a autoria do crime, por-

13 *Idem*, 17-10-97, caderno 3, p. 8.

14 *Idem*, 22-2-99, caderno 3, p. 3.

15 *Idem*, 19-3-99, caderno 3, p. 4.

16 *Idem*, 30-5-99, cad. Brasil, p. 1.

17 *Idem*, 14-3-2000, caderno 3, p. 6.

18 *Idem*, 6-9-2003, p. C5.

que não houve flagrante. No depoimento, teriam dito que pretendiam acordar o índio “com coices”.¹⁹

Este último fato teve razoável repercussão, mas nada parecido com a cobertura do caso Galdino. É lícito supor que, mesmo sendo a vítima um índio, a condição social dos autores não apresentava suficiente potencial de retorno em audiência para outro *fantástico show da mídia*.

Raúl Cervini, em excelente artigo intitulado “Incidência de las ‘mass media’ em la expansion del control penal em Latinoamerica”²⁰, cita Miguel Rodrigo Alsina, que, em seu trabalho “La Construcion de la Noticia”, assinala que a influência dos meios de comunicação na construção da realidade social não é exclusiva porém fundamental e praticamente única quando se trata de fornecer informação acerca do mundo a que o individuo não tem acesso por si mesmo. É o caso, diz, da informação internacional e muito especialmente do noticiário policial. Mais adiante, diz o mesmo Rodrigo, ainda citado por Cervini, que a produção de notícias se inicia com um acontecimento, que também é parte da construção da realidade social. Para se transformar em notícia, esse acontecimento deve ter certos requisitos básicos. Geralmente devem constituir um sucesso, algo fora do comum, espetacular. E conclui Cervini: “Si es preocupante concluir que la información construye la realidad social, lo es más constatar que esos acontecimientos que definen la información no surgen espontáneamente sino como resultado de *una programada y tendenciosa selección*”.

A cobertura massiva da violência, principalmente em programas que se dedicam exclusivamente ao assunto, cria, a partir de fatos reais, selecionados, um estado difuso de insegurança pública, que favorece a pregação de soluções punitivas, na linha dos já mencionados movimentos de lei e ordem. Cria-se a ilusão de que são necessárias leis mais repressivas, e o resultado é a denominada “legislação de pânico”, da qual já citamos vários exemplos.

19 Folha de São Paulo, 9-1-2003, p. C 4.

20 Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCrim/RT, n. 5, janeiro-março 1994, p. 37 a 54.

Essa legislação, além de simbólica e, portanto, inócua, desvia o foco da atenção popular das causas estruturais dos problemas que se propõe a resolver. Crescendo em rigor punitivo, significa grave ameaça ao próprio Estado Democrático, na medida que viola garantias individuais expressas na Constituição. Nesse sentido é preocupante o açoitamento com que, a partir de episódios isolados, busca-se a aprovação de projetos, alterando a legislação penal, processual penal e de execução.

Veja-se, por exemplo, o Projeto de Lei 5.073/01, que propunha modificação da Lei de Execução Penal para abolir o parecer da Comissão Técnica de Classificação Criminológica e instituir o regime disciplinar diferenciado (RDD) no cumprimento da pena. “Mas, no jogo do toma-lá-dá-cá, emenda aqui, aceita um palpite ali, abre mão de um direito acolá e estamos diante de um verdadeiro monstro. Monstro, – diga-se – do qual, mais cedo ou mais tarde, todos nós nos tornaremos vítimas, cidadãos deste País que somos”.²¹

O projeto tornou-se a Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. O RDD está, portanto, incorporado à ordem jurídica do país. Por ele, os presos que forem *suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando, ou se representarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*, serão recolhidos em cela individual, com direito a duas horas diárias de sol e duas visitas por semana, por 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. O regime poderá ser aplicado inclusive a presos provisórios.

A manutenção de um ser humano em tais condições constitui clara violação dos preceitos constitucionais que proscrevem penas cruéis e tratamento desumano ou degradante. A declaração de sua inconstitucionalidade, entretanto, sofrerá, com certeza, cerrada oposição da mídia em geral, que recebeu com aplausos a nova lei.

Foi uma clara vitória do apropriadamente denominado Direito Penal do terror.

21 O RDD é Caso de Polícia. Boletim do IBCCrim n. 126, maio/2003, p. 1.

Através de legislação desse tipo, a opinião pública, mal conduzida pelos meios de comunicação de massa, tem sua atenção desviada das verdadeiras causas da notória falência do sistema prisional do país: a superpopulação prisional, decorrente da política de encarceramento, aliada à negligência na construção de novas unidades, ao despreparo do pessoal penitenciário e à resistência à implementação das penas alternativas; a perda de controle dos estabelecimentos penais, muitos deles atualmente sob comando de fato de organizações criminosas, devida, principalmente, à corrupção, que permite a perigosos delinqüentes, mesmo recolhidos a estabelecimentos ditos de segurança máxima, prosseguir, tranqüila e eficientemente, na sua atividade criminosa, em descarada afronta ao próprio Estado. É um quadro que nenhuma lei, por si, transformará.

O tema é longo, e certamente mereceria abordagem mais profunda. Através das anotações aqui reunidas para o Seminário Serano de Direito da UNIPLAC, pode-se, entretanto, constatar a influência dos meios de comunicação social no Direito Penal, influência em geral perniciosa porque não tem como fim a Justiça, mas o lucro.

Bibliografia

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais da legalidade e culpabilidade*. SP, IBCCrim, 2003.
- AZEVEDO, Jackson C. de. *Reforma e “contra” reforma penal no Brasil*. Florianópolis, OAB/SC Editora, 1999.
- BASTOS, Edmundo José de. *Crimes hediondos*. In *Diário Catarinense*, Florianópolis, 23-9-74, p. 3
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. SP, RT, 1997.
- CERVINI, Raúl. *Incidência de las “mass media” em la expansion del Control Penal em Latinoamerica*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, IBCCrim/RT n. 3, março-abril 1994, p. 37 a 54.
- O RDD é caso de polícia*. Boletim do IBCCrim 126, maio/2003, p. 1.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba, Juruá, 1999.

JESUS, Damásio de, e BIANCHINI, Alice. *Assédio sexual agora é crime*. In Boletim do IBCCrim n. 105.

Revista Isto É, 20-11-96.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. *Crimes hediondos. O regime prisional único e suas conseqüências no sistema prisional de Santa Catarina*. Florianópolis, OAB/SC Editora, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. SP, RT, 1999.

Jornal FOLHA DE SÃO PAULO (várias edições).

A LEI N. 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS?* (ARTIGO 5º, XL, DA CF/88)

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira*

Sumário

I. Introdução. 1. A Lei n. 9.099/95. 1.1 — Visão panorâmica. 1.2 — Os quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 e suas principais características II. A Lei n. 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal. 1. Norma penal, processual penal ou mista? 2. Competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01 e casos anteriores à vigência da lei. 2.1 — Aplicação da Lei n. 10.259/01 na Justiça Eleitoral. 3. Aplicação da Lei n. 10.259/01 para infrações penais com rito especial. 3.1 — Os crimes de trânsito. 3.2 — Os crimes de abuso de autoridade e porte ilegal de arma. 3.3 — Os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função. 3.4 — A Lei n. 10.259/01 e a legislação de entorpecentes. 4. Concurso de infrações penais e transação penal. 5. Transação Penal vs. Suspensão Condicional do Processo. 6. A Lei n. 10.259/01 alterou, por analogia, o prazo do artigo 89 da Lei n.

* Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Promotor de Justiça/Promotor Eleitoral. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Oeste de Minas — Fadom (Divinópolis/MG). Professor de Direito Processual Penal do Curso Preparatório para o ingresso nas carreiras jurídicas federais (Ceajufe), em Belo Horizonte/MG e Divinópolis/MG. Professor de Direito Eleitoral da pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público — Belo Horizonte/MG. Professor de Direito Eleitoral da pós-graduação da Faculdade de Direito do Oeste de Minas — Fadom (Divinópolis/MG).

9.099/95 para 2 anos também (como fez com o instituto da transação penal)? III. Conclusões. IV. Bibliografia.

I — Introdução

1. A Lei n. 9.099/95

1.1 — Visão panorâmica

A Lei n. 9.099/95 incorporou no cenário jurídico penal e processual penal diversos institutos, dentre os quais se destacam:

a) A Autoridade Policial responsável (Civil ou Federal) fará um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), que é um Boletim de Ocorrência um pouco mais aperfeiçoado, mas simples e célere como aquele, e enviará para o JECrim Estadual ou Federal. Assim, nas infrações de “menor potencial ofensivo”, consideradas pela Lei n. 9.099/95, artigo 61, haverá TCO. O que não se enquadrar neste contexto, pelo critério residual, provocará a instauração do Inquérito Policial;

b) O artigo 69, parágrafo único, cuida da impossibilidade de “prisão em flagrante” se o autor do fato se comprometer a comparecer no JECrim. Na verdade, o correto seria impossibilitar a formalização do flagrante via auto de prisão em flagrante delito e não o flagrante em si. Todavia, não se fala em abuso de autoridade, caso haja flagrante, pois não existe este crime na forma culposa, ou seja, se um policial militar, por exemplo, prende em flagrante uma pessoa por ameaça e depois a conduz para a Autoridade Judiciária, o fato de esta não formalizar o flagrante, em virtude do Termo de Comparecimento no JECrim pelo conduzido, não induz ao abuso de autoridade do policial que, naquele primeiro momento, prendeu aquele que estava nitidamente ameaçando outrem.

Além destes institutos, a citada lei introduziu os chamados “quatro institutos despenalizadores”, que serão analisados no item seguinte.

1.2 — Os quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 e suas principais características

A Lei n. 9.099/95, em seu corpo, incorporou quatro institutos despenalizadores da Escola do Direito Penal Mínimo, denomina-

dos tecnicamente de “alternativa à pena” (diante da ausência de condenação) e não de “pena alternativa”, já que neste ocorre efetivamente a condenação, mas a pena privativa de liberdade fica afastada pelo cumprimento de uma alternativa penal, como os exemplos das penas restritivas de direito (artigo 44 do Código Penal) ou *sursis* (artigo 77 do Código Penal).

Na aplicação dos benefícios da transação penal ou composição civil dos danos ou na fase do TCO, o termo correto é “autor do fato”, pois não há indiciamento ou denúncia.

Há corrente que tende a ser dominante na doutrina, admitindo a transação penal e suspensão condicional do Processo em crimes de ação penal privada, o que, em princípio, parece ser contraditório, pois na ação penal privada existem institutos despenalizadores próprios, como a decadência, a renúncia, o perdão, a retratação e a perempção.

A transação penal e suspensão condicional do Processo podem ser exceções ao princípio da indivisibilidade da ação penal, pois, havendo mais de um autor do fato, sendo que um deles aceita o benefício e os demais não aceitam ou façam jus, neste caso haverá denúncia ou queixa-crime (no caso de impossibilidade de transação) ou prosseguimento do processo (no caso de impossibilidade de suspensão condicional do processo) contra os demais.

Cada um dos quatro institutos vistos no quadro alhures é autônomo, de forma que o recebimento de um não exclui o outro. O que não pode ocorrer é receber o mesmo benefício pelo prazo de cinco anos. Este prazo somente não se aplica no benefício previsto no artigo 88 da Lei n. 9.099/95, em virtude de tratar-se de espécie de ação penal pública. O artigo 89 da Lei n. 9.099/95, em que pese nada tratar de prazo de cinco anos para novo benefício, deve assim ser entendido, pois o prazo de duração deste benefício vai de dois a quatro anos; logo, não seria crível novo recebimento antes de cinco anos, que, aliás, usando da analogia *in bona parte*, é o mesmo prazo da chamada “prescrição da reincidência” (artigo 64, I, do Código Penal).

O comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no

conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, ou seja, é por meio do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos. Assim, os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não têm qualquer ligação com o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, ou seja, têm características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95. Daí por que são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei n. 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

Numa visão geral, podemos assim estabelecer os quatro institutos despenalizadores alhures mencionados:

Artigo 74	
Composição Civil dos Danos	<p><i>Vide</i> artigo 74, parágrafo único = renúncia ao direito de queixa ou representação, em APPCRORL ou APPrivada.</p> <p>Na APPIncondicionada, a composição não impede a transação penal.</p> <p>Aplicam-se os mesmos critérios objetivos do artigo 76 (<i>vide</i> — que é o critério de crime de menor potencial ofensivo do artigo 61 da Lei n. 9.099/95 agora c/c artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001).</p> <p>MP não participa, por falta de previsão legal, salvo se houver interesse semelhante a sua intervenção no Cível.</p>

Artigo 76		
<p>Transação Penal (não há denúncia)</p> <p>Exceção ao princípio da legalidade ou obrigatoriedade da Ação Penal Pública¹</p>	<p>Critérios:</p> <p>1) Critério antigo:</p> <p>- todas as contravenções penais;</p> <p>- todos os crimes sem procedimento especial cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a um ano (infrações de pequeno potencial ofensivo).</p> <p>Exceções</p> <p>(crimes de médio potencial ofensivo)</p> <p>- Artigo 27 da Lei n. 9.605/98 — a pena máxima deve atingir 1 ano;</p> <p>— Artigo 291 da Lei n. 9.503/97 — a pena máxima pode ultrapassar 1 ano;</p> <p>2) Novo critério:</p> <p>— Artigo 2º da Lei n. 10.259 de 2001 (Juizados Especiais Federais Criminais) — o critério é pena máxima não superior a dois anos ou multa.</p>	<p>MP participa, pois é o titular da APPública.</p> <p>Tudo isso, mais o critério subjetivo (artigo 76, III, da Lei n. 9.099/95).</p> <p>É uma exceção ao princípio da legalidade ou obrigatoriedade da Ação Penal.</p> <p>Se o MP fica inerte e não oferece a proposta, duas correntes:</p> <p>a) o juiz de ofício a propõe, o que ofende a titularidade da ação penal (por via oblíqua, o juiz estaria invadindo a titularidade da ação penal e agindo conforme o juiz inquisidor da Idade Média, quebrando sua imparcialidade);</p> <p>b) por analogia, o juiz aplica o artigo 28 do CPP.</p> <p>Se o autor do fato aceita a proposta e não cumpre, duas correntes:</p> <p>a) haverá denúncia;</p> <p>b) haverá execução da medida, pois o juiz, ao homologar a transação, houve coisa julgada que impede a denúncia.</p>

Artigo 88	
<p>Representação</p> <p>Deveria estar no Código Penal como norma geral para os crimes do artigo 129.</p>	<p>Lesão Corporal Dolosa Leve e Lesão Corporal Culposa (seja qual for a gravidade) passaram a depender de representação do ofendido ou seu representante legal.</p>

¹ Legalidade: o MP é obrigado a oferecer denúncia. Neste caso, a transação penal é exceção ao princípio da legalidade.

Artigo 89		
<p>Suspensão Condicional do Processo (neste caso há denúncia)</p> <p>Exceção ao princípio da indisponibilidade da Ação Penal Pública.</p>	<p>Critérios:</p> <p>Infrações penais cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, pouco importa se tenha ou não procedimento especial.</p> <p>É aplicável a qualquer legislação penal, exceto na Justiça Militar, por força do artigo 90-A, de duvidosa constitucionalidade².</p> <p>MP participa, pois é o titular da APPública.</p> <p>Deveria estar no Código de Processo Penal como norma geral, pois se aplica a qualquer espécie de infração, desde que dentro da pena mínima prevista.</p> <p>Prazo para cumprimento das condições: dois a quatro anos;</p> <p>Condições:</p> <p>a) legais ou obrigatórias (artigo 89, § 1º);</p> <p>b) judiciais ou facultativas (artigo 89, § 2º);</p> <p>Causas de revogação:</p> <p>a) obrigatórias: artigo 89, § 3º;</p> <p>b) facultativas: artigo 89, § 4º;</p> <p>Cumprimento das condições: extinção da punibilidade (artigo 89, § 5º);</p>	<p>Analisar sempre as condições, os requisitos subjetivos e objetivos.</p> <p>É uma exceção ao princípio da indisponibilidade da Ação Penal (pressupõe haver denúncia).</p> <p>Se o MP fica inerte e não oferece a proposta, duas correntes:</p> <p>a) o juiz de ofício a propõe, o que ofende a titularidade da ação penal (por via oblíqua, o juiz estaria invadindo a titularidade da ação penal e agindo conforme o juiz inquisidor da Idade Média, quebrando sua imparcialidade);</p> <p>b) por analogia, o juiz aplica o artigo 28 do CPP.</p> <p>Se o autor do fato aceita a proposta e não a cumpre, o processo volta a correr, junto da prescrição.</p> <p>A doutrina chama de forma equivocada este instituto como sendo “<i>sursis processual</i>”³</p>

A grande questão, no tocante ao instituto da suspensão condicional do Processo, era:

— Seria possível a aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 em caso de desclassificação do crime?

- 2 Imperioso observar que a suspensão condicional do Processo não se confunde com *sursis* (suspensão da pena). No primeiro caso, trata-se de instituto despenalizador da Lei n. 9.099/95, em que não há condenação (alternativa à pena); já no *sursis*, há condenação (pena alternativa). Por esta razão, não é técnico usar a expressão “*sursis processual*” para designar o instituto do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.
- 3 Imperioso observar que a suspensão condicional do Processo não se confunde com *sursis* (suspensão da pena). No primeiro caso, trata-se de instituto despenalizador da Lei n. 9.099/95, em que não há condenação (alternativa à pena); já no *sursis*, há condenação (pena alternativa). Por esta razão, não é técnico usar a expressão “*sursis processual*” para designar o instituto do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

A resposta é positiva.

Assim, em caso de desclassificação da infração penal, em que a desclassificada permite a aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, o órgão judiciário, ao operar a desclassificação, deverá aguardar o prazo recursal desta e, após, dar vista ao *Parquet* para oferecer ou não o benefício. Caso o beneficiário não aceite ou não cumpra a benesse, neste caso haverá condenação, ou seja, a suspensão condicional do processo. Na hipótese de desclassificação da infração penal, antecede a condenação, pois do contrário seria *sursis*, quebrando a teleologia da lei (criar institutos despenalizadores), exceto num caso:

— no Tribunal do Júri, mesmo havendo desclassificação de infração dolosa contra a vida para uma das competências da Lei n. 9.099/95 (JECrim), deverá o Juiz (a) — Presidente desclassificar, conforme a decisão dos Jurados, condenar primeiro e depois abrir prazo para suspensão condicional do Processo, em face dos princípios da unicidade da audiência do Júri e incomunicabilidade dos jurados, pois não haveria como o mesmo Conselho de Sentença ser dissolvido e resolver depois, não fosse o caso da benesse, condenar-se-ia ou absolver-se-ia.

Portanto, o momento para oferecer a proposta de suspensão condicional do Processo será:

a) em regra, no oferecimento da denúncia, não sendo lógico que, em alegações finais, depois que o réu estudou toda a prova, tenha novamente a oportunidade de desejar o benefício, pois quebraria o fim lógico do instituto de não se discutir culpabilidade;

b) em caso de desclassificação, duas hipóteses podem ocorrer:

b.1 — em crimes que não sejam do Júri: o magistrado, após alegações finais das partes, profere sentença meramente desclassificatória, aguarda eventual recurso das partes e, após o trânsito desta sua sentença declassificatória, abre vista ao *Parquet* sobre eventual proposta de suspensão condicional do Processo e, não sendo o caso de aplicá-la, nesta hipótese, sim, profere sentença de mérito;

b.2 — em crimes do Júri: conforme dito acima, como a Audiência do Júri não pode ser cingida (apenas suspensão), em

face do princípio da íntima convicção dos jurados e até da incomunicabilidade dos jurados, o juiz deverá, em primeiro lugar, dar sentença de mérito (condenando, se o caso não for de absolvição) e, durante o prazo recursal, se não houver inconformismo quanto à desclassificação, deverá o juiz enviar os autos ao JECrim e o MP se manifestar sobre a suspensão condicional do Processo. Se isto não for feito, ou seja, se em vez de condenar o juiz simplesmente acolher a desclassificação e analisar a suspensão condicional do processo, poderá haver até nulidade do julgamento, pois dificilmente se aceitará a proposta posteriormente, após o encerramento do julgamento, em que pese nada impedir que os Tribunais assim entendam.

Nesse sentido:

Júri — Desclassificação para lesão corporal — Suspensão condicional do processo — Art. 89 — Lei n. 9.099/95 — Medida deferida pelo juiz após oitiva do Ministério Público e de requerimento da defesa — Possibilidade — 1. Se o Tribunal do Júri desclassificou a conduta para lesão corporal, correto foi o magistrado em deferir pedido da defesa, determinando a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, ante a recusa do Ministério Público em fazê-lo. Nesse caso não há falar em aplicação do art. 28 do CPP — Precedentes desta Corte. 2. Recurso conhecido somente pela alínea c, mas improvido (STJ — REsp n. 191.384 — MG — 6ª T. — Rel. Min. Fernando Gonçalves — DJU 4-10-1999 — p. 118).

Note que no rito do Júri a suspensão condicional do Processo não funciona como alternativa à pena e sim como pena alternativa, mas sem gerar quaisquer maus antecedentes ou reincidência porque, como a proposta foi feita e aceita antes do trânsito em julgado (na fase recursal), nesta hipótese a condenação dada foi suspensa e, tendo cumprido a proposta, haverá extinção da punibilidade.

Outra dúvida que atormentou o cenário jurídico da Lei n. 9.099/95 foi:

— O que seria “infração de menor potencial ofensivo”, já que duas Leis n. 9.503/97 e n. 9.605/98 surgiram criando outros requisitos.

Esta questão é de fundamental importância, pois há saber o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”.

Apesar de a Lei n. 9.099/95 trazer um critério especial de “menor potencial ofensivo” (artigo 61), duas leis, posteriores à edição da Lei n. 9.099/95, permitiram a aplicação dos institutos despenalizadores daquela, sendo que uma para crimes com rito especial, em que pese o mesmo critério temporal (Legislação Ambiental — Lei n. 9.605/98, artigo 27), e a segunda, prevendo critério temporal até maior do que inicialmente estabelecido na Lei n. 9.099/95 (Código de Trânsito Brasileiro — Lei n. 9.503/97, artigo 291 e seu parágrafo único).

Estas duas “exceções” ao critério do artigo 61 da Lei n. 9.099/95 de “menor potencial ofensivo” tinham entendimento dominante da Jurisprudência pelo processo e julgamento na Justiça comum, nas Varas Criminais e não no JECrim (Juizado Especial Criminal).

Isto porque as duas exceções não estavam previstas na Lei n. 9.099/95, ou seja, não se enquadravam no critério legal de “infrações de menor potencial ofensivo” de forma que a Doutrina passou a denominá-las de “crimes de médio potencial ofensivo”.

Assim, com o advento das Leis n. 9.503/97 e n. 9.605/98 tínhamos como gênero “infrações de menor potencial ofensivo”, tendo como espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo — previstas na Lei n. 9099/95, artigo 61;

b) crimes de médio potencial ofensivo:

b.1— artigo 27 da Lei n. 9.605/98 (em face do rito especial) e;

b.2— artigo 291, parágrafo único, do CTB (em face do critério temporal ser superior a um ano), ou seja, será possível aplicação dos institutos da transação penal, inclusive para os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, cuja pena máxima é de dois anos), de embriaguez ao volante (artigo 306, cuja pena máxima é de três anos), e de participação em competição não autorizada (artigo 308, cuja pena máxima é de dois anos).

Mas a Lei n. 10.259/01 mudou novamente este conceito, conforme veremos.

II. A Lei n. 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal

1. Norma penal, processual penal ou mista?

A Lei n. 10.259 é de 12 de julho de 2001, mas publicada no DOU de 13-7-2001, tendo artigo expresso prevendo sua entrada em vigor em 6 meses, ou seja, a citada lei entrou em vigor em 13-1-2002.

Nesta, o artigo 2º da citada lei criou o Juizado Especial Federal Criminal, assim dispondo:

“Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

“Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

Este único artigo da esfera penal, já que a lei preocupou-se mais com a esfera cível da área federal, criou uma série de confusões, entrando em choque com o artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Como visto, na Lei n. 9.099/95, o critério de “infração de menor potencial ofensivo” é distinto, conforme o quadro alhures analisado. Já na nova lei, aplicam-se os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (artigos 74 e 76) a crimes que também tenham procedimento especial, pois a lei não fez qualquer proibição.

A questão mais complicada da Lei n. 10.259/01 seria a análise de sua essência, no sentido de ser eminentemente processual (caso em que se aplicaria apenas na Justiça Federal) ou mista (processual e penal, por interferir na liberdade do autor do fato, já que se trata de aplicação de institutos despenalizadores).

Assim, se a nova lei for considerada norma mista, segue as regras do Direito Penal no tempo, ou seja, retroage se beneficiar o “réu” e, como beneficia, o artigo 61 da Lei n. 9.099/95 estaria derogado no prazo, ou seja, os artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95

teriam como prazo a pena máxima de 2 (dois) anos e não mais de 1 (um) ano.

Isto por que o comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, ou seja, é pelo resultado deste conceito que aplicamos estes institutos.

A pergunta agora deve novamente ser feita:

— O que é “infração de menor potencial ofensivo” com o advento da Lei n. 10.259/01?

Aqui começam os problemas.

Adotando a tese da norma mista, *data venia* aos demais processualistas penais, o critério mudou, em face do artigo 5º, XL, da CF/88 (*novatio legis in mellius*).

Assim, teremos que:

a) na Justiça comum Federal de primeira instância, no seu órgão JECrim, o critério de “infração penal de menor potencial ofensivo” será para todos os crimes (já que a Justiça comum Federal não tem competência para o julgamento de contravenções penais — artigo 109, IV, da CF/88 c/c a Súmula 38 do STJ) a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Mas questiona-se:

b) E para a Justiça comum Estadual de primeira instância, no seu órgão JECrim, qual será o critério para “infração penal de menor potencial ofensivo”, que redundará na aplicação dos artigos 69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95?

Neste particular, com o amparo da norma mista no tempo, chegaremos à conclusão de que a Lei n. 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, ficando o JECrim Estadual com a seguinte competência:

— julgamento de todas as contravenções penais (daí por que o artigo 2º da Lei n. 10.259/01 apenas derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, já que o JECrim Estadual ainda julgará as contravenções penais — Súmula 38 do STJ) e todos os crimes a que a

lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, pouco importando se no crime haja ou não procedimento especial.

Portanto, a maioria dos doutrinadores processuais penais, como Damásio Evangelista de Jesus⁴, Fernando Capez, Mirabete, Luiz Flávio Gomes⁵ e outros entenderam, com muita propriedade, que o artigo 61 da Lei n. 9099/95 foi derogado pela citada lei, sendo que de agora em diante o JECrim Estadual será competente para aplicação de institutos despenalizadores (artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95) e ainda a impossibilidade do flagrante (artigo 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95), processo e julgamento de todas as contravenções penais e crimes, com pena máxima de 2 (dois) anos ou multa, pouco importando se haja previsão ou não de procedimento especial.

Fundamentam os doutrinadores que a citada lei dos Juizados Especiais Federais Criminais não poderia criar um prazo diferenciado para a Justiça Federal, para aplicação de composição civil dos danos e transação penal, pois isto provocaria a quebra dos princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

Como exemplos, poderíamos citar o absurdo de que, se assim não fosse, se uma pessoa desacatasse Juiz Federal, receberia transação penal no JECrim Federal, enquanto que, se outra desacatasse Juiz Estadual, receberia denúncia e suspensão condicional do processo, o que quebra a proporcionalidade diante de uma mesma situação.

Da mesma forma, se os crimes contra a organização do trabalho forem praticados contra uma categoria de trabalhadores, o que provoca a competência da Justiça comum Federal, no JECrim Federal receberão transação penal, enquanto que, se o crime contra a organização do trabalho apenas voltar-se contra um trabalhador, o que provoca a competência da Justiça comum Estadual (STJ — Conflito de Competência n. 338, DJU de 16-10-89, p.15.854), receberia denúncia, o que é mais absurdo ainda. Igual-

4 JESUS, Damásio de. A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), *in* www.damasio.com.br, ago. 2001.

5 GOMES, Luiz Flávio. "Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais", Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002.

mente em caso de crime de assédio sexual (artigo 216-A do CP), que na Justiça Federal (JECrim Federal) receberá transação penal, mas se fosse no âmbito Estadual incidiria ação penal privada ou pública (artigo 225 do CP — Ação penal de regra é privada, podendo ser pública incondicionada ou condicionada) com suspensão condicional do processo.

Portanto, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 não se trata de norma processual penal, mas norma mista, ou seja, em que pese ter caráter processual penal (no tocante à competência da Justiça comum Federal, por seu Juizado Especial Criminal Federal), também tem forte previsão de direito material (Direito Penal), porquanto importa na liberdade do indivíduo, ao prever institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 com pena máxima de 2 (dois) anos.

Assim, considerando que a lei mista segue as regras das leis penais no tempo, ou seja, pelo artigo 5º, XL⁶, da CF/88, retroage somente para beneficiar o réu. O artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 se aplica no JECrim da Justiça comum Estadual, seja para contravenções penais, seja para todos os crimes em que a pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, ou multa, pouco importando que haja procedimento especial, trazendo de volta à competência do JECrim Estadual os crimes contra a honra, de trânsito (artigo 291 da Lei n. 9.503/97) e os ambientais (Lei n. 9.605/98, artigo 27), bem como inaugurando uma série de outros aos quais não cabia sua aplicação, como:

— abuso de autoridade, porte ilegal de arma, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei n. 6.368/76), rixa, incêndio culposo, violação de sigilo funcional, usurpação de função pública, resistência, desacato, fuga de pessoa presa, motim de presos, crimes contra a economia popular, crimes de imprensa (artigos 16, 17, 19, 21 e 22), crimes contra criança e adolescente (ECA — artigos 228 a 232; 234 a 236; 242 a 244); crimes contra as relações de consumo (CDC — artigos 63 a 74); crimes contra a ordem tributária (artigo 2º); crimes nas licitações (artigos 93, 97 e 98 da Lei n. 8.666/93); crimes contra a propriedade industrial, cuja ação penal

6 Princípio da irretroatividade da Lei penal no tempo, salvo se for para beneficiar o réu.

é privada, exceto no caso do artigo 191 (Lei n. 9.279/96, arts. 183 a 195); crimes relativos à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante (arts. 17 a 20 da Lei n. 9.434/97); crimes ambientais (Lei n. 9.605/98) etc.

Portanto, o artigo 20 da Lei n. 10.259/01, que expressamente proíbe a sua aplicação na Justiça Estadual, é inconstitucional, porque fere os princípios da igualdade (artigo 5º, I, da CF/88) e proporcionalidade (artigo 5º, LIV).

O professor Luiz Flávio Gomes define com exatidão o porquê da aplicação da Lei n. 10.259/01 na Justiça Estadual:

“Porque sobre o legislador ordinário está a vontade do Constituinte (a Constituição). Nenhum texto ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações. Se o crime da mesma natureza é julgado pela Justiça estadual e federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico [...]”.

“Crimes exatamente idênticos (desobediência, assédio sexual, porte de drogas para uso, porte ilegal de arma de uso permitido etc.) não podem ter tratamento diferenciado só porque a vítima de um deles é funcionário público federal enquanto a outra é estadual, porque o crime ocorreu em terra ou dentro de um avião etc.

“Um juiz (ou qualquer outro operador jurídico) formalista dirá: a Lei n. 10.259/01 é especial e, portanto, aplica-se tão-somente aos Juizados federais. Para ele, pouco importa que a infração da mesma natureza tenha dois regimes jurídicos completamente distintos.

“Juiz (estudante ou um operador jurídico) desse jaez não consegue transcender o nível da literalidade normativa. Continua trabalhando (napoleonicamente) com o método meramente substantivo. Esse modelo de juiz (de estudante e de jurista) está ultrapassado e morto. Só resta ser sepultado.

“O juiz (é o intérprete) tem que ter comprometimento ético e buscar na sua atividade a realização do valor da justiça. Urge que alcance o método de ponderação, do equilíbrio e da razoabilidade”.

2. Competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01 e casos anteriores à vigência da lei

Em todos os delitos citados exemplificadamente alhures, fixou-se definitivamente a competência do JECrim (Federal ou

Estadual) para aplicação dos institutos citados (69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95) e não a Justiça comum, salvo se o caso for de aplicação nas Justiças Especiais, como a Justiça Eleitoral, já que a competência desta é em razão da matéria, assim definida na CF/88. Portanto, crimes eleitorais que permitirem os artigos 69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01, terão os benefícios, processo e julgamento na Justiça Eleitoral, em face da CF/88.

A pergunta que surgirá:

Como poderá um crime de lei especial, por exemplo, artigo 16 da Lei n. 6.368/76, parar na competência do JECrim? Não haveria quebra da ampla defesa, já que o rito deste é sumaríssimo?

A competência do JECrim é de Juízo⁷, ou seja, competência absoluta, diante da lei de Organização Judiciária, que, se não observada, provoca a nulidade absoluta dos atos e termos realizados. Assim, com o advento da Lei n. 10.259/01, o JECrim passou a ser o competente para qualquer benefício legal que importe na conhecida “infração de menor potencial ofensivo” (artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95).

Assim, mesmo que o rito seja especial, o JECrim será o competente para tais benesses e não a Justiça comum. Desta forma, mesmo que a transação penal, por exemplo, no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, não seja aceita ou não seja caso de aplicá-la (em face da ausência de requisitos subjetivos), a denúncia será ajuizada no JECrim, com o rito do artigo 81 da Lei n. 9.099/95 (com aplicação subsidiária das Leis ns. 6.368/76 e 10.409/02 e ainda o CPP) e somente retornará para a Justiça comum, com o rito originário daquele crime, no caso de complexidade da causa (artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95), ou de necessidade de citação editalícia (artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95), ainda que depois do edital seja localizado o autor do fato.

Nesse sentido:

Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

7 Juízo ou Vara é uma entidade jurídica criada para delimitar a competência quanto à matéria, dentro de uma comarca, zona eleitoral, Auditoria ou Seção Judiciária. A Lei de Organização Judiciária cuidará do tema.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 77. [...] § 2º. Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do artigo 66 desta lei.

Concluimos, assim, que todo o crime que tiver procedimento especial, a partir de 13-1-2002 (data em que entrou em vigor a Lei n. 10.259/01), deverá dirigir-se para o JECrim, para aplicação de benefícios, processo ou julgamento, somente retornando para a Justiça comum se a causa for complexa ou necessitar de citação editalícia. Nestes crimes com rito especial, aplica-se em primeiro lugar o rito da Lei n. 9.099/95, artigo 81. No caso de omissão ou lacuna deste rito, de forma subsidiária, aplicar-se-á o rito da lei especial que regula aquele crime e ainda o Código de Processo Penal. Ademais, não há falar em prejuízo para a defesa com o novo rito do artigo 81 da Lei n. 9.099/95, porquanto o rito sumaríssimo tem defesa preliminar, interrogatório por último, dez dias para apelação etc.

Mas a pergunta que provocará a maior balbúrdia jurídica, inclusive nas capitais brasileiras (por causa do imenso acúmulo de serviço) será:

— E os processos que estavam tramitando antes da entrada em vigor da Lei n. 10.259/01 na Justiça comum deverão ser remetidos para o JECrim, ou continuarão tramitando na Justiça comum?

A resposta desta questão não é fácil e somente determinando a natureza jurídica do artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é que chegaremos à resposta correta.

Assim, surgirão três correntes:

1ª corrente — o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é norma eminentemente processual penal e, como tal, somente se aplica para a Justiça comum Federal, sendo irretroativa para o JECrim Estadual, que continua com o prazo e demais regras previstas no artigo 61 da Lei n. 9.099/95 — esta posição, além de minoritária pela doutrina, tende a ser afastada pelos tribunais brasileiros;

2ª corrente — o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é norma mista e, como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL, da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, na parte penal (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95). Mas, na parte processual penal (fixação da competência), apenas terá aplicação imediata (artigo 2º, CPP) com a entrada em vigor da lei estipulada para 13-1-2002, sendo que os TCO's ou processos em curso antes desta data continuarão com a justiça comum.

Note que aqui o intérprete estará simplesmente separando o conteúdo penal do processual penal da norma mista, agindo como se fosse legislador, quebrando o sistema constitucional do *check and balance* (artigo 2º da CF/88), que não prevê esta modalidade de separação de lei pelo Poder Judiciário.

Esta corrente ganhou, no Estado de Minas Gerais, a adesão do Poder Judiciário, que na Portaria Conjunta n. 24/2001 (publicada no Diário do Judiciário, edição de 11-12-2001), por seu honroso e culto Presidente, Exmo. Sr. Des. Gudesteu Biber, e nobre Corregedor-Geral de Justiça, Exmo. Sr. Des. Murilo José Pereira, nos artigos 1º e 2º, assim estabeleceram:

“Artigo 1º — Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, ajuizados perante as varas criminais comuns até o dia 12 de janeiro de 2002, não serão encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, continuando a tramitar perante aquelas varas, até decisão final.

“Artigo 2º — A partir de 13 de janeiro de 2002, data da vigência da Lei Federal n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicar-se-á, para fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais do Estado, o disposto em seu art. 2º, parágrafo único”.

Nota-se, por esta portaria, que o Poder Judiciário mineiro, por seu Presidente e Corregedor, separam a parte processual penal (artigo 1º da Portaria — efetivando a fixação de competência do JECrim somente a partir de 13-1-02) da parte penal (artigo 2º da Portaria — dando aplicação constitucional de retroatividade de lei penal mais benéfica — artigo 5º, XL, da CF/88), ou seja, interpretam a Lei n. 10.259/01 como lei mista, mas

separam, em relação ao tempo, instituto processual penal do instituto penal.

Seguindo o mesmo norte, o enunciado Criminal n. 2, do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, dispõe:

“Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, em curso até 12-1-2002, permanecerão na Vara Criminal da Justiça comum, onde será examinada a possibilidade de incidência dos institutos da Lei n. 9.099/95 (aprovado por unanimidade)”.

Ressalta-se que, em que pese a Portaria e o enunciado alhures mencionados, estes não têm o condão de ferir a independência funcional dos juízes, garantia constitucionalmente prevista, pois a presente Portaria e o enunciado não têm efeito normativo e, sim, meramente informativo e institucional.

3ª corrente — o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é norma mista e, como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL, da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, pois é mais benéfica ao réu. E, também, deslocará a competência para o JECrim e não mais para a Justiça comum, pois norma mista, seguindo a regra do penal, a este também se subsume, de forma que não poderá o intérprete simplesmente utilizar a parte penal da lei (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95) e aplicá-la de forma retroativa (artigo 5º, XL, da CF/88) mas não usar a parte processual (fixação de competência do JECrim), deixando de aplicar aos processos anteriores à lei. Enfim, na lei mista, ou retroage tudo, ou não retroage nada, a saber:

— se a norma mista for benéfica ao réu, retroage tudo (parte penal e processual penal — artigo 5º, XL, da CF/88);

— se a norma mista for *in malla partem*, nada retroagirá, apenas terá aplicação da sua vigência em diante.

Filio-me a esta corrente, sob pena de o aplicador da lei usurpar função legislativa, separando partes da lei que o legislador não separou.

Aliás, esta mesma questão (se pode ou não norma mista ser separada) foi resolvida pelo STF e STJ, na discussão acerca da Lei n. 9.271/96⁸, que entrou em vigor em 17-6-96.

Na época surgiram três correntes:

1. Aplicam-se, por inteiro, os institutos da nova lei (suspensão do processo e da prescrição) porque beneficiam o réu — aplicação pura e simples do artigo 2º do CPP. Todavia, a suspensão da prescrição prejudicava o réu, razão pela qual esta corrente, *data venia*, foi falha, já que a CF/88 não permite que a lei retroaja para prejudicar o réu. Esta corrente entende que o artigo 366 do CPP é apenas norma processual penal e não mista. Esta corrente, quando a lei surgiu, foi dominante no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo;

2. Não se aplicam, por inteiro, os institutos da nova lei, mas apenas à parte que beneficia o réu (suspensão do processo — parte retroativa). Logo, não se aplica a suspensão da prescrição, sendo esta irretroativa. Esta corrente, *data venia*, contrariou o princípio da igualdade de tratamento, prejudicando o autor — MP ou querelante. Além do mais, a suspensão do processo deve ser provocada, mas a suspensão da prescrição não (é *ex vi legis*). Por fim, se isto fosse possível, o juiz estaria legislando, já que o legislador não criou esta possibilidade. Esta corrente acerta ao interpretar o artigo 366 do CPP como norma mista, mas peca por quebrar o princípio da igualdade entre as partes no Processo Penal;

3. Aplica-se a Suspensão Condicional do Processo (beneficia o réu) e a Suspensão do Prazo Prescricional (beneficia o autor), apenas após a vigência da lei já referida. Assim, por esta corrente, a norma é mista e, como tal, na parte penal prejudica o réu; logo, não pode retroagir, ainda que em parte, devendo ser aplicada somente da sua vigência em diante, pois a norma mista ou retroage tudo (parte penal ou processual penal— se for benéfica ao réu), ou não retroage nada (se for maléfica ao réu).

A corrente que entendeu que a norma mista não poderia ser fracionada foi a que vingou. O STF (RHC n. 74.695, 2ª Turma, rel.

8 A Lei n. 9.271/96 deu nova redação ao artigo 366 do CPP (revelia no processo penal), criando institutos processuais penais da revelia, quais sejam, produção de prova de caráter urgente e suspensão do processo, bem como institutos penais da revelia, quais sejam, suspensão da prescrição e prisão preventiva.

Min. Carlos Velloso, em 11-3-97, v.u.), o STJ e, em Minas Gerais, a Súmula 26 TJMG pacificaram o seguinte entendimento: a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional somente se aplicam aos processos iniciados após 17-6-96. A Súmula 26 do TJMG assim impõe:

“A suspensão do processo e da prescrição, prevista na Lei n. 9.271/96, só se aplica às infrações cometidas após sua vigência (17-6-96), não retroagindo, mesmo quando revel o acusado (unanimidade)”.

Curiosamente, o Tribunal de Justiça mineiro, na discussão da Lei n. 9.271/96, por unanimidade, sumulou a matéria em que lei mista retroage em sua inteireza somente se for benéfica ao réu, que neste caso não era. O Tribunal, portanto, não separou a norma mista em penal e processual penal, dando tratamento distinto, agindo corretamente.

Todavia, agora, na discussão da Lei n. 10.259/01, o Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor-Geral de Justiça editaram uma Portaria Conjunta, reconhecendo que a citada lei é mista, mas separando o conteúdo penal do processual penal, ou seja, na parte penal a lei deve retroagir por ser benéfica ao réu, mas, na parte processual penal, o JECrim somente terá competência para processos a partir do dia 13-1-2002.

Esta contradição certamente será resolvida pelo Plenário do eg. TJMG, além do próprio STF como órgão de cúpula, sem prejuízo de eventuais conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público mineiro que trabalham nas Varas Criminais e no JECrim, caso em que será resolvido pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado.

2.1— Aplicação da Lei n. 10.259/01 na Justiça Eleitoral

Sobre a aplicação da Lei n. 9.099/95 na Justiça Eleitoral, é de se observar que o artigo 76 da citada lei, que cuida da transação penal, não se lhe aplicava, até o advento da Lei n. 10.259/2001, por serem as leis eleitorais leis extravagantes que não tinham previsão expressa para a transação penal, como possui o artigo 27 da Lei n. 9.605/98 (Lei Ambiental) e o artigo 290 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Todavia, com o advento da Lei n. 10.259/01, que mudou o critério, não mais exigindo ritos especiais, é possível a aplicação dos institutos dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, desde que sejam operacionalizados na própria Justiça Eleitoral e não no JECrim, pois a competência da Justiça Eleitoral é fixada pela CF/88 em razão da matéria.

Da mesma sorte, aplicar-se-á, de agora em diante, o artigo 69 da Lei n. 9.099/95, isto é, como o critério de “infração de menor potencial ofensivo” mudou, em face da Lei n. 10.259/2001, aplicando-se assim, na Justiça Eleitoral os institutos dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, não poderá haver prisão em flagrante se o infrator eleitoral se comprometer a receber transação penal na Justiça Eleitoral. Portanto, não será preciso sequer levar o autor do fato ao Juiz Eleitoral.

Noutro giro, os crimes de lesão corporal leve e culposa, conexos com um crime eleitoral, são julgados pela Justiça Eleitoral (art. 78, IV, do CPP) e para os quais se aplica o artigo 88 da Lei n. 9.099/95 (exigência de representação).

Já para suspensão condicional do Processo (art. 89), presentes todos os requisitos objetivos e subjetivos, e ainda, no que couber, aplica-se na Justiça Eleitoral, como antes já se vinha aplicando, mas ainda com o mesmo prazo (pena mínima de até 1 (um) ano, pois a Lei n. 10.259 nada mudou neste sentido).

Havendo suspensão condicional do Processo, o Promotor Eleitoral deve ficar atento a eventual dano causado à sociedade ou ao pleito eleitoral, devendo a reparação dos danos ser condição precípua para que o Estado não suporte um ônus a que não deu causa, salvo provada documentalmente a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de crime de falsidade ideológica.

3. Aplicação da Lei n. 10.259/01 para infrações penais com rito especial

Com a Lei n. 10.259/01, os crimes que possuam rito especial também estarão sujeitos aos benefícios dos artigos 69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95.

Esta nova aplicação se extraía do artigo 61 da Lei n. 9.099/95, que proibia expressamente a aplicação da transação

penal para os crimes previstos em leis especiais, somente permitindo-a para as contravenções.

Nesse sentido:

Art. 61 da Lei n. 9.099/95:

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

“Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.”

Concluía-se, portanto, que o flagrante era possível nos crimes que tivessem procedimento especial, ou seja, não se aplicava o artigo 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 para crimes com procedimento especial, porque o artigo 61 da Lei n. 9.099/95 não considerava infrações de menor potencial ofensivo os crimes em que a lei especial previsse procedimento especial, possibilitando assim o flagrante nos crimes eleitorais, no artigo 16 da Lei n. 6.368/76 etc., justamente por não serem passíveis de transação penal. No caso, poder-se-ia conceder liberdade provisória com ou sem fiança, mas a prisão em flagrante era possível e não cabia transação penal.

Mas tudo isto mudou, em razão da Lei n. 10.259/2001, que regulamentou o Juizado Especial Federal Criminal e derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Portanto, a vingar a tese de que a Lei n. 10.259/01 é norma mista, isto é, tem também conteúdo penal, não poderá haver qualquer espécie de interpretação restritiva da nova lei, visando a proibir a sua plena aplicação em crimes que tenham procedimento especial, pois do contrário estar-se-ia violando norma constitucional (artigo 5º, XL, da CF/88).

Neste particular, *data venia*, o enunciado Criminal n. 1 do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, é visivelmente inconstitucional, contrariando o artigo 5º, XL, da CF/88, pois interpreta contra o réu norma que a Lei n. 10.259/01 não proibiu. Ora, o que não está proibido juridicamente, ainda mais em Direito Penal, está permitido.

Diz o enunciado:

“As infrações consumadas a partir da vigência da Lei n. 10.259/01 (13-1-02), com pena máxima não superior a dois anos e multa, não sujeitas a procedimento especial, estarão afetas aos Juizados Especiais (aprovado por unanimidade)”.

Nota-se, portanto, o visível caráter inconstitucional do enunciado.

3.1 — Os crimes de trânsito

Nos crimes de trânsito, por força do artigo 291 e seu parágrafo único da Lei n. 9.503/97, aplicavam-se os artigos 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, nos moldes do artigo 61, e com mais uma peculiaridade: os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, com pena máxima de dois anos), embriaguez ao volante (artigo 306, com pena máxima de três anos), e participação em competição automobilística não autorizada (artigo 308, com pena máxima de dois anos) permitiam também as benesses alhures, mesmo o prazo da pena máxima não sendo de um ano, como exigia o artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Daí por que estas três exceções se processavam na Justiça comum e eram chamadas de “infrações de médio potencial ofensivo”.

Com a Lei n. 10.259/01, os crimes dos artigos 303 e 308 do CTB, que eram exceções, passaram a ser regra, pois admite-se o novo conceito para infrações penais de pena máxima de até dois anos.

Mas como ficará o crime de embriaguez ao volante, cuja pena máxima é de três anos?

Terá aplicação das benesses da Lei n. 9.099/95, por força do artigo 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/97.

Assim, podemos dizer hoje que o conceito de “infração de menor potencial ofensivo” passou a ser gênero do qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo — previstas na Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de dois anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) — a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e, se for o caso, processo e julgamento, será do JECrim, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB, com pena máxima de três anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei n. 9.099/95.

3.2 — Os crimes de abuso de autoridade e porte ilegal de arma

Com o advento da Lei n. 10.259/01, muitos Promotores e Juízes se indignaram com a aplicação de transação penal ou mesmo o rito do JECrim para o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma, não no sentido de terem estes ritos especiais ou porque a pena é inferior a dois anos, mas pela objetividade jurídica que regulam, já que a vida, integridade física e saúde das pessoas é norma constitucional que não permite aplicação de institutos do Direito Penal Mínimo.

Para estes adeptos, como a Lei n. 10.259/01 tem retroatividade imediata, por ser norma mista, resta-lhes apenas o caminho do controle difuso de constitucionalidade, visando à não-aplicação da Lei n. 10.259/01, usando os argumentos constitucionais ligados à objetividade jurídica destes.

Em que pese o forte argumento da não-incidência da Lei n. 10.259/01 nestes crimes, ainda assim entendo que a Lei n. 10.259/01 deve retroagir, diante do artigo 5º, XL, da CF/88, deslocando sua competência para o JECrim e aplicando os institutos da Lei n. 9.099/95 (artigo 69, parágrafo único, 74 e 76). Isto porque o crime de abuso de autoridade, via de regra, não vem isolado, e sim em concurso de crime com outro, o que, somando-se as penas máximas, não induz à aplicação da Lei n. 9.099/95, em razão da

complexidade da causa, ficando desde já na Justiça comum (artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95).

Todavia, quando permitir a aplicação das benesses da Lei n. 9.099/95, o JECrim tem perfeitas condições de aplicar os benefícios legais ao autor do fato, pois devemos separar o joio do trigo e tentar recuperar o autor do fato, por exemplo, com palestras ligadas a cursos de direitos humanos etc.

Nesse sentido, tenho sustentado a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei n. 9.099/95, que proíbe a aplicação das benesses da citada lei para a Justiça Militar. Todavia, o entendimento majoritário é que não cabe a aplicação da Lei n. 9.099/95 para crimes militares.

Outra parte da doutrina apenas entende aplicáveis dois dos quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95:

- 1) os crimes de lesão corporal leve e culposa passaram a ser crime de Ação Penal Pública Condicionada à representação;
- 2) suspensão condicional do Processo (artigo 89).

Todavia, sou adepto a que se apliquem à Justiça Militar os quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, sendo que dois (74 e 76) são com reservas, ou seja:

— aplicam-se os artigos 88 e 89 da Lei n. 9.099/95, dois institutos despenalizadores de grande relevância;

— a transação penal (artigo 76) somente pode ser aplicada nas contravenções e nos crimes com pena máxima de dois anos ou multa, seja com ou sem procedimento especial (Lei n. 10.259/01);

— já o instituto da composição civil dos danos (artigo 74 da Lei n. 9.099/95) segue os mesmos critérios de aplicação do artigo 76 (transação penal) citado acima.

Assim, a Lei n. 9.839/99, que inseriu o artigo 90-A da Lei n. 9.099/95, é inconstitucional.

Como muito bem destaca o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes, em sua monografia jurídica de final de Curso de Graduação em Direito (Faculdade de Direito do Oeste de Minas, dezembro de 2001), é “a Inconstitucionalidade da Lei n. 9.839/99”, a teleologia da Lei n. 9.839/99 foi exatamente vedar os institutos

da Lei n. 9.099/95 por serem incompatíveis com os princípios que regem o Direito Penal Militar, dentre eles a “hierarquia e disciplina”, cuja tutela é prioritária para o Direito Castrense.

Assim, prossegue o monografista, “por interferência direta, à época, dos Ministros Militares — Marinha, Exército, Aeronáutica e Chefe do Estado Maior das Forças Armadas — foi submetido à consideração do Sr. Presidente da República a Exposição de Motivos Interministerial n. 6, de 30 de janeiro de 1998”, esta que deu origem à Lei n. 9.839/99.

Neste contexto histórico, destacam-se os seguintes dizeres dos Ministros:

“Não é difícil imaginar o caos que se instalaria nos quartéis e os irreparáveis danos para a disciplina e a operacionalidade das Forças Armadas, com a aplicação dos institutos inovadores trazidos pela Lei n. 9.099 de 1995, como a necessidade de representação do ofendido, nos crimes de lesões corporais, bem assim a suspensão do processo até quatro anos, como direito subjetivo do acusado”;

“Diante da certeza da suspensão do processo quantos subordinados hesitariam em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar)? E o que dizer da violência do superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo código) [...]” — (frases retiradas da monografia do Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes).

Pois bem, fácil para um aplicador do Direito dizer que uma norma é inconstitucional. Difícil é explicá-la.

Pois bem, por que a Lei n. 9.839/99 é inconstitucional?

Simplesmente porque cometeu um erro grave, que já era previsto desde os primórdios da civilização, como explica a Bíblia: não separou o joio do trigo (Mateus, 13-24)!

O militar deve ser considerado numa sociedade moderna como pessoa mais preparada que um civil, tendo, portanto, códigos mais rígidos, já que diuturnamente lida com vidas, patrimônios, liberdade e integridade física de outrem.

Daí por que se praticar um estupro, deveria ser punido com a pena do crime hediondo e não sem este rigorismo, pois seria um *contra sensu* para o civil responder assim, e o militar, cuja disci-

plina e hierarquia são inerentes, não sofrer os rigores da hediondez do crime. Aqui nota-se que a lei dos Crimes Hediondos errou, enquanto deveria dar mais rigor.

Assim, no âmbito penal, devemos considerar o princípio da alteridade, de Claus Roxin, em que o Direito Penal deve-se preocupar com atitudes que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de forma séria, e não condutas meramente pecaminosas, do ponto de vista subjetivo ou de pequena repercussão na objetividade jurídica.

Na Lei n. 9.099/95, ao elevar determinadas infrações a categorias de “menor potencial ofensivo”, com posterior ampliação deste conceito pelo artigo 2º da Lei n. 10.259/01, após previsão constitucional de penas de prestação social alternativa (artigo 5º, XLVI, *d*), não disse o constituinte de 1988 que “são infrações de menor potencial ofensivo àquelas previstas em lei, exceto para militares”, pois isto seria, em lei ordinária, quebra do princípio da isonomia, sem elemento diferenciador previsto por Aristóteles, qual seja, “tratar desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Ora, se houvesse tratamento diferenciado entre civil e militar no tocante a benefícios em infrações de menor potencial ofensivo, deveria sê-lo para o militar, já que corre atrás de bandidos, troca tiros, recebe baixos salários, tem problemas emocionais causados pelo serviço e atende ao público de forma contínua, vendo os dramas dos seres humanos.

Rui Barbosa, na Oração aos Moços, Ediouro Editora, p. 55, é taxativo:

“[...] A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

“Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivaless-

sem. Essa blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria [...]”.

Portanto, *data venia*, não aplicar os institutos despenalizadores aos militares que cometem “infrações de menor potencial ofensivo” é, sem dúvida, tratar desigualmente os iguais (civil e militar, neste particular), fomentando a discórdia e desprotegendo os bons militares que passam por momentos difíceis em sua carreira.

Ora, militares bons que erram são exemplos de seres humanos e não de monstros ou criminosos perversos ou nocivos ao meio social, já que a infração é, repito, de “menor potencial ofensivo”, bem como o que se garante é a representação da vítima na lesão corporal dolosa leve ou culposa, ou, ainda, suspensão condicional do processo para crimes com pena mínima de 1 (um) ano ou menos, bem como transação penal e composição civil dos danos com os critérios da Lei n. 10.259/01, igualando, assim, com os civis.

Portanto, os notáveis Ministros citados, preocupados com a disciplina e hierarquia, generalizaram situações distintas, quais sejam, crimes graves, cuja repressão aos militares deve ser mais rígida, sem sombra de dúvidas, com “infrações de menor potencial ofensivo”, não se justificando ser mais rígida do que a de um civil, já que não há nada que os distinga neste aspecto, ou seja, tanto o civil como o militar, sendo bons, mas com deslize na seara penal, devem ser beneficiados com os institutos da Lei n. 9.099/95, já que é preciso atender não somente os requisitos objetivos já vistos, mas também os requisitos subjetivos.

Neste sentido, a preocupação dos Ministros quanto a um “subordinado hesitar em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar) e o superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo Código), sabedores que receberiam benefícios da Lei n. 9.099/95”, passa a ser um sofisma, já que para receber tais benefícios precisariam provar que atenderam os requisitos subjetivos, que, nas hipóteses levantadas, não estariam presentes, já que o Direito não privilegia situações de torpeza (“ninguém pode receber benefícios alegando a própria torpeza”).

O Direito Penal moderno exige que “se separe o joio do trigo”, pois é muito mais fácil recuperar um militar que recebe os benefícios da Lei n. 9.099/95, em situações demonstradas neste parecer, do que simplesmente generalizar os casos, sob falsas premissas (sofisma), com o fim único de usar o Direito Penal como instrumento meramente repressor, vingativo, punitivo, sem preocupar-se com que a pena também deveria ter seu aspecto de prevenção geral (reinsere o apenado à sociedade).

Quando um pai pune o filho com tapas e socos, sem explicar-lhe o erro e dar chance de recuperação e retomada da consciência, está criando na sociedade um criminoso, do ponto de vista psicológico.

Todavia, quando o pai conserta o homem que existe em seu filho, ensinando que errou, mas dando chances de entender seu ato e recuperá-lo, está criando um cidadão, que saberá igualmente educar seu filho e assim sucessivamente.

Ao permitir, em hipóteses muito bem fundamentadas pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário da Justiça Militar, os benefícios da Lei n. 9.099/95 ao militar, estar-se-á dando exatamente o que os citados Ministros desejam: disciplina e hierarquia na Justiça Militar, pois os militares bons que cometem infrações de menor potencial ofensivo, após estas benesses, voltarão conscientes do que praticaram e terão oportunidade de melhor servir a comunidade, o Estado em que são lotados, e, via de consequência, o País e a Pátria!

No entanto, se generalizarmos os militares que cometem infrações de menor potencial ofensivo daqueles que praticam crimes graves, estaremos punindo os bons, que certamente, ao verem estas incompatibilidades, chegarão à falsa ilusão de que nada lhes adiantou servir a Pátria, pois esta lhes deu as costas, quando eles mais precisavam dela.

Esta é a verdadeira Justiça?

Rui Barbosa, há cerca de 90 anos, proferiu estas palavras que retratam bem o Brasil de hoje:

“De tanto triunfar as nulidades, e tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desani-

mar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto” (sublinhado nosso).

Ninguém está defendendo os militares que cometem crimes graves, já que estes não merecem nenhum benefício legal, pois representam “o joio” (Mateus 13-24).

O que se defende é outra categoria de militares (“o trigo” — Mateus 13-24), justamente aqueles que, por descuido ou por contingência da vida, num momento de extrema infelicidade, cometem infrações de menor potencial ofensivo, não sendo perigosos e tampouco nocivos ao meio social e militar, já que, inclusive, paralelamente aos benefícios dos artigos 88 e 89 da Lei n. 9.099/95, sofrerão reprimendas administrativas, quiçá mais graves que a própria pena abstrata do delito, já que entregar uma farda e armas à Instituição é entregar um ideal de amor e sentimento de respeito à Pátria.

Pois bem, são justamente esses militares que merecem tais benefícios, que não serão analisados apenas no âmbito objetivo, mas também subjetivo e, repito, somente em infrações de menor potencial ofensivo.

O requisito subjetivo para os militares, na maioria das vezes, deve ser extraído das Notas de Prêmios e Castigos (ficha funcional), devendo sempre prevalecer a segurança coletiva propiciada e os benefícios que trouxeram à comunidade e à nação brasileira com seus atos operacionais, conforme sabiamente ensina o filme que retrata a história de militares norte-americanos — “Regras do Jogo” (*Rules of Engagement*, 2000, *Paramount Pictures*, com Tommy Lee Jones, Samuel L. Jackson, Guy Pierce Bem Kingsley e Anne Archer).⁹

9 Regras do Jogo: O filme inicia em 1968, quando o Coronel Childers (Samuel L. Jackson) e o Coronel Hodges (Tommy Lee Jones) lutam nos campos do Vietnã. Separado do grupo de Childers, o grupo de Hodges sofre uma emboscada. Seria mente ferido e com todos os seus homens mortos, Hodges é salvo por Childers. Quase trinta anos mais tarde, o Cel. Childers é chamado para liderar o grupo de fuzileiros designado a proteger o embaixador americano de uma violenta manifestação de árabes no Iêmen. Depois de salvar o embaixador, mas perder fuzileiros no confronto, Childers manda atirar na multidão, matando 83 pessoas dentre mulheres, velhos e crianças, deflagrando uma crise internacional. Os E.U.A decidem levar o condecorado Cel. Childers à Corte Marcial.

Conforme caminhou muito bem em sua monografia já mencionada, o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes coloca uma situação ainda mais injusta: imaginem que, numa grande operação conjunta entre Polícia Civil (como Polícia Judiciária) e Polícia Militar, um militar e um policial civil, agindo em co-autoria, previamente ajustados, cometem um desatino, dando causa a uma infração de menor potencial ofensivo.

O policial militar simplesmente verá o policial civil se beneficiar dos institutos da Lei n. 9.099/95 (transação penal no JECrim, em face da Lei n. 10.259/01), enquanto que ele, pelo mesmo ato de co-autoria, sofrerá uma reprimenda dura na esfera penal, sem prejuízo da seara administrativa.

Houve dois pesos e duas medidas neste caso? Isto é Justiça? Qual elemento diferenciador justifica punir neste caso o militar mais severamente do que o policial civil, se houve co-autoria delitiva?

Ademais, sem prejuízo deste entendimento, deve-se observar a lei processual no tempo, ou seja, se a nova lei prejudicial (*novatio legis in pejus* — Lei n. 9.838/99) entrou em vigor depois do fato, pois neste caso não pode prejudicar o direito adquirido, pois lei processual penal, quando mista, segue a regra da lei penal no tempo, isto é, a lei nova prejudicial não retroagirá, salvo se beneficiar o réu. Vejamos a Jurisprudência nesse sentido:

“*Habeas corpus* originário substitutivo de recurso ordinário — Crimes militares de lesão corporal culposa e abandono de posto — Lei n. 9.099/95: exigência de representação para o primeiro crime (artigos 88 e 91) e possibilidade de concessão de *sursis* processual (artigo 89) para o segundo — Direito intertemporal: advento da Lei n. 9.839/99 excluindo a aplicação da Lei n. 9.099 do âmbito da justiça militar — 1. A jurisprudência deste Tribunal entendeu aplicável à Justiça Militar as disposições da Lei n. 9.099/95 e, assim, a necessidade de representação, no caso de lesão corporal leve ou culposa (artigos 88 e 91), e a possibilidade

O Cel. Childers, então, chama o Cel. Hodges, que se tornou advogado, para defendê-lo. As regras do jogo darão seu destino.

Portanto, neste filme, há uma missão de resgate. Um grupo de fuzileiros entre a vida e a morte. E, um código a seguir!

de concessão da suspensão condicional do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Entretanto, esta orientação jurisprudencial ficou superada com o advento da Lei n. 9.839/99, que afastou a incidência da Lei n. 9.099/95 do âmbito da Justiça Militar. 2. Fatos ocorridos em 1998, portanto, na vigência da Lei n. 9.099/95 e antes do advento da Lei n. 9.839/99. 3. Conflito de lei no tempo que se resolve à luz do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição (a lei penal não retroagirá, senão para beneficiar o réu), ou seja, sendo a nova disposição *lex gravior*, não pode alcançar fatos pretéritos, que continuam regidos pelo regramento anterior (*lex mitior*). Este assento constitucional afasta, no caso, a incidência do artigo 2º do CPP, que prevê a incidência imediata da lei processual nova. 4. *Habeas corpus* conhecido e deferido, integralmente quanto ao primeiro paciente, para declarar a extinção da punibilidade em face da recusa de representação por parte do ofendido, e, em parte, quanto ao segundo, para determinar que seja colhida a manifestação do Ministério Público Militar sobre a oportunidade, ou não, de proposta de suspensão condicional do processo (STF — HC 79988 — 2ª T. — rel. Min. Maurício Corrêa — DJU 28-4-2000 — p. 74).

Assim, a missão do Ministério Público nas Auditorias Militares e no próprio órgão do Poder Judiciário atuando nas Auditorias Militares é uma missão extremamente difícil, pois terá de separar o joio do trigo, em benefício da própria nação, argüindo, *incidenter tantum*, ou seja, na parte fundamentadora da sentença, a inconstitucionalidade da Lei n. 9.839/99 (controle difuso de constitucionalidade), para na parte dispositiva da sentença, no mérito, aplicar aos bons militares, que cometerão infrações de pequeno potencial ofensivo, os benefícios da Lei n. 9.099/95 (com o conceito da Lei n. 10.259/01), da mesma forma que aplicariam para um civil, não havendo, portanto, quebra dos princípios da igualdade, do *favor rei* e do *jus libertatis*, da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, entendo, *data venia*, que aos crimes militares cabe a aplicação da Lei n. 10.259/01, porém, na Justiça Castrense, é inconstitucional o artigo 90-A da Lei n. 9.099/95, por quebrar o princípio da igualdade (artigo 5º, I, da CF/88), proporcionalidade e razoabilidade (artigo 5º, LIV, da CF/88).

Soma-se a isso que o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma de fogo permitida, em que pesem suas objetividades jurídicas, são da competência do JECrim e sujeitam-se ao conceito de infrações de menor potencial ofensivo, até porque, no caso do crime de abuso de autoridade, por força do artigo 6º, § 4º, da Lei n. 4.898/65, a pena de perda do cargo nem sempre é aplicável, aliás, dificilmente a esta se chega, em face da aplicação das penas alternativas dos artigos 44 e 77 do Código Penal e, muitas vezes, em face da prescrição deste crime em dois anos (artigo 109 do CP).

3.3 — Os crimes de competência de foro pela prerrogativa de função

Os crimes cuja competência são de foro pela prerrogativa de função, inclusive cujo o rito especial está estipulado na Lei n. 8.038/90, também terão possibilidade de aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95, em razão do novo conceito trazido pela Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único.

3.4 — A Lei n. 10.259/01 e a legislação de entorpecentes

Conforme já relatado, o artigo 16 da Lei n. 6.368/76 também permitirá a aplicação da transação penal da Lei n. 9.099/95, em razão de a Lei n. 10.259/01 não proibir sua aplicação para rito especial. Todavia, deve no JECrim ser oferecida para o autor do fato proposta de internação em clínica, às expensas do infrator, para tratamento psicotrópico, como forma de reinserção social da pessoa viciada.

Como na Justiça brasileira existem milhões de crimes regulados pelo artigo 16 da Lei n. 6.368/76, o ideal é designar audiência preliminar em conjunto, nos salões do Tribunal do Júri ou acomodações maiores, para que o JECrim não delongue no procedimento ou na benesse, nem fique impraticável com o imenso volume de serviço.

O comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, ou seja, é por meio do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos. Os regimes dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão

condicional do processo) não têm qualquer ligação com o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, ou seja, têm características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95. Daí por que são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei n. 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

4. Concurso de infrações e transação penal

Pode ocorrer que, uma vez delimitada, de regra, a competência do JECrim para infrações de menor potencial ofensivo (exceto para crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral e, exceto o crime de embriaguez ao volante, cuja competência é da Justiça comum), haja duas ou mais infrações, cuja pena máxima, somadas, ultrapassam dois anos. Ex: porte ilegal de arma e uso de substância entorpecente.

Neste caso, como deverá agir o JECrim?

Poderá haver três alternativas:

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECrim (artigo 81 da Lei n. 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou;

b) aplicação do artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95, isto é, devolver os autos para a justiça comum, diante da complexidade da causa.

Nos dois primeiros casos, não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) o JECrim será competente para ambos, sendo que num deles caberá transação penal, enquanto que para o outro haverá denúncia com o benefício da Suspensão Condicional do Processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 são independentes e autônomos, isto é, um não exclui o outro.

5. Transação Penal Vs. Suspensão Condicional do Processo

Com o advento da Lei n. 10.259/01, surgirá um problema técnico:

Os processos que estavam em curso antes do advento da Lei n. 10.259/01 e que tinham como benefício o artigo 89 da Lei n.

9.099/95, por exemplo, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei n. 6.368/76), como ficarão, já que a nova lei trouxe possibilidade de transação penal para pena máxima de dois anos, que é muito mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo?

Realmente, a transação penal é mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo, pois na primeira não existe denúncia (exceção ao princípio da legalidade da ação penal pública) e tampouco há necessidade de condições legais e judiciais de cumprimento, como comparecimento mensal em juízo, de dois a quatro anos, para justificar suas atividades.

Nesse caso, deverá o magistrado, com o pedido feito ou mesmo de ofício, trancar o Processo Penal, que estava suspenso via suspensão condicional do processo, e abrir prazo para o Ministério Público oferecer transação penal?

Haverá duas correntes:

1ª corrente — os processos em curso não se sujeitarão à transação penal, pois se trata de lei meramente processual, logo, com aplicação imediata, sem retroatividade (artigo 2º do CPP), isto é, aplicando-se apenas para os casos a partir de 13-1-2002. Ademais, como o recebimento do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 não impede que o mesmo autor do fato receba o artigo 76 da Lei n. 9.099/95, por serem institutos autônomos, não haveria qualquer prejuízo;

2ª corrente — sendo norma mista, com retroatividade benéfica (artigo 5º, XL, da CF/88), o magistrado, jamais de ofício, para evitar, via oblíqua, que invada a titularidade da ação penal pública, deverá abrir vista para o Ministério Público para que este concorde ou não com o trancamento do Processo para aplicação da transação penal. Se o Ministério Público discordar, sem justo motivo, o magistrado deverá aplicar, por analogia, o artigo 28 do CPP. Se o *Parquet* concordar, o Processo Penal que estava suspenso via suspensão condicional do processo (art. 89) será trancado, por falta de condição de ação (falta de possibilidade jurídica do pedido superveniente), remetidos os autos para o JECrim, a fim de que o Ministério Público ofereça a proposta de transação penal (artigo 76). O magistrado, porém, deverá comunicar à Secretaria do Juízo

para que atualize a certidão cartorária criminal, constando o trancamento do processo por falta de condição de ação superveniente e conseqüente aplicação de transação penal.

Particularmente entendo que, antes de trancar o processo penal e perder a denúncia e o recebimento da denúncia (que interrompe a prescrição), o magistrado deverá notificar o advogado e o autor do fato a fim de aceitarem ou não a transação e, somente após cumprida, é que efetivamente se trancaria o Processo Crime, sob pena de uso anormal do direito (abuso do direito ou ato emulativo). Isto porque a Justiça pode ser cega, mas tem cérebro!

A defesa, caso não consiga este trancamento do Processo Crime, deverá impetrar *Habeas Corpus*, com base no artigo 5º, XL, da CF/88 c/c artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01.

6. A Lei n. 10.259/01 alterou, por analogia, o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 para dois anos também (como fez com o instituto da transação penal)?

A resposta deve ser negativa.

O artigo 89 da Lei n. 9.099/95 não foi alterado pela nova lei, permanecendo o mesmo critério de pena mínima de 1 (um) ano, para qualquer procedimento.

Talvez tenha o legislador se equivocado, pois certamente queria ampliar o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, e não o comando geral (conceito de “infrações de menor potencial ofensivo”) que influenciaria nos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95.

A esta conclusão se chega porque os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não têm qualquer ligação com o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, ou seja, têm características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Daí por que são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei n. 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

Por conseguinte, em que pese o prazo da transação penal (artigo 76 da Lei n. 9.099/95 c/c o conceito da Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único) ser de dois anos (para pena máxima) e o da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n.

9.099/95) ser de um ano (para pena mínima), o que aparenta uma contradição, o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 não foi alterado pela Lei n. 10.259/01.

Assim, nada impede que uma pessoa receba em um processo criminal apenas a suspensão condicional e não a transação penal, por ter pena máxima de três anos e pena mínima de um ano. Ex: embriaguez ao volante (em que pese neste crime caber transação penal apenas porque o artigo 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/97 excepciona).

Da mesma forma, nada impede que a pessoa tenha recebido uma transação penal por um crime e, no mês seguinte, cometa outro. Neste caso, sofrerá denúncia mas receberá a suspensão condicional do Processo, por ser instituto autônomo do artigo 76 da Lei n. 9.099/95.

Por outro norte, nada impede que a pessoa recuse a proposta de transação penal. Neste caso, sofrerá denúncia e terá oferecido a suspensão condicional do Processo, que poderá aceitar por ter-se arrependido de não ter aceito a transação penal.

Portanto, em que pese o prazo de transação penal ter sido alterado para dois anos e a suspensão condicional do processo ter permanecido por um ano, trata-se apenas de uma aparente contradição, que é apenas aparente porque o critério para transação penal é pena máxima e se sujeita ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95, enquanto que o critério para a suspensão condicional do processo é de pena mínima e não se sujeita ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95, sendo ambos institutos autônomos em que um não exclui o outro.

III. Conclusões

Por todo o exposto, usando da proporcionalidade e razoabilidade constitucional, podemos concluir que:

1º) O novo conceito de “infrações de menor potencial ofensivo” é gênero do qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo — previstas na Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de dois anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) — a competência para aplicação

das benesses (artigo 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e, se for o caso, processo e julgamento, será do JECrim, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de três anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça comum, por força do artigo 291, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95.

2º) A Lei n. 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, conceituando como “infração de menor potencial ofensivo”:

a) todas as contravenções penais;

b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;

c) todas as infrações penais punidas somente com multa;

d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial;

3º) A Lei n. 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da lei penal no tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante à parte de processo penal — fixação de competência do JECrim), consoante artigo 5º, XL, da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECrim), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da Lei (casos anteriores a 13-1-2002). As exceções feitas à competência do JECrim são as seguintes:

a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral, diante da competência constitucional em razão da matéria;

b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei n. 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;

c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei n. 9.503/97) (considerada “infração penal de médio potencial ofensivo”), cuja competência é da justiça comum;

5º) A Lei n. 10.259/01 se aplica para todas as infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, porte de substância entorpecente, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc.), inclusive para aquelas anteriores à entrada em vigência da lei (antes de 13-1-2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisados os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo Crime originário por falta de condição de ação superveniente;

6º) No caso de concurso de infrações penais da competência do JECrim, da Justiça comum (artigo 306 do CTB), da Justiça Eleitoral (crimes eleitorais) ou da Justiça Militar (crimes militares, considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei n. 9.099/95), haverá três correntes no tocante à possibilidade ou não de aplicação de transação penal (artigo 76 da Lei n. 9.099/95 com a nova redação da Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único):

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECrim (artigo 81 da Lei n. 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou;

b) aplicação do artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95, ou seja, devolver os autos para a justiça comum, que será a competente para processo e julgamento, diante da complexidade da causa;

Nos dois primeiros casos não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) O JECrim será competente para ambos, sendo que num deles caberá transação penal, enquanto que para o outro haverá denúncia com o benefício da suspensão condicional do processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 são independentes e autônomos, ou seja, um não exclui o outro;

7º) A Lei n. 10.259/01 não alterou o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, que continua sendo aplicável para todas as infrações penais, com ou sem procedimento especial, desde que com previsão de pena mínima de um ano, inclusive.

IV. Bibliografia

- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. *São Paulo: Saraiva, 2000.*
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. Revista dos Tribunais. GOMES, Luiz Flávio, *Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais*. Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. *São Paulo: Saraiva.*
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. *Rio de Janeiro: Aide.*
- GRINOVER, Ada Pellegrini.
- Novas tendências do direito processual. *Rio de Janeiro: Forense Universitária.*
- Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. *São Paulo: Saraiva, 1982.*
- As nulidades no processo penal. *São Paulo, Malheiros, 1994.*
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Saraiva.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Forense.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais)*, in www.damasio.com.br, ago.2001.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal anotado. *São Paulo: Saraiva, 1998.*
- KARAM, Maria Lúcia. Competência no processo penal. *São Paulo: RT.*
- MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. *Edição histórica e tiragem controlada*. Campinas: Millennium, 2000, revista, atualizada e complementada por José Renato Nalini e Ricardo Dip.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. *São Paulo: Atlas; Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2000.*
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. *São Paulo: Atlas, 2000.*
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, volumes I, II e III, 2000.
- VARGAS, José Cirilo de. *Processo Penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey.

JURISPRUDÊNCIA PENAL

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.022796-2, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação criminal – Crime contra a saúde pública – Tráfico – Prisão em flagrante – Absolvição – Autoria e materialidade comprovadas – Depoimentos de policiais – Validade.

O testemunho dos policiais envolvidos na prisão do agente não pode ser reprovado apenas pela condição funcional do depoente, merecendo valor probante como as demais testemunhas compromissadas, desde que não demonstrada má-fé dos agentes.

Fixação da pena-base acima do mínimo legal em face da gravidade da conduta, dos péssimos antecedentes e da má personalidade do agente – Pena restritiva de direitos – Crime equiparado a hediondo – Decisão mantida – Recurso desprovido.

“A Lei n. 9.714/98, quando prevê a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos e aos a estes assemelhados. Precedentes [...]” (STJ, RHC n. 9062/MG, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 5-10-1999).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.022796-2, da comarca de Bal-

neário Camboriú, em que é apelante Gilberto Pessati, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas legais.

O representante do Ministério Público da comarca de Balneário Camboriú ofereceu denúncia contra Gilberto Pessati, dando-o como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

“Infere-se do incluso auto de prisão em flagrante que policiais militares receberam informações através do sistema Copom que na Rua Campo Erê, mais precisamente ao lado do n. 830 (localidade conhecida como um dos pontos de narcotráficação deste rincão), estaria sendo efetuada venda de estupefacientes, não se olvidando que a transação dar-se-ia na movimentadíssima noite do *reveillon*.

“Nesta mesma noite de 31 de dezembro de 2002, por volta das 22h30min, referidos policiais se dirigiram ao local acima mencionado quando avistaram o denunciado Gilberto Pessati efetuando a venda de droga a terceiros pessoas não identificadas; destaca-se que no momento em que os policiais se aproximaram do denunciado e seus compradores, puseram-se todos em fuga, correndo em direções diversas, sendo preso o denunciado a alguns metros do local, quando tencionava discretamente dispensar um porta-moedas ao solo, no que não foi feliz.

“Ato contínuo, após revistarem o interior do porta-moedas, os agentes da lei encontraram a exube-

rante quantidade de 28 (vinte e oito) papérolas de *crack*, além de 5 (cinco) papérolas de *cocaína*, bem como R\$ 43,00 (quarenta e três reais) em espécie, dinheiro este advindo da írrita mercancia

“Ao depois, a equipe policial deu voz de prisão ao denunciado, conduzindo-o para a delegacia policial desta, a fim de que fossem tomadas as devidas providências.

“Em assim sendo, o denunciado mantinha consigo expressiva quantidade de *crack* e *cocaína*, substâncias destinadas à alienação ao universo de dependentes, sendo capaz de causar dependência física e/ou psíquica a seus usuários, as quais o acusado guardava consigo com fim único e exclusivo de mercancia, o que de fato ocorrerá”.

O processo seguiu os trâmites legais tendo, ao final, o Magistrado julgado procedente a denúncia, condenando o réu Gilberto Pessati à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a 100 (cem) dias-multa, pela prática do crime tipificado pelo art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Irresignado com o decreto condenatório, o acusado apelou pretendendo a absolvição por entender que não existem nos autos provas suficientes de autoria, ou, alternativamente, a minoração da pena imposta e, se possível, a substituição por pena restritiva de direitos.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da

lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, opinado pelo conhecimento, porém desprovemento do recurso.

É o relatório.

A sentença não merece reparo, devendo permanecer na forma como restou fundamentada pelo ilustre Magistrado.

No mérito, a materialidade do delito restou demonstrada por meio dos Termos de Exibição e Apreensão de fl. 21, Laudo de Constatação de fl. 24 e Laudo Pericial de Exame de Substância Toxicológica de fls. 64 a 67.

A autoria do ilícito também ressumbra dos autos.

O apelante foi preso em flagrante na noite do dia 31 de dezembro de 2002, por volta das 22h30min, quando policiais militares receberam informações de que na Rua Campo Erê estaria sendo efetuada venda de estupefacientes. Referidos policiais se dirigiram ao local acima mencionado quando avistaram o acusado Gilberto efetuando a venda de droga a terceiras pessoas não identificadas. O condutor da prisão em flagrante, o policial Volnei Jasper, esclareceu melhor os fatos em seu depoimento prestado em Juízo às fls. 56 e 57, senão vejamos:

"[...] receberam solicitação para prestar apoio a duas outras viaturas posto que havia denúncia de emprego de armas e tráfico de drogas na Rua Campo Erê, local conhecido pela narcotraficância; que enquanto as duas outras viaturas entraram pela Rua Campo Erê a viatura do depoente entrou pela Rua Campos Novos, para

evitar fuga pelo local; que não há acesso de carro entre as duas ruas e a pé apenas pulando muros; que chegando no local viu o acusado pulando o muro e fazendo gesto com o braço como se fosse dispensar algo ao solo; que não chegou a ver se algum objeto caiu das mãos do acusado; que o acusado foi revistado, nada se encontrando; que no terreno de uma residência da Rua Campos Novos, aproximados cinco metros do local de onde pulou o muro o acusado, foi encontrado um porta-moedas com *crack* e cocaína divididos em papalotes no seu interior; que com o acusado foi encontrado dinheiro, em notas enroladas em um único bolo [...]".

No mesmo sentido foram as declarações prestadas pelo policial Ivo Xavier às fls. 54 e 55.

Da validade das provas testemunhais produzidas pelos depoimentos de policiais no ato da prisão em flagrante, posiciona-se a nossa jurisprudência:

"Tóxico – Apelação criminal objetivando a absolvição por ausência de provas e negativa da autoria – Impossibilidade ante a prova amealhada – Depoimento policial de valor probante – Materialidade devidamente comprovada – Autoria inegável – Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 1999.001970-5, de Itajaí, rel. Des. Souza Varella, j. em 25-4-2000).

Cabe esclarecer, ainda, que para configurar o crime de tráfico não é necessário, conforme remansosa jurisprudência, ser o agente colhido no momento da mercancia, principal-

mente quando os depoimentos dos policiais e a quantidade do material estupefaciente apreendida levam a crer que o destino era mesmo o comércio ilícito em total detrimento à saúde pública.

Trasladam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“A caracterização do tráfico não exige prova direta do comércio de entorpecentes, satisfazendo indícios e circunstâncias capazes de convencer do tráfico” (Ap. Crim. n. 1998.017829-0, de Tijucas, rel. Des. Amaral e Silva).

O artigo 12 da Lei n. 6.368/76 dispõe ser o crime de ação múltiplas, *in verbis*:

“Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

E como ensina o saudoso doutrinador Celso Delmanto:

“A descrição do *caput* é prolixa, revelando a intenção do legislador de procurar punir todas as condutas que imaginou possíveis” (*in Tóxicos*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 16 e 17).

Nesse sentido, este Relator já decidiu:

“Apelação criminal – Drogas – Comércio comprovado – Pretendida

absolvição por falta de provas – Não-acolhimento.

“O comércio ilícito de drogas é comprovado pelas circunstâncias da prisão, a forma do material tóxico apreendido, a conduta do acusado e pelas informações das testemunhas da prisão. Tais indícios levam à conclusão inequívoca da mercancia, admitindo uma condenação, na ação penal. Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 32.516, de Curitibaanos).

Desse modo, os elementos contidos nos autos proporcionam a certeza de que o recorrente infringiu o art. 12 da Lei n. 6.368/76, sendo inadmissível acolher a pretensão de absolvição aos argumentos de insuficiência de prova.

Quanto ao pleito visando à minoração da pena-base, sem qualquer validade a pretensão de ser minorada a reprimenda ao patamar mínimo legal, sob a argumentação de que o agente possui as circunstâncias do art. 59 do Código Penal totalmente favoráveis. Nesse sentido, adoto em parte as bem fundamentadas contra-razões do ilustre Promotor de Justiça:

“Em nada a pena corporal aplicada ao apelante deve ser modificada, pois o mesmo apresenta péssimos antecedentes (certidões de fls. 29 e 32), com duas condenações anteriores pelo cometimento de crimes de tráfico de drogas ilícitas, o que afirma sua personalidade deformada, buscando nesse objeto crime, flagelo da sociedade moderna, o meio único da sua sobrevivência, com desapego ao trabalho honesto,

conduta social devidamente desajustada, tendo em conta que, solto há menos de 20 dias da prisão, voltou ao crime, demonstrando que não serve de exemplo no meio social em que vive e desprezando o seu papel de pai, primeiro modelo a ser seguido pelos filhos (*vide* interrogatório). As circunstâncias indicam, também que o apelante nenhuma lição aprendeu com as condenações anteriores, as conseqüências do delito são sempre graves, visto que atingem de modo deletério (ainda quando a droga é tirada de circulação) o meio social, causando prejuízos difíceis de mensurar” (fl. 104).

Apenas amolda-se a elevação da pena referente à agravante da reincidência, que se estabelece em 6 (seis) meses, perfazendo a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença guerreada.

Dessa forma, com a adequação acima referida, não merece reparos a pena imposta, fixada acima do mínimo legal, porquanto o Magistrado sentenciante levou em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Por sua vez, o pedido de aplicação do artigo 44 do Código Penal brasileiro não deve ser concedido. Primeiramente, a substituição da pena (artigo 44 do CP) concedida nos casos de crime hediondo é recepcionada com ressalvas nesta Casa, não sendo matéria pacífica neste Tribunal, bem como em outros sodalícios.

Contudo, filio-me à corrente que considera não ser possível a

concessão da Lei n. 9.714/98 aos crimes hediondos e equiparados, uma vez que há flagrante incompatibilidade entre a lei nova e a lei dos crimes hediondos, porquanto aquela é aplicável apenas à pequena e média criminalidade e não aos crimes considerados de grande gravidade, como é o caso do tráfico de substâncias entorpecentes, para os quais deve-se aplicar a pena corporal.

É da jurisprudência:

“Penal. Processual. Tráfico de entorpecentes. Lei n. 9.714/98. Não aplicabilidade. *Habeas Corpus*. Recurso.

“1. A Lei n. 9.714/98, quando prevê a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos e aos a estes assemelhados. Precedentes” (STJ, RHC n. 9062/MG, rel. Min. Edson Vidigal, j. 5-10-99, DJU 25-10-99).

E mais:

“Recurso de agravo – Tráfico de entorpecentes – Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos – Impossibilidade – Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

“A substituição preconizada no art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, não é compatível com a prática de crimes considerados hediondos. Ainda mais porque o art. 12 do CP veda a aplicação do dispositivo que for de encontro ao previsto diversamente em lei especial, no caso, a Lei n. 8.072/90” (Recurso de Agravo n. 1999.012568-8, da Capital, rel. Des. Genésio Nolli).

Assim, diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douda Procura-

doria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 18 de novembro de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente para o acórdão;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.025256-2, DE LAURO MÜLLER

Relator: Des. Carstens Köhler

Lesão corporal de natureza grave – Legítima defesa da honra – Desproporção manifesta.

A faculdade que a lei confere ao particular, de defender os bens jurídicos próprios ou de outrem, deve ser exercida com moderação, dentro dos limites de estrita necessidade.

Erro de proibição indireto – Má compreensão dos limites legais da legítima defesa – Hipótese não configurada.

O erro de proibição, seja escusável ou inescusável, só ocorre quando o agente crê sinceramente que sua conduta é jurídica ou socialmente tolerável.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.025256-2, da comarca de Lauro Müller, em que é apelante Ventura da Rosa, e apelado o Ministério Público, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público da comarca de Lauro Müller ofereceu denúncia contra Ventura da Rosa, dando-o como incurso nas sanções do artigo 129, § 1º, I, do Código Penal, pelos seguintes fatos narrados na exordial acusatória:

“No dia 3 de julho de 1997, por volta das 14h45min, na localidade de Rio Bonito, Distrito de Barro Branco,

nesta Comarca, o denunciado Ventura da Rosa, após entrar em discussão com Pedro Leandro, que se encontrava em visível estado de embriaguez, armou-se com um ‘pedaço de pau’ e, de inopino, desferiu-o contra o mesmo, ofendendo-lhe, em consequência, sua [sic] integridade corporal, e causando-lhe as graves lesões descritas no auto de exame de corpo de delito de fl. 4, consistentes em fratura da mandíbula e alvéolo dentário.

“Tais ferimentos, em face de sua gravidade, resultaram na incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, conforme atesta o respectivo exame complementar acostado à fl. 19” (fls. 2 e 3).

Proposta a suspensão condicional do processo, o réu não a aceitou (fl. 32), seguindo o feito seu trâmite regular.

Ao final, o Magistrado julgou procedente a denúncia para condenar Ventura da Rosa à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, substituindo-a por duas restritivas de direitos consistentes em: a) prestação pecuniária, constituída do fornecimento de uma cesta básica, no valor de 2 (dois) salários mínimos à entidade beneficente do município de Lauro Müller; e b) prestação de serviços à comunidade de Lauro Müller, por 7 (sete) horas semanais, pelo período da pena, em entidade e datas a serem determinadas quando da execução, após o trânsito em julgado.

Inconformado com a condenação, apelou o réu, alegando que agiu em legítima defesa.

Sustenta, ainda – caso não seja aceita a primeira tese –, que desconhecia a ilicitude de seu ato.

Com as contra-razões (fls. 63 a 65), os autos ascenderam a este grau de jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho (fls. 69 e 70), opinado pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

O inconformismo imerece prosperar.

A materialidade do ilícito encontra-se perfeitamente demonstrada pelo auto de exame de corpo de delito (fl. 8), no qual consta que Pedro Leandro foi atendido no Pronto Socorro do Hospital São José com traumatismo de face e deformidade de mandíbula, tendo sido internado na clínica cirúrgica com fratura de mandíbula e de alvéolo dentário e recebido alta hospitalar em 7-7-97.

Consta dos autos, ainda, o laudo pericial complementar (fl. 23), atestando a incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 dias e informando, ainda, sobre a necessidade da colocação de uma prótese dentária.

A autoria também está plenamente comprovada em face da confissão do acusado em ambas as fases processuais, bem como pelos depoimentos dos vizinhos que assistiram aos fatos.

Segundo a peça acusatória, o recorrente entrou em discussão com a vítima, que se encontrava embriagada, e, empregando um “pedaço de

pau”, atingiu-a violentamente, ofendendo sua integridade física.

A prova testemunhal presente nos autos não diverge, sendo unânime no sentido de que realmente houve a citada discussão entre ambos, e de que a vítima, embriagada, gritava com o acusado e o chamava de ladrão.

Afirma o apelante que agiu em legítima defesa, repelindo as ofensas à honra que lhe dirigia a vítima.

Não lhe socorre, no entanto, a justificante, porquanto salta aos olhos o excesso doloso no emprego dos meios.

Com efeito, embora se reconheça a possibilidade de defesa legítima de todo bem ou interesse juridicamente reconhecido (cf. Aníbal Bruno, “Direito Penal”, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1959, p. 378), havendo mesmo autores que afirmam a licitude do emprego da força física para impedir que se profiram ofensas à honra (Marcelo Jardim Linhares, “Legítima Defesa”, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1980, p. 198 e 199; Nélson Hungria, “Comentários ao Código Penal”, vol. VI, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1958, p. 98), é indispensável, para a legitimidade da defesa, que haja moderação no emprego dos meios disponíveis.

No caso dos autos, é inadmissível que uma pessoa, insultada por um borracho, lance mão de um pedaço de pau – o cabo de uma foice, segundo a vítima (fl. 38) – e desfira um golpe com tamanha violência que venha a causar fratura no queixo. Nem mesmo o temor de que as acusações feitas aos urros pela vítima

pudessem impressionar os vizinhos justificariam tanta brutalidade, ainda mais porque, estando ela embriagada, suas palavras teriam pouca credibilidade.

Nem cabe invocar a legítima defesa putativa por erro de fato (art. 20, § 1º, CP) – como fizera o esforçado defensor em suas alegações finais (fl. 49) – pois nenhuma testemunha fez qualquer menção de que a vítima estivesse prestes a agredir o réu.

Colhe-se do depoimento da vizinha Luiza Martins Motta:

“[...] a casa da depoente fica a três ou quatro metros da casa do acusado; que a depoente escutou a discussão, mas não entendia o que falavam; que o acusado agrediu primeiro a vítima; que a vítima estava bêbada; que o acusado agrediu a vítima com um pedaço de pau; que a vítima gritava com o acusado antes de ser agredida; [...] que a vítima não reagiu à agressão sofrida; que a vítima não estava armada; *que a vítima não avançou contra o réu*” (fl. 40 – sem grifos no original).

O próprio apelante, em seu interrogatório, admitiu que Pedro Leandro o agredia apenas com palavras, e que essa foi a razão do crime:

“[...] que no dia dos fatos a vítima estava bêbada tendo agredido o interrogando o que levou-o a bater na vítima; que a vítima agredia o interrogando *com palavra* por estar bêbado” (fl. 32 – sem grifos no original).

A agressão “com palavra”, por maior que seja a indignação que

provoque, não autoriza o emprego desmedido da força. Não houve legítima defesa, mas puro revide, a que o Direito não dá guarida.

Na fase policial, declarou o apelante:

“[...] Que no dia três do corrente mês e ano, por volta das 14 horas, ali chegou Pedro Leandro, visivelmente embriagado, o qual foi até a residência do declarante e passou a chamá-lo de ‘ladrão, vagabundo e sem vergonha’ pois estava roubando sua irmã; Que Pedro Leandro ali ficou provocando o declarante que irritou-se e pegou um pedaço de pau, onde desferiu um golpe na cabeça de Pedro jogando-o no chão [...]” (fl. 6).

Em outros casos de legítima defesa da honra, já decidiu este Tribunal de Justiça:

“Tendo o agente reagido às ofensas verbais proferidas pela vítima, que estava desarmada, com seis tiros de revólver, dando claro tom de revide aos seus atos, afastada fica a excludente da legítima defesa” (Apelação Criminal n. 2000.020635-0, Des. Maurílio Moreira Leite, j. 21-11-2000).

Identicamente:

“Apelação criminal — *Sursis* processual — Recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo — Matéria preclusa — Alegação de legítima defesa a ofensas verbais — Agressão física violenta a descaracterizá-la — Recurso desprovido” (Apelação Criminal n. 1998.011550-7, Des. Souza Varella, j. 15-2-2000).

Nesse último aresto citado, tratava-se de soco desferido contra o rosto da vítima, do qual resultou fratura da órbita direita e do nariz.

Inviável, portanto, o reconhecimento da legítima defesa, uma vez que não estiveram presentes seus requisitos indispensáveis – a necessidade do meio e a moderação em seu uso.

Alega, ainda, o apelante que incorreu em erro de proibição, agindo na sincera crença de que seu ato era legítimo.

Tratar-se-ia, se fosse o caso, de erro de proibição indireto, incidente sobre os limites de uma causa de exclusão de ilicitude reconhecida pela lei – a legítima defesa (cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Tratado de Derecho Penal”, t. IV, Buenos Aires, 1982, p. 206 e 207). Esse erro, como afetasse a consciência da ilicitude do fato concreto, excluiria a pena ou a diminuiria, conforme fosse escusável ou não – art. 21 do CP.

No caso, o apelante teria imaginado que lhe era facultado agredir a vítima em razão das ofensas que esta lhe dirigia.

Sucede, no entanto, que a afirmação de que o réu supunha a legitimidade de sua conduta simplesmente não convence.

Do próprio depoimento do acusado na delegacia se extrai que foi a indignação, e não o ânimo de defender-se dentro dos limites da lei por ele imaginados, que motivou a agressão.

Igualmente esclarecedor é o depoimento de sua esposa que

salientou que “seu esposo é uma pessoa doente, sofre dos nervos” (fl. 9) – o que sugere descontrolo emocional e não ignorância da ilicitude.

Mesmo o fato de o apelante haver persistido na sua convicção de que agiu adequadamente – o que se depreende de seu interrogatório em Juízo – não comprova o erro de proibição, porque este consiste na má avaliação da valoração jurídica ou social da própria conduta, não bastando, portanto, que o agente se dê inteira razão.

Conforme a lição de Alcides Munhoz Netto, “a consciência da antijuridicidade não significa a censura do delinqüente ao próprio comportamento, mas a ciência de ser êste objeto de reprovação pelo direito” (*in* Ciclo de conferências sôbre o anteprojeto do Código Penal Brasileiro de autoria do Ministro Nelson Hungria, São Paulo, 1965, p. 287).

Em síntese: não é crível que o réu, por mais simples que fosse,

supunha que possuía o direito de agredir a vítima a pauladas por causa de uns vitupérios.

Dessa forma, nenhum reparo há que ser feito na sentença guerreada.

III — Decisão

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 17 de junho de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2003.005544-4, DE ITAIÓPOLIS

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus – Ex-prefeito municipal – Denúncia por crime de responsabilidade – Juízo de primeira instância que se deu por competente para processar e julgar o agente – Vigência da Lei n. 10.628/02 que deu nova redação ao caput do art. 84 do CPP e que lhe

acrescentou os §§ 1º e 2º – Norma que em seu § 1º claramente estabelece o foro especial em razão da prerrogativa de função, mesmo nos casos em que o inquérito ou a ação judicial tenham sido iniciados após a cessação do exercício do cargo – Competência deste Tribunal patenteada – Constrangimento ilegal evidenciado – Ordem concedida.

Com a edição e entrada em vigor da Lei n. 10.628, de 24-12-2002, que deu nova redação ao caput do art. 84 do CPP e acrescentou-lhe o § 1º, a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, passou a prevalecer ainda que a ação penal tenha-se iniciado após a cessação do exercício da função pública que implicava na mencionada prerrogativa, pelo que competente este Tribunal, nos termos do art. 29, X, da CF/88 e do art. 111, VIII, da CE/SC, para processar e julgar o ex-prefeito por delitos cometidos em razão da função eletiva e no seu exercício.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2003.005544-4, da comarca de Itaiópolis, em que é impetrante o Dr. Luiz Fernando Martins Bonette, sendo paciente Reginaldo José Fernandes Luiz:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, para declarar competente este Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do agente.

1 – Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Luiz Fernando Martins Bonette, advogado, em favor de Reginaldo José Fernandes Luiz, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Itaiópolis, que se deu por competente para processar e julgar a Ação Penal n.

032.01.000047-1, em que o paciente responde por suposta infração ao art. 1º, XIII, do Decreto-Lei n. 201/67, ocorrida quando ocupava o cargo de prefeito municipal.

Sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, visto que, com a edição e entrada em vigor da Lei n. 10.628, de 24-12-2002, que alterou as disposições do art. 84 do Código de Processo Penal, “restabelecendo os termos da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, com restabelecimento da manutenção do foro especial” (fl. 4), passou a ter a prerrogativa de ser processado e julgado por esta Corte de Justiça.

Alega que ao magistrado “não compete discutir a propriedade ou impropriedade da lei, mas, sim, fazer cumpri-la” (fl. 4), pelo que mesmo a existência de eventual ação direta de inconstitucionalidade “não implica na

autorização da desobediência da disposição legal, especialmente porque não ocorreu a suspensão das disposições de lei que se pretende” ver declarada inconstitucional (fl. 4) e que tem aplicabilidade imediata, haja vista cuidar-se de matéria de cunho processual.

Requeru, assim, a concessão liminar do *writ*, a fim de que fosse suspenso o andamento da ação penal em questão, até o julgamento do remédio heróico, confirmando-se a medida ao final, com a concessão da ordem de envio dos autos a este Tribunal de Justiça, competente para o seu exame e decisão.

Instruem o pedido os documentos de fls. 10 a 48.

Não obstante reconhecida a presença do *fumus boni juris*, a liminar foi indeferida, posto não ter o impetrante demonstrado a urgência que a justificasse (*periculum in mora*), já que não havia notícia de que na ação penal movida contra o paciente se tivesse designado ato relevante para os dias seguintes cuja realização pela autoridade impetrada pudesse causar prejuízo (despacho de fls. 50 e 51).

Solicitadas informações ao Juízo apontado como coator, este as prestou, asseverando que se filia à corrente que tem concluído pela inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, razão pela qual a declarou incidentalmente e se deu por competente para processar e julgar o paciente. Noticiou, ainda, que, “no processo crime em questão, já foram inquiridas dezenas de testemunhas,

estando a inquirição de mais 26 (vinte e seis) designada para o dia 8-5-2003, às 13h5min” (fls. 54 a 57).

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão do *habeas corpus*.

É o relatório.

2 – Preliminarmente, cumpre esclarecer que a delimitação do poder jurisdicional do Estado (competência) é feita em vários planos, segundo critérios políticos, e dá-se em três níveis: constitucional, processual penal e nas organizações judiciárias dos Estados, levando-se em conta a natureza da lide (*ratione materiae*), as funções que os órgãos podem exercer dentro dos processos (*ratione personae*) e o território (*ratione loci*).

Nesse passo, a competência deve ser avaliada segundo três critérios principais: a) em razão da matéria = absoluta; b) em razão das pessoas = absoluta; e, c) em razão do local (territorial) = relativa.

No caso, como bem observado pelo representante do *Parquet ad quem*, não obstante a sustentada coação ilegal em exame comportar discussão e apreciação em seara própria e mais adequada, a saber, no incidente de exceção de incompetência, previsto no art. 95, II, do CPP e cujo processamento é regido pelos artigos 108 e 109 do CPP, a jurisprudência das cortes superiores tem assentado que a incompetência *ratione personae*, por ser absoluta, pode ser levantada e dirimida em sede de *habeas corpus*, até porque “a incompetência absoluta do juízo acarreta nulidade insanável e pode

ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive de ofício, pelo órgão julgador” (HC n. 10.912/SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 26-3-2001, p. 437).

Assim, o remédio constitucional manejado merece conhecimento.

3 – Vencida essa questão, é de se conceder a ordem.

Verifica-se da denúncia, que descansa às fls. 11 a 13, que o paciente foi denunciado, juntamente com outro réu, em 31-1-2001, pelo cometimento, em tese, do crime previsto no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei n. 201/67, porque no período compreendido entre 1997 a 2000, quando exercia a função eletiva de Prefeito do município de Itaiópolis, nomeou servidores sem o necessário concurso público.

Não se olvida nem se questiona, como acentuado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, “que a competência para julgar prefeito municipal por crimes praticados durante o mandato seja do Tribunal de Justiça, assim como para processar e julgar, durante o mandato, os crimes praticados anteriormente ao exercício do mandato. Isto porque a regra destina-se a resguardar não a pessoa, e sim o cargo ocupado” (do corpo do acórdão proferido no julgamento do RHC n. 2.591-1/BA, Registro n. 93.0005137-7, rel. Min. José Cândido, RSTJ 54/363), tudo nos precisos termos do art. 29, inciso X, da Carta Constitucional, e do art. 111, VIII, da Constituição do Estado de SC.

Todavia, entendia-se que, após extinto o mandato – que beneficiava o seu exercente com o foro privilegiado –, não tinha mais este Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar os crimes imputados aos ex-prefeitos municipais, e isso se afirmava diante do julgamento realizado na Sessão Plenária do colendo Supremo Tribunal Federal, que, no dia 25-8-99, discutindo questão de ordem suscitada no Inquérito n. 687/SP, tendo como Relator o Exmo. Sr. Min. Sydney Sanches, decidiu cancelar a Súmula 394 editada por aquela Corte de Justiça, que traduzia o seguinte entendimento jurisprudencial dominante: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

O excelso Pretório, sentindo a necessidade de revisar o tema, decidiu cancelar o verbete citado, fundamentado no fato de a competência por prerrogativa de função ter lugar quando o acusado encontra-se no exercício daquela função, não sendo o privilégio de caráter *ad personam*, mas, sim, em razão do cargo exercido.

Portanto, entendia-se que, como o privilégio de ser julgado na jurisdição mais elevada, garantido pela Constituição Federal e disciplinado na lei processual penal, destinava-se a resguardar não a pessoa, mas, sim, o cargo que esta ocupava, com o cancelamento da Súmula 394 da Suprema Corte, deveria o

ex-prefeito ser demandado no Juízo do local onde foram cometidos os fatos tidos por criminosos praticados, ou seja, na primeira instância.

Ocorre que foi editada a Lei n. 10.628, de 24-12-2002, que entrou em vigor na data de sua publicação, modificando o *caput* do art. 84 do Código de Processo Penal e acrescentando dois parágrafos, que assim dispõem:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

“§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

“§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”.

Vê-se que, *in casu*, a autoridade indigitada coatora, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da referida lei, que alargou a competência por prerrogativa de função, estendo-a àqueles indicados

no *caput* que já não mais exercem as funções pelas quais estão sendo criminalmente processados, deu-se por competente para processar e julgar o feito, e assim o fez especialmente com base em decisão da lavra do Exmo. Sr. Desembargador Cesar Abreu, proferida em sede de ação civil pública pela prática de atos de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público contra prefeito municipal e demais agentes públicos envolvidos, remetida a este Tribunal e em que se discutia a aplicabilidade do § 2º do art. 84 do CPP e na qual inclusive se afirmou que “*o constituinte foi taxativo quando tratou da matéria*” – foro por prerrogativa de função – “estabelecendo a prerrogativa na hipótese restrita de crime” (Ap. Cív. n. 2003.002338-0, de Barra Velha, julgado em 13-2-2003).

Cinge-se a questão, no caso, à constitucionalidade e aplicabilidade imediata do disposto no § 1º do art. 84 do CPP, nova regra de competência introduzida pela Lei n. 10.628/02.

Ora, nos termos do art. 2º do CPP as alterações trazidas pela Lei n. 10.628/02 são de aplicação imediata, ressalvados tão-somente os atos decisórios anteriormente praticados (quando competente a Justiça de primeira instância), pelo que parece evidente o constrangimento ilegal apontado, pois, como apropriadamente consignado no despacho que analisou o pedido de liminar:

“[...] Com a Lei n. 10.628/02, que restabeleceu a Súmula 394 do STF, a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos

administrativos do agente, passou a prevalecer ainda que a ação penal tenha-se iniciado após a cessação do exercício da função pública que implicava na mencionada prerrogativa. É o caso dos autos, já que, segundo a cópia da denúncia de fls. 11 a 14, o paciente exerceu o mandato de Prefeito do município de Itaiópolis de 1º de janeiro de 1997 a 31 de dezembro de 2000, período em que os fatos delituosos teriam sido praticados; logo, este Tribunal, em princípio, é competente para o julgamento da ação penal por crime de responsabilidade praticado pelo ex-prefeito durante o exercício do mandato eletivo, nos termos do art. 29, X, da Constituição Federal. *Note-se que não se está tratando, no caso, de ação civil relativa a atos de improbidade administrativa, referida pelo § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal (com a redação dada pela Lei n. 10.628/02), hipótese de constitucionalidade muito discutida, mas de ação penal, contemplada pelo § 1º do preceito mencionado, tema sobre o qual não paira qualquer celeuma, já que a nova redação apenas fez restabelecer o entendimento da Súmula 394 do STF, que já interpretava o art. 29, X, da Constituição Federal de 1988, a qual já estabelece a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar o Prefeito” (fls. 50 e 51 — grifamos).*

Por outro lado, da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e que lá tomou o n. 2797-2,

do Distrito Federal, verifica-se que a medida liminar pleiteada foi indeferida em 7-1-2003, pelo relator Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence, em decisão vazada nos seguintes termos:

“Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — Conamp, tendo por objeto a Lei n. 10.628, de 24-12-2002, cujo texto se acha à fl. 28.

“Sustenta a autora, inicialmente, a sua legitimidade para as ações da espécie, visto que, por efeito da alteração sofrida por seus estatutos, passou a contar com quadro social integrado exclusivamente por membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos, a exemplo do que aconteceu com a Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB.

“Sustentou, por igual, a presença do requisito da pertinência temática, dado tratar-se, no caso, de normas relativas à competência jurisdicional, versando, conseqüentemente, as atribuições do Ministério Público, como órgão que tem a função de promover a ação penal pública.

“Quanto ao mérito, disse que, ao acrescentar os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP, o legislador, no primeiro caso, arvorou-se em intérprete da Constituição, dando-lhe, no ponto, exegese divergente da assentada pelo STF, que levou ao cancelamento da Súmula 394; e, no segundo, acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal; ofendendo, por

essa forma, os artigos 102, I; 105, I; 108, I; e 125, § 1º, da Constituição.

“O pedido foi no sentido da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, ao qual se juntou requerimento de suspensão cautelar de sua eficácia, para que não se instaure a insegurança jurídica; não resulte prejudicado o julgamento da Reclamação n. 2.168, em que se discute questão análoga; e não ocorra a remessa imediata, para os tribunais, de milhares de ações em andamento perante a justiça de primeira instância.

“Anteciparam-se à requisição de informações a Presidência da República e a Advocacia-Geral da União que, após argüir a ilegitimidade da autora para ajuizar ação da espécie, por tratar-se de associação integrada, a um só tempo, por pessoas físicas e associações, e a ausência do requisito da pertinência temática — alegações que, a um primeiro juízo prelibatório, se revelam improcedentes — sustentam, em resumo, que as normas impugnadas não introduzem competência adicional alguma às constitucionalmente previstas para os tribunais, cuidando-se de mera explicitação do sentido e alcance de tais competências, observado o princípio da hermenêutica constitucional da máxima efetividade das normas constitucionais, sem nada lhe acrescentar. Por fim, sustentam a necessidade de processamento da ação pelo rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, para o fim de solução pronta e definitiva da relevante questão constitucional suscitada, providência que terá por

efeito a dispensa da medida liminar, que foi pleiteada como meio de obviar a paralisação processual das ações em curso perante os juízos de primeiro grau como conseqüência de remessa dos respectivos autos aos tribunais considerados competentes, quando, na verdade, tal paralisação configura exatamente o provimento acautelatório adequado à espécie, considerado que o *periculum in mora*, no caso, reside justamente no julgamento precipitado de tais ações por juízes que poderão vir a ser declarados incompetentes pelo STF, o que, *no caso das ações de improbidade, poderá ocorrer com a conclusão do julgamento da Reclamação n. 2.138, em que os cinco primeiros votos colhidos apontam para esse resultado.*

“Na verdade, não está a depender da medida liminar pleiteada a conclusão do julgamento da Reclamação n. 2.138, nem tampouco pode ser considerada razão suficiente para a suspensão da eficácia da lei impugnada a provável remessa de milhares de ações da espécie para os diversos tribunais, com a interrupção de seu processamento, se não é outra a medida que está a recomendar-se, enquanto a relevante questão constitucional não é dirimida pelo STF.

“Ante tais considerações, indefiro a providência cautelar requerida” (destacamos).

A outra ação direta de inconstitucionalidade aforada perante o STF pela Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB, e distribuída ao mesmo Relator — ADIn n. 2.860/0, do

Distrito Federal —, ainda não teve seu pedido de liminar examinado.

Assim, e considerando-se a presunção de constitucionalidade das leis, que somente devem ser declaradas inconstitucionais quando a invalidade (ou nulidade) seja inequívoca, de se conceder a ordem para determinar o encaminhamento dos autos a este Tribunal de Justiça, competente para o julgamento e processamento do delito denunciado, já que praticado quando o paciente encontrava-se no exercício do mandato de Prefeito de Itaiópolis.

4 – Por todo o exposto, concede-se a ordem, para declarar

competente este Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do agente, determinado-se, por isso, a remessa dos autos a este Tribunal, onde deverá ser distribuído a uma das câmaras criminais, apta para o seu processamento e julgamento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Solon d'Eça Neves, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 29 de abril de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 2003.010902-1, DE JOINVILLE

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus – Narcotráfico – Paciente já condenada definitivamente – Pedido de cumprimento da sanção em prisão domiciliar indeferido pelo Juízo da Execução – Alegação de constrangimento ilegal – Possibilidade de análise pela via eleita, mesmo existindo recurso próprio para atacar a decisão impugnada – Conhecimento do writ.

Mesmo em se tratando de decisão proferida pelo Juízo da Execução, passível de recurso próprio – de agravo, previsto no art. 197 da LEP – admite-se o conhecimento e a apreciação da matéria de execução via habeas corpus, se o ato proclamado de ilegal e/ou abusivo consistir em cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo.

Paciente que se apresenta gravemente enferma e que inclusive sofreu segundo acidente vascular cerebral quando já se encontrava cumprindo a reprimenda – Presídio em que se encontra recolhida não está apto ao atendimento dos cuidados especialíssimos que sua precária situação de saúde demanda – Necessidade de

se assegurar à apenada seus direitos fundamentais (arts. 1º, II e III, e 196 da Constituição Federal) – Coação ilegal demonstrada – Ordem concedida para que a reeducanda cumpra sua pena em regime de prisão domiciliar.

Não pode o Estado, a quem incumbe o dever de assistência, cuidado e proteção da dignidade e saúde de seus cidadãos, por intermédio do Poder Judiciário, quedar inerte diante da especialíssima e precária condição em que se encontra a paciente – gravemente enferma, com dificuldades de locomoção e em situação que necessita de constante assistência de terceiros para os atos do dia-a-dia e de cuidados médicos e fisioterápicos – de forma a concorrer, pela omissão, com a situação de risco de ofensa à integridade física a que se submete diariamente, com os potenciais danos que tal situação pode acarretar a sua já frágil saúde, razão pela qual outra solução não resta senão a de, excepcionalmente, conceder-lhe a prisão domiciliar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2003.010902-1, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que são impetrantes Lidiane Cunha e Daniela Wyrebski Testoni, sendo paciente Maria de Lourdes de Oliveira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, conceder a ordem.

1 – Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelas Dras. Lidiane Cunha e Daniela Wyrebski Testoni, ambas advogadas, com fulcro no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e arts. 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, em favor de Maria de Lourdes de Oliveira, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Joinville que indeferiu pedido de prisão domiciliar requerido

em favor da paciente nos autos do Processo Crime n. 038.02.030137-2 e seu Incidente n. 001.

Informaram as impetrantes que a paciente foi condenada ao cumprimento de 3 anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 50 dias-multa, por incurso no art. 12, *caput*, da Lei de Tóxicos, e estava segregada no presídio de Joinville desde 17-9-2002, ou seja, “há mais de 250 (duzentos e cinquenta) dias” (fl. 3).

Disseram que a paciente era portadora de enfermidade grave, “devidamente atestada em parecer de médico perito”, já tendo precisado por diversas vezes de tratamento médico-hospitalar no decorrer do período em que se encontrava presa, tendo ainda baixa resistência física”, “devido a sua idade avançada” (fl. 3).

Sustentaram que “antes da última internação a paciente precisou de tratamento imediato conforme documentos acostados”, sendo atendida no Posto de Saúde de São José, conseguindo, muito tempo depois, uma vaga no Hospital São José, onde afirmaram deveria ter permanecido, contudo, pela falta de leitos, “teve que retornar ao Presídio Regional de Joinville, mesmo não conseguindo movimentar-se com o lado esquerdo de seu corpo paralisado, e nestas deploráveis condições foi novamente jogada numa cela pequena, lotada e quente, condições péssimas para uma pessoa gravemente doente como a paciente” (fl. 3).

Argumentaram que “desde que retornou ao presídio vegeta sob uma cama por não conseguir se movimentar”, não tendo alguém que a auxilie a locomover-se para que possa executar as necessidades essenciais à sua sobrevivência e que, “diante desta deplorável situação”, em “26 de fevereiro do corrente ano foi chamado ao presídio um médico, Dr. Nelson Quirino de Souza, perito judicial, para examinar a paciente, que apresentava quadro desesperador”, podendo o médico constatar que a paciente apresentava quadro grave de doença que poderia ser piorado “se esta continuar sendo mantida em regime prisional”, atestando ainda que a paciente necessitava de “cuidados médicos constantes e fisioterapia” (fl. 4).

Alegaram que a paciente estava sofrendo constrangimento ilegal, pois, de posse desses elementos, ajuizaram pedido de

prisão domiciliar em seu favor, o qual, após a efetuação de perícia em que os expertos constaram a gravidade da enfermidade da paciente e após o responsável da instituição prisional em que esta se encontrava ter atestado que o presídio não tinha “condições mínimas para continuar abrigando uma pessoa enferma como a paciente” (fl. 4), acabou indeferido pela autoridade impetrada, oportunidade em que esclareceu que permitiria que Maria de Lourdes tivesse permissão para saídas temporárias para se tratar, nos termos do art. 120 da Lei de Execuções Penais, providência que, contudo, entenderam que não supriria as necessidades da condenada, dada a necessidade de estar instalada de forma adequada e do constante atendimento emergencial de que precisa, o que não pode ser suprido no cárcere em que se encontra.

Assim, e sustentando que a saúde do prisioneiro é direito deste e dever do Estado, requereram a concessão liminar da ordem, outorgando à paciente o benefício da prisão domiciliar, com sua confirmação ao final, quando do julgamento de mérito.

Instruíram o pedido com os documentos de fls. 8 a 44.

A liminar foi justificadamente concedida (despacho de fls. 46 a 48).

Solicitadas informações, a autoridade impetrada prestou-as (fl. 52).

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento do pedido, visto que, no seu

entender, a matéria é afeta ao Juízo da Execução; no mérito, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 – Inicialmente, cumpre lembrar que mesmo em se tratando de decisão proferida pelo Juízo da Execução, passível de recurso próprio – de agravo, previsto no art. 197 da LEP – admite-se o conhecimento e a apreciação da matéria de execução via *habeas corpus*, se o ato proclamado de ilegal e/ou abusivo consistir em cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo. *Vide*, nesse norte, o julgado no HC n. 2000.009673-3, de Criciúma, deste Relator, de 13-6-2000.

Nesse mesmo diapasão:

“Admite-se *habeas corpus* em execução penal quando a liberdade do paciente estiver cerceada ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder, pouco importando a existência de recurso específico para impugnar o ato” (HC n. 2002.026855-6, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 7-1-2003).

Por fim, do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo norte, pode-se colacionar:

“Tratando-se de possível lesão ao direito de locomoção do paciente, deve ser conhecida a irresignação, interposta por meio de *habeas corpus* contra o indeferimento de pedido solicitando transferência para penitenciária, ou para regime de prisão domiciliar, mesmo não tendo sido utilizado o recurso de ‘agravo’, próprio para tanto” (RHC n. 12.480/MG, rel.

Min. Gilson Dipp, DJU de 3-6-2002, p. 218).

Assim, merece conhecido o *writ*.

3 – Esclarecido esse ponto, de se confirmar a liminar deferida, concedendo-se definitivamente a ordem, uma vez que evidente o constrangimento ilegal de que estava sendo vítima a paciente, diante da situação excepcionalíssima em que se encontrava, pois, como assinalado no despacho concessivo da medida sumária:

“Com efeito, consoante o parecer médico de fl. 14 e o laudo pericial de fls. 34 e 35, a paciente apresenta quadro de hipertensão arterial sistêmica de longa data e já foi acometida, por duas vezes, de acidente vascular cerebral (derrame cerebral), sendo o primeiro há três anos, quando ficou com seqüela na parte esquerda do corpo – paralisia do braço e perna esquerdos – e o segundo quando estava presa.

“O primeiro médico que a examinou ressaltou que a ‘paciente necessita de cuidados médicos constantes e fisioterapia’, e que, ‘pela dificuldade para os atos da vida independente não vemos nenhuma possibilidade da sua permanência no regime prisional, havendo a necessidade expressa de tratamento domiciliar, sob pena do agravamento de seu quadro’ (fl. 14).

“A grave situação de saúde da paciente foi confirmada pelo médico legista que posteriormente a avaliou, oportunidade em que afirmou que Maria de Lourdes necessitava de

supervisão médica a cada 40 dias e controle diário da pressão arterial, podendo permanecer no estabelecimento prisional caso a estrutura do mesmo não impedisse a sua limitação motora (fl. 35).

“Questionado sobre tal possibilidade, o administrador do Presídio Regional de Joinville esclareceu que a paciente estava ‘recolhida com mais outras 4 (quatro) detentas, em cela cuja capacidade está esgotada, face a lotação daquela’; que havia impedimentos para a permanência de Maria de Lourdes naquele estabelecimento prisional, ‘à medida que aquela ala não foi projetada de modo a abrigar detentas em cadeiras de rodas, havendo a limitação normal de locomoção acarretada por aquele instrumento, que seguramente deverá ser desmontado várias vezes ao dia a fim de que a mesma possa sair para o pátio de sol’; e, ‘com relação ao vaso sanitário’, informou que o utilizado naquela instituição é o denominado ‘vaso turco’, ‘localizado paralelo ao chão das celas, necessitando a mesma de ajuda para sua utilização’” (fl. 39).

Ora, como dito por ocasião do deferimento da medida liminar, não pode o Estado, a quem incumbe o dever de assistência, cuidado e proteção da dignidade e saúde de seus cidadãos (arts. 1º, II e III, e 196 da Constituição Federal), por intermédio do Poder Judiciário, quedar inerte diante da especialíssima e precária condição em que se encontra a paciente – gravemente enferma, com dificuldades de locomoção e em situação que necessita de constante

assistência de terceiros para os atos do dia-a-dia e de cuidados médicos e fisioterápicos – de forma a concorrer, pela omissão, com a situação de risco de ofensa à integridade física a que se submete diariamente, com os potenciais danos que tal situação pode acarretar a sua já frágil saúde, razão pela qual outra solução não resta senão a de, excepcionalmente, conceder-lhe a prisão domiciliar.

Devida, então, e até por razões humanitárias, a confirmação da medida liminar, com a concessão definitiva da ordem.

3 – Pelo exposto, concede-se a ordem, para que a paciente permaneça cumprindo sua pena em regime de prisão domiciliar.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 24 de junho de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves:

Divergi da douta maioria por entender que no caso em apreço, a ora paciente Maria de Lourdes de Oliveira não preenche as condições necessárias para a obtenção da benesse de cumprimento da pena recolhida em domicílio particular.

Peço vênia ao bem elaborado e defendido pensamento do nobre Relator do acórdão, no qual busca demonstrar a necessidade de concessão de tal benesse, tendo em vista o estado clínico da paciente, porém não simpatizo com tal posição em razão de ter Maria de Lourdes de Oliveira delinqüido anteriormente em condições similares ao seu estado atual (Processo n. 038.98.053356-0), bem como por tal permissão não estabelecer o suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Ora, trata-se de pessoa voltada à prática de crimes dessa espécie, e, o que é pior, suas dificuldades físicas não a impedem, assim como não a impediram anteriormente de praticar a mercancia de drogas.

Penso que, no caso *sui generis*, deve-se ter em conta, principalmente, a conclusão do laudo do

perito médico, o qual com toda a propriedade declarou a possibilidade de permanência da paciente no ergástulo penal (fl. 57).

Giza-se, por fim, que o crime pelo qual a paciente restou condenada (art. 12 da Lei n. 6.368/76) é equiparado aos hediondos (art. 2º da Lei n. 8.072/90), o que por si só obsta o cumprimento da pena em outro regime, que não o integralmente fechado. Como se não bastasse, a própria Lei de Execução Penal faculta o cumprimento da pena privativa de liberdade em residência particular somente aos condenados em regime aberto (art. 117 da LEP).

Por essas razões, a discordância geradora do voto vencido no sentido de denegar a ordem.

Solon d'Eça Neves.

HABEAS CORPUS N. 2003.027294-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Habeas corpus — Crime praticado por oficial da Polícia Militar previsto no Código Penal Militar (arts. 209, 223, 316 e 319) — Pedido de natureza preventiva ante a alegada possibilidade de decretação de prisão preventiva e de remoção ex officio do paciente — Aduz que não há prova de seu envolvimento nos fatos delituosos descritos na denúncia que traduz falta de justa causa para a ação penal — Argumenta ser primário, com vários anos de serviços prestados à corporação, família constituída e endereço conhecido, não justificando sua segregação — Pretende garantir a impossibilidade de remoção para outra unidade — Pedidos não acolhidos — Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2003.027294-1, da comarca da Capital (Auditoria Militar), em que é impetrante Luiz Fernando Chaves da Silva, sendo paciente Jorge Luiz Manchein:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de *habeas corpus* de natureza preventiva, impetrado em favor de Jorge Luiz Manchein, que responde a procedimento criminal na Auditoria da Justiça Militar deste Estado, como infrator dos artigos 209 (lesão corporal), 223 (ameaça), 316 (supressão de documentos) e 319 (prevaricação), todos do Código Penal Militar.

Pretende, em síntese, o trancamento da ação penal por falta de justa causa, ante a inexistência de motivos ensejadores da denúncia, e, por inépcia, por não descrever os fatos delituosos a ele atribuídos, o que vem a cercear seu direito de defesa.

Argumenta que está prestes a ter a prisão preventiva decretada a requerimento do Ministério Público, quando inexistentes motivos para tanto, uma vez que tem família, residência fixa e vários anos de serviços prestados à corporação.

Pretende a concessão da ordem para impedir sua prisão, bem como declarar a impossibilidade de remoção para outra cidade do Estado.

Negada a liminar, foram prestadas informações.

Nesta instância, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se o Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinando pela denegação da ordem.

É, em síntese, o relatório.

O paciente responde na Auditoria da Justiça Militar do Estado de Santa Catarina a procedimento criminal como infrator dos artigos 209 (lesões corporais), 223 (ameaça), 316 (supressão de documentos), e 319 (prevaricação), pelos fatos descritos na denúncia recebida por aquele Juízo.

Como noticiam os autos, a realização de alguns dos crimes ali descritos vem sendo praticada de forma reiterada, não só pelo paciente, como por seus familiares, intranquilizando a vizinhança com sua conduta.

Como enfatizou o representante do Ministério Público ao requerer a prisão preventiva, que “o réu tem demonstrado conduta totalmente incompatível com a função e embora tenha sido alertado pelo Juízo por ocasião do interrogatório para que desse cobro a seu comportamento, desprezou a determinação judicial agindo com total menoscabo a justiça, demonstrando sua índole belicosa. Salienta que existem testemunhas a serem inquiridas, todas da vizinhança, com as quais tem mantido um relacionamento difícil e, como tem por hábito abusar de sua condição de policial, a sua segregação cautelar é necessária não só para garantia da instrução processual, como da integridade física das testemunhas”.

Por derradeiro, enfatiza-se que a condição de ser policial por mais de 25 (vinte e cinco) anos, e a denúncia ter sido recebida há mais de 1 (um) ano, não são óbices à decretação do recolhimento processual, porque a legislação não cogita da questão tempo, mas, sim, das circunstâncias estabelecidas no artigo 255 do Código de Processo Penal Militar, dentre elas, “a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado”.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler, e lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.004735-2, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Processo penal. Cerceamento de defesa. Alegada inversão de atos processuais, praticados em desacordo com o rito previsto na Lei n. 10.409/02. Inaplicabilidade do novo rito. Precedentes. Preliminar repelida.

O veto integral do Capítulo III da Lei n. 10.409, de 11-1-2002 — que dispunha sobre os crimes e as penas referentes ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica — suprimiu a eficácia dos preceitos que instituíram o procedimento para a apuração dos crimes nela definidos, convertendo-os, à míngua destes, em verdadeiras normas em branco.

Apelação criminal. Crime contra a saúde pública. Tráfico de entorpecentes. Almejada absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Impossibilidade.

Se o conjunto probatório converge no sentido de apontar, com segurança, tanto a autoria, quanto a materialidade do crime narrado na denúncia, inviabiliza-se a absolvição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n. 2003.004735-2, da comarca de Itajaí | *(1ª Vara Criminal), em que é apelante Maria Bueno de Souza e apelada a Justiça, por sua Promotora:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Maria Bueno de Souza, pela prática do crime capitulado no art. 12 da Lei n. 6.368/76, descrevendo assim o evento, *ipsis verbis*:

“No dia 28 de junho de 2002, por volta das 16h30min, foi montada uma operação policial, com policiais militares à paisana e em veículos descaracterizados, dada a notícia de que na casa da denunciada Maria Bueno de Souza, localizada na Rua Germano Montibeller, n. 384, bairro Dom Bosco, Itajaí/SC, funcionava um ponto de comércio ilícito de entorpecentes, local este, mais conhecido como ‘Boca da Mara’.

“Durante a operação, foi verificada a entrada de um indivíduo, identificado posteriormente como Celso Eduardo Travasso. Momentos depois, quando ele saía da residência da denunciada, foi dada a ordem para uma outra viatura oficial, devidamente caracterizada, para que abordasse o indivíduo.

“Ato contínuo, depois de realizada busca pessoal em Celso, foi encontrada em seu poder uma bucha de cocaína, pesando aproximadamente 5 decigramas, conforme o termo de apreensão de fl. 12.

“Indagado, Celso informou aos policiais que havia adquirido a substância entorpecente da denun-

ciada Maria Bueno de Souza, pela importância de R\$ 10,00 (dez) reais.

“Diante da referida informação, a equipe de policiais adentrou na citada residência e passou a empreender busca no local, tendo encontrado as seguintes substâncias (termo de apreensão de fl. 11):

“6 (seis) torrões, envoltos em um plástico transparente, pesando cerca de 27,3 (vinte sete vírgula três) gramas, de substância entorpecente conhecida vulgarmente como maconha;

“1 (uma) trouxa contendo pedra de cor amarelada, embalada em plástico opaco de cor branca, pesando aproximadamente 91,5 (noventa e um vírgula cinco) gramas, de substância entorpecente, conhecida vulgarmente como *crack*;

“140 (cento e quarenta) trouxinhas, contendo pedras de cor amarelada, embaladas em plástico opaco de cor branca, pesando aproximadamente 27 (vinte e sete) gramas, de substância entorpecente, conhecida vulgarmente como *crack*;

“5 (cinco) trouxinhas, contendo pó branco, confeccionadas com plástico opaco de cor branca, pesando aproximadamente 2,7 (dois vírgula sete) gramas, de substância entorpecente, conhecida vulgarmente como cocaína.

“Além das drogas acima descritas, foi ainda encontrada e apreendida na casa da acusada, 1 (uma) pochete de couro na cor marrom, contendo a importância de R\$ 119,50 (cento e dezenove reais e cinquenta centavos), bem como a

importância de R\$ 117,80 (cento e dezessete reais e oitenta centavos), quantias estas provenientes da venda de entorpecentes (termo de apreensão de fl. 10).

“Oportuno ressaltar que a denunciada tinha em depósito e guardava todas as drogas acima especificadas com o único fito de comercializá-las, visto que, estavam devidamente embaladas e preparadas para a efetiva entrega, mediante pagamento, aos consumidores que ali adquiriam as substâncias entorpecentes” (fls. 2 e 4).

Homologado o auto de prisão em flagrante (fl. 38) e recebida a denúncia (fl. 40), a ré foi interrogada (fls. 49 e 50), procedendo-se, na seqüência, à juntada dos laudos de exame de substâncias entorpecentes (fls. 52 a 55 e 56 a 60) e à defesa prévia (fls. 61 a 65).

Inquiridas as testemunhas arroladas na denúncia (fls. 77 a 82 e 85 e 86) e na peça de resistência (fls. 87 a 92). Como as partes não requereram diligências complementares, ofertaram suas alegações finais, por intermédio de memoriais e na ordem legal (fls. 101 a 108 e 109 a 115).

Sobreveio então a sentença, por meio da qual o Dr. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou a ré às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, estabelecendo para o respectivo cumprimento o regime integralmente fechado e 40 (quarenta) dias-multa, nos termos do disposto no art. 38, §§ 1º e 3º, da Lei n. 6.368/76, por

infração ao art. 12 desse diploma legal.

Inconformada, Maria Bueno de Souza apelou, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, consistente na inversão de atos processuais, uma vez que a defesa prévia foi apresentada após o interrogatório, em desconformidade com o disposto no art. 38 da Lei n. 10.409/02.

No mérito, negou a autoria do delito, sustentando que não se encontrava no local dos fatos, asseverando, outrossim, a inexistência de provas. Concluiu postulando a absolvição, com fulcro no preceito inscrito no art. 386, incisos IV e VI, do Código de Processo Penal, invocando o princípio do *in dubio pro reo*.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo desproviamento do recurso.

É o relatório.

A prefacial suscitada não tem consistência.

Com efeito, o veto integral do Capítulo III da Lei n. 10.409, de 11-1-02 — que dispunha sobre os crimes e as penas referentes ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica — privou de eficácia os preceitos que instituíram o procedimento para a apuração dos crimes nela definidos, transformando-os, à míngua destes, em verdadeiras normas em branco, consoante o entendimento assente

nesta Corte, proclamado em precedente da lavra do Dr. Newton Janke, eminente Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau (HC n. 2002.012759-6, de Joinville).

Em face disso, e porque a apelante foi denunciada por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, na trilha do entendimento sufragado por esta Câmara, o rito a ser observado no caso concreto era o estabelecido pela aludida lei, inexistindo a sustentada inversão.

Em hipótese assemelhada, assentou a jurisprudência desta Câmara:

“Tráfico ilícito de entorpecentes. Alegado constrangimento ilegal em face da não aplicação do procedimento previsto na Lei n. 10.409/02. Não ocorrência. Os crimes definidos na lei referida não existem, pois constavam do Capítulo III, que foi totalmente vetado (artigo 14 até o 26). Logo, não há como aplicar o procedimento referido, por ausência dos ‘crimes definidos nesta lei’. Ordem denegada” (HC n. 2002.025733-3, de Ponte Serrada, rel. Des. Maurílio Moreira Leite). No mesmo sentido: HC ns. 2002.025681-7, de Curitiba, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e 2002.012759-6, de Joinville, rel. Dr. Newton Janke e Ap. Crim. n. 2002.024610-2, de Itajaí, rel. Dr. José Carlos Carstens Köhler.

No mérito, tampouco procede a insurreição, porquanto comprovadas, à saciedade, tanto a autoria da infração, a qual emerge do auto de prisão em flagrante (fls. 5 a 9), quanto a respectiva materialidade, eviden-

ciada nos termos de exibição e apreensão (fls. 14, 15 e 16), laudos de constatação (fls. 17, 18 e 19) e periciais (fls. 52 a 55 e 56 a 60), os quais atestaram que as substâncias apreendidas eram efetivamente estupefacientes.

Ademais, a quantidade apreendida, a forma como as drogas estavam acondicionadas, o dinheiro encontrado, as diversas reclamações recebidas (fls. 14 e 15 e 41) e a substância encontrada em poder de Celso Eduardo Travasso — indivíduo que foi abordado pelos policiais ao sair da casa da apelante (fl. 16) —, bem como os depoimentos dos policiais que realizaram a diligência (fls. 7 e 8 e 77 a 81) constituem-se em elementos de convicção que emprestam solidez à condenação.

Além disso, “o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

“O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar — tal como ocorre com as demais testemunhas — que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios

idôneos” (HC n. 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18-10-96, p. 39.846). Logo, se a ré não demonstrou o contrário, como lhe incumbia, à luz do preceito inscrito no art. 156 do CPP, a presunção de veracidade de que se revestem permanece incólume.

De outro vértice, o fato de a apelante afirmar que não estava negociando drogas — sustentando que não se encontrava em casa no momento do flagrante — não tem o condão de descaracterizar o crime de tráfico, pois o simples ato de “guardar” substância entorpecente configura uma das condutas descritas pelo legislador no *caput* do art. 12 da Lei n. 6.368/76, dispensando a efetiva comprovação da mercancia, a qual também restou demonstrada pelo conjunto probatório.

A respeito, proclamou a jurisprudência deste Tribunal:

“O fato de alguém, sem a necessária autorização, guardar, em casa, substância entorpecente ou que determine dependência física ou

psíquica, por si só tipifica o delito do art. 12 da Lei Antitóxico, pouco importando seja o depósito mantido em nome próprio ou por conta de terceiro” (JC 28/546).

Diante desses contornos, à míngua de dúvida do envolvimento da apelante no cometimento do delito capitulado no art. 12 da Lei de Tóxicos, afigura-se inadmissível a almejada absolvição e, como corolário, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 22 de abril de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.005788-9, DE SEARA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Acidente de trânsito. Invalidez do exame de alcoolemia argüida à guisa de preliminar. Bafômetro não aferido pelo Inmetro. Ebriedade que emerge do conjunto probatório. Nulidade inexistente.

“O aferimento do estado etílico através de bafômetro é apenas mais um meio de prova para demonstrar que o condutor do veículo praticou a conduta prevista no art. 306 da Lei n. 9.503/97,

pois a falta de regulamentação de uso de instrumento, de forma alguma, isenta de culpabilidade o agente, mormente se há prova testemunhal a comprovar seu estado de embriaguez' (TJGO – Ap. – Rel. Paulo Teles – RT 771/652)” (Franco, Alberto Silva; Ninno, Jefferson; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar, e Ninno, Wilson, Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.092).

Motorista embriagado que colide com ciclista. Condenação por infração aos arts. 305 e 306 da Lei n. 9.503/97. Postulada absolvição no tocante ao delito de omissão de socorro descrito no art. 304 do aludido diploma legal. Ausência de condenação por esse crime. Interesse em recorrer. Carência

Carece de interesse em recorrer aquele a quem não aproveite a reforma ou modificação da sentença, à míngua de necessidade e utilidade.

Dosimetria. Pena de suspensão da permissão para dirigir veículo automotor. Sanções administrativa e penal. Cumulação. Circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Art. 59 do Código Penal. Redução ao mínimo legal. Recurso provido unicamente para esse efeito.

“Sendo penalidade principal, cominada pelo preceito secundário do tipo penal, a aplicação da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor obedece aos critérios impostos pelo art. 68 do CP” (Ap. Crim. n. 2001.003142-1, de Tangará, rel. Des. Irineu João da Silva).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.005788-9, da comarca de Seara, em que é apelante Dirceu José Manfrói e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Seara, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Dirceu José Manfrói pela prática do crime capitulado nos arts. 305 e 306 da Lei n. 9.503/97, combinados com o art. 69 do Código Penal, pelo fato assim narrado, *ipsis verbis*:

“Emerge do presente caderno informativo, que na madrugada do dia 26 de abril de 2000, o denunciado Dirceu José Manfrói conduzia o veículo GM/Monza SLE, placa CCV 1125, de propriedade de Vanderlei Casarotto, pela Avenida Beira Rio, via pública desta Cidade, em visível estado de embriaguez e ao contornar uma das curvas daquela avenida, nas proximidades do escritório da empresa Auto Viação Seara, perdeu o controle da direção do veículo, que acabou por atingir um ciclista que por ali trafegava.

“Ressalta-se que, após ter empreendido fuga do local do acidente, o denunciado foi abordado por policiais militares e ao ser submetido ao teste conhecido como ‘bafômetro’, foi constatado que apresentava um quadro de embriaguez de 15g de álcool por litro de ar expelido nos pulmões” (fl. 2).

Citado (fl. 47 verso), o acusado foi interrogado (fl. 48), tendo apresentado, na seqüência, defesa prévia (fls. 49 e 50).

Inquiridas as testemunhas arroladas na denúncia (fls. 59 a 62) e na peça de resistência (fl. 64), as partes apresentaram suas derradeiras alegações, por memoriais, na ordem legal (fls. 65 a 68 e 71 a 76).

Sobreveio então a sentença, por intermédio da qual o Dr. Juiz de Direito condenou o réu às penas de 6 (seis) meses de detenção, 10 (dez) dias-multa, quantificando a respectiva unidade em um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do crime, e suspensão de permissão para dirigir

veículo automotor pelo prazo de 1 (um) ano, pela prática da infração capitulada nos arts. 306 e 293 da Lei n. 9.503/97, e de 6 (seis) meses de detenção, pelo cometimento do fato típico descrito no art. 305 do mesmo diploma legal, combinados com o art. 69 do Código Penal, substituindo as sanções restritivas de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo período de 1 (um) ano.

Irresignado, apelou o réu, argüindo, preliminarmente, a imprescritibilidade do aparelho utilizado para aferição da embriaguez que se lhe atribuiu, pretendendo, por isso, a absolvição, quer no que se refere ao delito capitulado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro — conduzir veículo automotor sob a influência de álcool — quer no que concerne ao crime de omissão de socorro, pelo qual, aliás, sequer foi denunciado, salientando ainda que a suspensão do direito de dirigir veículo automotor constitui *bis in idem*, uma vez que na esfera administrativa sua habilitação já foi suspensa.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Da análise do processo verifica-se, de fato, que o laudo de dosagem alcoólica (fl. 10) não ostenta valor probatório, pois o aparelho utilizado para a medição não havia sido

aferido pelo Inmetro, conforme demonstrou o réu por intermédio do documento acostado às fls. 77 a 79.

Entretanto, a prova oral produzida em Juízo, consistente nos depoimentos tanto do policial militar que conduziu o apelante ao exame de alcoolemia quanto da testemunha que o presenciou, sustentam a afirmação de que Dirceu encontrava-se visivelmente embriagado, exalando, inclusive, odor de álcool no momento do teste de embriedade (fl. 61 e 62).

Em caso análogo, assentou a jurisprudência:

“O aferimento do estado etílico através de bafômetro é apenas mais um meio de prova para demonstrar que o condutor do veículo praticou a conduta prevista no art. 306 da Lei n. 9.503/97, pois a falta de regulamentação de uso de instrumento, de forma alguma, isenta de culpabilidade o agente, mormente se há prova testemunhal a comprovar seu estado de embriaguez’ (TJGO – Ap. – Rel. Paulo Teles – RT 771/652)” (Franco, Alberto Silva; Ninno, Jefferson; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar, e Ninno, Wilson, Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.092).

Portanto, o conjunto probatório não permite que se desconsidere o estado de embriaguez do recorrente.

No mérito, não procede igualmente a insurreição, visto que o apelante postulou a absolvição no

concernente a crime pelo qual sequer foi denunciado, que dirá condenado — omissão de socorro, previsto no art. 304 da Lei n. 9.503/97.

A denúncia imputou-lhe a prática das infrações capituladas nos arts. 305 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro, as quais descreveu minuciosamente, ao passo que não narrou o fato que corresponderia à infração ao mencionado preceito — art. 304 da Lei n. 9.503/97 (fls. 2 e 3).

Ora, não tendo sido denunciado pela prática da infração pela qual sustenta ter sido condenado, por óbvio não a poderia a sentença considerar, ou, em razão dela, impor-lhe sanção. Logo, carece o réu de interesse em recorrer, com vistas a obter a absolvição relativamente ao pretenso delito.

Com efeito, “a noção de interesse, no processo, repousa sempre, em nosso entender, no binômio *adequação* mais *necessidade* ou *utilidade*.”

“Para o exercício do direito de ação, *adequação* é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado, que deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Analogamente, com relação ao direito de recorrer, o recurso interposto deve ser adequado a assegurar a utilidade visada pelo recorrente. Isso importa em que o recorrente lance mão do recurso adequado às hipóteses de cabimento, pois a cada tipo de decisão cabe um tipo de recurso, embora a regra seja

mitigada pelo princípio da fungibilidade (*retro*, n. 16).

‘É por isso que a classificação tradicional dos requisitos recursais coloca a adequação ao lado do cabimento, como pressupostos objetivos dos recursos’ (v. *retro*, n. 37).

“Vê-se daí que, com relação aos recursos, o *interesse-adequação* se confunde com o cabimento.

“A *necessidade* de tutela jurisdicional indica a impossibilidade de se obter a satisfação do direito material sem a intervenção do Estado-juiz: e isso se aplica tanto ao exercício do direito de ação, como ao exercício do direito de recorrer.

“A *utilidade* significa a possibilidade, por intermédio do direito de ação ou do direito de recorrer, de se conseguir situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a existente antes do exercício da ação ou, no caso de recurso, da emergente da decisão recorrida” (Grinover, Ada Pellegrini, Gomes Filho, Antônio Magalhães, Fernandes, Antônio Scarance, Recursos no processo penal, 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 82 e 83).

A respeito, a orientação jurisprudencial de Julio Fabbrini Mirabete, colacionada na ementa que a seguir se transcreve, *verbis*:

“O exercício do direito de recorrer está subordinado à existência de um interesse direto na reforma ou modificação do despacho ou sentença. Tem interesse apenas aquele que teve seu direito lesado

pela decisão’ (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, Ed. Atlas, 1991, p. 582) (RJDTACrim 38/63)” (Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 1.415).

Diante disso, nenhum resultado que pudesse corresponder à situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, emergiria de eventual provimento, porque do pseudocrime a sentença não cuidou.

Afigura-se, outrossim, improcedente a irresignação no que tange à suspensão da habilitação para conduzir veículo, relativamente à qual assevera a ocorrência de *bis in idem*, eis que tal penalidade não pode ser suprimida em face da aplicação da sanção administrativa, que possui cunho corretivo, enquanto que a sanção penal visa à repressão, resultando sua aplicação do imperativo comando da norma inscrita no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que a cumula com as penas privativa de liberdade e pecuniária.

Entretanto, deve ser minorada, visto que em desproporção com a pena restritiva de liberdade irrogada.

Considerando-se que as circunstâncias judiciais — art. 59 do Código Penal — favorecem ao réu, reduz-se o lapso da aludida suspensão ao mínimo legal, ou seja, a 2 (dois) meses, à luz do estatuído no art. 293 da Lei n. 9.503/97.

Em caso assemelhado, assentou a jurisprudência desta Câmara:

“Pena criminal — Dosimetria — Suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir

veículo automotor — Critério — Omissão do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) — Aplicação supletiva do Código Penal — Inteligência dos arts. 291 do CTB e 12 do CP.

“Sendo penalidade principal, cominada pelo preceito secundário do tipo penal, a aplicação da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor obedece aos critérios impostos pelo art. 68 do CP” (Ap. Crim. n. 01.003142-1, de Tangará, rel. Des. Irineu João da Silva).

Ante o exposto, não se conheceu do recurso na parte que almeja a absolvição do crime capitu-

lado no art. 304 do CTB, e deu-se-lhe parcial provimento para reduzir o prazo concernente à pena de suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor para 2 (dois) meses.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 13 de maio de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.003640-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Irineu João da Silva

Extinção da punibilidade – Prescrição da pretensão punitiva – Ausência do transcurso do lapso temporal entre os marcos interruptivos – Preliminar afastada.

Injúria qualificada por preconceito (CP, art. 140, § 3º) – Frases com conteúdo depreciativo chamando a querelante de “negona” – Elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de ultrajá-la, em razão de sua raça, comprovado pelo teor das expressões utilizadas – Recurso não provido.

De acordo com a intenção do legislador, ao editar a Lei n. 9.459/97, que criou a figura da injúria qualificada pelo preconceito, “chamar alguém de ‘negro’, ‘preto’, ‘pretão’, ‘negão’, ‘turco’, ‘africano’, ‘judeu’, ‘baiano’, ‘japa’, etc., desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva, relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de 1 ano de reclusão, além de multa” (Damásio de Jesus, Boletim do IBCrim 55/16).

Deve ser mantida a condenação nas penas do art. 140, § 3º, do Código Penal, quando presente o conteúdo depreciativo das expressões utilizadas, chamando a vítima de “negona”, reiteradas vezes, perfeitamente comprovado o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de ultrajar a vítima, em razão de sua raça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.003640-7, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante Clélia Natalina dos Santos e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, afastar a preliminar e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital (3ª Vara Criminal), Abigail Conceição Rodrigues Chagas ofereceu queixa-crime contra Clélia Natalina dos Santos, dando-a como incurso nas sanções dos arts. 138 e 140, § 3º, ambos do Código Penal, porque:

“A querelante é pessoa negra, pobre, de ótima e comprovada índole.

“A querelante e a querelada trabalham na empresa Touring Club do Brasil, situada na Rua Prefeito Osmar Cunha, n. 155, no centro desta capital. A primeira é funcionária da seção de cobranças, enquanto a segunda é responsável pela auto-escola da empresa.

“No final do mês de maio p.p. a querelante passou a ser vítima de comentários injuriosos por parte da querelada, por uma única e vil razão, a querelante ser pessoa de cor negra.

“Como trabalha em uma seção próxima à sala onde a querelada leciona para a auto-escola, a querelante, inúmeras vezes, viu-se obrigada a abrir a porta da sala, onde a querelada ministrava suas aulas, para possibilitar a entrada dos alunos, porque, geralmente, a querelada costumava chegar ‘em cima’ da hora para o início de suas aulas, fato que gerava incontestáveis transtornos no ambiente de trabalho.

“A querelante tentou resolver o problema de forma amigável, mas não obteve resposta favorável, não restando outra alternativa a não ser expor os fatos ao seu superior hierárquico, o gerente da empresa.

“Ao saber que o gerente havia tomado conhecimento dos fatos, a querelada passou a demonstrar o seu caráter racista, eivado de preconceitos, tecendo comentários a seus colegas de trabalho, que logo chegaram aos ouvidos da querelante:

“‘Negona agora quer ser gerente!’

“‘O que que esta negona tem que se meter no meu setor!’

“Não satisfeita em seu intento de injuriar a querelante, a querelada aproveitou, em um dia em que a chave da sala da auto-escola havia desaparecido, para tecer o seguinte comentário:

“Hoje a negona não vai conseguir abrir a auto-escola’.

“E outras situações se repetiram, nas quais a querelada desfiava comentários maldosos, aos quais a querelante passou a refutar, por se sentir humilhada e constrangida.

“Ao passo que demonstrava o seu descontentamento com as manifestações de preconceito da querelada, a querelante passou a ouvir o seguinte comentário por parte daquela:

“Agora vou chamar a negona de loira, porque ela não quer ser chamada de negona!”

“Diante de tamanho desrespeito à dignidade humana, e dos impropérios e injúrias prolatados pela querelada, em pleno ambiente de trabalho, criando verdadeiro constrangimento perante seus companheiros de labor, a querelante resolveu pedir explicações à querelada.

“A querelada, sentindo-se ofendida pelo fato de ter de explicar o inexplicável e movida, ainda, pelo seu *animus injuriandi*, registrou o boletim de ocorrência n. 3619 (doc. anexo), na 1ª Delegacia de Polícia desta capital, datado de 21 de maio de 1997.

“Neste malsinado boletim, a querelada, cega pelo seu racismo e preconceito, torpemente, confessa o seu crime, afirmando ser a autora da frase, *in verbis*:

“O que a negona tem que se meter no meu setor’.

“Desvirtuando, ainda, todos os fatos, acusa a querelante da prática do crime de injúria e difamação, acusação que tipifica, sobejamente, o crime de calúnia, previsto no art. 138 do *Codex* penal.

“A querelante, por derradeiro, registrou a Ocorrência n. 5.187, na mesma DP, na qual está descrita a verdade dos fatos.

“Tais fatos, na sociedade brasileira, constituem uma prática constante, carregados de violência simbólica, movidos pela certeza da impunidade. Sem dúvida, tais ações não se enquadram dentro de uma visão segregacionista, típica em outros países, mas, certamente, constituem obstáculos ao desenvolvimento das pessoas negras, na medida em que ferem sistematicamente sua auto-estima e reforçam perante os não-negros, concepções discriminatórias, que só fortalecem e perpetuam as desigualdades raciais em nosso país” (fls. 2 a 12).

Concluída a instrução criminal, a querelada restou condenada à pena de cumprimento de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a privativa de liberdade por outra pena de multa de 10 (dez) dias, nos termos da queixa-crime.

Inconformada, a querelada apelou, reiterando os termos das alegações finais, em que pugnou pela ausência de tipicidade na sua conduta e, alternativamente, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância,

manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Registra-se, inicialmente, que não há falar em prescrição da pretensão punitiva, em qualquer de suas formas. O crime pelo qual foi denunciada prevê pena privativa de liberdade de 1 (um) a 3 (três) anos, não se cogitando da hipótese de prescrição *in abstracto*. A apelante foi condenada à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão, cujo prazo prescricional opera-se em 4 (quatro) anos (CP, art. 109, V). Contudo, considerando que os fatos aconteceram no mês de maio de 1997, a queixa-crime foi recebida em 24-11-1997, sendo interposta em agosto de 1997, e a sentença condenatória publicada em 19-6-2001 (fl. 86), não transcorreu o lapso necessário ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa. Tampouco, há que se falar em prescrição superveniente.

2. Há exatos 115 (cento e quinze) anos foi abolida a escravatura no Brasil, quando a Princesa Isabel assinou a Lei Áurea. O ato simbólico, no entanto, não impediu que a herança de mais de 300 anos de escravidão continuasse ancorada na sociedade brasileira e transpusesse os limites do novo milênio. Os negros brasileiros, assim como as mulheres e as chamadas “minorias”, continuam na luta por ascensão social e melhores condições de vida. O

racismo e a pobreza se acentuam, impregnando os costumes e as tradições, como os números e a história comprovam.

Ao passo que as novas pesquisas nas ciências humanas e biológicas possibilitaram decifrar o genoma humano, também ampliaram a discussão sobre o conceito de raça e, conseqüentemente, do racismo.

Em recente reportagem na Revista Superinteressante, intitulada “Vencendo a Raça”, o jornalista Rafael Kenski, após tecer comentários sobre a origem das diferenças entre as raças, explica que “o preconceito é tão antigo quanto a humanidade, mas o racismo parece não ter mais de 500 anos. ‘Antes disso, a discriminação era feita em relação à cultura e ao diferente’, diz o antropólogo Kaben-gele Munanga. Os gregos chamavam de ‘bárbaro’ qualquer pessoa que não falasse sua língua, mas quem a aprendesse não teria complicações. O problema começa a mudar no final do século 15, quando a Inquisição espanhola obriga os judeus a se converterem ao catolicismo. Muitos desses cristãos-novos continuam a praticar os seus ritos, o que leva os católicos a acreditar que havia algo no sangue judeu que impedia a conversão. A solução era evitar a miscigenação para que esse sangue não se espalhasse pela população. Na mesma época, os europeus chegam à África e à América e encontram um tipo de ser humano completamente diferente do que eles conheciam. ‘Até então, a humanidade era a Europa. O conceito de branco não

existia antes de eles conhecerem o negro', diz Kabengele. O encontro trouxe novos dilemas. Os teólogos da época discutiam se os índios tinham alma com o objetivo de saber, por exemplo, se ter relações sexuais com eles era pecado. Eles também chegaram à conclusão de que escravizar africanos era natural, com base na passagem bíblica em que Canaã, filho de Noé, embriaga-se e é condenado à servidão (Gênesis 9,25).

“A partir do século 18 e principalmente no século 19, as explicações bíblicas dão lugar a argumentos científicos. Os pesquisadores associavam os traços físicos de cada raça a atributos morais para tentar eliminar características indesejáveis. Um deles foi o conde francês Joseph Arthur de Gobineau, que em 1855 concluiu que a miscigenação causa a decadência dos povos e que os alemães eram uma raça superior às outras. Um de seus discípulos foi o médico brasileiro Raimundo Nina Rodrigues, para quem os rituais de candomblé eram uma patologia dos negros.

“Apesar de essas teorias terem caído em total descrédito no século 20, o tipo de discriminação que elas pregam permanece vivo em muitas pessoas. ‘É uma ideologia que se reproduz facilmente e que está sempre ligada à dominação de um grupo sobre o outro’, diz Kabengele. Ou seja, além de qualquer aspecto psicológico, o racismo tem motivos bastante práticos. ‘Ele é um sistema de levar vantagens sobre outras pessoas e manter privilé-

gios’, afirma a psicóloga Maria Aparecida Silva Bento, coordenadora do Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (Ceert)” (SP: Ed. Abril. *In* http://super.abril.com.br/revista/reportag/0403/1871_03.html, em 30-4-2003).

Em Portugal, desde o século XVI, os negros e mestiços foram impedidos de ocupar cargos de confiança e de honra, sob a alegação de não possuírem tradição católica e títulos de nobreza. Os argumentos empregados eram de nobreza teológica e social. Afirmava-se que esses grupos pertenciam a uma raça impura, cujo sangue se encontrava manchado; daí a expressão raça infecta que aparecia nos documentos coloniais. Para ocupar os cargos de regedor da justiça da suplicação, escravidão de juízo, coletor de impostos, juiz de fora, vereador, juiz de confiscações e outros, o candidato deveria comprovar que era limpo de sangue, ou seja, que não tinha na família nenhum membro pertencente às chamadas raças impuras. Só assim seria considerado um homem “digno de confiança, bom, virtuoso, temente a Deus e honrado”. Segundo as leis e tradições portuguesas, afirmava-se que essas “virtudes” passavam de pai para filho, eram hereditárias.

O preconceito da pureza de sangue foi eliminado da legislação portuguesa (válida para todas as colônias) por um conjunto de leis promulgadas pelo Marquês de Pombal, entre os anos de 1768 e 1774. Entre elas, destaca-se a Lei de 1774, que proibiu o emprego de certas

expressões, ditas ou escritas, e todos aqueles que as usassem como forma de distinção de pessoas incorreriam em penas de açoites, degredo e perdas de títulos e privilégios.

No Brasil, ainda nos nossos dias, as pessoas continuam sendo tratadas não com base em seu mérito, em seu preparo, em sua competência, mas com base na sua cor, na sua raça. Essa é a principal conclusão da mais recente pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA. Em nosso país, negros e pardos são estimados como 46% da força de trabalho, contra 54% de brancos. Destes, a média de salários é de R\$ 482,00 (quatrocentos e oitenta e dois reais), para R\$ 205,00 (duzentos e cinco reais) dos primeiros. E pior, as estatísticas demonstram que a probabilidade de os negros serem pobres é de 48%, contra 22% da população de cor branca. O peso da cor, ou, melhor dizendo, o seu preço, recorta o mercado de trabalho de cima a baixo, cria divisões, segrega e traça as linhas da diferença com que negros e brancos são tratados, formando um verdadeiro mapa da discriminação. No entanto, até bem pouco tempo acreditava-se que vivíamos numa democracia racial.

Na legislação brasileira, a prática de atos de racismo foi objeto de penalização pela Lei n. 1.390, de 5 de junho de 1951, conhecida como “Lei Afonso Arinos”, que previa uma série de contravenções, objetivando a proteção da igualdade racial.

Após a Constituição de 1988, o legislador ordinário, ao regulamentar o art. 5º, inciso XLII (a prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível, tendo como obrigatória sanção a pena privativa de liberdade de reclusão), editou a Lei n. 7.716/89, sem, contudo, prever a conduta de quem praticava ofensa com conteúdo discriminatório.

A figura típica do § 3º do art. 140 do Código Penal só foi introduzida pela Lei n. 9.459/97, que dispõe:

“§ 3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:

“Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

O legislador, portanto, deixou evidente que reconheceu como delito a prática de ofensa contra um ser humano destinada a menosprezá-lo em virtude de ele ter determinada cor de pele. “De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de ‘negro’, ‘preto’, ‘pretão’, ‘negão’, ‘turco’, ‘africano’, ‘judeu’, ‘baiano’, ‘japa’, etc., desde que com vontade de *lhe ofender a honra subjetiva*, relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de 1 ano de reclusão, além de multa” (Damásio de Jesus, *Injúria por Preconceito*, in Boletim do IBCrim 55/16).

E, nesse sentido, colhe-se do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no § 3º do art.

140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o crime previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou cor” (HC n. 249.792-3/0, rel. Luiz Pantaleão, j. 17-2-1998, *in* RT 752/594).

E, do vizinho Estado do Rio Grande do Sul, cita-se o precedente:

“Crime contra a honra. Injúria qualificada (art.140, § 3º, do CP). Demonstrada pela prova testemunhal a ocorrência de discussão entre a querelante e querelada e que esta ostentou, na janela externa de seu apartamento, de onde a querelante e outros moradores tinham plena visão, as figuras de animais, especialmente macacos, em franca alusão à raça negra da ofendida. Presente o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de ultrajar a vítima, em razão de sua raça. Delito caracterizado. Prova suficiente para um juízo condenatório. Sentença e apenamento confirmados. Apelo improvido, por maioria” (Ap. Crim. n. 699263299, rel. Des. Alfredo Foerster, j. 24-6-1999, *in* RJTJRGS 196/147).

No caso, foram as seguintes frases que originaram a imputação: “Negona agora quer ser gerente!”, “O que que esta negona tem que se meter no meu setor!”, “Hoje a negona

não vai conseguir abrir a auto-escola” e “Agora vou chamar a negona de loira, porque ela não quer ser chamada de negona!”.

Dessarte, deve ser mantida a condenação nas penas do art. 140, § 3º, do Código Penal, quando presente o conteúdo depreciativo das expressões utilizadas, chamando a vítima de “negona”, reiteradas vezes, perfeitamente comprovado o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de ultrajar a vítima, em razão de sua raça.

3. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, afastar a preliminar e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 13 de maio de 2003 .

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.007084-2, DE SANTA CECÍLIA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crime contra a administração da justiça – Falso testemunho (art. 342, § 1º, do CP) – Agente que, após testemunhar na fase do inquérito, em juízo altera, dolosamente, seu depoimento, visando a

obter prova para produzir efeito em processo penal – Relato que incidiu sobre fato juridicamente relevante – Dolo caracterizado – Palavras do delegado de polícia que colheu o depoimento do acusado na fase investigatória e da digitadora que atuou na ocasião – Condenação mantida.

Pratica o crime de falso testemunho o agente que altera intencionalmente a verdade dos fatos perante a autoridade judiciária, em prol da absolvição dos incriminados, pouco importando que ele tenha produzido algum efeito sobre a decisão, pois a ação que viola a lei é o depoimento prestado de forma ilegal, pretendendo subverter e influenciar um fato juridicamente relevante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.007084-2, da comarca de Santa Cecília, em que é apelante Lucas Alves dos Santos, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Santa Cecília, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Lucas Alves dos Santos, dando-o como incurso nas sanções do art. 342, § 1º, do Código Penal, porque:

“No dia 5 de junho de 2000, em hora não apurada, na Delegacia de Polícia de Santa Cecília, em suas declarações na fase indiciária, à fl. 25 do Processo Penal n. 056.00.000475-30, em que foram denunciados Nilceu Guimarães e Dirceu Guimarães por

homicídio qualificado, o denunciado Lucas Alves dos Santos, inquirido como testemunha, devidamente compromissado, afirmou que presenciou Dirceu e Nilceu dispararem a arma contra a vítima José Antunes.

“Ato contínuo, na fase judicial, à fl. 13 deste caderno indiciário, o denunciado fez afirmação falsa, dizendo que não viu os acusados dispararem a arma.

“Ressalta-se que tal afirmação foi feita pelo denunciado com o intuito de produzir efeito de prova em defesa dos acusados Nilceu Guimarães e Dirceu Guimarães” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, o réu restou condenado às penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à entidade pública (art. 43, inciso IV, do CP), e multa (art. 43, inciso I, do CP), substitutivas do cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, sem prejuízo do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à

época dos fatos, por infração ao art. 342, § 1º, do Código Penal.

Inconformado, apelou, buscando a absolvição, sustentando que não cometeu o delito de falso testemunho. O que houve foi má interpretação da autoridade policial quando do seu depoimento, pois não tinha a intenção de beneficiar os réus, e, tampouco, as divergências de suas declarações influenciaram no processo.

Após as contra-razões do recurso, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, pelo conhecimento e provimento do recurso para absolver o réu.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, não merecendo, contudo, provimento.

Imputa-se ao apelante a prática do delito descrito no art. 342, § 1º, do Código Penal, porque teria prestado falso testemunho, na qualidade de testemunha compromissada, nos autos do Processo Crime n. 056.000.000475-3, em que são acusados Nilceu Guimarães e Dirceu Guimarães. A afirmação acoidada de falsa consistiu no fato de ter dado declarações distintas na fase policial e em juízo, com o intuito de produzir efeito de prova em defesa deles.

A materialidade está positivada no próprio termo de declarações prestadas pelo réu no Processo Crime n. 056.000.000475-3, em que serviu como testemunha, no qual foi devida-

mente compromissado na forma legal (fl. 229).

Embora negadas pelo apelante, a autoria e a qualificação jurídica restaram comprovadas nos autos.

Em verdade, o réu incidiu em contradição veemente sobre dados fundamentais do episódio criminoso. Assim na polícia disse “viu Dirceu e Nilceu, conhecidos como Dentão e Negrinho, atirando em José Antunes; que a vítima tentou se esquivar dos tiros, andando por cerca de uns 10 metros; que o ofendido não possuía qualquer tipo de arma e não pôde se defender dos tiros; que após terem matado a vítima, os autores do fato saíram normalmente dando tiros para o alto” (fl. 11). Já em Juízo afirmou “que foi até a porta da residência e presenciou o acusado; [...] Dirceu com um revólver na mão; que Nilceu não portava nenhuma arma de fogo; que quando o depoente chegou na porta, os acusados estavam saindo do local; [...] que o depoente esclarece que não viu os réus disparando na vítima, apenas informou a autoridade policial; que, ao sair até a porta, avistou os acusados aproximadamente 10 metros do ofendido” (fl. 16).

Dessarte, não se pode ter tamanha disparidade como simplista desencontro de enfoques. E, se o Conselho de Sentença decidiu na linha do relato produzido pelo ora réu, então testemunha, em Juízo, isso não convalida ou torna justificável o *falsum*, mas evidencia que ele foi bem-sucedido em sua empreitada de mentir ou, em análise mais branda,

confundir. Não se olvida que o delegado de polícia, que colheu o relato do acusado no inquérito, ouvido na segurança do Juízo, foi taxativo em retratar a normalidade de suas declarações (fl. 55). Em igual sentido as palavras da digitadora que atuou na ocasião, afastando qualquer eiva no procedimento (fl. 53). Nem se diga que os termos flagrantemente contraditórios do recorrente resultaram de sua pouca instrução, já que se trata de comerciante estabelecido na região, com passado pelas lides policiais (certidão de fl. 25).

Portanto, tem-se que houve dolo no sentido de produzir efeito no processo crime em prol da absolvição dos denunciados Dirceu Guimarães e Nilceu Guimarães.

Como se sabe, o crime de falso testemunho é de natureza formal, consumando-se no instante em que a pessoa, em processo judicial, policial ou administrativo, faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade, não importando se o depoimento desleal influenciou na decisão final da causa.

Julio Fabbrini Mirabete ensina que “o dolo do crime previsto no artigo 342 é a vontade de prestar depoimento ou realizar perícia em desacordo com o que o agente tem ciência ou verificou. Exige, pois, a vontade e a consciência de estar o agente cometendo uma falsidade (RF 231/316)”. E continua o citado penalista: “Não importa o fim do agente (RJTJESP 9/654) e muito menos que o agente tenha obtido o fim a que se propusera (RT 410/114; RJTJESP 11/477, 15/367; RF

140/486)” (Manual de Direito Penal, 6ª ed., SP: Editora Atlas, 1993, p. 399).

Magalhães Noronha, de sua parte, acrescenta que o elemento material do crime de falsidade é: “*afirmar falsamente, negar ou calar a verdade*. Por uma dessas três maneiras pode ser cometido o falso testemunho ou a falsa perícia. *Na primeira modalidade, há atuação afirmativa ou positiva: o sujeito ativo assegura ou afirma uma inverdade*. A outra é negativa: a pessoa nega o que sabe. A terceira consiste em ocultar a verdade; não há afirmação nem negociação: a pessoa silencia; há reticência” (Direito Penal, 4º vol., SP: Editora Saraiva, 1997, p. 379 e 380).

Nesse sentido:

“No crime de falso testemunho, a ofensa à Justiça decorre do próprio depoimento prestado pelo agente, pouco importando que ele tenha produzido algum efeito sobre a decisão, pois a ação que viola a lei é o depoimento prestado de forma ilegal, pretendendo subverter e influenciar um fato juridicamente relevante” (RT 749/639-40).

Como visto, não há negar que o falso testemunho prestado na fase judicial referia-se a fato juridicamente relevante, revestindo-se de potencialidade lesiva à administração da justiça, pois que visava a inocentar a conduta criminosa dos réus. E depois “basta a potencialidade de produzir dano, não sendo necessário o efetivo dano à administração da justiça” (STF, RTJ 95/573; RTJ 79/784).

Por outro lado, a tese da falta de influência do depoimento atacado

na decisão daquele processo não o exime da responsabilidade criminal, pois, como retromencionado, tal circunstância é irrelevante para a configuração delituosa.

Nunca é demais lembrar que “a existência do delito de falso testemunho é independente do êxito do julgamento principal, porque a administração tem interesse não só na sentença justa, mas também no processo honesto” (RT 677/362).

Dessarte, há comprovação de que o apelante sabia (elemento cognitivo) e queria (elemento volitivo) fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, na fase judicial, em processo penal com o intuito de produzir prova para beneficiar os acusados Nilceu Guimarães e Dirceu Guimarães. Por esses motivos,

a condenação do recorrente pelo crime previsto no art. 342, § 1º, do Código Penal era medida que se impunha.

2. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 24 de junho de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.023330-2, DE TIMBÓ

Relator: Des. Torres Marques

Crime ambiental – Art. 39 da Lei n. 9.605/98 – Tipo que prevê a aplicação alternativa da pena de multa – Infração classificada como de menor potencial ofensivo – Exegese da parte final do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01 – Incompetência desta Corte para a análise do recurso – Não conhecimento – Remessa dos autos à turma de recursos competente.

Não se pode perder de vista que a Lei n. 10.259/01 foi instituída no âmbito da Justiça Federal que, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal, não possui competência para o julgamento de contravenções penais, o que nos leva à conclusão de que a expressão “ou multa” não se refere à aplicação isolada da pena de multa, mas, sim, aos casos em que esta é aplicada de forma alternativa à pena privativa de liberdade, levando-se em conta ainda o princípio de que o legislador não introduz na lei palavras ou expressões inúteis.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.023330-2, da comarca de Timbó (2ª Vara Cível e Criminal), em que são apelantes Elzevir Elvino Nardelli e Adilson Lodimar Bertoldi, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso, determinando-se a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Timbó (2ª Vara Cível e Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Victor Piske, Elzevir Elvino Nardelli, Beno Muller e Adilson Lodimar Bertoldi, dando-os como incurso nas sanções do artigo 39 da Lei n. 9.605/98, pois, conforme narra a exordial acusatória:

“Consta do incluso procedimento investigatório que, no dia 28 de julho de 1999, por volta das 18h30min, a guarnição da Polícia de Proteção Ambiental, composta pelos policiais Sg. Jair, Sgt Osni Hames e Sd. Marcos, lotados no 10º BPM de Blumenau, em diligência realizada na propriedade do denunciado Victor Piske, localizada em Mulde Alta, neste Município, surpreenderam os denunciados Adilson Lodimar Bertoldi e Beno Muller, em comum acordo e com união de esforços, cortando 276 “cabeça” de palmito *in natura*, em floresta considerada de preservação

permanente, posto que localizada na faixa marginal de 30 metros de um córrego de água existente na região (perícia de fls. 52 a 59), sem permissão da autoridade competente para tanto.

“Os denunciados Adilson Lodimar Bertoldi e Beno Muller agiam previamente acordados com os primeiros denunciados, Victor Piske e Elzevir Elvino Nardelli, que haviam negociado o palmito entre si e os contrataram para o corte de cerca de 900 ‘cabeças’ de palmito” (fls. 2 e 3).

Às fls. 142 e 143 foi concedida a suspensão condicional do processo aos acusados Beno Muller e Victor Piske pelo prazo de 2 (dois) anos.

Concluída a instrução criminal, o douto Magistrado sentenciante julgou procedente a denúncia, condenando Elzevir Elvino Nardelli e Adilson Lodimar Bertoldi, individualmente, à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 39 da Lei n. 9.605/98, substituindo a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade.

Irresignados, os acusados interuseram recurso de apelação, pugnando por suas absolvições sob o fundamento de que acreditavam possuir autorização para efetuarem o corte dos palmitos.

Contra-arrazoados, os autos ascenderam a esta superior instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da

lavra do Dr. Vilmar José Loef, pelo conhecimento e improvidamento do recurso.

II – Voto

Trata-se de insurgência contra sentença que condenou os apelantes como incurso nas sanções do art. 39 da Lei n. 9.605/98, para a qual está prevista a pena de 1 (um) a 3 (três) anos ou multa, ou ambas cumulativamente.

Assim cominada a pena para o delito, cabe, *a priori*, uma análise acerca da competência desta Corte para o julgamento do presente recurso.

Destarte, após o advento da Lei n. 10.259/2001, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, definindo como infração de menor potencial ofensivo os crimes em que a lei comine pena máxima de dois anos, ou multa, travou-se discussão acerca da derrogação tácita ou não do art. 61 da Lei n. 9.099/95 para o qual se consideram de menor potencial ofensivo os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

No entanto, principalmente em atenção ao princípio da igualdade, a questão resta superada pela doutrina e jurisprudência. Senão vejamos a lição de Fernando da Costa Tourinho Neto, na obra intitulada “Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais”:

“O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/95. Depois da Lei n. 10.259/2001, infração de menor

potencial ofensivo é aquela a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, seja o crime da competência estadual ou da federal. Também pouco importando se trate de crime em que a lei preveja procedimento especial” (Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 487 e 488).

E continua o autor:

“A parte do parágrafo único do art. 2º que diz ‘para os efeitos dessa Lei’ e a parte final do art. 20, ambos da Lei n. 10.259/2001, que veda sua aplicação no Juizado Estadual, nestes pontos, são inconstitucionais porque contrariam o art. 5º da Constituição Federal, que proclama: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” (*op. cit.*, p. 489).

Tal entendimento, também amparado pela jurisprudência, levou à edição da Resolução n. 08/02 pelo Órgão Especial deste Sodalício que, a teor do art. 1º, resolve: “Atribuir aos Juizados Especiais com competência criminal e aos Juízes Criminais, com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, o processo e julgamento das infrações penais com pena máxima não superior a dois anos, ou multa, observadas as normas das Leis ns. 9.099/95 e 10.259/01”.

Por derradeiro, aprovado no XII Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais, realizado no período de 12 a 15 de novembro de 2002 em Maceió-AL, o enunciado n. 46, *verbis*: “A Lei n. 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de

crimes com pena máxima cominada até dois anos, com ou sem cumulação de multa, independente do procedimento”.

Ressalta-se, ademais, que, tratando-se de norma processual, vige o princípio *tempus regit actum*, forte no art. 2º do CPP ao estabelecer que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Afora estas discussões, como visto já superadas, Ada Pellegrini Grinover, *at alli*, antes mesmo da edição da Lei n. 10.259/01, já amparava o entendimento de que também os crimes para os quais haja previsão alternativa da pena de multa consideram-se de menor potencial ofensivo.

Extrai-se de seus comentários ao art. 61 da Lei n. 9.099/95:

“Quando houver previsão alternativa de pena privativa ou de multa, deve-se levar em conta a pena pecuniária para a caracterização da infração como de menor potencial ofensivo, podendo ser assim considerada ainda quando a pena privativa seja superior a um ano. Levando-se em conta o fato de que a previsão da multa, mesmo de forma alternativa, indica não ser a intenção do legislador punir o crime com privação da liberdade, não o estimando como delito a ensejar maior reprovação social” (Grinover, Ada Pellegrini, *et alli*, Juizados Especiais Criminais, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1999, p. 70 e 71).

Vê-se, portanto, que o entendimento *supra* considera para a classifi-

cação da conduta como de menor potencial ofensivo o espírito da lei, aliado à intenção do legislador ao prever a aplicação da pena-multa como alternativa.

Muito embora este entendimento estenda a definição legal, já que o art. 61 é claro ao estabelecer o máximo da pena cominada como critério definidor da menor ou menor potencialidade do delito, com o advento da Lei n. 10.259/01, e a extensão de seus efeitos à Justiça Estadual, trava-se agora uma nova discussão já que o parágrafo único do art. 2º, diferentemente do que previa o art. 61 da Lei n. 9.099/95, dispõe que:

“Art. 2º [...]

“Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, *ou multa*” (grifei).

Portanto, há agora menção expressa à pena de multa.

Para Luiz Flávio Gomes, consoante se extrai de artigo intitulado “Nova Competência dos Juizados Criminais e Seus Reflexos Práticos”, publicado no Boletim IBCCrim n. 110, de janeiro de 2002, “houve impropriedade técnica da Lei n. 10.259/01 ao mencionar ‘crimes punidos somente com multa’.

E acrescenta: “Isso não existe (ou, no nosso ordenamento jurídico, não pode existir). Por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, infração punida tão-somente com multa é contravenção penal (não delito)”.

Contudo, respeitado o entendimento, não se pode perder de vista que a Lei n. 10.259/01 foi instituída no âmbito da Justiça Federal que, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal, não possui competência para o julgamento de contravenções penais, o que nos leva à conclusão de que a expressão “ou multa” não se refere à aplicação isolada da pena de multa, mas, sim, aos casos em que a pena de multa é aplicada de forma alternativa à pena privativa de liberdade, levando-se em conta ainda o princípio de que o Legislador não introduz na lei palavras ou expressões inúteis.

Nessa esteira, a lição de Fernando da Costa Tourinho Neto:

“O que são crimes de menor potencial ofensivo?”

“– A resposta está no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001: ‘Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa’. Os crimes e não as contravenções, pois essas infrações, por força do art. 109, IV, da Constituição, estão excluídas da competência da Justiça Federal. A Emenda Constitucional n. 22, de 1999, acrescentou um parágrafo ao art. 98 (‘Lei Federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal’). Embora a expressão *infrações* utilizada no *caput* do art. 98 abranja tanto crimes como contravenções, há de se ponderar que o parágrafo único inserido limitou-se a determinar a criação de

Juizados Especiais ‘no âmbito da Justiça Federal’, o que nos remete à competência fixada no art. 109, IV, da Constituição Federal, cuja redação não foi alterada e restringe as infrações da competência da Justiça Federal, ou seja, são excluídas as contravenções. Assim, não se pode querer, agora, depois da Emenda n. 22, que os Juizados Especiais Federais tenham competência para processar e julgar contravenções penais, contrariando o disposto no art. 109, IV, da Constituição.

[...]

“O que se discute é se o crime punido com pena privativa de liberdade acima de dois anos *ou* com multa – uma ou outra pena – é da competência do Juizado Especial. Ora, se para o crime estão previstos dois tipos de pena – privativa de liberdade ou multa – e se o legislador dispôs que o crime punido com multa é de menor potencial ofensivo, evidentemente entendeu que, apesar de poder ser punido com pena acima de dois anos, esse mesmo crime pode ser punido tão-só com pena de multa, é ele de menor potencial ofensivo. Essa é a melhor interpretação” (*op. cit.*, p. 478 e 479).

No mesmo sentido, colhe-se do artigo “O Novo Conceito de Infração de Menor Potencial Ofensivo”, publicado no Boletim IBCCrim, n. 111 (fevereiro/2002):

“Em suma, pode-se dizer que, após o advento da Lei n. 10.259/01, passarão a ser considerados de menor potencial ofensivo:

“a) todos os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos (ainda que atualmente possuam rito especial);

“b) todas as contravenções penais, independentemente da pena. A nova lei não as menciona porque não poderia fazê-lo, já que a Justiça Federal não julga contravenções, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal. Na esfera estadual continuam a ser infrações de menor potencial ofensivo.

“c) os crimes para os quais haja previsão de multa em abstrato alternativamente com a pena privativa de liberdade qualquer que seja o montante desta. Tal conclusão decorre da parte final do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01: (...ou multa). Assim, os crimes contra a relação de consumo previstos no art. 7º da Lei n. 8.137/90, que são apenados com detenção de dois a cinco anos, ou multa, também são considerados de menor potencial ofensivo. O mesmo ocorre com o crime de destruição de floresta de preservação permanente, descrito no art. 38 da Lei n. 9.605/98, cuja pena é detenção, de um a três anos, ou multa. Já o crime de dano qualificado que tem pena de detenção de seis meses a três anos, e multa, não é considerado de menor potencial ofensivo porque a multa é cumulativa com a pena privativa de liberdade” (Victor Eduardo Rios Gonçalves, Promotor de Justiça Criminal do Estado de São Paulo e Professor de Direito Penal e Processo Penal no

Complexo Jurídico Damásio de Jesus).

Não é outro o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete:

“Por fim, resta acrescentar que o final do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01 (“ou multa”, por não se referir às contravenções, alheias à competência da Justiça Federal, só pode significar que estariam excluídas do conceito de infração de menor potencial ofensivo aquelas que são apenadas cumulativamente com reclusão até dois anos e multa, mas não as que têm como sanções alternativas reclusão até dois anos ou multa” (*in* Juizados Especiais Criminais, Ed. Atlas, 5ª ed., 2002, p. 55).

Assim, considerando-se que a pena isolada de multa somente se aplica às contravenções penais, e que o julgamento destas não é da competência da Justiça Federal, e que o legislador não introduz no texto legal palavras ou expressões inúteis, a melhor interpretação e conclusão lógica a que se chega diante de todo o exposto é a de que o objetivo da lei com a introdução da expressão “ou multa” foi o de considerar de menor potencial ofensivo os crimes a que são cominadas penas privativas de liberdade, com a alternativa da aplicação da pena de multa, como ocorre no presente caso.

Dessa feita, resta plenamente caracterizada a competência das Turmas de Recursos para a análise do reclamo (art. 82 da Lei n. 9.099/95).

III – Decisão

Diante do exposto, não se conhece do recurso, determinando-se a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, lavrando parecer, pela douta Procura-

doria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 8 de abril de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.026917-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Torres Marques

Crime contra o patrimônio – Furto qualificado pelo arrombamento e pelo concurso de agentes – Pretendida absolvição ao argumento da ausência de provas da autoria delitiva – Res furtiva encontrada em poder do agente – Inversão do ônus da prova – Pretensão de isenção da responsabilidade pela conduta criminosa diante do estado de embriaguez – Consumo voluntário ou culposo de bebida alcoólica que não afasta a responsabilidade penal – Condenação mantida – Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.026917-0, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que é apelante Gilmar Graeff da Costa e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Perante o Juízo da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal), Gilmar

Graeff da Costa foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal Brasileiro, pela prisão em flagrante, praticando as seguintes condutas delitivas, narradas na exordial acusatória:

“[...] Na noite (madrugada) do dia 22 de fevereiro de 2000, por volta das 5 horas, o acusado Gilmar Graeff da Costa, devidamente conluiado e ajustado com o adolescente inimpunível (A. R. de L.) e, ainda uma terceira pessoa não identificada, dirigiram-se até a Lanchonete Pedroso, pertencente a Claudimar

Antônio Pedroso, situada na Rua Itajaí, n. 201-E, no Bairro Belvedere, onde então logo trataram de implementar o plano criminoso. Enquanto A. e terceira pessoa, arrombavam uma das portas do estabelecimento e, quebravam a fechadura, o acusado Gilmar, permanecia com seu veículo Ford Corcel, estacionado nas proximidades, dando cobertura aos comparsas. Tendo o caminho livre, os ladrões, do interior do dito estabelecimento comercial, subtraíram para si: [...].

“Com a posse tranqüila da *res furtiva*, o acusado Gilmar e seus cúmplices, carregou-a no seu automóvel já referido, deixando o local e, posteriormente, já distante de onde ocorreu a subtração, foram todos surpreendidos por uma patrulha policial, que efetuou a apreensão dos bens e, prisão em flagrante do imputável, como também, a restituição da mercadoria ao legítimo proprietário [...]” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução, o denunciado Gilmar Graeff da Costa restou condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa pela prática delituosa prevista no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal Brasileiro, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Irresignado, o réu ofertou recurso de apelação, pretendendo seja reconhecida a tese da negativa de autoria, diante das frágeis provas que abrigaram o decreto condenatório, bem assim sustentar que o estado de embriaguez impediu de

esboçar qualquer discernimento contrário à conduta ilícita.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto.

II – Voto

A insurgência manifestada pelo recurso de apelação diz respeito apenas à negativa da autoria do delito imputado, sob o argumento de que a condenação está calcada em frágeis elementos de convicção.

Alega o apelante que foi vítima de outros quatro indivíduos que tomaram o seu veículo no intuito de realizar a conduta ilícita, deixando de tomar atitude contrária em decorrência de seu elevado estado de embriaguez, negando a autoria do delito tanto na fase policial quanto em Juízo.

A materialidade está presente conforme auto de exibição e apreensão de fl. 13, no termo de reconhecimento e entrega de fl. 14, no auto de avaliação de fls. 15, 18 e 19, e laudo pericial de fls. 76 a 85.

Quanto à autoria, o apelante foi flagrado em poder da *res furtiva*, conforme narra o auto de prisão em flagrante de fls. 6 a 9, confirmada pelo depoimento da testemunha A. R. de L. e dos policiais militares que efetuaram a diligência do flagrante, entre eles Cássio Riedi e Joabi Luciano Lang.

Sabe-se que a apreensão do bem subtraído em poder do agente inverte o ônus da prova, conforme entendimento jurisprudencial:

“Apelação criminal — Roubo qualificado — [...] Autoria e materialidade comprovadas — Apreensão da *res* em poder do agente — Inversão do ônus da prova — *Decisum* que bem analisou e sopesou a prova, tanto da acusação como da defesa — Ausência de violação ao inciso II do art. 381 do CPP — Precedentes jurisprudenciais — Recurso desprovido” (Ap. Crim. (Réu Preso) n. 2000.023040-5, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

O testigo A. ratificou o depoimento prestado na fase indiciária, no sentido de que “num dos bairros da cidade faltou combustível no veículo e este parou e quando se encontravam parado chegou no local uma viatura da RP e os outros correram, sendo só o declarante e o velho que foram detidos porque se encontravam bêbados e não puderam correr; [...] Que não era o declarante quem dirigia o carro porque não sabe dirigir” (fl. 8).

O policial Cássio Riedi, também ratificando o depoimento na fase policial disse que “deu voz de prisão ao motorista e o conduziu a esta Delegacia apresentando-os aos plantonistas; Que, junto com o ora conduzido se encontrava o menor de nome A. R. de L.; Que, desde a hora de sua abordagem o ora conduzido assumiu ser o proprietário do veículo que transportava os objetos e inclusive lhes apresentou documentação pertinente tanto pessoal como do veículo” (fl. 6).

Assim, a apreensão dos objetos subtraídos em poder do agente, confirmada a sua propriedade

pela vítima (termo de entrega de fl. 14), além do fato de ter sido preso em flagrante o apelante, evidenciam a autoria delitiva.

Nesse sentido, cito precedentes de minha relatoria, *verbis*:

“Crime contra o patrimônio — Furto qualificado pelo concurso de agentes — Negativa de autoria — Posse da *res furtiva* — Depoimento de policiais que efetuaram a prisão em flagrante — Autoria comprovada (Ap. Crim. n. 2000.013968-8, de Balneário Camboriú).

“Roubo — [...] Recursos da defesa — Negativa de autoria — Pleiteada absolvição — Réus que ocupavam veículo utilizado no crime logo após a ocorrência — Apreendida parte da *res furtiva* em poder dos agentes — Fuga injustificada — Indícios fortes e coerentes da autoria — Condenação mantida — Recursos desprovidos (Ap. Crim. n. 2000.019733-5, de Itajaí).

A afirmativa do réu de que o estado de embriaguez, pelo qual se encontrava no momento da prática delitiva capitulada na denúncia, teria-lhe impedido de esboçar qualquer reação adversa à pretensão criminosa visada pelos outros indivíduos não isenta o apelante da responsabilidade pelo crime cometido, pois conforme elucidada Julio Fabbrini Mirabete “a embriaguez voluntária ou culposa, seja incompleta ou completa, não exime de responsabilidade penal, presumindo a lei, sempre que o agente é dotado de imputabilidade” (Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, p. 232 e 233).

Por sua vez, os casos de embriaguez voluntária são aquelas em que o agente tem a vontade de ingerir álcool objetivando embriagar-se, e na culposa atinge o estado etílico pela imprudência na ingestão, porém sem pretender chegar ao resultado embriaguez.

Portanto, o consumo de bebida alcoólica (voluntária ou culposa) não credencia o indivíduo a legitimar-se em condutas típicas e antijurídicas, sendo plenamente imputável pelo crime cometido.

Desta Corte:

“A embriaguez voluntária, ainda que completa, por não decorrer de caso fortuito ou força maior, não exclui a imputabilidade do autor de furto, que por ele deve responder (CP, art. 28, II). Por isso, não há falar em erro sobre a ilicitude do fato pela

circunstância de o agente praticar o furto em estado etílico” (Ap. Crim. n. 2002.013930-6, de Lauro Müller, rel. Des. Jaime Ramos).

III – Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 1º de abril de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2002.007976-1, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Tráfico ilícito de entorpecentes. Alegado constrangimento ilegal em face da não aplicação do procedimento previsto na Lei n. 10.409/02. Não ocorrência. Os crimes definidos na lei referida não existem, pois constavam do Capítulo III que foi totalmente vetado (artigo 14 até o 26). Logo, não há aplicar o procedimento referido, por ausência dos “crimes definidos nesta lei”. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.007976-1, da comarca de São José, em que é impetrante Evaldo Sebastião Teixeira, e paciente V. F.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Na comarca de São José, Valdinéia Farias foi denunciada pela prática do crime definido no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, encontrando-se presa em decorrência de flagrante, devidamente homologado pela autoridade competente.

Por meio de *habeas corpus*, impetrado pelo Dr. Evaldo Sebastião Teixeira, é apontada a existência de constrangimento ilegal, porquanto não obedecido o procedimento previsto na Lei n. 10.409/92, haja vista que a denúncia somente poderia ter sido recebida após a defesa preliminar da acusada, a qual deveria ter sido intimada para apresentá-la no prazo de dez dias. Por outro lado, após a defesa preliminar é que o juiz deverá receber a denúncia ou tomar as providências legais, porque “não pode o juiz receber a denúncia sem antes dar ensejo à defesa preliminar”.

Após prestadas as informações, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Realmente, a Lei n. 10.409/02, no seu artigo 27, determinou que “O procedimento relativo aos processos

por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal”.

Todavia, os crimes definidos na lei referida não existem, pois constavam do Capítulo III que foi totalmente vetado (artigo 14 até o 26). Logo, não há aplicar o procedimento referido, por ausência dos “crimes definidos nesta lei”.

Além disso, tenha-se em conta que o referido procedimento tinha por escopo o disposto no artigo 32 e § 2º, dizendo respeito a arquivamento e sobrestamento, bem como à absolvição liminar quando invocado poderia ser o artigo 386 do Código de Processo Penal. Também vetadas restaram tais disposições, não se justificando, por óbvia inutilidade, o procedimento reclamado.

As demais disposições previstas no artigo 39 dizendo respeito à rejeição da denúncia — “for manifestamente inepta, ou faltar-lhe pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; não houver justa causa para acusação” — devem ser, necessariamente, examinadas de ofício, como sempre ocorreu. Matéria que, na omissão em primeiro grau, poderá ser examinada em *habeas corpus*.

Em face do exposto, a ordem é denegada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou o

parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 14 de maio de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 2002.007125-6, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Recurso criminal. Aborto e ocultação de cadáver. Pronúncia. Insuficiência de provas que levem ao convencimento da existência do crime de aborto. Impronúncia. Inteligência do artigo 409 do Código de Processo Penal.

A competência para o julgamento do delito de ocultação de cadáver, pelo Tribunal do Júri, seria decorrente da conexão, pois intimamente ligado ao crime de aborto. Todavia, afastada a incidência do crime doloso contra a vida, deixou de existir liame, devendo à espécie ser aplicado, na instância a quo, o disposto no artigo 410 do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2002.007125-6, da comarca de Chapecó, em que é recorrente Marivete de Almeida, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso, em parte, para despronunciar a recorrente, com relação ao crime de aborto, devendo, na instância *a quo*, ter conti-

nuidade o processo, no que diz respeito ao crime de ocultação de cadáver, nos termos dos artigos 81, parágrafo único, e 410, ambos do Código de Processo Penal.

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, 1ª Vara Criminal, Marivete de Almeida foi denunciada pela prática dos crimes definidos nos artigos 124 (aborto provocado pela gestante) e 211 (ocultação de cadáver), ambos do Código Penal.

No momento procedimental pertinente, restou pronunciada nos termos da exordial. Da decisão foi intimada pessoalmente. No prazo legal, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso IV, do Código de Processo Penal. O objetivo é a absolvição, porquanto não caracterizado o crime de aborto, haja vista que não restou demonstrado, inequivocamente, que o feto encontrava-se vivo quando da prática abortiva, tanto que o representante do Ministério Público teria, em alegações finais, asseverado: “As dúvidas existentes sobre se o feto estava ou não vivo, quando expulso fora de época do ventre materno, quer nos parecer, é elemento a ser dirimido no Tribunal Popular”. Com relação ao crime de ocultação de cadáver, é defendida a posição de que o corpo de feto, natimorto, não pode ser definido como cadáver, pois o conceito de vida corresponde ao de vida extra-uterina autônoma”.

Contra-razões apresentadas às fls. 122 a 126, no sentido de ser mantido o que foi decidido. Despacho de sustentação prolatado à fl. 126 verso. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Valdir Vieira, manifestou-se pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, “Consuma-se o aborto com a interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária a existência da expulsão. A expulsão prematura do feto ainda com vida não desnatura o crime, pouco importando que a morte

ocorra só depois” (Código Penal Interpretado, Editora Atlas, 1999, p. 689).

Assim, de nenhuma relevância à caracterização do crime em questão o fato de não se saber, consoante pretendeu o representante do Ministério Público, se o feto ainda vivia após a expulsão. Em nenhum momento, no curso da instrução, foi colocado em dúvida que o feto encontrava-se vivo até a prática dos atos tidos por abortivos. Segundo a denúncia, “no dia 10 de dezembro de 1997, no período matutino, a denunciada, que fazia estágio, como auxiliar de enfermagem, no hospital Regional de Chapecó, dirigiu-se até um banheiro daquele estabelecimento e, fazendo uso de uma caneta, introduziu-a em seu órgão genital, provocando a expulsão do feto que gerava e que tinha a idade aproximada de 6 (seis) meses, como depreende-se do laudo cadavérico de fl. 5. Depois do gesto brutal, a acusada, despejou o embrião no vaso sanitário daquela peça, puxando a descarga”.

O laudo pericial, referido na denúncia, esclareceu o seguinte: “Examinado feto formado com placenta e cordão, sem sinais de trauma. Idade gestacional +/- 6 meses”. Os quesitos — se houve morte, qual a causa da morte, qual o instrumento ou meio que produziu a morte, se foi produzido por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, ou por outro meio insidioso ou cruel — foram considerados prejudicados. A prática abortiva referida na denúncia — introdução de uma caneta na vagina — não se encontra demons-

trada nos autos. Segundo afirmou a ré: “maio começou curso de auxiliar de enfermagem e fazia estágio no hospital regional; que alega a declarante que devia estar grávida de dois meses e com frequência sentia cólicas, motivo pelo qual passou a tomar remédios caseiros e até de farmácia; que em data que não recorda, foi para seu estágio, sentiu-se mal e foi ao banheiro ficando um longo período quando percebeu que estava abortando; que alega que suas colegas de estágio e funcionários do hospital não sabiam de sua gravidez, motivo pelo qual alega não tinha a quem pedir socorro e acabou por puxar a descarga do vaso; que no momento não pensou no que iria fazer, simplesmente tratou de ir para casa; que nega a declarante ter praticado aborto, porém confirma ter tomado remédios”. No mesmo sentido a versão apresentada quando do interrogatório judicial.

Colega da ré confirmou que, realmente, em determinado momento no decorrer do estágio, a ré sentiu-se mal, indo ao banheiro. Leia-se: “em data que não se recorda foi ao estágio e no mesmo posto estagiava a ora indiciada, sendo que em determinado horário, a indigitada pediu para outra pessoa continuar a medicar os pacientes; que estava com cólicas e iria ao banheiro e tendo em vista a demora foram atrás, esta disse: vão embora, não falem para a enfermeira, eu quero ficar sozinha, e tendo em vista a demora desta no banheiro, chamaram a enfermeira chefe, tendo esta batido na porta do banheiro,

porém a indiciada disse que não precisava de nada” (fl. 25).

Por evidente, nas circunstâncias em que a ação tida por delituosa se desenvolveu (hora, local, conhecimento de terceiros da sua ida ao banheiro) somente por mera presunção é possível acolher a imputação no sentido de que houve aborto, quando utilizada uma caneta, a qual fora introduzida na vagina. E, nesta fase, somente com relação à autoria é admissível que se leve em conta indícios, pois, com relação à materialidade, “o juiz deve se convencer da existência do crime”, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal. Na espécie, o convencimento foi decorrente, consoante expressa referência do laudo de exame cadavérico, o qual, consoante já referido, nada esclareceu, apenas constatou a ocorrência de um fato caracterizador de aborto que, por si só, não é criminoso. Por outro lado, laudo pericial, dizendo respeito ao “Exame e levantamento em local”, explicitou, inclusive com fotografias, o estado em que o banheiro foi encontrado, nada informando acerca da conduta tida por delituosa.

Segundo A. Almeida Júnior, “Mas não basta diagnosticar que determinada mulher abortou para que se possa afirmar que houve crime de aborto. Porque, além dos abortos por traumas acidentais (mecânicos, psíquicos), ocorrem abortos chamados “espontâneos (falta de vitalidade do produto, anomalias de placenta, perturbações endócrinas, sífilis, incompatibilidade do fator RH etc.).

“Quando um aborto se complica (infecção, febre, hemorragia profusa, morte súbita), deve-se pensar em provocação criminoso. A regra, todavia, não é absoluta: de uma parte, médicos hábeis podem fazer abortar evitando quaisquer complicações; de outra, alguns casos de aborto espontâneo se infeccionam. São elementos de certeza para afirmação do crime: a) a presença do instrumento abortivo, no todo ou em parte dentro do corpo da mulher; b) as lesões produzidas na mulher: perfurações do útero, da vagina, de vísceras abdominais; c) as lesões, aliás raras, encontradas no produto abortado” (Lições de Medicina Legal, Companhia Editora Nacional, 6ª edição, p. 344 e 345).

Acerca do tema, duas decisões:

“Ao proclamar a admissibilidade da causação de molde a ser o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, deve o juiz estar plenamente convencido da existência do fato delituoso, vale dizer, deve estar comprovada a materialidade da infração” (TJSP, RT 572/327).

“Havendo prova da materialidade do delito e suficientes indícios de autoria pelo réu, o julgador só não pronunciará o denunciado porque a acusação deixou de ter fundamento razoável em decorrência da existência de circunstância que exclua o crime e isente o réu de pena, ensejando, portanto, a absolvição sumária, consoante o artigo 411 do Código de Processo Penal” (TJSP, RT 705/324).

Assim, não existindo nos autos prova que leve ao convencimento da

existência do crime de aborto, a consequência é a despronúncia.

Também na pronúncia foi incluído o crime de ocultação de cadáver, dimensionado no artigo 211 do Código Penal, de seguinte teor: “destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele”. Ocultar cadáver, hipótese admitida na espécie, significa escondê-lo, fazendo-o desaparecer, dificultando, sobremaneira, o seu encontro.

A competência para o seu julgamento pelo Tribunal do Júri seria decorrente da conexão, pois intimamente ligado ao crime de aborto. Todavia, afastada a incidência do crime doloso contra a vida, deixou de existir liame, devendo à espécie ser aplicado, na instância *a quo*, o disposto no artigo 410 do Código de Processo Penal.

Em face do exposto, o recurso é provido em parte para despronunciar a recorrente, com relação ao crime de aborto, devendo, na instância *a quo*, ter continuidade o processo com relação ao crime de ocultação de cadáver, nos termos dos artigos 81, parágrafo único, e 410, ambos do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 14 de maio de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

CÂMARA ESPECIAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1997.008301-7, DE LAGES

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso crime — Apelação — Razões intempestivas — Conseqüência.

O oferecimento tardio das razões do recurso de apelação interposto tempestivamente não impede o conhecimento deste, porquanto manifestado o inconformismo no prazo legal.

Crime contra a administração pública — Peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP) — Desclassificação em segunda instância — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 617 do CPP e do verbete 453 da Súmula do STF — Absolvição.

No processo penal, é assegurada ao réu a correlação entre a acusação e a sentença, ligada ao princípio da inércia da jurisdição, constituindo-lhe efetiva garantia, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação.

Se a denúncia imputou ao agente a prática de peculato-furto (art. 312, caput, do CP), sem aludir, explícita ou implicitamente, às elementares do peculato-apropriação (art. 312, caput, do CP), e o juiz não tomou as providências do disposto no caput do art. 384 do CPP (mutatio libelli), não pode o Tribunal ad quem condená-lo por peculato-apropriação, em face da proibição contida no art. 617 do

CPP, reforçada pelo verbete 453 da Súmula do STF, devendo, por conseguinte, ser decretada absolvição do apelante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 1997.008301-7, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Augusto Bernardino Barbosa da Silva, e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmara Especial – Processos Criminais, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para absolver o apelante.

Custas legais.

Na comarca de Lages, Augusto Bernardino Barbosa da Silva foi denunciado como incurso nas sanções do art. 312, § 1º, do Código Penal, porque, consoante se extrai da peça acusatória de fls. 2 e 3:

“Em meados de abril de 1993, na Prefeitura Municipal de Otacílio Costa, o denunciado Augusto Bernardino Barbosa, funcionário público daquela Prefeitura, valendo-se da facilidade por ser funcionário subtraiu do patrimônio público municipal uma serra circular com mesa, a qual vendeu para terceira pessoa em proveito próprio”.

Concluída a instrução, o acusado restou condenado ao cumprimento da pena de dois anos e três meses de reclusão, em regime semi-aberto (em virtude da reincidência), e ao pagamento de onze dias-multa, por infração ao art. 312, § 1º, do Código Penal.

Inconformado com a sentença, o condenado interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, cujas razões foram apresentadas a destempo, alegando ter-se utilizado do bem da Prefeitura (serra circular com mesa) “para o desdobre de madeira para reconstrução de sua casa incendiada”, pois a Prefeitura costumava emprestar instrumentos desta espécie a seus empregados (fl. 57), e que a emprestara para terceira pessoa conhecida como “Zecão”, o qual, por sua vez, teria vendido a referida serra, sendo, assim, atípica sua conduta, pois o peculato de uso não é punível na esfera criminal. Ao final, pugna pela absolvição, ante a existência de dúvida, ou pela inexistência de provas suficientes para embasar o decreto condenatório.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo, valendo destacar que, embora intempestivas as razões de apelação, não trazem como conseqüência qualquer impedimento ao conhecimento do apelo, diante da regra contida no art. 601 do CPP, pois “é praticamente pacífico que a apresentação tardia das razões constitui mera irregularidade, não impedindo o conhecimento do apelo. Por isso, e porque sem elas não se

tem conhecimento exato da extensão e dos fundamentos do inconformismo do apelante, não devem ser desentranhadas” (Mirabete, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 775).

A jurisprudência confirma:

“Recurso crime — Apelação — Júri — Razões intempestivas — Conseqüência.

“O oferecimento tardio das razões do recurso de apelação interposto tempestivamente não determina a extemporaneidade deste e, conseqüente, não conhecimento, porquanto manifestado o inconformismo no prazo legal” (Ap. Crim. n. 1997.003291-9, de Lages, deste Relator).

Ainda:

“Recurso crime – Apelação – Defensor constituído – Razões não oferecidas – Conhecimento – Extensão – Inteligência do art. 601 do CPP.

“A ausência de razões ao recurso de apelação interposto por defensor constituído não impede seu conhecimento, impondo ao órgão julgador o exame de todas as argumentações e provas despendidas até a sentença” (Ap. Crim. n. 2000.016442-9, de Joinville, deste Relator).

Dessa forma, o atraso na apresentação dos fundamentos da irresignação, ou até mesmo a sua ausência, não impede o conhecimento do recurso defensivo aforado a tempo e modo.

2. O apelante foi condenado pela prática de peculato-furto, crime descrito no art. 312, § 1º, do Código Penal.

Entretanto, para a configuração dessa figura típica, necessária se faz a comprovação da presença dos elementos subjetivos do tipo, que, segundo Damásio de Jesus, são dois: “O primeiro é o dolo, vontade livre e consciente dirigida à subtração ou a concorrer com a conduta do terceiro, que subtrai o objeto material. Exige-se, além do dolo, outro, concernente à intenção de obtenção de proveito próprio ou alheio. O dolo deve abranger a consciência de valer-se o sujeito da facilidade que lhe atribui a qualidade de funcionário público para subtrair o objeto material, dada a possibilidade de entrar e permanecer nas repartições etc.” (Código penal anotado, 5ª ed., SP: Saraiva, 1995, p. 823).

No caso, não ficou satisfatoriamente comprovado o dolo do agente, no momento em que retirou o objeto da Prefeitura de Otacílio Costa, levando-o consigo, pois é fato incontroverso nos autos que a Municipalidade costumava emprestar serras e outras máquinas para seus empregados, como atestam os depoimentos de fls. 27/v., 28, 29 e 30, salientando-se trecho do testemunho de Ademir Ribeiro Bleichevel, quando declarou que “a Prefeitura empresta máquinas, para os funcionários, mas não é feito nenhum controle nenhuma anotação (sic)” (fl. 30).

Segundo declarou o apelante em seu interrogatório judicial, sua

casa incendiara-se e, por isso, ele emprestara a serra circular da Prefeitura, a fim de utilizá-la em sua reconstrução (fl. 23 verso). Testemunhas confirmam tal declaração, afirmando terem conhecimento do referido incêndio (fls. 27/v. e 29).

Assim, não se pode afirmar que o recorrente, na ocasião em que retirou a serra circular da Prefeitura, levando-a para sua casa, possuía a intenção de subtraí-la definitivamente, em proveito próprio, não se configurando, destarte, a figura do peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP), mas, sim, o peculato-apropriação (art. 312, *caput*, do CP), como será demonstrado adiante.

3. O apelante alega ter empregado posteriormente a serra circular para José Boima, vulgo “Zecão”, que fora por ele contratado para trabalhar na obra de reconstrução da casa incendiada; também, que José Boima vendera a serra circular para outra pessoa, chamada Manoel Rogério.

José Boima, por sua vez, afirma que, enquanto trabalhava para o apelante, este lhe oferecera a serra circular pelo preço de dois mil cruzeiros, mas, como possuía apenas mil e quinhentos cruzeiros, pedira empregado quinhentos cruzeiros para seu colega Ademir, o qual também trabalhava na mesma obra, a fim de adquiri-la. Confirma, no entanto, ter vendido a serra para Manoel Rogério (fl. 32).

A divergência entre as declarações do recorrente e as de José Boima é dirimida pelo testemunho de Ademir Ribeiro Bleichevel, que

também trabalhava na Prefeitura de Otacílio Costa à época dos fatos, que declarou perante a autoridade policial que “há mais de três meses o depoente e o alcunhado ‘Zecão’, empreitaram a cobertura da casa de Augusto Barbosa, oportunidade em que o depoente viu Augusto vender ao ‘Zecão’, uma serra circular com mesa, isto após Augusto insistir na venda da serra a ‘Zecão’, tendo Zecão inclusive solicitado a Augusto a nota fiscal de propriedade, tendo Augusto exibido uma nota fiscal, mas Zecão por sua vez nem chegou a verificar a nota se era mesmo da serra ou não; que foi a serra vendida por Augusto por dois milhões de cruzeiros na época, sendo descontados no serviço que Zecão prestou a Augusto; que a serra estava na casa de Augusto coberta com uma lona, tendo Augusto garantido a Zecão que tal serra era de sua propriedade, e nesta data é que se tomou conhecimento que tal serra era de propriedade da Prefeitura Municipal de Otacílio Costa” (fl. 11), depoimento este ratificado em Juízo (fl. 30).

Conclui-se, então, que ao vender a serra circular pertencente à Municipalidade, o apelante procedeu como se fosse proprietário do bem, caracterizando sua intenção de não mais devolvê-la ao seu verdadeiro proprietário.

Não se pode dizer, por isso, que o recorrente tenha praticado mero peculato de uso, como alega. Na verdade, realizou a conduta descrita no *caput* do artigo 312 do CP (peculato-apropriação), pela qual o funcionário tem a posse do bem em

razão do cargo que desempenha na Administração Pública (tanto que no caso, o recorrente só obteve o empréstimo do bem por ser funcionário da Prefeitura) e depois não o devolve.

Para Damásio de Jesus, “Trata-se de um tipo especial de apropriação indébita cometida por funcionário público *ratione officii*. É o delito do sujeito que arbitrariamente faz sua ou desvia, em proveito próprio ou de terceiro, a coisa móvel que possui em razão do cargo, seja ela pertencente ao Estado ou a particular, ou esteja sob sua guarda ou vigiância” (ob. cit., p. 819).

Entretanto, a sucinta denúncia imputou objetivamente ao agente o crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP), não havendo de forma explícita ou implícita qualquer alusão ao peculato-apropriação (art. 312, *caput*, do CP), que restou caracterizado.

Estamos, portanto, diante de um caso de nova definição jurídica do fato (*mutatio libelli*), prevista no art. 384 do CPP, decorrente de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente na denúncia.

Julio Fabbrini Mirabete, comentando o citado dispositivo, assim se manifesta:

“O art. 384, *caput*, aplica-se somente à hipótese em que a pena a ser aplicada diante da nova definição jurídica do fato é idêntica ou menos grave do que a que seria cabível pela capitulação inicial, como se observa do parágrafo único do dispositivo” (Processo penal, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 434).

A providência do dispositivo em comento fundamenta-se no princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Esse princípio, por sua vez, “liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação” (Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal”, 6ª ed., SP: RT, 1999, p. 219).

Entretanto, consoante dispõe o art. 617 do CPP, reforçado pelo verbete 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, inadmite-se a aplicação, em segunda instância, da nova definição jurídica do fato:

“Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa” (verbe 453 da Súmula do STF).

Desse modo, se a denúncia imputou ao agente a prática de peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP), sem aludir, explícita ou implicitamente, às circunstâncias elementares previstas no *caput* do mesmo dispositivo, e o juiz não tomou as providências do art. 384, *caput*, do CPP (*mutatio libelli*), não pode o Tribunal *ad quem* condená-lo por peculato-apropriação (art. 312, *caput*, do CP), diante da proibição contida no

art. 617 do CPP, combinado com o verbete 453 da Súmula do STF, devendo, por conseguinte, ser decretada a absolvição do apelante.

Isso porque este Tribunal não pode dar nova definição jurídica ao fato (art. 384 do CPP), pois, durante toda a instrução, o apelante orientou sua defesa no sentido da absolvição pelo crime de peculato-furto, sendo defeso agora em segunda instância proceder-se à desclassificação para a figura do peculato-apropriação, por não estar contido implícita ou explicitamente na inicial acusatória, nem em qualquer aditamento, o fato caracterizador desta última figura penal; tal providência (*mutatio libelli*) só se admite ao juízo de primeiro grau.

A solução é a absolvição, na ausência de recurso da acusação.

4. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento, para absolver o apelante Augusto Bernardino Barbosa da Silva, ante a impossibilidade de aplicação, em segunda instância, de nova definição jurídica do fato, consoante dispõe o art. 617 do CPP, reforçado pelo verbete 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Jaime Ramos, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 20 de dezembro de 2001.

Nilton Macedo Machado,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1997.010228-3, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Latrocínio — Tentativa — Concurso de agentes — Prova apontando para a participação dolosamente distinta — Crime menos grave pretendido — Recurso provido parcialmente.

“A figura típica do latrocínio não exige que o evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele empregue a violência para roubar e que dela resulte a morte, para que se tenha caracterizado o delito” (RT 462/353).

No concurso delinqüencial não se faz mister que todos os participantes consumem atos típicos de execução para ser alguém co-responsabilizado; basta que se constate haja colaborado para o evento, auxiliando (física ou moralmente), instigando, prestigiando ou encorajando (em certas ocasiões a simples presença voluntária) a atuação dos executores diretos.

Comprovado que um dos concorrentes quis participar de crime menos grave (roubo) e ainda que da conduta do comparsa resulta crime mais grave (tentativa de latrocínio), ao partícipe será aplicada a pena daquele, que será aumentada até metade se o resultado mais grave for previsível.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 1997.010228-3, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Cleomar Jochims:

ACORDAM, em Câmara Especial – Processos Criminais, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, Cláudio dos Santos e Cleomar Jochims foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, última parte, c/c art. 14, II, e art. 29, todos do Código Penal, porque:

[...] Na noite do dia 13 de março de 1997, por volta das 19h30min, os acusados Cláudio dos Santos e Cleomar Jochims foram até um ponto de táxi, localizado nas proximidades do Terminal Rodoviário Urbano de Chapecó, onde em conversa com o motorista Jacir Benelli, com ele trataram uma 'corrida', para que os transportasse até uma 'encruzilhada' na localidade de Sede Trentin, nesta Comarca.

"De fato, quando chegaram ao aludido local, perto das 20 horas, do dia 13-3-1997, os meliantes fizeram com que o taxista parasse o veículo,

um Ford Verona placa LXT 0419. Entretanto, dando vazão a um plano que já havia sido ardentemente concebido, os acusados, armados de faca, anunciaram a verdadeira intenção, comunicando à vítima que era um assalto.

"O taxista, atemorizado e ameaçado pela ação concatenada dos infratores, entregou a eles a importância em dinheiro de R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte reais), um anel e um aparelho de telefone celular.

"Enquanto um dos denunciados retirava-se do local com o produto da subtração, outro, fazendo uso da faca que portava (20cm de lâmina), golpeou a vítima, várias vezes, no abdômen, ocasionando-lhe os gravíssimos ferimentos noticiados nos autos de fls., que propiciaram lesão no hipocôndrio esquerdo e direito, lesão na fossa ilíaca esquerda e ferimento cortante na mão esquerda. Como demonstra o laudo médico, a vítima, além de restar impossibilitada de exercer suas ocupações habituais por mais de trinta dias, correu perigo de vida (peritonite) e restará com seqüelas quase que permanentes da agressão (possivelmente debilidade).

"A vítima, num último esforço, quando já tinha sido esfaqueada, atracou-se com um dos acusados (Cláudio), enquanto outro deixava o

local, com o produto do roubo, logrando segurar a faca que lhe era cravada no peito e, com isso, dificultou um pouco o propósito homicida”.

Concluída a instrução criminal, Cláudio dos Santos restou condenado à pena de cumprimento de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 157, § 3º, última parte, c/c art. 14, II, do CP; Cleomar Jochims foi absolvido, com fulcro no art. 386, VI, do CPC.

Inconformado com a absolvição de Cleomar Jochims, o representante do Ministério Público apelou, pleiteando sua condenação também nas sanções do art. 157, § 3º, última parte, c/c art. 14, II, e art. 29, do CP.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

1. O latrocínio é crime complexo que se consuma quando presentes todas as figuras exigidas do tipo penal, além do elemento subjetivo, ou seja, dolo específico, traduzindo na vontade livre e consciente de produzir o resultado.

A materialidade do delito em exame está consubstanciada nos termos de apreensão (fls. 9 e 46); de reconhecimento e entrega (fls. 10, 21 e 47); auto de exibição e apreensão (fl. 19); termo de reconhecimento (fl. 48); auto de exame de corpo de delito (fls. 51 e 52) e laudo pericial (fls. 53 a 65).

A autoria imputada ao apelado deve ser reconhecida na modalidade de participação, pois o conjunto probatório é suficiente para tanto, como se verá adiante.

Dos autos resulta que a morte da vítima só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do autor das facadas, Cláudio, o co-réu caracterizando-se o tipo penal na forma tentada.

De outro lado, também é indisputável que o apelado, na companhia de Cláudio, adentrou no táxi da vítima, quando lhe solicitaram uma corrida até uma “encruzilhada” na localidade de Sede Trentin.

Colhe-se do depoimento extrajudicial de Cláudio que “naquela noite levava nas costas uma mochila roxa; que não haviam bebido, e no terminal urbano, previamente haviam combinado de pegar um táxi para levá-los à encruzilhada de acesso à sede Trentin e praticar o “assalto” (roubo); *que a idéia foi de ambos*” (fl. 37).

O apelado, claro, negou sua participação tanto na fase extrajudicial como na judicial, afirmando que não sabia das intenções espúrias de seu colega, Cláudio; a vítima, porém, na fase policial, asseverou que foi Cleomar quem anunciou o “assalto”, sendo-lhe entregue a *res furtiva*, evadindo-se do local em seguida.

2. Ora, com a palavra da vítima não pode subsistir a alegação do apelado de não ter tido participado do evento criminoso porque, tratando-se de crime praticado sem a presença de testemunhas, além das sérias e coerentes palavras da vítima, outro

elemento que poderia demonstrar, de forma inequívoca, sua participação ou não na realização do ilícito, resumir-se-ia às palavras do condenado Cláudio e estas, como se viu, apontaram para a prévia combinação do roubo.

A palavra do comparsa é elemento importante (e são amigos, nada tendo um agitado contra o outro) cujas declarações na fase pretérita têm valor, porquanto colhidas com as formalidades legais, restando também o indício: por que foram parar naquele local, distante de suas casas, se Cláudio disse que teria dinheiro para ir até Sede Trentin?

Assim, a lição de Altavilla:

“O interrogatório do acusado pode, também, ter valor probatório em relação a outro personagem do crime: se o acusa, temos ‘a chamada do co-réu’” e prossigue:

“A clássica chamada do co-réu implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira, é que verdadeira seja a confissão, a segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira é que não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria. De um modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorrem estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança” (Psicologia judiciária, Coimbra, 1959, trad. de Fernando Miranda, vol. 3, p. 177 e 178).

No caso, é inafastável a responsabilidade do apelado como partícipe

que, mesmo não tendo realizado nenhum ato típico, estava junto com Cláudio, com o objetivo de praticar um assalto — adremente combinados desde antes do embarque (*vide* confissão de Cláudio na fase policial — na presença de duas testemunhas — art. 6º, V, do CPP) —, tendo a ele sido alcançados os bens da vítima (entregou para o apelado Cleomar, que saiu correndo e o outro ficou, quando a vítima reagiu, havendo a prática das lesões corporais que caracterizaram a tentativa de homicídio).

Já se decidiu nesta Corte, a propósito:

“Latrocínio — Tentativa — Concurso de agentes — Prova — Vítima ferida por tiro disparado por menor inimputável, com arma entregue de agente maior — Pena — Critério de redução — Condenação mantida.

“Se o agente pratica homicídio tentado e subtração patrimonial tentada, responderá por tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, c/c o art. 14, II, do CP).

[...]

“A clássica chamada do co-réu, que implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz, deve ser atendida na avaliação em conjunto da prova, sendo condição necessária, para que ela seja verdadeira, que verdadeira seja a confissão, que esta não seja inspirada em razões de ódio e não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria; concorrendo estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança [...]” (Ap.

Crim. n. 1996.006857-0, de Joinville, deste Relator).

Segundo Nilo Batista, é na co-autoria que a idéia de divisão do trabalho encontra sua adequação máxima, podendo ser percebida “a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas ao mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade” (Concurso de agentes, RJ: Liber Júris, 1979, p. 76), tendo por fundamento o que se convencionou chamar domínio do fato, pelo qual só é co-autor quem possui domínio (para alguns funcional) do fato; sem este atributo, a cooperação ao evento criminoso não será co-autoria, mas poderá caracterizar alguma forma de participação, como a instigação ou a cumplicidade.

Isso porque co-autor é aquele que executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão que configura o delito; “cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e, por isso, responde pelo todo. Há, na co-autoria, a decisão comum para a realização do resultado e a execução da conduta” (Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, 15ª ed., SP: Atlas, 1999, vol. 1, p. 232).

A participação de menor importância, segundo Mirabete “poderá ocorrer em relação ao sujeito que, embora emprestando um modesto e desnecessário auxílio, revele uma vontade dirigida ao delito em intensidade semelhante à dos demais sujeitos, circunstância que pode autorizar um juízo de equiparação no

plano da culpabilidade” (*op. cit.*, p. 238), assentando a jurisprudência:

“A menor participação, autorizada do mais brando tratamento reservado pelo art. 29, § 1º, do CP, é reconhecível apenas nos casos de uma culpabilidade menos expressiva, de uma contribuição insignificante ou mínima de co-partícipe; ajusta-se às situações em que os atos praticados pelo co-autor careçam de relevância no que concerne ao resultado, que adviria mesmo se excluídos do contexto fático. Por isso, na medida em que o atuar do agente tenha significativa importância, mostre-se relevante e essencial para o sucesso do atuar criminoso, como o é o transportar o homicida e sua vítima para lugar distante, onde o primeiro, sem transtornos ou oposições, poderá consumir seu propósito criminoso, inadequado há de se falar em menor participação. Mesmo que, no desenrolar dos acontecimentos, mantenha-se o transportador indiferente aos atos materiais de execução, sem efetuar disparos contra a vítima.

“A participação do peticionário não foi de menor importância. Embora diversa da atuação do comparsa, ambos, previamente acordados, deram causa ao resultado final, que lograram por força da atuação concorrente de ambos. Cada um deu cabal desempenho ao que lhe competia na execução do plano em que a divisão dos trabalhos não significa maior relevância para cada um do que para o outro” (RJTJSP 117/474, rel. Des. Canguçu de Almeida).

Assim, “sempre que alguns dos concorrentes, seja co-autor, seja partícipe, quis participar de crime de menor gravidade (ocorrendo, portanto, excesso na atividade do outro co-autor ou do autor principal) dá-se o que a doutrina identifica como cooperação dolosamente distinta, desvio subjetivo entre os agentes ou excesso de contribuição típica” (Pacheco, Wagner Brússolo, Concurso de pessoas; notas e comentários, RT 720, p. 388).

O art. 29, § 2º, do CP consagra, por isso, o princípio da individualização e proporcionalidade da pena quando no concurso de pessoas determinar que cada co-autor responda na medida da sua culpabilidade de acordo com sua cooperação, exigindo-se desdobramento psicológico adequado quanto à previsibilidade de crime menos grave.

No caso, não há dúvida da participação de Cleomar em relação à conduta da subtração mediante grave ameaça em concurso de agentes (roubo), sendo aplicável aqui a regra específica contida no art. 29, § 2º, do CP: “*Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave*”.

No caso, o resultado mais grave (tentativa de latrocínio) não era previsível, pois a faca pela qual a vítima foi agredida era dela mesma e não restou provado estivessem os dois agentes armados – não obstante

na fase policial afirmarem que ambos estavam armados.

Assim, e por questão de igualdade, a pena para o agente (não obstante incurso nas sanções do art. 157, § 3º, *in fine*, c/c arts. 14, II, e 29 do CP, como resultado da ação seqüencial do comparsa) é fixada em relação ao crime que queria participar (roubo circunstanciado), vale dizer ao art. 157, § 2º, II, do CP, da seguinte forma:

Pena-base, diante da presença favorável dos elementos do art. 59 do CP, fixada no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo valor mínimo.

Segunda fase — não há agravante nem atenuante reconhecida.

Terceira fase – aumento mínimo de 1/3, chegando a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, tornada definitiva, com o regime semi-aberto, não se comunicando a hediondez da tentativa de latrocínio reconhecida ao co-réu.

3. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Cesar Abreu, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 30 de novembro de 2001.

Nilton Macedo Machado,
Presidente e Relator.

CÂMARA DE FÉRIAS CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2003.029666-2, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Quadrilha armada. Extorsão mediante seqüestro qualificado e roubo.

Litispêndência. Ausência de prova. Não conhecimento.

Incompetência racione loci. Meio inadequado. Não conhecimento.

Inépcia da denúncia e falta de justa causa. Inocorrência. Requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal preenchidos.

1. Litispêndência. Não se conhece da matéria em face da ausência de documentos necessários a comprovar sua ocorrência.

2. Incompetência racione loci. Dela só se conhece em sede de habeas corpus quando, suscitada a exceção, o juiz se declara competente para a ação penal.

3. Não é inepta a denúncia que nomina, qualifica e individualiza a participação de cada um dos pacientes nos fatos que configuram crimes em tese, e os capitula.

4. A prova da materialidade do delito e os indícios de autoria são suficientes para afastar a alegação de falta de justa causa para a ação penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2003.029666-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal), em que é impetrante Dr. Júlio Sérgio Freitas e pacientes Edinei Frolich Uller, Jair Consjunsck Júnior, Laércio de Souza, Sérgio Roberto Miranda e Idelmar Barcelos:

ACORDAM, em Câmara de Férias Criminal, por votação unânime, conhecer em parte o pedido e denegar a ordem.

I – Relatório

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrada pelo Dr. Júlio Sérgio Freitas em favor de Edinei Frolich Uller, Jair Consjunsck Júnior, Laércio de Souza, Sérgio Roberto Miranda e Idelmar Barcelos, denunciados pelo suposto cometimento dos delitos inculpidos nos arts. 288, parágrafo único, 157, § 2º, incisos I, II e V, e 159, § 1º, c/c art. 69, todos do Código Penal.

Alega o impetrante, em síntese, que os pacientes vêm sofrendo constrangimento ilegal porque foram presos em flagrante na comarca de Joinville, autuados, sob o n. 038.03.024285-9, pela suposta prática do delito de extorsão mediante seqüestro. Homologado o flagrante em 18 de setembro de 2003, os pacientes foram denunciados, tendo a ação penal sido autuada sob o n. 038.03.026583-2.

Sustenta ocorrência de litispendência porque, na comarca de Itajaí, os pacientes foram denunciados como incurso nas sanções dos artigos 288,

159, § 2º, incisos I, II e V, todos do Código Penal, pela prática dos mesmos fatos contidos na ação penal supramencionada.

Argúi que a ação penal está sendo processada na comarca de Itajaí pela prevenção, diante da decretação da quebra do sigilo telefônico e representação efetuada pela autoridade policial.

No entanto, alega que o juízo da comarca de Itajaí é incompetente para processar e julgar a ação penal, em razão da incompetência *ratione loci*, uma vez que, conforme a denúncia, a maioria dos cativeiros localizavam-se em Joinville.

Alega, ainda, a inépcia das denúncias pela ocorrência de ilegalidade no flagrante e porque o fato narrado não constitui crime.

Argumenta falta de justa causa para a ação penal, diante da ausência de provas que demonstrem a prática da ação criminosa pelos pacientes e, ainda, excesso na capitulação.

Requer ao final a concessão liminar da ordem para trancar a ação penal.

A liminar foi negada pelo despacho de fls. 119 a 120.

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 123 a 125), esta relatou que os pacientes foram interrogados, tendo sido decretada a prisão preventiva, e que o processo se encontra em fase de instrução.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 208 a 211).

É o relatório.

II – Voto

Preliminarmente, não se conhece da impetração em relação à alegação de litispendência pela ausência de cópia da denúncia oferecida no juízo da comarca de Joinville, documento este imprescindível para a constatação da matéria invocada.

Isso porque o *habeas corpus* é ação de procedimento especial que não comporta dilação probatória, devendo a inicial vir acompanhada dos elementos capazes de demonstrar o constrangimento ilegal.

Sobre o assunto, lecionam Ada Pellegrini Grinover e outros:

“De regra, a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova” (*in* Recursos no Processo Penal, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 374).

Não se conhece também da impetração em relação à incompetência *ratione loci*, porquanto trata-se de competência relativa e dela só se conhece em sede de *habeas corpus*, quando, suscitada a exceção, o juiz se dá por competente para a ação penal.

Ressalta-se, ainda, que há incidente tramitando na comarca de Itajaí, sem que tenha chegado ao seu término.

Nesse sentido, já se decidiu:

“*Habeas corpus* – Impetração objetivando declaração de incompetência do juízo e suspeição do juiz – Meio inidôneo – Admissibilidade do *writ* apenas quando oposta a exceção, o juiz se dá por competente para a ação penal – Inteligência dos arts. 98 e 108 do CPP” (RHC n. 2335-5, RJ, 5º T., j. 11-11-92, rel. Min. Edson Vidigal – DJU 5-4-93).

Quanto às demais matérias ventiladas, a ordem deve ser denegada.

A inépcia da denúncia, ao contrário do que alega o impetrante, não ocorreu, pois está embasada no Inquérito Policial n. 33.03.017657-6 e conta com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

Conforme a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Recebendo autos de inquérito policial ou peças de informação a respeito de crime que se apura mediante ação pública e verificando que existe prova da materialidade de fato que caracteriza crime em tese e indícios da autoria, o Ministério Público, em decorrência do princípio da obrigatoriedade, deve oferecer a denúncia. Formada a *opinio delicti*, promove a ação penal com o oferecimento da peça inaugural desta (art. 24). A denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem um ilícito penal em tese, com o fim de obter o pronunciamento judicial para ser o denunciado condenado, aplicando-se-lhe a competente pena, ou, no caso de inimizabilidade, a medida de segurança cabível”

(Código de Processo Penal Interpretado. Atlas: São Paulo, 1997, p. 169).

Logo, vislumbra-se que estão presentes os requisitos do artigo 41 do CPP, pois a denúncia descreveu com clareza os fatos atribuídos aos ora pacientes.

Nesse norte, ela detalhou os fatos criminosos, indicando a ocorrência de formação de uma quadrilha que praticava extorsão mediante seqüestro, havendo, inclusive, a decretação das prisões preventivas dos pacientes, conforme fls. 188 a 205.

De outro vértice, quanto ao pleiteado trancamento da ação penal, igualmente não pode ser concedido, uma vez que somente poderá ocorrer quando a falta de justa causa estiver evidenciada pela simples exposição dos fatos, reconhecendo-se a atipicidade da conduta ou a ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação, o que não se vislumbra no caso.

Nesse sentido:

“A falta de justa causa apreciável em pedido de *habeas corpus* é aquela em que a inocência do paciente se entremostra num golpe de olhar, isto é, quando está provado, de modo inconcusso, que o processado não participou, de nenhum modo, de ação criminosa, ou que o proceder indigitado não se reveste de cunho criminoso” (TACrimSP, rel. Onei Raphael, JUTACrimSP 53/127).

O entendimento também é seguido por esta Corte:

“Sustentada ausência de provas da autoria do delito – Situação não evidenciada na simples exposição dos fatos – Impossibilidade de exame do contexto probatório em sede de *habeas corpus* — Ordem denegada (*Habeas Corpus* n. 2003.011685-0, de Tubarão, rel. Des. Torres Marques, j. em 8-7-2003).

E mais:

“Para que reste deferido o *habeas corpus* consubstanciado na inexistência de justa causa para implantação da ação penal, necessário que, da mera exposição dos fatos, evidencie-se a ilegalidade perpetrada pelo juiz, ou quando se imputa ao paciente fato atípico, ou ainda ausente qualquer fundamento no inquérito para embasar a acusação” (*Habeas Corpus* n. 2001.009393-6, de Pomerode, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 4-7-2000).

Assim, é consabido que o *habeas corpus* não é o instrumento adequado à discussão probatória e à declaração da inocência dos pacientes, uma vez que a participação deles nos fatos deverá ser apreciada durante o transcorrer da ação.

Rejeita-se, por derradeiro, o argumento de que houve excesso na capitulação pelas razões apresentadas pelo Desembargador Relator ao denegar a liminar: “a denúncia preenche os requisitos legais, descrevendo a conduta típica atribuída a cada acusado, sendo que eventual excesso na capitulação não tem o condão de nulificá-la, pois os réus se

defendem dos fatos nela descritos” (fl. 120).

Pelos motivos expostos, meu voto é pelo não conhecimento da impetração, com relação à alegada litispendência e incompetência *ratione loci*, e pelo conhecimento, mas denegação da ordem, em relação à alegação da inépcia da denúncia e falta de justa causa.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer parcialmente do pedido, mas denegar a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 20 de janeiro de 2004.

Solon d’Eça Neves,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2003.014868-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Carstens Köhler

Habeas corpus – Participação do paciente é matéria a ser enfocada quando da apresentação da tutela jurisdicional.

Ação penal para ser detonada necessita apenas de indícios da autoria e materialidade.

Prisão preventiva – Despacho que veio de encontro das diretrizes da legislação processual penal.

Ordem pública – Princípio da confiança no juiz do processo, que, próximo dos fatos, das pessoas envolvidas e da comunidade, apresenta plenas e melhores condições para proclamar a necessidade da medida excepcional.

Residência fixa, primariedade, ocupação definida e família constituída por si só não obstat o afastamento cautelar da ribalta social.

Constrangimento ilegal inexistente – Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2003.014868-0, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal e Execuções Penais), em que é impetrante e o Dr. Eloir Araújo de Souza e paciente Gustavo Baldissera:

ACORDAM, em Câmara de Férias Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

I — Relatório

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Eloir Araújo de Souza em favor de Gustavo Baldissera, apontando como autoridade coatora o Juiz Substituto em exercício na 2ª Vara Criminal e Execuções Penais da comarca de Chapecó, aduzindo em síntese na inicial (fls. 2 a 10):

— o paciente foi dado como incurso nas sanções dos arts. 180, § 1º, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal – autos n. 018.03.007308-9;

— a denúncia apenas apontaria contra ele os fatos de fls. 24 e 25, inexistindo prova da receptação e da participação na quadrilha, cuja caracterização seria, no mínimo, duvidosa;

— não possuiria antecedentes criminais, sempre residiu em Chapecó, seria empresário e teria família constituída;

— o decreto de prisão preventiva seria descabido porque ausentes os requisitos atinentes, porquanto a sua permanência em liberdade não importaria em qualquer risco à ordem

pública, embaraço à instrução criminal, nem colocaria em dúvida a aplicação da lei penal.

Arrematou com os pleitos atinentes, juntando os documentos de fls. 11 a 93.

Liminar negada (fl. 94).

Prestadas as informações (fls. 97 a 101).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor Moacyr de Moraes Lima Filho, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 104 a 106).

II — Voto

De início, impende assinalar, por obviedade ululante, que a participação ou não do paciente nas ações deletérias é matéria que clama por profunda e esmiuçada análise probatória, cujo enfoque só será possível quando da apresentação da tutela jurisdicional.

Dizer-se o contrário, numa linguagem crioula, seria “jogar a carroça na frente dos bois”, e transformar, como alguns pretendem, o *habeas corpus* em “chapeirada de curandeiros” que alardeia combater e curar de unha encravada até a calvície.

Ao contrário do alinhavado no pórtico inaugural da impetração, o decreto segregatório está consentâneo com o amealhado no feito, tendo anotado com perspicácia a ilustre Togada *a quo* — doutora Cintia Ranzi — merecendo transcrição o seguinte excerto (fls. 69 e 70):

“[...] Com relação ao acusado Gustavo Baldissera, verifica-se que o

mesmo proprietário da empresa GB Transportes, localizada no mesmo local onde funciona a empresa Cetric, de propriedade de sua mãe, porém sob sua gerência, de onde apreendeu-se um caminhão VW/16.170BT e um *container* (fl. a numerar).

“Muito embora não se ignore que a segregação cautelar é medida excepcional e extrema, tem-se como absolutamente imprescindível para garantia da ordem pública e para garantia da instrução criminal a segregação processual dos acusados, já que a quadrilha da qual faz parte vem atuando há anos na região, utilizando-se da atividade criminoso como sua fonte de sobrevivência.

“A garantia da ordem pública reside justamente na habitualidade da prática ilícita ora referida, porquanto sabe-se que diariamente a organização atua nos mais diversos ramos de sua empreitada, quer fomentando o roubo de cargas, quer falsificando documentos de licenciamento de veículos ou praticando desmanche de veículos.

“Não se pode, de igual sorte, deixar de reconhecer o alarmante crescimento dos delitos praticados por organizações criminosas, cuja atuação vem tomando proporção assustadora, de modo que compete ao Poder Judiciário reprimir com firmeza e rigor aqueles que dela sobrevivem.

“Salienta-se, ainda, que os fatos aqui tratados não podem ser considerados isoladamente, porquanto nos últimos meses tem-se

descoberto inúmeros outros casos na região oeste, todos interligados entre si, demonstrando assim o forte esquema armado entre os envolvidos”.

Como se vê, a prisão foi decretada com escopo de estancar a sanha delinqüencial que vem causando inquietude insuportável em todo o grande oeste catarinense, do espriado do Irani – palco das legítimas batalhas do Contestado – até as margens do Peperi-Guaçu – onde começa a grandeza da terra e da gente catarinense.

Aliás, até de uma leitura perfunctória da denúncia aflora a complexa teia delitiva em apuração, e, só a título ilustrativo, são enumerados 11 receptações, 13 adulterações de sinais identificadores de veículos, 1 furto, além da própria quadrilha e outros delitos, todos com umbilical ligação com os fatos imputados ao paciente.

O Estado-Juiz não pode fazer “ouvidos de mercador” – embora a sensibilidade não seja marca de todos os agentes políticos e, por incrível que pareça, até de detentores de mandatos eletivos – já que a maioria esmagadora das pessoas é honesta e trabalhadora, e não raras vezes, com imensa dificuldade, batalha para obtenção de um nível razoável de vida, não se podendo lançá-la a sobressaltos e inquietudes inadmissíveis.

Deve sempre e continuamente ser tutelada a verticalidade comportamental, já que o contrário é e há de ser sempre exceção.

Ora, diante desse quadro, a adoção da medida extrema é inarredável, merecendo ser prestigiado o princípio da confiança no juiz do processo, que próximo aos fatos, das pessoas envolvidas e da região das ocorrências, apresenta com certeza melhores condições de aquilatar a necessidade do afastamento cautelar da ribalta social, como se verifica na espécie.

Já que está à mão, eis o escólio sempre prestado de Fernando Capez (*in* Curso de Processo Penal, 5ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 229) sobre a garantia da ordem pública:

“[...] a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem grande clamor popular”.

No caso vertente, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* saltam aos olhos, *data venia*, até do mais desatento observador.

Por fim, a primariedade, ocupação lícita, residência fixa e família constituída não têm o condão de obstar a necessária prisão preventiva.

É da jurisprudência, aplicável *mutatis mutandis*:

“*Habeas corpus* – Prisão preventiva – Fundamentação concisa

do decreto que se suplementa pelas informações – Conjugação possível e adequada – Delitos de receptação qualificada, quadrilha e sonegação fiscal, com ressonância na região oeste do Estado – Princípio da confiança no juiz do processo.

“Existência de primariedade, ocupação lícita e residência fixa não tem o condão de obstar o necessário afastamento cautelar da ribalta social.

“Constrangimento ilegal inexistente.

“Ordem denegada” (*Habeas Corpus* n. 2003.012272-9, desta relatoria, j. 22-7-2003).

Ausente o constrangimento ilegal.

III — Decisão

Diante do exposto, o *writ* se vê, por unanimidade, denegado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 29 de julho de 2003.

Souza Varella,
Presidente;
Carstens Köhler,
Relator.

PARECERES

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PARECER N. 145/03 — PROCESSO N. PPGE 1583/034

ORIGEM: Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão

Ementa: Contratação de empresa privada para a gestão administrativa de unidade prisional. Manutenção da função jurisdicional do Estado. Situação de emergência decretada por ato governamental. Enquadramento na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei das Licitações. Interpretação da LRF “conforme a Constituição”. Decisão na linha dos precedentes da PGE.

Senhor Procurador-Geral,

Atendendo recomendação do Senhor Governador do Estado, o titular da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão remete o presente processo a esta Procuradoria para que “[...] seja exarado parecer sobre a possibilidade de dispensa de licitação, com supedâneo na legislação de regência, visando à contratação temporária de empresa para a co-gestão da Penitenciária da Região da Grande Florianópolis, situada em São Pedro de Alcântara, como forma de propiciar a sua ocupação imediata com vistas a diminuir a superlotação nas unidades

prisionais, amenizando, com isso, a situação caótica do Sistema Penal catarinense”.

O expediente do Senhor Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão contém um rol de justificativas, as quais comprovam de maneira inequívoca a situação precária do Sistema Penal do Estado, dando ênfase para o problema da superlotação das unidades prisionais.

Aliás, a superlotação dos presídios é matéria estampada diariamente nos jornais, e tem sido objeto de alguns pedidos de intervenção judicial, em face da grande preocupação e temor que a situação traz a toda sociedade catarinense.

No que diz respeito à segurança pública, a solução para os problemas enfrentados pelo Sistema Prisional do Estado representa um dos maiores anseios da sociedade livre, o que requer a adoção de medidas concretas e imediatas, não podendo ser adiadas ou relegadas a segundo plano, sob pena de o Estado sucumbir, em vez de impor a sua autoridade estatal, consubstanciada

no art. 144 da Constituição Federal (reproduzido pelo art. 105 da CE), que assim estabelece:

“Art. 144 — A segurança pública, *dever do Estado*, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

Na verdade, a prestação de serviços de segurança pública está circunscrita num conjunto de atividades que inclui o policiamento ostensivo, a apuração de infrações penais e a guarda e recolhimento de presos.

A aplicação da pena, retirando o infrator do meio social em que vive, traduz uma esperança de paz social. A finalidade da pena seria, assim, uma medida de prevenção, impedindo que o delinqüente pratique novos crimes, aliada ao interesse manifesto do Estado e da sociedade na reeducação do preso. Então, a guarda de presídios e a aplicação da pena são medidas de segurança a cargo do Estado.

A crescente pressão por parte da opinião pública, que exige sejam tomadas fortes medidas de combate à criminalidade, reforça a exigência para que os criminosos sejam mantidos em prisão, para evitar um mal maior à sociedade.

O criminoso representa um perigo incalculável à sociedade, porque não sabe usufruir da liberdade sem causar danos a terceiros, encontrando estímulos só para infringir as normas penais, o que provoca temor por suas ações inescrupulosas, representando a prática de atos descomedidos atentatórios contra a ordem

pública, sem se preocupar com a sociedade que poderá ser atingida com suas ações.

Portanto, o Estado não poderá se descurar do seu dever de proporcionar segurança mediante a adoção de medidas concretas de combate à criminalidade e de prisão dos delinqüentes pelos riscos que eles representam.

O direito de todos os cidadãos à segurança figura entre os direitos sociais relacionados expressamente no art. 6º da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Art. 6º — São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os serviços de segurança pública de natureza policial e não-policial devem buscar estabelecer, aperfeiçoar e manter, conjunta e permanentemente, um sentimento coletivo de segurança.

O que interessa à sociedade é que haja uma máquina administrativa preparada e eficiente, a fim de dar resposta aos seus anseios de segurança pública.

Aliás, nem se admitiria que o Poder Público abrisse mão dos seus poderes e deveres, deixando de adotar ações governamentais impostas pelas normas constitucionais, visando à promoção da segurança de um modo geral.

Esse poder-dever da autoridade pública na prevenção e

repressão à criminalidade está, indissociavelmente, ligado ao funcionamento adequado, seguro e eficiente dos órgãos que dão sustentação às atividades relacionadas à segurança pública, incluindo nesse contexto os setores envolvidos na execução penal.

É oportuna a lição do mestre Hely Lopes Meirelles a respeito do “poder-dever de agir” da Administração Pública:

“Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí por que a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente e autoriza a obtenção do ato omitido por via judicial [...]” (*in* Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 25ª edição, p. 98).

O Estado está vinculado à norma constitucional de forma ampla e irrestrita, devendo agir para tornar concreta as medidas previstas na carta constitucional, pois as normas ali contidas não consubstanciam meros conselhos, que podem ou não ser adotados pelo Poder Público ao seu inteiro alvedrio.

O dever de dar efetividade à norma constitucional, quando esta estabelece encargo para o Estado, também pode ser deduzido facilmente das disposições do art. 103, § 2º, da Constituição Federal:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional,

será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Verifica-se do texto constitucional que a omissão a que ele se refere não é tão-somente a de norma legal ou regulamentar, mas, também, de medidas de natureza administrativa que tenham a função de obstar a efetividade da norma constitucional.

Além disso, em se tratando de atividade que o Estado deverá exercer obrigatoriamente por força de disposição constitucional, insuscetível de renúncia pela autoridade administrativa, há um outro componente que deverá ser levado em conta para justificar uma tomada de decisão da Administração Pública, qual seja, o *dever de eficiência*.

O dever de eficiência foi elevado à categoria de princípio constitucional a partir do advento da Emenda Constitucional n. 19/98, que deu nova redação ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, estabelecendo o seguinte:

“Art. 37 — A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência*. [...]”.

A observância do princípio da *eficiência* impõe ao administrador público o dever de perseguir os fins visados pelo Estado na execução de suas atividades e na solução dos seus problemas.

No caso em exame, o dever imposto ao Estado no sentido de apresentar uma solução eficiente para o problema dos presídios encontra ainda outros fundamentos na Lei de Execução Penal — Lei n. 7.210/84, os quais colocam sob a responsabilidade do Estado inúmeros deveres, dentre eles os seguintes:

“Art. 4º — O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

[...]

“Art. 10 — A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar a convivência em sociedade”.

Como se não bastassem as razões apresentadas precedentemente, as quais, por si só, justificam plenamente a iniciativa do Senhor Secretário de Estado de Segurança Pública e Defesa do Cidadão na tentativa de se buscar uma solução urgente para a situação do sistema penal catarinense, o Chefe do Poder Executivo, ciente das dificuldades enfrentadas pelo Estado, reclamando a execução de medidas imediatas e inadiáveis, resolveu decretar situação de emergência no sistema penal do Estado de Santa Catarina, conforme estabelece o Decreto n. 37 de 20 de fevereiro de 2003 (publicado no DOE da mesma data), do qual se extrai os “considerandos”:

“Considerando que o sistema penal possui capacidade para abrigar 3.980 (três mil, novecentos e oitenta) detentos e abriga 6.264 (seis mil, duzentos e sessenta e quatro),

somando-se a isso os 584 (quinhentos e oitenta e quatro) detentos alojados nas delegacias de polícia, resulta na assombrosa superlotação com excesso de 2.868 (dois mil, oitocentos e sessenta e oito) presos;

“Considerando que, em decorrência da carência de vagas para presos que aguardam julgamento e para os já condenados, o atual quadro do setor apresenta indícios de colapso, pois está excedendo a condição suportável de manutenção da segurança, higiene e saúde;

“Considerando o elevado número de presos condenados recolhidos nos presídios e delegacias pela absoluta falta de vagas nas penitenciárias, em desacordo com o art. 87 e seguintes da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execuções Penais;

“Considerando o que dispõe a Lei Estadual n. 12.116, de 7 de janeiro de 2002, que define os estabelecimentos penais do Estado;

“Considerando o aumento da criminalidade no Estado, sem que tenha havido a estruturação necessária do sistema penal;

“Considerando que existem 1.200 (mil e duzentos) mandados de prisão expedidos e não cumpridos em virtude do quadro apresentado;

“Considerando a ocorrência diária de fatos com envolvimento de presos nas celas (fugas, tentativa de fugas, doenças etc.);

“Considerando somente os exemplos da 5ª Delegacia de Polícia da comarca da Capital e 2ª Delegacia

de Polícia da comarca de São José, onde se encontram recolhidos, respectivamente, 52 (cinquenta e dois) e 28 (vinte e oito) presos, literalmente 'amontoados', e que tal fato é comum na grande maioria dos estabelecimentos prisionais do Estado;

"Considerando que a Penitenciária de São Pedro de Alcântara foi inaugurada sem as mínimas condições de ocupação em virtude de obras inacabadas e, inclusive, da deficiência no abastecimento de água e da falta de execução do projeto preventivo contra incêndios;

"Considerando que, atualmente, o sistema penal e prisional, com todos os problemas apresentados, está muito aquém de cumprir com sua finalidade institucional".

Como se vê, prescinde de esforço para concluir-se que a situação dos presídios é ameaçadora, podendo comprometer a paz social se não for tomada nenhuma medida administrativa que, se não resolver totalmente o problema do sistema prisional do Estado, pelos menos irá contornar a situação até que haja uma solução definitiva. De qualquer maneira, o importante é deixar caracterizado que alguma providência precisa ser adotada pelo Estado *ex vi* de determinação contida na norma constitucional (arts. 6º, 37 e 144 da CF) e infraconstitucional (Lei n. 7.210/84 — Lei de Execução Penal), além de outras razões que justificam a medida requerida.

A propósito do assunto, a Coordenadoria de Recursos do Ministério Público do Estado de Santa

Catarina expendeu os seguintes comentários a respeito da decisão proferida nos autos do Recurso Especial n. 294.597/SC:

"A Coordenadoria de Recursos, inconformada com tal decisão, interpôs o necessário recurso extraordinário, bem fundamentando-o na clara ofensa à Constituição Federal, especialmente ao seu art. 144, *caput*. De fato, sendo a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, a conservação de uma cadeia pública não pode ficar ao livre arbítrio do Administrador Público, fugindo tal encargo do seu poder discricionário. Sim, pois a conservação dos bens públicos é obrigatória, necessária, imprescindível e de interesse público. A citada norma constitucional, embora programática, possui eficácia jurídica imediata, direta e vinculante" (*in* Informativo da Coordenadoria de Recursos n. 18 — fev./2002).

É exatamente nessa linha de raciocínio que o Estado deve agir, atuando com base no seu dever jurídico de boa gestão administrativa, isto é, pelo dever jurídico de escolha da providência eficiente, adequada e razoável para alcançar a finalidade legal reclamada na situação concreta.

O Estado de Santa Catarina está concluindo as obras da Penitenciária da Grande Florianópolis, localizada no município de São Pedro de Alcântara, porém não possui mão-de-obra qualificada e suficiente para fazer funcionar o presídio de forma satisfatória e conveniente.

Então, diante desse contexto, qual a alternativa de solução que se apresenta para o momento ?

A Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão propõe a contratação temporária de empresa no regime de co-gestão para administrar a Penitenciária da Grande Florianópolis, localizada no município de São Pedro de Alcântara.

O notório fracasso do sistema prisional brasileiro intensificou os debates em torno da privatização dos presídios, qualquer que seja a denominação utilizada: *co-gestão*, *gestão mista* ou *administração partilhada com o setor privado*.

A discussão do tema tomou vulto com o anunciado sucesso obtido na experiência do vizinho Estado do Paraná, com a contratação pelo sistema de co-gestão dos serviços da Penitenciária de Guarapuava, localizada no interior do Estado.

O contrato de co-gestão não significa a transferência para a iniciativa privada dos principais encargos que a lei atribui ao Estado, mas traduz a possibilidade de o órgão manter o estabelecimento penal sob sua direção, inclusive no que diz respeito à vigilância externa a cargo da Polícia Militar, valendo-se dos serviços de empresa privada apenas na realização das suas atividades internas.

Na verdade não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para a empresa privada, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, ou seja, o administrador particular será respon-

sável pela alimentação, pela limpeza, pelas roupas, pelo chamado serviço de hotelaria, e outros serviços considerados indispensáveis para a manutenção de qualquer presidio.

Por outro lado, a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por intermédio do juízo da execução, determinará quando alguém poderá ser preso, o tempo de cumprimento da pena, e outras condições definidas pela autoridade judicial, a fim de preservar o poder de império do Estado, que é o único que possui competência para o uso da força, na forma da lei.

No modelo de administração penal utilizado nos Estados Unidos existe maior participação, quase total, do empresário na administração dos presídios, diferentemente da França, que adota modelo no qual coloca o Estado juntamente com o empreendedor privado, administrando a unidade prisional, numa verdadeira co-gestão.

É importante deixar bem clara a distinção entre os dois modelos mais bem-sucedidos no mundo — o americano e o francês:

“Existem duas formas de privatização: a do modelo americano, na qual o preso é entregue pelo Estado à iniciativa privada, que o acompanhará até o final de sua pena, quando o libertará, portanto ficando o preso inteiramente nas mãos do administrador [...].

“Já o modelo francês — o qual preconizo para o Brasil — o Estado permanece junto com a iniciativa privada gerenciando o presidio, isto é,

o administrador vai gerir os serviços daquela unidade prisional — alimentação, vestimenta, higiene, lazer etc. — enquanto que o Estado administra a pena, cuidando do homem sob o aspecto jurídico, punindo-o em caso de faltas ou premiando-o quando merecer. É o Estado que, detendo a função jurisdicional indelegável, continua a determinar quando um homem vai preso, quanto tempo permanece segregado e quando será libertado” (Síntese Jornal — ano 2 — n. 17 — julho/98 — p. 7).

No caso específico da Penitenciária da Grande Florianópolis, pelo que se sabe, além da presença do Estado para o exercício das suas funções indelegáveis, o contrato de co-gestão estabelecerá grande parcela de poder do ente estatal nas decisões, razão pela qual não chega a caracterizar uma privatização por excelência, mas constitui certamente um avanço com o intuito de promover a modernização dos presídios, tirando-os do caos em que se encontram.

Em face da urgência que o caso requer, parece-nos que, neste momento, é dispensável a discussão mais acurada sobre os prós e os contras da privatização ou da celebração de contrato de co-gestão na forma pretendida, porque o que precisa ser feito com rapidez é prover imediatamente e de maneira eficiente as medidas de segurança pública ora reclamadas, sendo essa modalidade de contratação a que melhor atende às necessidades mais prementes do sistema penal.

A situação de emergência decretada por ato governamental à vista das condições de funcionamento do sistema prisional do Estado, somado às exigências de ordem constitucional e legal, que impõem à Administração Pública o dever de agir *incontinenti* diante dessas condições, constituem fundamentos suficientes para autorizar a contratação de empresa especializada pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/93 — Lei das Licitações:

“Art. 24 — É dispensável a licitação:

[...]

“IV — nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”.

Essa forma de contratação direta constitui a solução imediata para dar condições de funcionamento definitivo da Penitenciária da Grande Florianópolis, permitindo inclusive, o que é de significativa importância para o momento, a ampliação da sua capacidade carcerária.

Aliás, o Estado já recorreu a essa modalidade de contratação em circunstâncias semelhantes ocorridas no ano de 1999, por ocasião da implantação do Plano de Assistência à Saúde instituído pela Lei Complementar n. 179/99. O Estado abriu mão da sua competência para gerenciar o Sistema de Previdência Social dos seus agentes públicos, na forma prevista no art. 158 da Constituição do Estado, transferindo-o para a iniciativa privada. A empresa Unimed foi contratada diretamente pelo prazo de seis meses. Após esse período foi realizado o competente processo de licitação, sendo vencedora a empresa Unisanta, cujo contrato perdura até hoje.

Independente de qualquer crítica sobre a eficácia ou não do Plano de Assistência à Saúde do Servidor, esta medida foi adotada porque era a solução que se vislumbrava para aquele momento. Nesse caso, a contratação da empresa Unimed foi respaldada no art. 24, inciso IV, da Lei das Licitações, muito embora haja pouca ou quase nenhuma diferença entre os serviços médicos oferecidos pelo Ipesc em relação aos atuais administrados pela empresa Unisanta, o que permite inferir que a criação de um plano de saúde para os servidores públicos representava à época um problema de menor gravidade em relação à situação em que se encontra o sistema prisional do Estado nos dias atuais.

Em suma, a contratação de empresa privada para a administração da Penitenciária de São Pedro

de Alcântara em regime de co-gestão é uma solução que se mostra necessária e urgente pelas razões já expostas no presente parecer, aplicando-se o disposto no art. 24, inciso IV, da Lei das Licitações.

Para tanto, o órgão deverá elaborar pesquisa em procedimento sumário, a fim de selecionar a empresa especializada que possui melhores condições de atender os serviços de administração prisional. A empresa indicada deverá comprovar que tem condições de prover todas as necessidades materiais e de outros serviços que serão contratados, inclusive no que diz respeito à vigilância interna.

A Lei Federal n. 7.102/83, com as modificações introduzidas pela Lei Federal n. 8.863/94, veio a permitir que os serviços de segurança privada e vigilância possam ser executados no âmbito da Administração Pública, conforme estabelecem os seguintes dispositivos:

“Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

“I — proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de *outros estabelecimentos, públicos* ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

[...]

“§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar

ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e *órgãos e empresas públicas*”.

A empresa selecionada deverá ainda preencher outros requisitos estabelecidos na Lei Federal n. 7.102/83, com as alterações posteriores, em especial os que definem exigências para o exercício da função de vigilante:

“Art 16 — Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:

“I — ser brasileiro;

“II — ter idade mínima de 21 (vinte e um) anos;

“III — ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau;

“IV — ter sido aprovado em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta lei;

“V — ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnica;

“VI — não ter antecedentes criminais registrados; e

“VII — estar quite com as obrigações eleitorais e militares”.

Nota-se que a lei define os requisitos mínimos que deverão ser apresentados pelo pessoal da empresa a ser contratada, podendo o contratante estabelecer outros ou, em face das características das atividades que serão exercidas, ampliar

os já existentes, tal como o grau de escolaridade, exigindo para o vigilante a formação de primeiro grau completo, em vez da quarta série do primeiro grau (lei cit., art. 16, III). Outras condições poderão ser estipuladas no contrato, levando-se em conta as peculiaridades do serviço.

Por outro lado, a Lei Federal n. 101/2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal — não constitui obstáculo para proceder à contratação de empresa especializada para atender às necessidades do sistema prisional, tendo em vista que as ações relacionadas com as atividades de segurança pública representam deveres do Estado, porque visam a satisfazer obrigações expressamente afirmadas pela Constituição Federal.

Por conseguinte, a contratação de empresa tem por objetivo o atendimento do interesse público, que deve ser satisfeito em quaisquer circunstâncias, porquanto a titularidade dos direitos assegurados constitucionalmente aos cidadãos de exigir o cumprimento de medidas concretas relativas à segurança não é disponível, razão pela qual o Poder Público não pode subtrair esses direitos, mas tem o dever de os garantir conforme determinação constitucional.

No caso, o dever do Estado para com a segurança pública e a garantia dos direitos sociais possui índole constitucional e que deve ter supremacia sobre as normas infraconstitucionais, o que significa dizer que não se pode deixar de cumprir a Lei Maior sob o pretexto de que existe

impedimento na Lei Complementar n. 101/2000.

Então, sob essa ótica, o Estado não pode se descuidar da segurança, que constitui imperativo de ordem constitucional, para satisfazer norma hierarquicamente inferior, *in casu* a Lei de Responsabilidade Fiscal. Deve prevalecer o princípio da hierarquia das leis aliado à orientação de que as leis devem ser interpretadas em consonância com a Constituição.

Essa questão relativa à falta de observância das regras constitucionais para satisfazer norma de hierarquia inferior já foi objeto de exame por parte desta Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer n. 325/00/PGE, o qual concluiu que as restrições contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal não possuem força suficiente para impedir a contratação de professores para o magistério público, porque este procedimento visa ao cumprimento das disposições inscritas no art. 205 da Constituição Federal, consoante a qual “*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]*”.

Para melhor compreensão da matéria, veja-se a argumentação desenvolvida no mencionado parecer:

“Assim, a partir da simples interpretação teleológica da norma em questão, já seria possível concluir que pode o administrador admitir professores com a finalidade de garantir o direito à educação, constitucionalmente contemplado.

“Mas não é só. Impende também destacar que o direito à educação é qualificado pela Constituição Federal

como direito público subjetivo, cujo não-oferecimento ou sua irregular oferta determina a responsabilidade da autoridade competente e a possibilidade de ser garantido por decisão judicial.

“Indiscutivelmente norma infra-constitucional que inviabilize a efetivação de tal direito não pode ser aplicada ressalvada a hipótese de se aceitar que norma ordinária restrinja direito assegurado amplamente pela Carta da República.

“Neste contexto, o que se tem é a possibilidade de duas e distintas interpretações da norma em questão:

“A primeira — nega a possibilidade de qualquer admissão de professores, ressalvada vacância decorrente de aposentadoria e morte. Tal interpretação, como demonstrado, conduz a agressão à norma constitucional que qualifica o direito à educação, como direito subjetivo público, dever do Estado.

“A segunda — é aquela antes apresentada, da qual decorre a possibilidade de admissão de professores, mesmo quando extrapolados os limites de despesa com pessoal, para que se garanta o direito à educação, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal.

“A primeira interpretação apresentada conduz à inconstitucionalidade do dispositivo, posto que nega direito constitucionalmente assegurado. A segunda conforma-se com a Carta da República, sem qualquer redução do texto original: mantém-se hígida a norma, garan-

tido-se o direito assegurado pela Carta da República.

“O Supremo Tribunal Federal, ao deparar-se com tais situações, tem decidido manter o texto legal, segundo a interpretação que julga em harmonia com a Constituição Federal. É o que se convencionou denominar de ‘interpretação conforme’ a Constituição, a qual é apresentada pelo Professor Clémerson Merlin Cléve, nos seguintes termos:

‘A interpretação conforme a Constituição, conhecida pelas Cortes Constitucionais européias, mais do que uma técnica de salvamento da lei ou do ato normativo (doutrina americana), consiste já numa técnica de decisão. Assim, em homenagem aos princípios da presunção de legitimidade das leis e da supremacia da Constituição, interpreta-se o ato impugnado conforme a Constituição. ‘Oportunidade para a interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal ofereça diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição.

‘A ‘interpretação conforme’ é técnica conhecida do Supremo desde antes da Constituição de 1988. Ao proferir voto, como relator de representação de inconstitucionalidade, o Ministro Moreira Alves desenhou, à luz de sua compreensão, o perfil da importante modalidade de decisão: ‘Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal — em sua função de Corte Constitucional — atua como um legislador negativo [...]’.

‘O mesmo ocorre quando a Corte, aplicando a interpretação conforme a Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto — *Teilnichterklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina — e atua, portanto, como legislador negativo — as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição.

‘Porém, a interpretação fixada, como única admissível pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova’.

‘A técnica da ‘interpretação conforme’, segundo a lição do Ministro Moreira Alves, na Alemanha, conduz à procedência parcial da ação direta, ‘para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Constituição’. No Brasil, a variante decisória vinha conduzindo ao julgamento de improcedência da ação direta, ‘por se dar à norma a exegese que a compatibiliza com o texto constitucional’. A prática recente do STF, todavia, vai-se aproximando da experiência alemã’ (A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. RT, 2ª ed., 2000, p. 263 a 265).

“É o caso, temos um texto legal que possibilita duas e distintas interpretações. Uma, prestigia o texto constitucional. A outra, nega direito por ele assegurado.

“Neste contexto impõe-se a aplicação da lei, segundo a interpretação que a conforma com a Constituição Federal, ou seja, aquela que possibilita a admissão de professores, com a finalidade de se garantir o direito público subjetivo à educação, expressamente previsto pela Carta da República, mesmo extrapolando-se as despesas com pessoal”.

A formulação jurídica que afirma a possibilidade de contratação de pessoal para o magistério público, fundamentada no dever constitucional do Estado de oferecer educação a todos os cidadãos, expressa a mesma linha de entendimento que deve ser aplicada à situação dos presentes autos.

Em outras palavras, significa dizer que o entendimento acolhido pela Procuradoria-Geral do Estado, segundo o qual a LRF deve ser interpretada “conforme a Constituição”, impõe *mutatis mutandis* a mesma solução para a hipótese destes autos, por se tratar de situações jurídicas idênticas sob o ponto de vista do comando impresso na norma constitucional.

Em síntese, o dever constitucional do Estado de executar as ações inerentes à segurança pública (art. 144 da CF) e de garantir aos cidadãos o direito social à segurança (art. 6º da CF) são atividades vinculadas que devem ser orientadas com

base no princípio da eficiência (art. 37 da CF), e que tem como consequência a adoção de medidas de interesse público consideradas essenciais e inadiáveis, sendo que a LRF não constitui óbice para que a Administração Pública Estadual proceda à contratação de empresa para a execução de serviços de gestão administrativa, permitindo o funcionamento definitivo da Penitenciária da Grande Florianópolis, localizada no município de São Pedro de Alcântara.

Finalmente, deve-se lembrar que a celebração de contratos de prestação de serviços no âmbito dos órgãos do Poder Executivo está condicionada ao cumprimento das formalidades inscritas no Decreto n. 349/03, que assim estabelece:

“Art. 1º — A contratação, assim como a alteração dos contratos de locação de equipamentos e de prestação de serviços, inclusive aqueles serviços dispostos no § 1º do artigo 138 da Lei Complementar n. 243, de 30 de janeiro de 2003, que impliquem em acréscimo de despesas até o limite de 50% (cinquenta por cento) do valor previsto na alínea b do inciso II do artigo 23 da Lei Federal n. 8.666/93, ficam condicionadas à autorização do Secretário de Estado da Administração, mediante exposição de motivos assinada pelo titular do órgão interessado, observados os dispositivos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores.

“Art. 2º — As contratações com valor superior ao disposto no artigo

anterior somente poderão ser realizadas mediante autorização do Chefe do Poder Executivo, por meio de exposição de motivos assinada pelo titular do órgão interessado, encaminhada por intermédio do Secretário de Estado da Administração”.

Este é o parecer que submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

PGE, em 14 de julho de 2003.

*Silvio Varela Junior,
Consultor-Geral.*

PARECER N. 225

ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DA AGRICULTURA E POLÍTICA RURAL

ASSUNTO: Plantio de Organismos Geneticamente Modificados. Soja. Safra 2004. Conflito entre legislação local e federal.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Senhor Secretário de Estado da Agricultura e Política Rural informa que foi adotada pelo Presidente da República a Medida Provisória n. 131, de 25 de setembro de 2003, “[...] liberando o plantio destinado à safra de 2004, apenas para as sementes da safra de soja de 2003, consoante se infere da cópia anexa”(fl. 2).

Ocorre que no Estado de Santa Catarina foi editada, em 15 de janeiro de 2002, a Lei n. 12.128, “[...] vedando o plantio e cultivo, para fins industriais e comerciais, de organismos geneticamente modificados, pelo prazo de cinco anos” (fl. 2).

Informa ainda o ilustre Consultante:

“Com a finalidade de deliberar sobre o assunto, nesta manhã (8/10), realizamos reunião com representantes da Faesc, Fetrasul, Oesc, Epagri, Icepta, Cidasc, da Comissão

de Agricultura da Assembléia Legislativa e o Dr. Fábio de Souza Trajano – Promotor de Justiça – Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Consumidor, que entregou parecer com posicionamento firmado pela Administração Superior do Ministério Público de Santa Catarina (cópia anexa).

“Do debate ocorrido foi extraída a seguinte proposta: [...]

“2. Remeter à Procuradoria-Geral do Estado cópia da MP 131, de 25 de setembro de 2003; Lei Estadual n. 12.128/02; parecer do Ministério Público Estadual, a fim de que se manifeste sobre o tema, e que seja acionado o Poder Judiciário Estadual, em caráter de urgência, para também se pronunciar, visto que o tema envolve a proteção ambiental e a saúde humana” (fls. 2 e 3).

Esta a consulta e as providências solicitadas pelo Senhor Deputado Moacir Sopelsa, Secretário de Estado da Agricultura e Política Rural.

Impende desde já destacar que a matéria em questão insere-se no âmbito da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, na exata medida em que envolve normas relativas à produção e consumo (CF, art. 24, V), proteção do meio ambiente (CF, art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII).

Tratando-se de competência legislativa concorrente, cuida a própria Carta da República de disciplinar exaustivamente a forma e os limites que norteiam o seu exercício, o que faz nos seguintes termos:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

“§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

“§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

“§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

“§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Feitas essas anotações preliminares, verifica-se que em Santa Catarina, em 15 de janeiro de 2002,

foi promulgada a Lei n. 12.128, a qual, em seu artigo 1º, estabeleceu:

“Art. 1º No Estado de Santa Catarina, durante cinco anos, a partir da publicação desta Lei, fica vedado o plantio e cultivo para fins industriais e comerciais de organismos geneticamente modificados — OGM — e seus derivados, que tenham como finalidade a alimentação humana ou animal.

“§ 1º Decorrido o prazo de cinco anos, a Assembléia Legislativa verificará a necessidade ou não da prorrogação do período de moratória.

“§ 2º Durante esse período, o Estado prestará apoio às instituições dedicadas ao estudo e pesquisa dos OGMs, em todo o seu território, relacionados à sua biossegurança.

“§ 3º Considera-se Engenharia Genética e Organismo Geneticamente Modificado a conceituação preconizada na Lei Federal n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995”.

Portanto, lei local proibiu, de forma taxativa, o plantio e cultivo de organismos geneticamente modificados, pelo período de cinco anos.

Posteriormente, mais especificamente em data de 26 de março de 2003, adotou o Presidente da República a Medida Provisória n. 113, convertida na Lei n. 10.688, de 13-6-2003, a qual, em seu artigo 1º, estabeleceu:

“Art. 1º A comercialização da safra de soja de 2003 não estará sujeita às exigências pertinentes à Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, com

as alterações da Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001.

“§ 1º A comercialização de que trata este artigo só poderá ser efetivada até 31 de janeiro de 2004, inclusive, devendo o estoque existente após aquela data ser destruído, mediante incineração, com completa limpeza dos espaços de armazenagem para recebimento da safra de 2004.

“§ 2º O prazo de comercialização de que trata o § 1º poderá ser prorrogado por até sessenta dias por Decreto do Poder Executivo.

“§ 3º A soja mencionada no *caput* deverá ser obrigatoriamente comercializada como grão ou sob outra forma que destrua as suas propriedades produtivas, sendo vedada sua utilização ou comercialização como semente.

“§ 4º O Poder Executivo poderá adotar medidas de estímulo à exportação da parcela da safra de soja de 2003 originalmente destinada à comercialização no mercado interno, ou cuja destinação a essa finalidade esteja prevista em instrumentos de promessa de compra e venda firmados até a data da publicação da Medida Provisória n. 113, de 26 de março de 2003.

“§ 5º O disposto nos §§ 1º e 3º não se aplica à soja cujos produtores ou fornecedores tenham obtido a certificação de que trata o art. 4º desta Lei.

“§ 6º O Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, mediante portaria, poderá excluir do regime desta Lei a safra de

soja do ano de 2003 produzida em regiões nas quais comprovadamente não se verificou a presença de organismo geneticamente modificado”.

Dessa forma autorizou o preceptivo transcrito, em antagonismo com a legislação local, a comercialização de soja geneticamente modificada – safra 2003 —, plantada ao arpeio das normas de regência então vigentes, conforme reconhecido pelo próprio Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, nos autos da Ação Direta n. 3.017, se não leia-se:

“Fonteles afirma que a situação do plantio ilegal de soja geneticamente modificada, cujas sementes vêm sendo contrabandeadas da Argentina, foi reconhecida pelo governo federal, em março deste ano, quando o presidente da República editou a Medida Provisória n. 113, convertida na Lei n. 10.688/03. A Lei estabelece as condições para a regularização das próximas safras, e as proibições para o plantio irregular e clandestino de sementes de variedades de soja não autorizadas pelo poder público” (*www.stf.gov.br*. Notícias. 3-10-2003).

Já agora, em 25 de setembro de 2003, adotou o Presidente da República a Medida Provisória n. 131, a qual autoriza a utilização de sementes de soja geneticamente modificadas, reservadas pelos agricultores para uso próprio, para plantio até 31 de dezembro de 2003, vedada, em qualquer hipótese, a

comercialização como semente, segundo se retira do seu artigo 1º:

“Art. 1º Às sementes da safra de soja de 2003, reservadas pelos agricultores para uso próprio, consoante os termos do art. 2º, inciso XLIII, da Lei n. 10.711, de 5 de agosto de 2003, e que sejam utilizadas para plantio até 31 de dezembro de 2003, não se aplicam as disposições dos incisos I e II do art. 8º, do *caput* do art. 10 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, relativamente às espécies geneticamente modificadas previstas no código 20 do seu Anexo VIII; da Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, com as alterações da Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001; do § 3º do art. 1º e do art. 5º da Lei n. 10.688, de 13 de junho de 2003.

“Parágrafo único. É vedada a comercialização do grão de soja da safra de 2003 como semente, bem como a sua utilização como semente em propriedade situada em Estado distinto daquele em que foi produzido”.

Indiscutivelmente, o plantio de soja geneticamente modificada, independente da norma local que o proibia, não se conformava com a legislação federal de regência, tanto procedendo a assertiva que cuidou a União de editar norma específica autorizando a utilização de sementes para a safra 2004, observadas as condições que impôs. É o que se retira da exposição de motivos que capeou a Medida Provisória n. 131/2003:

“Em função da situação pré-constituída e de razões econô-

micas e culturais, na maioria das vezes relacionadas à sua condição de pequenos proprietários, milhares de agricultores reservaram sementes da safra colhida em 2003, para plantio da futura safra, ainda que contrariando as disposições legais, situação que impõe ao Governo a reconsideração de parte dessas disposições, sob pena de agravamento da crise social nas regiões onde este fato ocorreu.

“Não é demais lembrar a importância da cultura de soja para o País e, em função dela, considerarem-se as seguintes informações relativas ao seu cultivo e às condições dos agricultores alcançados pela medida provisória que ora se propõe a Vossa Excelência, para justificar a sua urgência:

“a) a soja é a principal cultura agrícola do País, respondendo por parcela considerável do PIB agropecuário, e suas exportações lideram a pauta comercial brasileira; externalidades negativas nesta atividade podem gerar empobrecimento no campo e recrudescer o êxodo rural;

“b) a produtividade dos cultivos de soja é significativamente afetada pelo calendário de plantio e atrasos fatalmente reduzem a produtividade a patamares antieconômicos;

“c) a semente é insumo agrícola de caráter indispensável, sem a qual é impossível efetivar o plantio de qualquer cultura agrícola anual;

“d) o índice de utilização de sementes salvas ou próprias é maior entre os agricultores de pequena e média escala. No Rio Grande do Sul,

por exemplo, 95% dos plantadores de soja têm área de cultivo inferior a 50 hectares (IBGE, 1996) e a taxa de uso de sementes certificadas ou fiscalizadas – além de ser tradicionalmente uma das mais baixas do País – apresenta tendência de queda acentuada nos últimos anos: a Taxa de Uso de Sementes de Soja, segundo informações do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que era de 65% em meados da década de noventa, chegou a 43% na safra de 2000/2001 e a apenas 19% na safra 2002/2003, ou seja, mais de 80% dos agricultores gaúchos utilizaram sementes próprias de soja na última safra e presume-se, em escala significativa, transgênicas.

“Assim, a presente proposta de medida provisória visa a atender, em caráter excepcional, situação específica vivenciada por número expressivo de pequenos produtores que reservaram, para uso próprio, sementes da safra de soja de 2003 e que, pelos motivos econômicos e culturais já mencionados, realizarão o plantio da safra de 2004, com risco de perderem-na integralmente, se não houver dispositivo legal que lhes garanta o plantio, a colheita e posterior comercialização”.

Ou seja, a nova norma tem por pressuposto, exatamente, a situação de ilegalidade em que se encontravam todos os agricultores, catarinenses ou não, que haviam reservado sementes “transgênicas”, para plantio. Veio, pois, “regularizar” uma anterior situação de ilegalidade.

Assim não fosse, desnecessária seria a sua edição.

Paralelamente, verifica-se que a autorização para o plantio, veiculada na Medida Provisória n. 131/03, traça verdadeira diretriz, que, embora temporária, contempla relevantes interesses nacionais.

Efetivamente, conforme se retira da exposição de motivos que capeou a referida medida provisória, tem ela por finalidade preservar a economia nacional, a pequena e média propriedade rural, como também evitar o êxodo rural e o empobrecimento no campo, indiscutivelmente valores, diretrizes gerais, que não se confinam no âmbito de interesses locais ou regionais.

Caso não se aceitasse a Medida Provisória n. 131/03, como norma geral, então seria ela inconstitucional, podendo em decorrência ter sua vigência suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

Foi exatamente buscando a suspensão da vigência do referido ato normativo, como também a posterior declaração de sua inconstitucionalidade, é que foram propostas três e distintas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo como Requerentes: o Procurador-Geral da República (ADIn n. 3.017), o Partido Verde (ADIn n. 3.011) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – Contag (ADIn n. 3.014).

Em todas essas ações, informe-se, a Ministra Ellen Gracie solicitou ao Presidente da República informações a serem prestadas no prazo de dez dias, sendo que, após

ouvidos o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, deverá ser apreciado o pedido de suspensão da eficácia da Medida Provisória n. 131/03.

Assim, o que se tem atualmente é um ato normativo federal, em plena vigência, dispondo sobre normas gerais de produção e consumo¹, não restando em decorrência outra alternativa que não a de cumpri-lo.

Aliás, quadra aqui lembrar que, recentemente, entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn n. 2.396, que lei local não pode proibir a extração, industrialização, utilização e comercialização de certo produto, quando exista lei federal dispondo “[...] exatamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila”. E mais, ensina a Altíssima Corte, que a legislação local, “[...] foge, e muito, do que corresponde à legislação complementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta”.

Por pertinente ao aqui discutido, segue a ementa da decisão antes referida:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2.210/01, do Estado de

Mato Grosso do Sul. Ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, *caput*, II e IV; 1º; 18 e 5º *caput*, II e LIV. Inexistência. Afronta à competência legislativa concorrente da União para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. Artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da Constituição Federal.

“Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional.

“Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, verifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e

1 Já que autorizou a MP 131/03, nacionalmente, o plantio de soja geneticamente modificada, observadas as condições que impôs, inexistindo qualquer peculiaridade local a autorizar tratamento diverso daquele efetivado pelo referido ato normativo federal.

consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). A Lei n. 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila.

“A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta.

“Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADIn n. 903/MG-MC e ADIn n. 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei n. 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul” (ADIn n. 2.396, rela. Ministra Ellen Gracie. DJ de 1º-8-2003).

E do voto condutor do julgamento, proferido pela eminente Ministra Ellen Gracie, retira-se:

“3. Entretanto, sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, encontro

inconsistência do texto da legislação estadual com a Constituição ao analisá-lo sob a ótica da repartição das competências legislativas, tal como definida nos artigos 22 e 24 da Carta Maior.

“É que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII).

“Segundo a conclusão exposta no exame do pedido liminar, respaldada pela melhor doutrina, o espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente, abre-se:

“a. toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor;

“b. quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda para a definição de peculiaridades regionais.

“No caso concreto, lei federal que fixe princípios gerais para a produção e comercialização de amianto já existe. A Lei n. 9.055/95 promove o banimento dos anfíbios e dos produtos que os incorporem (art.

1º, I). Proíbe a pulverização de todos os tipos de fibras (art. 1º, II); e a venda a granel de fibras em pó (art. 1º, III). Mas, expressamente, permite, nos seus termos, a extração, industrialização, utilização e comercialização da crisotila (art. 2º). Além disso, reconhece insalubridade na manipulação e determina medidas preventivas, com expressa remissão à legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, aos acordos internacionais firmados pelo Brasil e aos acordos assinados entre os sindicatos dos trabalhadores e os seus empregadores (art. 3º, parágrafos 2º e 3º; art. 4º; art. 5º e parágrafo único; art. 6º; art. 7º, parágrafos 1º e 2º; art. 8º). Determina o prosseguimento, mediante linha especial de financiamento dos órgãos governamentais responsáveis pelo fomento à pesquisa científica e tecnológica, das pesquisas científicas e tecnológicas no sentido da utilização, sem riscos à saúde humana, do asbesto/amianto da variedade crisotila (art. 9º, parágrafo único). Cuida das condições do transporte desse mineral e das responsabilidades por tal transporte (art. 10). E, por último, encaminha ao MPF as ocorrências de descumprimento (art. 11).

“Como se vê, a Lei n. 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação

federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta”.

Assim, se a MP n. 131/03 veicula normas gerais sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), autorizando expressamente o plantio de soja geneticamente modificada, observadas as condições que impõe, vedado é ao Estado membro, a pretexto de exercer competência concorrente, pura e simplesmente proibir atividade expressamente autorizada no âmbito federal (plantio).

Esclarece-se que quando o Estado legisla em oposição a norma geral federal já existente, como ocorreu na decisão proferida pelo STF (ADIn n. 2.396), a lei local é tida como inconstitucional.

Já na hipótese em exame, na qual a norma federal foi editada posteriormente à promulgação da Lei Estadual n. 12.128/2002, a questão resolve-se segundo o que determina o § 4º do art. 24 da Constituição Federal, ou seja, a lei estadual perde a sua eficácia, no que contraria a norma federal, conforme não deixa dúvidas:

José Afonso da Silva:

“Tanto isso é uma técnica de repartição de competência federativa que os §§ 3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, e, em segundo lugar,

que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária. Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir” (Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 16ª ed., 1999, p. 504).

J. Cretella Júnior:

“A superveniência de lei federal sobre normas gerais, suspenderá a eficácia da lei especial estadual, naquilo que lhe for contrário.

“A lei estadual, ao ser editada, tem, como toda lei, vigência e eficácia. Sobrevindo a norma geral federal, a lei estadual continuará a ter vigência, até ser ab-rogada por outra lei estadual, mas a regra jurídica constitucional determina, de modo expresso, que a regra jurídica infraconstitucional não produza efeitos no mundo jurídico, isto é, determina a perda de eficácia da norma especial local” (Comentários à Constituição de 1988. Forense Universitária, 1991, IV vol., p. 1.814).

Sem eficácia o artigo 1º da Lei n. 12.128, de 15 de janeiro de 2002, posto que em contradição com norma geral federal, impõe-se a observância integral, também no Estado de Santa Catarina, da Medida Provisória n. 131/03, ressalvada a eventual

suspensão da sua eficácia, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Já no que concerne à viabilidade de se recorrer ao Poder Judiciário Estadual, “[...] em caráter de urgência, para também se pronunciar, visto que o tema envolve a proteção ambiental e a saúde humana”, não se verifica qualquer viabilidade jurídica, posto não constituir o Poder Judiciário órgão consultivo do Estado, por um lado, e por outro, inexistir qualquer pretensão por alguém resistida, a autorizar a propositura de ação.

Ora, inexistindo lide, ou seja, inexistindo pretensão insatisfeita, inexistente interesse jurídico e legitimidade a autorizar a provocação do Poder Judiciário. Aliás, contra quem seria eventual ação proposta? Qual seria o seu pedido?

Lembre-se, o exame em tese da constitucionalidade na norma federal já foi provocado perante o órgão jurisdicional competente, ou seja, perante o STF.

Se este o entendimento, convém destacar, por derradeiro, que não compete ao Estado, nem tampouco à Procuradoria-Geral, prestar assessoria ou consultoria jurídica a entidades privadas.

A Constituição Estadual e a Federal não atribuíram à Procuradoria-Geral tal competência, não podendo em decorrência ser ela exercida.

Tal observação se faz necessária, posto constar da consulta formulada a intenção de, a partir dela, recomendar à Secretaria de Estado da Agricultura e Política Rural, aos

agricultores catarinenses, o plantio ou não da soja geneticamente modificada. Tal orientação, repita-se, não cabe ao Estado prestar. Não é sua função institucional.

Isso posto, resta apresentar as seguintes conclusões:

a. as normas veiculadas na Medida Provisória n. 131/03 são normas gerais sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII);

b. tratando-se de normas gerais, cumpre aos Estados membros observá-las integralmente, salvo eventual suspensão de sua eficácia, por decisão do Supremo Tribunal Federal;

c. estando o artigo 1º da Lei n. 12.128, de 15 de janeiro de 2002, em antagonismo com a Medida Provisória n. 131/03, tem referido dispositivo da

Lei local sua eficácia suspensa (§ 4º do art. 24 da CF);

d. inexistente lide, a autorizar a provocação pelo Estado de Santa Catarina, do Poder Judiciário local, o qual não tem função consultiva, para que se manifeste acerca da matéria;

e. não compete ao Estado, nem tampouco à Procuradoria-Geral, prestar assessoria ou consultoria jurídica a entidades privadas, não se podendo em decorrência recomendar o plantio ou não da soja geneticamente modificada.

Este o parecer que submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Florianópolis, 16 de outubro de 2003.

Osmar José Nora,
Procurador do Estado,
OAB/SC 4233 B.

PROCESSO N. PPGE 1877/011

ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA DO CIDADÃO

ASSUNTO: Lei de Responsabilidade Fiscal

Supremacia da Constituição. Lei de Responsabilidade Fiscal. Norma infraconstitucional. Interpretação conforme a Constituição. Exegese da regra do inciso IV do parágrafo único do artigo 22 da LC n. 101/00. Possibilidade de preenchimento dos cargos vagos decorrentes de morte, aposentadoria, demissão e exoneração.

1. Trata-se da análise de uma consulta formulada pelo Excelentíssimo Senhor Secretário da Segurança Pública e Defesa do Cidadão acerca

da amplitude do dispositivo inculcado no inciso IV do parágrafo único do artigo 22 da Lei Complementar Federal n. 101/2000.

Tal dispositivo legal genericamente excepciona a regra geral impeditiva de nomeações mesmo quando o ente público encontra-se com a despesa de pessoal acima de um determinado limite. A exceção refere-se exclusivamente a determinadas áreas da atividade pública (saúde, educação e segurança), cingindo-se aos casos de reposição de pessoal.

2. Já de uma análise apenas perfunctória, verifica-se que para apresentação de resposta à consulta se impõe interpretar a Lei Complementar n. 101/2000 sob o prisma do Princípio da Supremacia da Constituição², sob pena de, olvidando-se este aspecto, incorrer-se em erro crasso.

3. A Constituição Cidadã (bem rotulada pelo saudoso mestre democrata Ulysses Guimarães) erigiu como pedras de toque da administração pública direitos constitucionais que podem ser abrigados sob três vértices: *segurança*, saúde e educação – arts. 144, 196 e 205. Assim, toda interpretação de norma infraconstitucional deverá ser feita levando em consideração tais aspectos.

4. Esse tipo de interpretação legal, no dizer do Procurador do

Estado do Paraná Clémerson Merlin Cléve³, é a “Interpretação Conforme” a Constituição.

5. Passa-se, assim, à análise da norma antes mencionada prevista no inciso IV do parágrafo único do artigo 22 da LC n. 101/00: pressupondo-se que o Executivo estivesse com o gasto de pessoal acima do limite da norma suso mencionada a sua aplicação literal resultaria em negar-se a segurança a milhões de cidadãos ante a impossibilidade de contratação de profissionais da área de segurança, ressalvado o preenchimento das vacâncias *apenas* por aposentadoria ou morte.

6. Porém, ressalta aos olhos que tal norma legal não teve, como não poderia ter — sob pena de incorrer em inconstitucionalidade — a finalidade de inviabilizar o direito constitucional à segurança, pois, ao mesmo tempo que buscou assegurar aos entes públicos o equilíbrio financeiro, integrou a sua finalidade a preservação de todos os direitos constitucionalmente assegurados.

7. Como já asseverou outro Procurador do Estado⁴ Osmar José Nora, “se claramente integra a finalidade da norma, resguardar a

2 No dizer de Pinto Ferreira, a Supremacia da Constituição é “reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político” e para José Afonso da Silva é “enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.

3 A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, RT, 2ª ed., 2000. p. 263 a 265.

4 Osmar José Nora, *in* Parecer proferido no PPGE 4486/005, de 15-12-2000.

prestação de certos serviços em face da sua essencialidade, verificado que a partir de uma interpretação literal e restritiva tal não é alcançado, legítima a interpretação ampliativa para que se garanta plenamente, seja a finalidade objetivada pela norma, concretizada.

8. Mais adiante, percucientemente acrescenta que impende também destacar que o não oferecimento ou a irregular oferta de direito fundamental, como direito público subjetivo, “*determina a responsabilidade da autoridade competente e a possibilidade de ser garantido por decisão judicial.*”

“Indiscutivelmente, norma infraconstitucional, que inviabilize a efetivação de tal direito, não pode ser aplicada, ressalvada a hipótese de se aceitar que norma ordinária restrinja direito assegurado amplamente pela Carta da República”. Algo impensável!

9. Também não seria correto concluir-se que a norma inscrita na LC n. 101/00 é inconstitucional, mas, tão-somente, que ela é fruto da manifestação incompleta do legislador. Ou seja, o artífice da lei disse menos do que queria dizer, mas deixou claro o princípio norteador da norma: possibilidade de provimento de cargos que vagam, exemplificadamente por morte e/ou aposentadoria, mesmo quando já se ultrapassou o limite legal.

Em suma, não encerram *numerus clausus* as ocorrências

previstas na lei, mas apenas criam uma “exceção-princípio”: o *preenchimento em caso de vacância*. Mantida, registre-se, a vedação no caso de novos cargos.

10. A Procuradora e Professora paulista Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ timidamente ensaiou trilhar este caminho quando se manifestou asseverando que “o dispositivo ficaria mais completo se previsse também a reposição, nessas áreas, em outros casos de vacância, como os que decorrem de exoneração, dispensa ou demissão do servidor”.

Com a devida vênia e reverência que a colega é merecedora, impõe-se afirmar: não há necessidade de complementação à regra. Muito mais do que apenas relacionar situações, o dispositivo estabeleceu um princípio para utilização da regra geral: vacância de cargos antes preenchidos (redundância utilizada como reforço de linguagem) nos casos de atendimento de direitos constitucionais fundamentais, *in casu, segurança pública*.

11. Assim, a conclusão inexorável a que se chega sem o mínimo de esforço interpretativo é de que a amplitude do dispositivo inscrito no inciso IV do parágrafo único do artigo 22 da Lei Complementar n. 101/2000 extrapola aos exemplos relacionados (aposentadoria e morte), consubstanciando, em verdade, numa *exceção-princípio* para todas as

5 *In* Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, São Paulo, Saraiva, 2001. p. 159.

situações de vacância, aplicável às matérias reconhecidas na Lei relativas à *segurança*, educação e saúde.

Resposta à consulta: além das vagas decorrentes de aposentadoria e morte, poderão ser preenchidas aquelas decorrentes de quaisquer outras formas de vacância, tal como exoneração, demissão etc., por implícita autorização da LC n. 101/00 combinada com o artigo 144 da Constituição Federal.

12. Como adminículo, adentrando o campo das conseqüências administrativas e fiscais da presente manifestação, que por certo virão resultar na nomeação de servi-

dores em reposição às vacâncias ocorridas, ao ultrapassar o limite legal de despesa com pessoal, o administrador público estará isento da punibilidade, uma vez que terá procedido dentro da permissão legal, não, porém, da obrigação de tomar medidas complementares para reduzir o gasto de pessoal ao teto legal (art. 23, LC n. 101/00).

Este é o necessário parecer para atender à consulta formulada.

Florianópolis.

Manoel Cordeiro Junior,
Procurador-Geral do Estado, e.e.;
OAB/SC 4757.

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

AUTOS N. 008.00.000692-8 —RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

Recorrente: A Justiça Pública, por seu Promotor

Recorrido: Eldo Umbelino

Colenda Câmara Criminal e Insigne Procurador de Justiça.

Nesta comarca de Blumenau, perante o r. Juízo da 2ª Vara Criminal, foi deflagrada ação penal contra Eldo Umbelino, por infração ao disposto no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, nos termos apresentados na exordial acusatória.

Concluída a instrução criminal, o digno Magistrado sentenciou o feito, concluindo pela decretação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, conforme sentença de fls. 485 a 491.

Consta da r. decisão, fls. 488 a 490:

“Analisando a prova dos *autos*, bem como a preliminar de extinção da punibilidade levantada pela defesa, tenho que esta merece guarida.

“O presente feito tem por fundamento a notificação fiscal n. 54302213, que foi recebida pelo acusado em 28-10-1999 (fl. 322), a qual determinava ao sujeito passivo Nilcatex Confeções Ltda. o

pagamento da multa de R\$ 195,40 (cento e noventa e cinco reais e quarenta centavos) por deixar de apresentar parte dos documentos fiscais e contábeis requisitados pelo Fisco por meio de intimação datada de 22-9-1999 (intimação de fls. 411 a 414).

“É sabido que a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária só ocorre após o pagamento integral da obrigação fiscal, e não com o simples parcelamento do débito, conforme dispõe o art. 34 da Lei n. 9.249/95:

‘Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27-12-90, e na Lei n. 4.729, de 14-7-65, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia’.

“Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

‘A extinção da punibilidade quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (Lei n. 9.249/95, art. 34), pressupõe a satisfação integral do débito, e não apenas o seu parcelamento)’.

“Com efeito, extrai-se do conjunto probatório que a denúncia foi recebida em 25-1-2000, sendo que o débito foi quitado em 29-11-1999, consoante comprova o documento juntado à fl. 172, o que permite a incidência da regra que prevê a extinção da punibilidade.

“Portanto, a satisfação integral do débito que deu origem a prática do crime contra a ordem tributária descrito na inicial acusatória ocorreu em data anterior ao recebimento da denúncia, havendo, assim, a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida, inculpada no art. 34 da Lei n. 9.249/95”.

Entretanto, parece-nos não ser esta a melhor decisão para a demanda, posto que o pagamento da *notificação fiscal*, antes do recebimento da denúncia, por si só, não é causa da extinção da punibilidade, pois a notificação fiscal destes autos apurou uma multa administrativa, e tão-somente isso. Em momento algum o ato fiscal adentrou na matéria de tributo que pudesse ser pago e, por conseqüência, desse causa para que fosse declarada extinta a punibilidade.

O cumprimento das exigências fiscais é, sem sombra de dúvida, essencial para regular atividade de fiscalização do Estado quando da

deflagração de ações fiscais e de procedimento de verificação nas empresas, razão pela qual o legislador elevou o descumprimento de tais exigências para a categoria de crime tributário, desde que o seu descumprimento tenha por objetivo a supressão ou redução do tributo.

No caso em estudo, é cristalino que a negativa no cumprimento da exigência da autoridade objetivava encobrir outras fraudes perpetradas pelo dirigente da empresa. Este, aliás, é conhecido como notório sonegador, já tendo sido investigado pela CPI da sonegação fiscal da Assembléia Legislativa de Santa Catarina; foi preso preventivamente e condenado à pena máxima prevista para o crime de sonegação, em outro processo-crime, atualmente em grau de recurso perante o Tribunal de Justiça.

Independente do *animus* do denunciado, o Fisco lavrou a Notificação Fiscal n. 543.025-16, fulcrando-se na infração administrativa que se caracteriza pelo descumprimento de requisição da autoridade fazendária.

O simples descumprimento constitui elemento objetivo da ilicitude penal, a qual corresponde também uma sanção tributária, no caso representada pela multa de R\$ 194,40 (cento e noventa e quatro reais e quarenta centavos). Não se exige para fins de tipicidade da ilicitude tributária que o seu descumprimento objetivo ocultar os crimes contra a ordem tributária praticados.

Ocorre que com a recusa na entrega da documentação que a lei

lhe exigia não foi possível ao Fisco determinar a real extensão dos tributos que se sabia, com certeza, sonegados.

Assim, é evidente que o propósito do denunciado era de ocultar suas fraudes na direção da empresa. Logo, presentes os elementos do diploma penal tributário. É imperioso revelar que há condutas concebidas pela norma tributária cujo descumprimento constitui, ao mesmo tempo, ilícito tributário, prevendo o legislador sanção, representada pela imposição de multa, e que também configuram crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/90.

A quitação do débito consubstanciado na notificação fiscal adimpliu o denunciado apenas em relação à multa pelo descumprimento dos ditames administrativos, isso porque a lei que trata da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, Lei n. 9.249, de 26-12-95, determina em seu artigo 34:

“Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27-12-90, e na Lei n. 4.729, de 14-7-65, quando o agente *promover o pagamento do tributo* ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” (grifo não consta do original).

Assim, o texto legal reproduzido é explícito ao indicar as hipóteses de extinção da punibilidade, não podendo ser ampliada a possibilidade da incidência da norma ao pagamento de mera multa consignada na notificação fiscal. Nota-se que, de modo algum, esta notificação fiscal

(*de uma multa*) representa o tributo sonegado.

Conceitua o Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25-10-66, em seu artigo 5º que:

“Art. 5º — Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria”.

A obrigação tributária do contribuinte decorrente da notificação fiscal lavrada é relativa à imposição de penalidade pelo descumprimento da lei tributária.

É interessante esclarecer que obrigação tributária constitui o gênero amplo da exigência consubstanciada por uma prestação pecuniária compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e que possa expressar em moeda ou outro valor equivalente, desde que instituída em lei, cujas espécies são os tributos e as penalidades.

Como a espécie da obrigação tributária tratada é referente à imposição de penalidade, foi imposta a multa. Mas isso não corresponde ao tributo lançado a partir da fraude perpetrada.

O pagamento da notificação fiscal referente à multa não pode ser considerado para excluir a punibilidade do denunciado. Isso só seria possível se houvesse o pagamento do tributo, e seus acessórios, antes do recebimento da denúncia. Mas, o que foi pago, reitera-se, foi simplesmente uma multa administrativa, não abrangida na hipótese do artigo 34 da lei antes mencionada.

A doutrina pátria reflete o texto legislativo ao defender que a quitação do tributo extingue a punibilidade, restando a hipótese do pagamento de multa não beneficiada pelo instituto despenalizador.

Em artigo denominado “Extinção da Punibilidade pelo pagamento do Tributo” publicado na Revista Dialética de Direito Tributário n. 13, de outubro de 1996, o professor Hugo de Brito Machado, ao comentar o artigo 34 da Lei n. 9.249/95, à fl. 38 defende:

“O dispositivo que restabelece o pagamento do tributo com causa extintiva da punibilidade nos crimes fiscais, como acontece, aliás, com as normas jurídicas em geral, deve ser interpretado com atenção ao interesse público [...]” (grifo não consta do original).

Cita o doutrinador, em seguida, fragmento do artigo de Luiz Vicente Cernicchiaro intitulado *“Imposto extinção da punibilidade”*, publicado pelo jornal Correio Brasiliense, em 8-4-96:

“Em se consultando o interesse público, antes de tudo, o que mais conta é o recolhimento do tributo”.

Também em relação à quitação do tributo como única hipótese de extinção da punibilidade elegida pela lei em artigo intitulado “Extinção da Punibilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária” publicado pela Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 17, de março de 1997, à fl. 174, André Nabarrete Neto defende que:

“A extinção da punibilidade se dá com o pagamento do tributo ou

contribuição social, inclusive assessórios. Há a entrega de moeda para a obtenção da quitação. O valor inclui o tributo ou contribuição social, singelamente considerados, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora e, eventualmente, multa.

“Seja no crime de dano ou de mera conduta, conforme hipótese contemplada na lei, é indubitoso que o pagamento do tributo ou contribuição social constitui reparação do dano concreto ou projetivo” (grifo não consta do original).

Logo, está evidente no texto legal e no entendimento doutrinário que a extinção da punibilidade dá-se apenas com a quitação do tributo, não tendo o condão de extingui-la a mera quitação da referida notificação fiscal, que versa sobre uma multa.

A norma tributária catarinense, ao dispor sobre o não cumprimento da exigência do Fisco no prazo legal, impõe multa em valor fixo, independentemente de os documentos sonegados representarem a supressão ou não do tributo. É o que dispõe a lei que trata do ICMS, Lei Estadual n. 10.297, de 26-12-96, no seu artigo 87, *caput*, *in verbis*:

“Art. 87 — Deixar de apresentar os livros, documentos ou informações requisitadas pelas autoridades fazendárias:

“Multa de 200 (duzentas) Unidades Fiscais de Referência — UFIR por documento”.

Complementando o disposto no artigo 87, e para que não paira dúvida sobre a natureza da multa lavrada,

dispõe o artigo seguinte do mesmo diploma legal:

“Art. 88 — A imposição das penalidades de que trata esta seção não elide a exigência do imposto e da multa cabíveis” (grifo não consta do original).

Logo, a multa aplicada ao contribuinte decorreu do descumprimento da norma administrativa, e não corresponde à apuração de nenhuma fraude fiscal.

Em recente artigo intitulado “O Pagamento de eventual tributo não extingue a punibilidade do crime previsto pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.137/90” publicado no *site* da Editora Saraiva, www.saraiva.com.br, o doutrinador Pedro Roberto Decomain enfrenta com brilhantismo o assunto, razão pela qual o reproduzimos na íntegra:

“O pagamento de eventual tributo não extingue a punibilidade do crime previsto pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

“Pedro Roberto Decomain

“O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90, que pune crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências, prevê a seguinte conduta típica:

‘Art. 1º [...]

‘Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência,

caracteriza a infração prevista no inciso V’.

“Embora a redação desse dispositivo não seja das mais claras, resta indubitado tratar-se de conduta típica assemelhada ao crime de desobediência, previsto pelo art. 330 do Código Penal.

“Trata-se de crime, cuja conduta se caracteriza por omissão.

“Recebida pelo sujeito passivo de obrigação tributária, ou por qualquer pessoa que tenha um papel a desempenhar no terreno relativo à incidência de um determinado tributo, a determinação para apresentar documentos ou informações, partida de agente do fisco, no exercício regular de suas funções, cometerá o destinatário dessa exigência o crime em tela, caso deixe de atender, sem plausível justificativa, a essa exigência que lhe foi dirigida.

“Daí a evidente proximidade desse crime com o de desobediência, como previsto pelo Código Penal.

“O tipo penal em questão diz de perto com o exercício das atividades de fiscalização tributária, conferidas a agentes públicos, como mecanismo destinado a verificar se os potenciais sujeitos passivos de obrigações tributárias as estão cumprindo adequadamente.

“Nessa perspectiva, o crime em tela está vinculado diretamente a quanto consta do art. 195 do Código Tributário Nacional (CTN), assim redigido:

‘Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm

aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los’.

“Como já ponderamos alhures, acerca desse dispositivo:

‘Em procedimentos de fiscalização tributária os agentes do Fisco podem verificar quaisquer livros ou papéis do contribuinte que estejam relacionados com fatos geradores de obrigações tributárias, ou mesmo com negócios abrangidos por imunidade ou isenção. Por esse motivo é que o art. 195 do Código diz que para os efeitos da legislação tributária não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los. A fiscalização fazendária tem acesso a todos os negócios do contribuinte, ou do responsável tributário, que possam de algum modo estar ligados a fatos geradores de obrigação tributária. Nenhuma disposição legal limitativa desse direito pode ser oposta ao Fisco’¹.

“No intuito de permitir aos agentes públicos com competência funcional para realizar tarefa de fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias, por parte de quantos recebam da lei o dever de as adimplir, o referido dispositivo do CTN consigna inclusive o dever, a todos imposto, de exhibir a referidos agentes as mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais que possam conter informações relacionadas a possíveis fatos geradores de obrigações tributárias.²

“O descumprimento justamente desse dever de exhibir tais mercadorias, livros, documentos e mais papéis, relacionados com a tributação, é que importa na possível prática, por parte daquele que os deve exhibir, do crime previsto pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

“Aliás, o art. 197 do CTN também contém um rol de pessoas, às quais o fisco pode dirigir intimação, para que prestem as informações que tiverem, acerca de possíveis fatos geradores de tributos, ligados às atividades desempenhadas por tais pessoas.

“Sobre essa temática, Antonio Corrêa também expressou idêntico pensamento, inclusive no tocante ao

1 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Anotações ao Código Tributário Nacional*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 757 e 758.

2 Mesmo antes do CTN, o Supremo Tribunal Federal já havia proclamado o direito de acesso dos agentes do Fisco aos livros comerciais de eventuais contribuintes ou responsáveis tributários, não se lhes aplicando a restrição contida no art. 17 do Código Comercial. Nesse sentido, o Excelso Pretório editou a Súmula 439, do seguinte teor: “estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objetos da investigação”.

bem jurídico protegido pela incriminação das condutas previstas pelo parágrafo. Depois de relembrar que o descumprimento de exigências formuladas pelo fisco poderia configurar, antes do advento da Lei n. 8.137/90, o crime de desobediência, assevera que, 'agora, visando evitar que sejam sonegados documentos ou ocorra resistência para sua entrega, com possibilidade de virem a ser destruídos e criar dificuldades para a atividade fiscalizadora, o legislador criou a norma penalizando o seu descumprimento ou violação'³.

"Mesmo antes do CTN, o Supremo Tribunal Federal já havia proclamado o direito de acesso dos agentes do Fisco aos livros comerciais de eventuais contribuintes ou responsáveis tributários, não se lhes aplicando a restrição contida no art. 17 do Código Comercial. Nesse sentido, o Excelso Pretório editou a Súmula 439, do seguinte teor: 'estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objetos da investigação'.

"Mais adiante, salientando novamente o bem jurídico protegido pela norma em questão (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90), Antonio Corrêa observou que, por

meio do tipo penal mencionado, o legislador 'criminalizou o fato de desobedecer à notificação da administração tributária, marcando prazo dentre os limites previstos em lei, com possibilidade de serem convertidos em período menor, frações de unidade, desde que por conveniência da referida administração seja necessário o exame dos documentos'⁴.

"Paulo José da Costa Júnior não discrepa, chegando mesmo a afirmar de modo expresso que o crime previsto pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 configura 'crime omissivo próprio de desobediência'⁵.

"Ademais, salienta também Paulo José da Costa Júnior, que o dispositivo visa proteger a atividade dos agentes do fisco, no exercício de seus trabalhos de fiscalização, observando que, 'em verdade, em meio a esses trabalhos, muitas vezes os agentes do Fisco necessitam de outros documentos, afora as notas fiscais. O contribuinte não poderá recusar-se a apresentá-los, no prazo máximo de dez dias, que poderá ser reduzido a horas, desde que a exigência esteja alicerçada em lei ou regulamento que prevejam tais documentos'⁶.

"Na perspectiva específica da exigência de exibição de livros e

3 CORRÊA, Antonio. *Dos Crimes contra a ordem tributária* - Comentários à Lei n. 8.137, de 27-12-90. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 146.

4 CORRÊA, Antonio. *Dos crimes contra a ordem tributária*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 148.

5 COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 121.

6 COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*, 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 120.

documentos que podem vir a interessar à verificação do correto cumprimento de obrigação tributária, o bem jurídico tutelado por meio da incriminação da conduta prevista pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 é o mesmo tutelado pelo crime de desobediência, previsto pelo art. 330 do Código Penal.

“Na dicção de Magalhães Noronha, ‘o bem jurídico tutelado é o prestígio e a dignidade da administração pública. É o acatamento ao princípio de autoridade que também aqui se tem em vista, que não obstante não ser malferido como na espécie anterior (referência ao crime de resistência, previsto pelo art. 329 do Código Penal), não deixa de ser ofendido. Trata-se de interesse público que a lei quer resguardar e proteger, desde a simples resistência passiva até a agressiva’⁷.”

“No ponto, também essa a lição de Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, a propósito do crime de desobediência, ‘o bem tutelado é principalmente o bom andamento da administração pública, que poderia encontrar graves obstáculos se as ordens legais de seus funcionários não fossem acatadas’⁸.”

“Tem-se, portanto, que se cuida de crime de desobediência, instituído com o propósito de preservar a eficácia da atividade fiscalizadora da Fazenda Pública, incriminando justamente a conduta omissiva, consistente em não atender à determinação, expedida nos

limites da lei e oriunda de agente competente, para a exibição de livros ou documentos fiscais, cuja análise se faz necessária, para aferição do correto cumprimento de seus deveres para com o fisco, por parte de potenciais sujeitos passivos de obrigações tributárias.

“Estando-se, assim, no terreno do crime de desobediência, não se afigura presente situação que pudesse ensejar aplicação da regra contida no art. 34 da Lei n. 9.249/95, segundo a qual o pagamento do tributo e acessórios, antes do recebimento da denúncia pelo crime contra a ordem tributária, extingue a punibilidade de seu autor.

“É certo que o dispositivo em questão (Lei n. 9.249/95, art. 34), faz genérica referência aos crimes previstos pela Lei n. 8.137/90.

“Todavia, a cláusula de extinção da punibilidade, representada pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, há que ser interpretada em consonância com a única finalidade que se lhe pode atribuir.

“Pretende ela funcionar como instrumento para fomentar o ingresso nos cofres públicos, dos recursos provenientes de tributo suprimido ou reduzido, por força das condutas previstas no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, ou de alguma das condutas inscritas em seu art. 2º, e que possa haver importado em falta de pagamento de tributo.

“Se assim é, então se mostra de todo impróprio pretender atribuir ao

7 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 4. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 313.

8 PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 199.

eventual pagamento de tributo suprimido ou reduzido, caracterizando tal conduta uma parcela de um crime contra a ordem tributária, o efeito de extinguir punibilidade, em face do crime previsto pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90.

“Não se cuidando de crime que importe em supressão ou redução de tributo, mas sim de ilícito penal que viola o direito que tem a Fazenda Pública, de ter acesso a todos os livros mercantis e fiscais e a todos os documentos do contribuinte ou responsável tributário, para poder realizar a respectiva análise e com isso aferir do correto cumprimento do dever de um ou outro para com o Fisco, então se tem conduta que pode estar até mesmo desvinculada da ocorrência de qualquer descumprimento de obrigação tributária.

“Na medida em que o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, em face do crime previsto pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90, se afasta por completo da finalidade a que se prende aludida causa extintiva da punibilidade, de reconhecer-se a inaplicabilidade de tal causa ao crime em tela.

“Importando não em ofensa ao crédito tributário propriamente dito, que pode até mesmo nem existir, mas sim ao bom andamento da Administração Tributária, na perspectiva de seu direito ao acesso a livros e documentos do contribuinte ou responsável tributário, de sorte a verificar se um ou outro cumpre adequadamente seus deveres inerentes à tributação, tem-se que não se mostra viável o

reconhecimento da extinção da punibilidade de tal crime, pelo pagamento de eventual tributo sonegado.

“Impende aduzir, ainda, por derradeiro, que o reconhecimento da extinção da punibilidade de tal crime pelo pagamento de eventual tributo suprimido ou reduzido, com todos os seus acessórios, antes do recebimento da denúncia, poderia conduzir a situações de injustiça flagrante.

“O crime em questão se consuma com o desatendimento da exigência da autoridade, pelo obstáculo que com tal desatendimento se cria, ao regular exercício da fiscalização. Se, por outros meios (partindo da premissa de que os documentos ou livros a serem exibidos nunca o sejam) os agentes do Fisco verificam a ocorrência de fato gerador, cujo tributo não haja sido objeto de lançamento como devido e, portanto, não haja sido pago, realizam o lançamento de ofício, nos termos do art. 149 do CTN, isto é, exigem do sujeito passivo o pagamento da exação tributária.

“Nesse caso, o crime representado pelo desatendimento da exigência do fisco teria sua punibilidade extinta, juntamente com a do crime de sonegação fiscal, se houvesse o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia.

“Todavia, poderia acontecer que, com os informes disponíveis e a despeito da recusa do potencial sujeito passivo em atender à exigência do Fisco, mesmo assim se verificasse que não houve fatos geradores de tributos, cujo conhecimento ao fisco houvesse sido ocultado, no propósito de com isso

obter-se supressão ou redução de tributo e nem se verifica a ocorrência de qualquer outra violação à legislação tributária.

“Em caso como esse, teria ocorrido o crime previsto pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90, mas não qualquer crime previsto em seu *caput*.

“Desta sorte, tributo algum inexistindo a ser pago, hipótese não surgiria para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

“Noutras palavras, o contribuinte que houvesse sonogado e também houvesse desatendido à exigência de exibição de livros e documentos, emanada do fisco, teria cometido dois crimes. Com o pagamento do tributo, com seus acessórios, antes do recebimento da denúncia, teria reconhecida a extinção da punibilidade pelos dois.

“Já o contribuinte que houvesse desatendido à exigência do fisco, mas em face do qual não houvesse a demonstração de haver também sonogado tributo, teria cometido um só crime. Como nada haveria a ser pago, pagamento algum poderia extinguir sua punibilidade por tal crime.

“Em suma, quem houvesse sonogado e também houvesse desatendido à exigência do fisco, e, portanto, se encontrasse em situação de muito maior censurabilidade, teria extinta a sua punibilidade pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Mas quem houvesse desatendido à exigência do Fisco, embora depois não se provasse que houvesse sonogado tributo, tendo agido, portanto, em situação de censurabilidade bem mais branda, não teria extinta a sua punibilidade, já que nada poderia pagar, pela simples circunstância de que nada havia a ser pago.

“De tudo emana a conclusão de que o pagamento de eventual tributo sonogado, com seus acessórios, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade dos crimes previstos pelo *caput* do art. 1º, ou pelo art. 2º da Lei n. 8.137/90 (quando se trate de algum dos crimes previstos em seu artigo 2º, que importe em falta de pagamento de tributo), mas não extingue a punibilidade pelo crime previsto pelo parágrafo único do art. 1º da mesma lei”⁹.

Assim, no caso em estudo, certo que o pagamento da notificação fiscal de modo algum quitou os valores do tributo devido, até porque o não-cumprimento

9 Tudo sem embargo da discutível eficácia da cláusula de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Sabendo-se das deficiências *no sistema de fiscalização tributária, a mencionada cláusula pode antes funcionar como estímulo à sonegação, e, portanto, como fator de decréscimo de receita, do que como fator para o seu incremento. Sabedor o faltoso de que não é muito elevada a probabilidade de que venha a ser flagrado em sonegação, arrisca. Tanto mais quando sabe que, caso seja descoberto, pode alforriar-se ao menos à sanção penal, pagando o tributo. Mais grave fica esse quadro com o reconhecimento, segundo entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça (mas não do egrégio Supremo Tribunal Federal nem do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina), de que o simples parcelamento também extingue a punibilidade.*

da exigência fiscal é que impediu a possibilidade de correta aferição do ICMS sonogado, já que o intuito de fraudar a ordem tributária está comprovado, como foi exaustivamente discutido no presente recurso.

Por esses motivos, no caso em análise, afastada a possibilidade de aplicação do benefício decorrente da quitação dos débitos para obtenção do benefício da extinção da punibilidade pelo pagamento antes do recebimento da denúncia, postula-se a revisão da r. decisão.

Ex positis, requer esta Promotória de Justiça seja revista a decisão, e, caso mantida, sejam os autos remetidos ao egrégio Tribunal de Justiça para julgar a impugnação, dando-lhe provimento, com o conseqüente recebimento das razões de recurso em sentido estrito do recorrente, por ser reclamo de necessária justiça.

Blumenau, 1º de julho de 2003.

Ernani Guetten de Almeida,
Promotor de Justiça.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.013380-6

PROCURADOR DE JUSTIÇA: PAULO ROBERTO SPECK

Excelentíssimo Senhor Desembargador Vice-Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu Procurador de Justiça que subscreve este agravo não se conformando, data venia, com a respeitável decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 2001.013380-6, da comarca de Joinville, em que foi agravado, sendo agravante Luiz Henrique da Silveira, vem perante Vossa Excelência interpor o presente Recurso Extraordinário, com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, nos termos das razões que seguem anexas.

Tendo sido efetivada a intimação pessoal do Procurador de Justiça Dr. Jobél Braga de Araújo, que oficiou no feito, em obediência ao disposto no artigo 41, inciso IV, da Lei n. 8.625/93, no dia 28-5-2003, a interposição do presente recurso, nesta data, é tempestiva.

Presentes, pois, os requisitos de admissibilidade, requer, após o cumprimento das formalidades legais, seja o recurso admitido, devendo ser remetido ao egrégio Supremo Tribunal Federal para decisão.

Florianópolis, 27 de junho de 2003.

*Paulo Roberto Speck,
Procurador de Justiça.*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO — RAZÕES DO RECURSO

Recorrente: Ministério Público
do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Luiz Henrique da Silveira

Excelso Supremo Tribunal
Federal:

O presente feito preenche os requisitos para discussão em sede de recurso extraordinário, estando fundamentado no artigo 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

Nas razões a seguir alinhadas constata-se que o *decisum* da colenda Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina contrariou o disposto no artigo 37, *caput* e § 4º, da Constituição Federal, nos termos da decisão adiante colacionada, razão pela qual merece ser reformado.

Pugna, assim, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, seja conhecido e provido o presente, para que se bem aplique a legislação constitucional invocada.

Os fatos

O órgão do Ministério Público em exercício na comarca de Joinville/SC propôs ação civil pública cumulada com ação anulatória de ato administrativo com tutela antecipada contra Luiz Henrique da Silveira, então Prefeito daquela Cidade, objetivando o reconhecimento de ele haver perpetrado ato de improbidade

administrativa, violador dos princípios da impessoalidade e moralidade, consistente na edição da Circular n. 5/GP, a qual determinou a todos os funcionários das Secretarias, Fundações, Autarquias e Empresas de Economia Mista municipais que dessem “especial atenção aos Vereadores da Bancada Governista e total prioridade ao atendimento de suas reivindicações”, sob pena de configurar-se o desatendimento em “falta grave”. Posteriormente, tal circular teve sua abrangência ampliada pela Circular n. 7/GP, que lhe modificou a redação para incluir na determinação de atendimento prioritário todos os edis municipais.

Na exordial, além da aplicação das sanções correspondentes à violação dos princípios da administração pública, postulou o *Parquet* a anulação da circular apontada como ilegal, requerendo, ainda, para a produção de prova nos autos, fosse determinada a busca e apreensão de documentos diversos, devidamente apontados, no Paço Municipal.

Deferida liminarmente, foi a busca e apreensão efetivada, ensejando a interposição, pelo demandado, de agravo de instrumento, voltado à cassação da decisão interlocutória que deferira tal medida.

Submetido o agravo à apreciação da colenda Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça catarinense, este órgão julgante, por votação unânime, deixou de apreciar os fundamentos do inconformismo, adentrando no mérito da demanda para determinar a extinção do feito

principal, em acórdão da lavra do Des. Cesar Abreu que porta a seguinte ementa:

“Agravado de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Inocorrência. Ato administrativo formal. Circulares que operam numa faixa de generalidade e abstração. Inexistência de ato concreto que importe em violação dos princípios administrativos que informam a administração pública. Inteligência do art. 11, I, da Lei n. 8.429/92. Critério da impessoalidade, previsto constitucionalmente como princípio da administração pública, uma faceta do princípio da isonomia, não abalado. Ausência de interesse de agir reconhecida em sede de agravo. Possibilidade. Extinção da ação na origem. Solução proposta *ex officio* que evita a exposição desnecessária das partes, atende ao princípio da economia processual e satisfaz ao ideal de justiça.

“O administrativo formal, geral e abstrato, que viole princípios que regem os atos da administração pública, correspondente a normas que lhe são hierarquicamente superiores, torna-se por si só inválido, consoante a clássica concepção de Kelsen, só podendo caracterizar ato de improbidade administrativa em sendo aplicado concretamente”.

Esses os fatos que envolvem a lide, em breve resumo.

Considerações preliminares

Interesse de agir — Princípios norteadores da administração pública

Preambularmente, cumpre consignar que não se desconhece a

possibilidade de exame, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que anteriormente à prolação de decisão de mérito, das condições da ação (art. 267, VI e § 3º, do CPC).

In casu, no entanto, a pretensa inexistência de interesse de agir do Ministério Público findou por confundir-se com o próprio mérito da demanda principal — ora a ser inevitavelmente abordado —, posto que o v. Acórdão recorrido, *data venia*, de forma equivocada, acabou por determinar a extinção do feito ao argumento de que só seria possível o reconhecimento de ato de improbidade administrativa e, conseqüentemente, o enquadramento nas sanções previstas na Lei n. 8.429/92, se previamente demonstrado dano concreto resultante das circulares impugnadas.

Também não esteve em boa linha de raciocínio o *decisum*, na medida em que sustentou que o ato praticado pelo Prefeito Municipal (determinar aos funcionários públicos municipais que priorizassem o atendimento das solicitações dos vereadores da bancada governista, em detrimento dos demais edis e dos comuns cidadãos) *não configurou ato de improbidade, não importando em violação aos princípios dispostos no artigo 37 da Carta Federal*, como expressamente consignado na própria ementa da decisão vergastada.

Ocorre, porém, que com o advento do Estado de Direito, a forma de condução da administração pública tomou um novo rumo, e, com a divulgação pela imprensa de irregularidades praticadas pelos administra-

dores, a sociedade passou a clamar pela realização de atos que demonstrem honestidade, transparência e democracia. A apatia da opinião pública deixou de existir e, para atender à indignação popular em decorrência das denúncias dos atos de corrupção que passaram a fazer parte do cotidiano do povo brasileiro, foi editada a *Lei Federal n. 8.429, de 2-6-92*, estabelecendo sanções para os atos de improbidade praticados pelos administradores públicos, em perfeita sintonia com a Constituição Federal de 1988, que elevou à categoria de *princípios constitucionais* a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência.

Mister que se forneça os contornos da palavra *princípio* para que se possa ter a noção do que significa transgredi-lo. Oriunda do latim *principium*, significando começo, foi introduzida na filosofia por Anaximandro, sendo definido por Cristian Wolf, no século XVIII como aquilo “que contém em si a razão de alguma coisa”. Para Kant, “é toda proposição geral, resultante de uma indução da experiência, que sirva de premissa maior ao silogismo” (*in* “Enciclopédia Saraiva do Direito, coordenação do Prof. R. Limongi França, Editora Saraiva, 1977, vol. 60, pág. 504 e 505).

Os *princípios*, então, são os verdadeiros alicerces que passaram a compor o Direito vigente, orientando e condicionando a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a

elaboração de novas normas. São *premissas estruturais de um dado ordenamento jurídico*, influenciando toda a interpretação do Direito. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, inclusive no plano constitucional, conforme aqueles apontados no artigo 37 da Constituição Federal e que norteiam a Administração Pública.

Portanto, “a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura reforçada” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 4ª edição, pág.409).

Assim, a relevância daquilo que passou a ser denominado como “princípios” e, no caso, aqueles respaldados pela Constituição, em nenhuma hipótese poderão ser desrespeitados, sob pena de se desestruturar toda uma conduta que deve ser observada para que possamos manter a organização política que conhecemos atualmente, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Feitas essas considerações preliminares, cumpre-nos analisar

alguns dos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, e então demonstrar a respectiva e malfadada violação a eles, ao contrário do decidido no v. acórdão recorrido, que não reconheceu que o ato do Prefeito Municipal de Joinville, ao estabelecer odiosa discriminação em prol do atendimento das reivindicações dos vereadores de sua base de sustentação, comprometeu gravemente a moralidade administrativa daquela municipalidade.

Contrariedade ao caput do artigo 37 da Constituição Federal

O *caput* do artigo 37 da Carta Magna dispõe:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, *impessoalidade*, *moralidade*, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.

O v. acórdão atacado, ao afirmar que a Administração Pública deve ser regida pelos princípios previstos no artigo transcrito, considerou que o ato do ex-Prefeito Municipal de Joinville não caracterizou improbidade administrativa e, via de conseqüência, não infringiu a norma constitucional.

Vejamos!

O *princípio da impessoalidade* tem por escopo não permitir que a Administração Pública atue com o fim de prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve pautar a atuação do agente da administração.

Hely Lopes Meirelles salienta que o referido princípio nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, “o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal” (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª edição, Editora Malheiros, 2000, p. 85).

Mais adiante, o citado autor leciona que “o que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade” (obra citada, p. 86).

Devidamente conceituado o princípio da impessoalidade, verifica-se, sem sombra de dúvida, que tal preceito não foi respeitado pelo recorrido, no caso em tela.

A edição da malfadada Circular n. 5/GP importou em verdadeira oficialização de política de favorecimento a grupo determinado (vereadores da bancada governista), em detrimento dos demais edis e de todos os cidadãos joinvilenses.

É evidente que a Administração Pública pode e deve estabelecer prioridades e disciplinar seus serviços em favor da comunidade, tudo visando ao fim social. Porém, quando o administrador — no caso o ex-Prefeito de Joinville — expede uma circular determinando o atendimento prioritário de todas

as reivindicações dos vereadores de sua bancada, inclusive sob ameaça de configuração de falta grave do servidor que não dê integral cumprimento à determinação, estabelece verdadeira coação ao funcionalismo municipal, fazendo com que a prestação dos serviços públicos deixe de ter por escopo o fim social, para passar a atender, preferencialmente, o fim político do grupo cujo favorecimento foi determinado pelo Alcaide Municipal.

Nem se diga que a expressão “observados os preceitos legais”, constante da aludida circular, seria o bastante para expurgar a flagrante violação dos princípios que regem a administração pública.

É que a própria circular em si já constitui-se em afronta aos “preceitos legais” que regem a matéria, sendo que a observância destes somente poderia dar-se com o absoluto descumprimento da norma de conduta editada.

Assim, no estabelecimento de atendimento público, privilegiado a grupo político certo e determinado, indubitoso que exsurge lesão ao princípio constitucional da impessoalidade. Nessa situação desaparece o caráter de orientação social, passando o desempenho das atividades públicas a ser norteado pelo fito da satisfação do interesse político pessoal do administrador.

Este desrespeito à Carta Magna está perfeitamente configurado nos autos, conclusão que surpreendentemente não chegou à Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal *a quo*; por isso o presente inconformismo.

Outro princípio insculpido na norma em análise é o da *moralidade*, que pressupõe que a administração pública e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos.

Para Maurice Hauriou, citado por Fábio Osório Medina, “a noção de moralidade advém da distinção entre o bem e o mal, a qual, necessariamente, é feita pelo administrador, a fim de que ele possa identificar aquilo que integra ou não o interesse público” (*in* *Improbidade Administrativa*, Observações sobre a Lei n. 8.429/92, Editora Síntese, 1997, p. 99 e 100).

Mas, atualmente, a doutrina ampliou esse conceito, incluindo entre os atos atentatórios à moral administrativa aqueles em que o procedimento é incompatível com a honra, a dignidade ou o decoro do cargo.

No caso, não se está somente falando da moral comum, que pode ser definida como o conjunto de normas de comportamento que se encontram na consciência de uma pessoa, mas também da moral administrativa como o conjunto de princípios e normas que devem nortear toda a atuação dos agentes públicos, enquanto exercerem suas funções. Esta é resultante de uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando-se o conjunto de valores que a sociedade expressa, e pelos quais se pauta a sua conduta e está intimamente ligada ao resultado determinado pelo desempenho que a função administrativa deva atingir, qual seja, o de bem gerir o dinheiro e a coisa

pública, sempre com honestidade e lealdade.

Com base em tais conceitos, resta nítido que a atitude do ex-Prefeito de Joinville, ao determinar o atendimento privilegiado de grupo político específico, em evidente “troca de favores” — como bem se depreende do texto da própria circular, ao reconhecer que os edis beneficiados com a determinação haviam anteriormente viabilizado diversos projetos de interesse político do Alcaide Municipal —, desrespeitou, ainda, o *princípio da moralidade*, expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

A moralidade é pressuposto de validade de todo ato administrativo, englobando padrões objetivos de conduta, aos quais devem submeter-se os agentes públicos. Fora dessa realidade, a inobservância desse mínimo exigido como comportamento importa ofensa à honestidade e lealdade às instituições. Em última análise, ofensa à moralidade administrativa.

Atualmente, não se pode mais permitir que o administrador, sob o véu da legalidade, atinja fins e obtenha vantagens inteiramente estranhas ao espírito do sistema jurídico-democrático. E é exatamente isso que ora se tenta evitar.

O acórdão recorrido, no entanto, ao antecipar, em sede de agravo de instrumento, no qual se discutia apenas o deferimento de medida de busca e apreensão destinada a coletar prova nos autos principais, o exame do mérito da *quaestio*, findou por determinar a extinção do

próprio feito, ao argumento da ausência de interesse de agir, decorrente do equivocado entender dos ilustres desembargadores catarinenses, da não configuração de qualquer ato de improbidade na edição da circular impugnada.

E assim o fez, argumentando a inexistência de dano concreto, posto que não demonstrado o cumprimento da ordem emanada do Alcaide Municipal por qualquer dos funcionários da Municipalidade.

Ora, em primeiro lugar, cumpre mais uma vez invocar o ensinamento de José Cretella Júnior acerca das circulares, quando assevera que estas “Apresentam-se como normas de caráter geral, uniforme, endereçadas a todos os órgãos que tenham a mesma condição, a mesma função e que pertençam à mesma categoria, tendo caráter obrigatório somente para os subordinados a uma autoridade [...]” (*in* Curso de Direito Administrativo, Forense, 10ª edição, p. 241).

Não se acredita haver dúvidas de que, diante de uma circular do Chefe do Executivo municipal, determinando norma de conduta de caráter geral, sob pena de configuração de falta grave, qualquer funcionário da Municipalidade se veja constrangido a cumpri-la.

Condicionar-se o reconhecimento da violação dos princípios constitucionais ora invocados e da ocorrência de ato de improbidade administrativa à demonstração de efetivo cumprimento da circular significaria transferir a terceiro (funcionário) a responsabilidade pela ocorrência de ilícito já previamente verifi-

cado e de autoria diversa (prefeito municipal), o que se afigura totalmente disparatado. Na verdade, a prestação efetiva de favor indevido em situação como a tal, constituiria-se, no máximo, em exaurimento do ato ímprobo perpetrado, capaz eventualmente de originar também prejuízo material ao erário, acarretador do dever de indenizar, mas jamais em condicionante de sua ocorrência.

Ademais, mesmo que admitida a tese esposada pelo acórdão vergastado, o que se diz somente para argumentar, igualmente não poderia a demanda principal haver restado fulminada antes mesmo da instrução do feito, posto que em tal situação a ocorrência ou não de ato de favorecimento específico seria matéria atinente à prova a ser produzida, cuja oportunização foi prematuramente tolhida pela Corte catarinense, em evidente supressão de instância.

De outro norte, também não se sustenta a argumentação de que a preferência de atendimento aos edis municipais, por atuarem em nome e por representação da coletividade, constituiria-se em providência moralmente admissível.

Inicialmente, porque a motivação do ato administrativo constitui-se em elemento intrínseco deste, norteador de sua submissão ou não ao princípio da moralidade. No caso específico, os motivos que levaram o recorrido a editar a contestada circular encontram-se especificados no próprio ato: a retribuição ao apoio verificado quando da tramitação na Câmara Municipal de assuntos de interesse do Poder Execu-

tivo. Tal motivação, por evidente, difere completamente daquela aventada no acórdão recorrido.

Sob outro prisma, não se justificaria também o argumento invocado, porque o atendimento preferencial a todos os vereadores somente foi determinado quando da alteração da redação da Circular n. 5/GP pela de n. 7/GP. Ocorre, porém, que a Circular n. 5/GP já estabelecia atendimento discriminatório entre os próprios vereadores, privilegiando aqueles integrantes da bancada governista, ato que, por si só, já bastaria para configurar a afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Aliás, a violação dos princípios constitucionais regentes da moralidade administrativa pelas circulares impugnadas é de clareza tão cristalina que chega a ser admitida pela próprio acórdão vergastado, quando, no afã de demonstrar a desnecessidade da *actio* também sob o prisma da invalidação dos atos impugnados, assevera:

“Estando a validade da lei — e o mesmo raciocínio deve ser empregado na hipótese vertente, das circulares impugnadas — adstrita à observância da norma que lhe é superior, na clássica concepção de Kelsen, torna-se evidente que desrespeitado, como, *in casu*, o disposto no art. 37 da CF, as Circulares ns. 5 e 7/GP são inválidas, não gerando quaisquer efeitos, particularmente por não aplicadas concretamente, não havendo, pois, o que punir” (fl. 8 do acórdão).

Assim, resta perfeitamente demonstrado que a edição da Circular

n. 5/GP, posteriormente alterada pela de n. 7/GP, afrontou diretamente os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativas, insculpidos no artigo 37, *caput*, da Magna Carta, violação caracterizadora de ato de improbidade, cujo reconhecimento foi rechaçado de pronto pelo Tribunal catarinense, em decisão que inegavelmente está a colidir com o Direito Constitucional invocado.

Contrariedade ao artigo 37, § 4º, da Constituição Federal

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece:

“§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Referido dispositivo constitucional teve sua aplicação efetiva viabilizada pela festejada Lei n. 8.429/92, cujo artigo 11 porta a seguinte redação:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e notadamente:

“I — praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

Como já dito anteriormente, a edição da Circular n. 5/GP importou na prática de ato praticado mediante abuso de poder e com desvio de finalidade, com afronta direta aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

Referidos princípios constitucionais ensejaram a inserção de diversas normas de conduta ordenadas ao administrador público pela legislação ordinária, em especial pela chamada Lei da Improbidade Administrativa (LIA).

Assim, os deveres de que trata o artigo 11 da Lei n. 8.429/92 nada mais são do que as normas de conduta que visam a dar efetividade aos princípios constitucionais antes invocados.

Com efeito, honestidade e lealdade são facetas do princípio da moralidade, por intermédio dos quais é determinado ao administrador público que aja imbuído de boa-fé.

De outro norte, o dever de imparcialidade refere-se diretamente ao princípio da impessoalidade que também deve nortear os atos administrativos.

In casu, como já exaustivamente asseverado, a edição da Circular n. 5/GP pelo ex-Prefeito de Joinville encontra-se eivada de abuso de poder e desvio de finalidade — posto que visa apenas a retribuir o apoio político recebido —, tendo sido perpetrada em evidente desrespeito aos deveres de honestidade, lealdade e imparcialidade e, portanto, em afronta aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade.

Ocorre que a não-observância dos deveres acima mencionados, nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.429/92, constitui-se em ato de improbidade administrativa, sancionado na forma do artigo 12 do mesmo Diploma Legal que, por sua vez, atenta para o disposto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal.

Ora, se reconhecido — como o foi até mesmo pelo próprio acórdão vergastado — que a expedição da Circular n. 5/GP violou os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37, *caput*, da Magna Carta; se a violação de tais princípios, com o descumprimento dos deveres impostos pelo artigo 11 da Lei n. 8.429/92 constitui-se na prática de ato de improbidade administrativa; e, finalmente, se a prática de ato de improbidade administrativa, segundo o preconizado no artigo 37, § 4º, também da Carta Política Federal, deve obrigatoriamente ser sancionada, na forma da legislação ordinária vigente (Lei n. 8.429/92), a extinção da ação civil pública que visava exatamente à imposição das sanções constitucionalmente determinadas ao agente ímprobo afrontou diretamente também ao dispositivo constitucional ora apontado como violado.

Diante do texto constitucional, e em virtude dos argumentos expli-

tados acima, impossível não reconhecer que o acórdão recorrido flagrantemente contrariou o art. 37, *caput* e § 4º da Constituição Federal, motivo pelo qual merece o presente recurso ser provido.

Requerimento

Em face do exposto, por ter a respeitável decisão proferida nestes autos, emanada da colenda Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contrariado o artigo 37, *caput*, e também o seu § 4º, da Constituição Federal de 1988, pugna o Ministério Público do Estado de Santa Catarina pelo conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de que seja cassado o acórdão, determinando-se o prosseguimento da Ação Civil Pública na comarca de origem, até seu final julgamento, e determinando-se ao Tribunal *a quo* que proceda ao exame da decisão impugnada pelo agravo de instrumento interposto, a qual deixou de ser apreciada em face da extinção do feito principal.

Florianópolis, 27 de junho de 2003.

Paulo Roberto Speck,
Procurador de Justiça.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.021578-9, DE SÃO JOÃO BATISTA**Procurador de Justiça: Dr. Jacson Corrêa****Relator: Des. Cesar Abreu***Egrégio Tribunal, colenda Câmara*

Telesc Celular S.A. interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra interlocutório do Juízo da Vara Única da comarca de São João Batista que, nos autos da Ação Inibitória com Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Municipal n. 062.02.002078-5, aforada contra o município de São João Batista, indeferiu o pedido de antecipação de tutela por entender ausente o requisito do perigo da demora.

Segundo a agravante, o Município requerido fez editar a Lei Municipal n. 2.489/02, regulamentando a instalação das antenas de telefonia móvel nos limites territoriais daquele Município, obrigando, por conseguinte, a recorrente a instalar suas torres a 300 metros de distância de residências e demais edificações.

A seu sentir referida Lei versa sobre matéria de competência exclusiva da União, consoante as disposições do inciso XI do artigo 21 e inciso IV do artigo 22 da Constituição da República, o que a torna, via de conseqüência, inconstitucional. Sustenta, ainda, que, nos termos do parágrafo único do artigo 22 da CF, somente ao Estado cabe legislar, por

meio de Lei Complementar, sobre a matéria posta em questão.

Assevera que a União, por meio da Lei n. 9.472/97, criou a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, entidade responsável pelo desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, tornando, dessa maneira, desnecessária a promulgação da Lei Municipal combatida. Salienda, por último, que além de sua inconstitucionalidade a norma em questão contém imprecisões técnicas, e sua obediência resultará em quebra do contrato firmado pela agravante, visto que oferece impedientes para o cumprimento das metas que foram fixadas, provocando a impossibilidade de prestação do serviço com a eficiência pactuada.

Por força disso, ajuizou a ação inibitória, com incidente de inconstitucionalidade, almejando fosse antecipada a medida tutelatória, tudo com o visto de impedir que o Município obrigue a autora a cumprir as disposições da Lei Municipal censurada. A tutela, contudo, foi negada pelo Juízo de primeiro grau, provocando a interposição do presente recurso em face dos prejuízos financeiros impostos com a forçada reinstalação de suas antenas dentro dos parâmetros que

foram delineados pela norma municipal. Defendeu, assim, a ocorrência dos requisitos autorizadores da cautela, pugnando pela concessão de efeito suspensivo ativo, visando à reforma do interlocutório atacado.

Pelas razões expostas no despacho de fls. 184 a 186, Sua Excelência, o Des. Relator, cuidou de conceder o efeito suspensivo almejado.

Intimado do recurso, o Município agravado não ofertou resposta (fl. 192).

Ato contínuo, os autos foram remetidos a esta Procuradoria-Geral de Justiça para análise e parecer, o que se faz a seguir.

Este, num esforço de síntese, o relatório.

O inconformismo interposto é próprio e tempestivo, devendo ser conhecido para, no mérito, negar-se o provimento.

Por primeiro, vale a lembrança de que o conhecimento do agravo somente pode ficar adstrito ao acerto ou não da decisão hostilizada, já que a análise aprofundada da matéria discutida no âmbito da ação inibitória implicaria em supressão de instância, o que é vedado por lei. Isso porque, conforme lição do saudoso Des. Eder Graf: “Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato hostilizado, não sendo viável a discussão aprofundada de temas relativos ao *meritum causae*, sob pena de indevido adian-

tamento da tutela jurisdicional invocada e conseqüente supressão de instância, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição”.¹

Logo, o pedido deve basear-se, apenas, na possibilidade de concessão da tutela antecipatória nos moldes perseguidos pelo autor, diante da presença de seus pressupostos de admissibilidade.

Anota-se, ademais, que a ação inibitória foi endereçada contra o município de São João Batista. Entretanto, embora se saiba que “Não cabe emprestar ao § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437/92 exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria” (Rcl n. 1.122-4/RS, rel. Min. Néri da Silveira), especialmente quando em circunstâncias tais que, ditadas pelo caráter excepcional e jungidas pela urgência e relevância da medida, pedem prestação jurisdicional mais célere e eficaz, não há dúvida que, em regra, a concessão da tutela antecipatória contra a União, Estado ou município afigura-se inexecutável, pois se estaria antecipando um efeito fático sem o preenchimento das condições para o exercício imediato da decisão, uma vez que não confirmada, obrigatoriamente, pela instância superior.

Nesse sentido, a lição de Antonio Raphael Silva Salvador:

“[...] entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor

1 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI n. 1998.002290-8/SC, 3ª CC, rel. Des. Eder Graf, j. 23-6-1998.

do autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.

“Compreenda-se que se nem a sentença definitiva, proferida após instrução da causa, poderia introduzir efeitos, desde logo, se vencida pessoa jurídica de direito público, então muito menos se poderia pretender dar esse efeito em julgamento provisório e revogável. Tudo estaria sujeito ao duplo exame, ao chamado reexame necessário obrigatório para a sentença contra a União, Estados e Municípios, só produzindo efeitos após confirmação pelo tribunal competente”.²

Acompanhando esse raciocínio, mencionam-se, ainda mais, os seguintes ensinamentos, todos extraídos de renomados doutrinadores pátrios:

“Como ensina Calmon de Passos, a antecipação da tutela é problema de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. Assim, o art. 1º da Lei n. 8.437 veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública, em quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que semelhante

providência não puder ser obtida através de mandado de segurança (v.g., pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias: art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66). A proibição alcançará, em identidade de situações, a antecipação da tutela (art. 273).

“Rigorosamente constitucional, desse modo, o art. 1º da Lei n. 9.494, de 10-9-97, que tornou letra explícita a proibição já subsumida na Lei n. 8.437/92.”³

“Não mais se discute a constitucionalidade das normas que restringem ou impedem a concessão de liminares contra o Poder Público. O Prof. J.J. Calmon de Passos opina a respeito, com indiscutível clareza e juridicidade, que merece destaque:

‘Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória a antecipação da tutela problemas de política processual que o legislador pode conceder ou negar, sem que isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das

2 RAPHAEEL, Antonio Silva Salvador. *Da ação monitoria e da tutela jurisdicional antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 56 e 57.

3 ASSIS, Araken de. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 28.

garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado”⁴.

Suposto isso, não há dúvida que se o art. 475, inc. II, do Código de Processo Civil prevê o reexame necessário da sentença proferida contra a União, os Estados e os Municípios, e por ser o pronunciamento judicial que concede ou denega a antecipação da tutela mera decisão interlocutória, não se pode emprestar a esta última eficácia maior do que àquela.

Em casos que tais, orienta-se a jurisprudência dessa egrégia Corte:

“Agravado de instrumento — Compensação tributária — Antecipação de tutela — Fazenda Pública — Inadmissibilidade — Reclamo acolhido.

“Sob o prisma prático, a antecipação da tutela corresponde ao deferimento à parte, já no vestibulo do processo, do direito por ela reclamado, direito esse que, de regra, somente poderia ser reconhecido e concedido, a final, por sentença de mérito.

“Se as sentenças concessivas de direitos contra os organismos públicos hão que se submeter, obrigatoriamente, ao reexame pela instância

superior, após o que, e somente então, tornar-se-ão exequíveis, adquirindo foro de efetividade, a medida que antecipa, na prática, o próprio direito proclamado pelo autor em detrimento da Fazenda Pública, traduzindo-se em mero provimento interlocutório, não terá, igualmente, eficácia para, de imediato, estabelecer qualquer efeito.

“A não se entender assim, estar-se-á emprestando, por certo, maior e mais profícua eficácia a uma decisão interlocutória do que à própria sentença.”⁵

“Agravado de instrumento. Antecipação de tutela contra pessoa jurídica de direito público. Inadmissibilidade. Interpretação do ordenamento processual utilizando-se do método lógico-sistemático.

“Muito embora o art. 273 do CPC não estabeleça a expressa vedação a respeito, não é permitida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, pois é notório que a sentença proferida contra esta, obrigatoriamente, estará sujeita ao reexame necessário — art. 475, II, do CPC, para então, ser eficaz. Assim, não há tornar exequível decisão interlocutória proferida em juízo de verossimilhança, se a própria sentença, nesses casos, só poderá ser executada quando confirmada pelo segundo grau.”⁶

4 CIANCI, Mirna e OLIVEIRA, Luiz Duarte. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 770, dezembro de 1999, p. 99.

5 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI n. 1996.004297-0, rel. Des. Trindade dos Santos.

6 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI n. 1998.008247-1, rel. Des. Silveira Lenzi.

“Tutela antecipada – Município – Vedação legal – Inadmissibilidade – Recurso não provido.

“Não cabe antecipação de tutela contra a Fazenda Pública porquanto a decisão concessiva, tratando do mérito, ainda que provisória, demandaria ao reexame necessário (CPC, art. 475), exigido para a sentença definitiva”.⁷

Não bastasse tal impedimento, é inegável que para a concessão da medida deve o magistrado verificar se na situação *sub examine* estão presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, bem como a existência nos autos de prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança da alegação. Porém, conforme afixou o Magistrado *a quo*, no contexto fático em que se pretendeu desenhar a necessidade da tutela antecipatória não se demonstrou a presença do *periculum in mora*⁸. Nesse caso:

“Exige-se, para antecipação de tutela, uma veemente aparência de bom direito, somada, no caso do art. 273, I, ao *periculum in mora*, ou seja,

ao perigo de que, não sendo concedida a medida, venha a decisão final a ser ineficaz, ou haja grande risco de isso ocorrer. No caso do art. 273, II, exige-se, ao lado do *fumus boni juris*, que haja defesa protelatória ou abuso do direito de defesa. Trata-se de uma quase inexorabilidade diante da situação de uma real prova inequívoca da verossimilhança do direito.⁹

“Tutela antecipada – Requisitos – Prova inequívoca e convencimento do juiz da verossimilhança da alegação – Necessidade – Inteligência do artigo 273 do Código de Processo Civil (redação da Lei n. 8.952, de 1994). Existindo prova inequívoca que impeça se convença o juiz da verossimilhança da alegação, e havendo necessidade da produção de prova, descabe a outorga da tutela antecipada.¹⁰

“Agravo de instrumento – Antecipação de tutela – Ausência de prova inequívoca e verossimilhança das alegações. A antecipação dos efeitos da tutela de mérito é medida excepcional; assim sendo, por mais relevantes que sejam as alegações da parte, a tutela antecipatória não deve ser deferida se ausente qualquer um dos pressupostos contidos no art. 273 do CPC”.¹¹

7 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI n. 1998.008178-5, rel. Des. Nilton Macedo Machado.

8 Fl. 169.

9 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA DE, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 352.

10 SÃO PAULO. JTACivSP 161 a 354.

11 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI n. 1997.000879-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eder Graf.

Finalmente, além da ausência do perigo da demora, não vejo como plausível o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal combatida, pelo menos com base nos argumentos que foram alinhados pelo autor. Tudo porque o propósito do município de São João Batista, como sói vem ocorrendo com vários outros municípios catarinenses e brasileiros, foi de preservar o meio ambiente e a saúde da população local dos efeitos nocivos provocados pela irradiação emitida pelas antenas de estação rádio-base do sistema de telefonia móvel. Prevaleceu, no caso, o princípio da precaução, adotado pela unanimidade dos países participantes da ECO-92¹², em cuja declaração final se fez constar, no item 15, o seguinte comando:

“De modo a proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas

pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”.¹³

Bem de ver que o município enfeixa, nos dias atuais, uma gama de atribuições que lhe dão especial relevo, condição esta que não aparecia anteriormente no ordenamento constitucional com a amplitude desejada pelos municipalistas. Assim, mesmo em áreas em que não tem competência exclusiva ao menos não é privado delas, repartindo a execução de tarefas comuns com a União, Estados e Distrito Federal. Exemplo disso é o que expressa o artigo 23 da Constituição da República, no qual, ao lado de inúmeras obrigações, a Lei Funda-

12 “*Conferência sobre Mudanças do Clima*”, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo 1, de 3 de fevereiro de 1994, art. 3º, 3: “As partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima”.

13 Versão trazida no artigo Responsabilidade civil em matéria ambiental, de autoria de Tiago Cintra Zarif. In BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. 2ª ed., São Paulo: IMESP, 1999. p. 147. Há outras versões com algumas variantes, tais como aquelas citadas por Álvaro Luiz Valery Mirra no artigo Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. In MORATO LEITE, José Rubens (Org.). Inovações em direito ambiental. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000. p. 61.

mental reserva-lhe, ainda, competência para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI).

Tal disposição do constituinte, ao delegar competência administrativa a todos os entes federativos, visou, antes de tudo, a reconhecer a importância de repartir a gestão da coisa pública, sem olvidar-se, obviamente, de resguardar a superlativa competência da União, ao prevenir que as normas gerais, por ela postas dentro da moldura constitucional, não sejam invadidas pela legislação concorrente dos Estados e dos municípios. Eis o porquê da limitação imposta no artigo 30, inciso II, em que o constituinte de 1988 permitiu ao município, apenas e tão-somente, suplementar a legislação federal e estadual, embora nas áreas que lhe são reservadas não tenham as leis federais e estaduais qualquer prevalência.

Bom lembrar que não há semelhanças entre a competência comum e a concorrente. Aqui, há que se observar primeiro a competência legislativa da União, que prevalece sobre a dos Estados, e destes sobre a dos Municípios. Já quando a competência é comum essa hierarquia desaparece, cedendo lugar a todos os entes federativos, sem distinção ou prevalência de uns sobre os outros.¹⁴

Isso aparece com maior relevância quando se trata de definir a atuação do Município dentro do sistema federativo brasileiro, já que “a competência legislativa é, pois, uma expressão basilar da autonomia municipal. O município, no âmbito de sua competência, edita lei que tem a mesma hierarquia das leis estaduais e federais, salvo se no exercício da competência suplementar, quando então as suas normas terão de se amoldar às dos outros níveis de governo”.¹⁵

Daí por que, embora seja defeso à municipalidade abolir as exigências federais ou estaduais em matéria de meio ambiente, a Lei Magna autoriza o poder público municipal, e sobre isso não há dúvida, formular exigências adicionais sempre que estas tenham por visio o seu próprio interesse no caso concreto. Hely Lopes Meirelles assim enfocou a questão:

“O controle da poluição enquadra-se no poder de polícia administrativa de todas as entidades estatais — União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal —, competindo a cada uma delas atuar nos limites de seu território e de sua competência e, em conjunto, colaborar nas providências de âmbito nacional, de prevenção e repressão às atividades poluidoras definidas em norma legal”.¹⁶

14 *Vide sobre o assunto, parecer do Professor Ives Gandra Martins, publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 751, p. 105-121, maio de 1998.*

15 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 220.

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Proteção ambiental e ação civil pública. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 611, p.7, set.1986.*

Por tal razão, essa competência, se não lhe foi prevista no art. 24, é garantida pelo art. 30, inciso I, da Constituição Federal. Como observa Helita Barreira Custódio, “A matéria ambiental, de interesse direto e imediato à saúde, à segurança, ao sossego, e ao bem-estar da população, logicamente de peculiar interesse local, constitui assunto de competência do município”.¹⁷

Resumindo: todas as esferas de poder e todas as entidades federativas têm de se dedicar, dia após dia, à preservação ambiental. Vale realçar que, não obstante se tenha em mira a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal para preservação ambiental (art. 24 da Constituição Federal), caberá sempre ao Município legislar, de modo suplementar, sobre tais matérias e, preferencialmente, sempre que se transformarem em questões do peculiar interesse municipal (art. 30, I e II, da Constituição Federal).

Esse o enfoque mais lógico a ser dado à questão. A interpretação dessas normas, que apenas na aparência se apresentam distoantes, deve passar obrigatoriamente por uma exegese construtiva, que vise

dar à Lei Fundamental o máximo de efetividade. Contrário disso, seria despir a Constituição de sua força normativa, ignorando o trabalho do constituinte originário, e, de regra, todo o esforço empreendido pelo povo brasileiro para dotar o País de uma Carta que representasse a transição para um novo pensar e para um novo agir, fortalecida a consciência de que a proteção a direitos que, por sua natureza difusa e coletiva, devem sempre prevalecer sobre os interesses exclusivamente privados.

Por essa razão, a tentativa de descumprir a norma municipal por conta de uma presumida inconstitucionalidade esbarra, como se viu, na ausência de prova inequívoca e verossimilhança das alegações, pressuposto este indispensável à concessão da tutela almejada pelo autor.

Posto isso, firme nos argumentos que foram expostos, posiciona-se o Ministério Público pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2003.

Jacson Corrêa,
Procurador de Justiça.

17 CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito ambiental brasileiro e competência do município. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 629, p.36, mar.1988.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVOS REGIMENTAIS

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 423.277-8/SC

Relator : Min. Sepúlveda Pertence

Agravante: Banco do Brasil S.A.

Advogados: Dra. Magda Montenegro e outros

Agravado: Olímpio João Paglia

Agravado: Leandro César Paglia

Advogado: Dr. Antônio Guido Classmann

I. Habeas corpus. Regência pela legislação processual penal.

O âmbito normativo da disciplina do habeas corpus pelo Código de Processo Penal e legislação complementar compreende toda e qualquer impetração do remédio constitucional, independentemente de ser penal ou não a questão de fundo a deslindar na verificação da legalidade ou não do constrangimento ventilado à liberdade de locomoção do paciente: desse modo, pouco importa que a prisão do devedor de alimentos ou do depositário infiel efetivamente não constitua sanção penal, mas instrumento de compulsão ao adimplemento de obrigações civis: o habeas corpus contra a efetivação ou ameaça de prisão civil é processo regulado pela lei processual penal.

II. Agravo de instrumento em recurso extraordinário criminal: prazo de interposição: é de cinco dias e não de dez dias, conforme jurisprudência firmada pelo Tribunal ao julgar o AgCr n. 197.032-1, Pleno, 5-11-97, Pertence, no sentido da subsistência do art. 28 da Lei n. 8.038/90, não revogado, em matéria penal, pela Lei n. 8.950/94, de âmbito normativo restrito ao do CPC: entendimento que se aplica ao agravo contra o indeferimento de recurso extraordinário de qualquer concessão de habeas corpus, incluída a que tenha por objeto a prisão civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento.

Brasília, 18 de fevereiro de 2003.

*Moreira Alves,
Presidente.*

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): A decisão pela qual não conheci do agravo de instrumento tem o teor seguinte (fl. 128):

“Opõe-se o agravante a despacho que indeferiu recurso extraordinário interposto de acórdão que concedeu ordem de *habeas corpus* preventivo, para afastar a prisão civil dos agravados, como depositários de bem fungível dado em garantia de mútuo rural.

“O agravo é intempestivo. Como se vê de fl. 106, publicado o despacho agravado no DJ de 20-2-2001, o prazo de cinco dias, previsto no artigo 28 da Lei n. 8.038/90, começou a fluir no dia 21-2-2001 (quarta-feira), extinguindo-se no dia 25-2-2001 (domingo), prorrogado para o dia 1º-3-2001 (quinta-feira), considerando-se os feriados do carnaval incluída a quarta-feira de cinzas. O agravo só foi

protocolado na Secretaria do Tribunal a quo no dia 2-3-2001 (fl. 2).

“Tratando-se de agravo de instrumento em processo criminal, não se aplica a Lei n. 8.950/94, segundo a qual o prazo é de 10 dias, uma vez que esta revigorou os artigos 541 a 546 do CPC, dando-lhes nova redação, mas não revogou a vigência residual do art. 28 da Lei n. 8.038/90, em relação aos feitos não compreendidos no âmbito normativo da lei processual civil, por ela alterada: nesse sentido decidiu o plenário do Tribunal, em 5-11-97, ao julgar o AgCr n. 197.032-1, de que fui Relator.

“Não conheço do agravo”.

A essa decisão opõe-se o presente agravo regimental.

Sustenta o agravante:

“Com respeitosa vênua vem o agravante ponderar *que a matéria discutida no presente feito não possui cunho criminal*, refere-se, sim, à *prisão civil* de depositário infiel de bem fungível dado em garantia de contrato de mútuo rural.

“Note-se que o acórdão recorrido foi prolatado pela eg. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e não por uma Turma Criminal, como ocorreria se a matéria fosse dessa natureza.

“Portanto, tratando-se de matéria civil e não criminal, aplica-se ao caso a legislação processual civil, cuja redação dada pela Lei n. 8.950/94 fixa o prazo de dez dias para a interposição de agravo de instrumento contra o despacho denegatório de seguimento a recurso extraordinário”.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — (Relator): O âmbito normativo da disciplina do *habeas corpus* pelo Código de Processo Penal e legislação complementar compreende toda e qualquer impetração do remédio constitucional, independentemente de ser penal ou não a questão de fundo a deslindar na verificação da legalidade ou não do constrangimento ventilado à liberdade de locomoção do paciente.

Desse modo, pouco importa que a prisão do devedor de alimentos ou do depositário infiel efetivamente não constitua sanção penal, mas instrumento de compulsão ao adimplemento de obrigações civis: o *habeas corpus* contra a efetivação ou ameaça de prisão civil é processo regulado pela lei processual penal.

E nessa regulação processual penal do processo de *habeas corpus* se incluem a admissibilidade e os pressupostos dos recursos nele

cabíveis, entre os quais se insere a do prazo da respectiva interposição.

Por isso, na linha da jurisprudência do Tribunal, firmada no acórdão plenário invocado na decisão agravada, é de cinco dias o prazo para a interposição do agravo contra o indeferimento de recurso extraordinário de qualquer concessão de *habeas corpus*, incluída a que se tenha por objeto a prisão civil.

De tudo, nego provimento ao agravo regimental: é o meu voto.

DECISÃO

A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento. Unânime. 1ª Turma, 18-2-2003.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Dr. Edson Oliveira de Almeida,
Subprocurador-Geral da República.

Ricardo Dias Duarte,
Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 203.411-8/SC

Relator: Min. Sepúlveda Pertence

Agravante: Palmasola S.A. — Madeiras e Agricultura

Advogados: Dra. Vera Maria Boa Nova Andrade e outros

Agravada: União Federal

Advogado: PFN — Dr. Ricardo Luis Lenz Tatsch

1. Imposto de renda. Correção monetária. Demonstrações financeiras. Lei n. 8.200/91 (art. 3º, I). Falta de questiona-

mento dos dispositivos constitucionais suscitados no RE. Acórdão recorrido fundado em decisão plenária do Tribunal a quo, em argüição de inconstitucionalidade, da qual não se juntou cópia, nem foram opostos embargos declaratórios buscando explicitar os fundamentos da jurisprudência aplicada. Incidência das Súmulas 282 e 356.

2. Agravo regimental. Necessidade de impugnação da motivação da decisão agravada. Pedido de desistência da ação, com renúncia ao direito em que se funda, prejudicado pelo trânsito em julgado da decisão anterior que negara seguimento ao RE, à falta de impugnação de seus fundamentos no agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário.

Brasília, 30 de maio de 2003.

*Sepúlveda Pertence,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Neguei seguimento ao RE em decisão de 25-6-2002, do teor seguinte (fl. 158):

“RE, a, contra acórdão do TRF/4ª região, assim ementado:

‘Tributário. Imposto de renda. Correção monetária. Demonstrações financeiras. Lei n. 8.200/91. Alnc na AMS n. 92.04.14994/RS. O Plenário deste Tribunal rejeitou a argüição de

inconstitucionalidade do art. 3º, inc. I, da Lei n. 8.200/91’.

“O recurso é inviável. Com efeito, os dispositivos cuja ofensa se alega no RE (arts. 5º, XXXVI, 150, I, III e IV, 195, da CF) não foram objeto de apreciação pelo acórdão recorrido. Ademais, o aresto remeteu-se à decisão plenária do Tribunal, sem contudo juntar aos autos o teor do acórdão citado. Nem o fez, de sua parte, a recorrente, que também não buscou, mediante embargos de declaração, se explicitassem os fundamentos da jurisprudência aplicada. Ausente, pois, o indispensável prequestionamento.

“Nego seguimento ao RE (Súmulas 282 e 356)”.

Em 31-7-2002 a recorrente protocolou a petição de fls. 101 e 102, pela qual, tendo em vista a anistia prevista no artigo 11 da Medida Provisória n. 38/2002, manifesta desistência da ação, com expressa renúncia ao direito em que ela se funda.

Em 19-8-2002 interpôs o presente agravo regimental, alegando

que protocolara o pedido de desistência antes da publicação da decisão que negara seguimento ao RE (DJ 15-8-2002), através da qual tomou conhecimento do despacho exarado, e requerendo “a manifestação expressa [...] no tocante à homologação da desistência da ação para os fins da anistia concebida pela Medida Provisória n. 38/2002, com determinação posterior do retorno urgente dos autos à Vara de origem, conforme anteriormente solicitado”.

A União manifestou-se pela rejeição do pedido da empresa (fls. 174 a 177).

Preliminarmente, assinalou a agravada o trânsito em julgado da decisão que negou seguimento ao RE, tendo em vista que o agravo regimental restringiu-se ao pedido de homologação da desistência e não tratou das razões em que se fundou a decisão agravada.

De outro lado, aduziu, quando formulado o pedido em questão, o STF já encerrara o seu ofício jurisdicional (CPC, art. 463). É que a petição de desistência foi protocolada nesta Corte em 31-7-2002, quando já julgado o RE em 25-6-2002 e, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal, que invoca, só é possível o pedido de desistência do recurso quando este ainda estiver pendente de julgamento.

Ademais, afirma, além da ausência de poderes especiais na procuração de fl. 38, a homologação só seria possível com a concordância da parte contrária (CPC, art. 267, § 4º) e, no caso, “a União jamais concor-

dará com semelhante pedido, isto porque restou integralmente vencedora na demanda, não tendo qualquer interesse em que se faça tábula rasa do julgamento realizado no âmbito desse Excelso Pretório, que lhe foi inteiramente favorável, já que, com a negativa de seguimento ao recurso extraordinário da empresa, a presente ação foi considerada integralmente improcedente”.

A agravante veio aos autos para requerer a juntada de instrumento de mandato que comprova que seus procuradores detêm poder especial para renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, reiterar o pedido de homologação da desistência e da renúncia e pedir a baixa dos autos à Vara de origem (fls. 178 e 179).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Já decidiu a Primeira Turma (cf. AgRRE n. 262.249, 6-2-2001, Pertence) que, no mandado de segurança “a desistência independe da anuência do impetrado ou da pessoa jurídica de Direito Público, de que haja emanado o ato coator sem distinção, na jurisprudência do STF, entre a hipótese de impetração de competência originária e aquela pendente do julgamento de recurso”.

No caso, porém, quando protocolado o pedido de desistência, o recurso já havia sido julgado, embora ainda não publicada a decisão.

De outro lado, o agravo regimental só tratou da questão da desistência, deixando de impugnar os fundamentos da decisão agravada.

Assim sendo, prejudicada a desistência, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraor-

dinário. Unânime. 1ª Turma, 30-5-2003. Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presente à sessão a Ministra Ellen Gracie. Participou da sessão o Ministro Gilmar Mendes, de acordo com o art. 41 do RISTF.

*Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli,
Subprocuradora-Geral da República.*

*Ricardo Dias Duarte,
Coordenador.*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 367561/SC

Relator: Min. Celso de Mello

Recorrente: Banco Itaú S.A.

Advogado: Dr. André Vidigal de Oliveira

Recorrida: Resivale Combustível Catarinense Ltda.

Advogado: Dr. Osvaldo Rau Júnior

DECISÃO

Insurge-se, a parte recorrente, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, em sede de ação ordinária, julgando apelação cível, decidiu, por maioria, negar provimento a este recurso.

Apresenta-se incabível o recurso extraordinário ora deduzido, uma vez que a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o apelo extremo restringe-se às causas decididas em única ou última instância (CF, art. 102, III). No caso, porém, a parte ora recorrente não esgotou, quanto à decisão que pretende impugnar, as vias recursais ordinárias cabíveis, uma vez que não opôs os pertinentes embargos infringentes ao julgado majoritário (CPC, art. 530).

Cabe rememorar, nesse ponto, por necessário, o valioso magistério

de Theotônio Negrão (RT 602/9-11), para quem “o recurso extraordinário só é cabível de decisão final, isto é, de decisão de que já não caiba recurso ordinário na justiça de origem (Súmula 281). Não é dado ao recorrente interpor o recurso extraordinário *per saltum*, desistindo do recurso ordinário cabível e apresentando desde logo aquele. Há de esgotar, antes, a instância ordinária”.

O prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias, desse modo, constitui, tecnicamente, um dos pressupostos específicos e peculiares ao recurso extraordinário (RE n. 160.225/RJ, rel. Min. Celso de Mello; RE n. 195.888/RN, rel. Min. Celso de Mello). Nesse sentido, o magistério da doutrina (Rodolfo de Camargo Mancuso, “Recurso Extraordinário e Recurso Especial”, p. 69 a 71, 3ª ed., 1993, RT; José Frederico Marques, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/178, item n. 643, 9ª ed., 1987, Saraiva), cabendo ressaltar, no ponto,

a lição expendida por José Afonso da Silva (“Do Recurso Extraordinário”, p. 268, 1963, RT):

“[...] o núcleo do pressuposto do recurso extraordinário [...] é a definitividade da decisão judicial de que se recorre para o STF. Definitividade que se consubstancia no esgotamento de todos os recursos ordinários, via comum, existentes no sistema judiciário que conheceu da causa”.

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal, apreciando esse específico aspecto da questão, deixou positivado, a propósito do tema ora em análise, o seguinte magistério: “Tendo sido o acórdão, em apelação, tomado por maioria de votos, cabíveis seriam os embargos infringentes para o Tribunal *a quo* (CPC, art. 530). Deixando-se de esgotar a instância ordinária, aplica-se a Súmula 281” (RTJ 141/657, rel. Min. Ilmar Galvão).

“O prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias cons-

titui pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário.

“Tratando-se de acórdão majoritário, proferido em sede de apelação cível, cabe à parte recorrente — ressalvada a hipótese de decisão em processo de mandado de segurança (Súmula 597/STF) — opor-lhe os pertinentes embargos infringentes (CPC, art. 530), não lhe sendo lícito, sem a prévia exaustão dessa via recursal ordinária, agir *per saltum*, deduzindo, desde logo, o apelo extremo. RE não conhecido” (RE n. 266.821/RS, rel. Min. Celso de Mello).

Sendo assim, e tendo em consideração o enunciado 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não conheço do presente recurso extraordinário.

Publique-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2002.

Ministro Celso de Mello,
Relator.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 467.288/SC

Relator: Ministro Castro Filho

Agravante: Sasse Companhia Nacional de Seguros Gerais

Advogado: Dr. Marcelus Sachet Ferreira

Agravada: Terezinha Abreu Derner

Advogados: Drs. Luiz Roberto Silveira Zacchi e outro

Agravo de instrumento. Súmula 182/STJ. Não conhecimento. Recurso especial. Ação de indenização. Seguro de vida em grupo. Escolha do procedimento. Ausência de nulidade ou prejuízo. Má-fé. Reexame de prova. Impossibilidade. Doença preexistente. Súmula 83 desta Corte.

I — O agravante deve atacar, expressamente, os argumentos lançados na decisão agravada, refutando todos os óbices por ela levantados, sob pena de vê-la mantida.

II — O credor não está obrigado à propositura da ação de execução, ainda que portador de título executivo, podendo optar pelo procedimento ordinário, sem que isso acarrete qualquer nulidade ou prejuízo para o devedor.

III — Tendo o julgado atacado decidido, com base nas provas, pela ausência de má-fé do segurado, não se pode conhecer do recurso especial (Súmula 7 desta Corte).

IV — A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão ou erro nas informações prestadas pelo segurado, mormente quando não configurada a má-fé.

Agravo improvido.

RELATÓRIO E DECISÃO

Terezinha Abreu Derner propôs ação objetivando a cobrança de indenização por morte, devida em decorrência de contrato de seguro de vida em grupo firmado com Sasse — Companhia de Seguros Gerais. O pedido foi julgado procedente.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina manteve a sentença, em decisão unânime. Eis a ementa redigida para o acórdão:

“Seguro de vida em grupo. Carência de ação. Inépcia da inicial. Deficiência do pedido. Exame de conjunto da peça exordial. Necessidade. Preliminar repelida. Prescrição. Inocorrência. Indenização securitária. Ausência da alegada má-fé do segurado. Procedência da ação decretada pelo Togado *a quo*. Recurso improvido.

‘Considera-se inepta a inicial ininteligível e incompreensível, porém, mesmo confusa e imprecisa, se se permite a avaliação do pedido, há que apreciá-la e julgá-la’ (STJ, Min. José Delgado).

‘O terceiro beneficiário de seguro facultativo em grupo, que não se confunde com figura do segurado, não se sujeita ao prazo prescricional anual previsto no art. 178, § 6º, II, do CC, diante do princípio de que as regras prescricionais devem ser interpretadas restritivamente’ (STJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

‘Ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irres-

ponsabilidade. Na dúvida, responde pela obrigação’ (RT 401/247, 395/230 e 366/309).

‘Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício. Dispensando a seguradora, no contrato, exame médico, há que se crer na palavra do segurado, cabendo àquelas provar a má-fé deste. Em caso de dúvida, resolve-se em favor do segurado (JC 72/395)’ (Ap. Cív. n. 97.015052-0, rel. Des. Anselmo Cerello)”.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos com a seguinte ementa:

“Embargos de declaração. Omissão. Ocorrência. Prefacial de carência de ação pela inadequação do procedimento eleito. Rejeição que se impõe. Ordinária de cobrança de seguro. Admissibilidade. Decisão *ad quem* mantida”.

A ré interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, alínea a, da Constituição Federal, apontando como violados os artigos 12, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 73/66, 1.444 do Código Civil, 267, VI, e 585, III, do Código de Processo Civil.

Alegou, em síntese, que: a) ausentes dos autos documentos essenciais à propositura da demanda; b) incabível a ação de rito ordinário, pois o contrato em questão é título executivo extrajudicial; c) a indenização não é devida, por ter o

segurado omitido, quando da assinatura do contrato, informações sobre seu verdadeiro estado de saúde; d) a lei exige, para eximi-la do pagamento, apenas a demonstração da omissão, e não a prova da existência de má-fé no preenchimento da proposta ou da realização de exames médicos antes da contratação.

Sem contra-razões, o ilustre Segundo Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, Des. Jorge Mussi, inadmitiu o recurso, o que deu ensejo ao presente agravo de instrumento.

É o relatório.

A pretensão não merece acolhida.

Em relação ao artigo 12, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 73/66, observo que o agravante não cuidou de impugnar a decisão agravada em toda a sua extensão, mormente quanto à incidência, *in casu*, do óbice da Súmula 283 do excelso Supremo Tribunal Federal.

Registro que a parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto do *decisum* contra o qual se insurge, refutando todos os óbices por ela levantados, sob pena de vê-lo mantido.

Logo, sendo o fundamento suficiente, por si só, para manter o julgado, fica inviabilizado o recurso, à luz da Súmula 182 desta Corte.

Também não prospera o recurso quanto à alegada negativa de vigência aos artigos 267, VI, e 585, III, do Código de Processo Civil. O acórdão estadual decidiu em consonância com o entendimento adotado

por esta Corte em casos assemelhados de que o credor não está obrigado à propositura da ação de execução, ainda que portador de título executivo, podendo optar pelo procedimento ordinário, sem que isso acarrete qualquer nulidade ou prejuízo para o devedor.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Cobrança de crédito (título executivo). Ação monitória/execução. Escolha do procedimento. Mesmo que admissível a execução para a cobrança do crédito, pois se trataria de título executivo extrajudicial, a adoção do procedimento monitório não ensejou nulidade dos atos processuais; admitindo-se que, no caso, realizados de outro modo, alcançaram a finalidade proposta, sem prejuízo para a defesa. A saber, conforme o acórdão, ‘circunstância que lhes possibilitou o exercício de melhor meio de defesa’. Em tal aspecto, não é lícito entender-se que há carência de interesse processual; não, interesse há. A escolha de uma ação em vez de outra não há de obstar a que se conheça do pedido, provendo-o conforme o bom direito” (REsp n. 210.030/RJ, DJ de 4/9/2000, RDR v. 00018, p. 00298, RSTJ v. 00149, p. 00239, rel. Min. Nilson Naves).

“Processo civil. Procedimento comum. Ação de execução. Quem, tendo título executivo, propõe ação ordinária, abre mão da penhora, nada mais do que isso; tanto nos embargos do devedor, quanto na ação ordinária, a defesa do devedor pode ser articu-

lada com a maior amplitude — e como assim é, a troca de um processo pelo outro, à míngua de prejuízo, não induz qualquer nulidade. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 207.173/SP, DJ de 5-8-2002, rel. Min. Ari Pargendler).

“A pretendida ofensa aos arts. 267, VI, e 583, III, do CPC não restou configurada. Com efeito, não se tem por obrigatória, para o credor, a propositura da ação de execução, ainda que portador de título executivo” (AG n. 467.565/SC, DJ de 25-11-2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

No que se refere à ocorrência de má-fé do segurado no preenchimento da proposta, observo que, a respeito dos fatos da causa, os tribunais de segunda instância dão a última palavra, e o acórdão atacado assim se pronunciou, *verbis*:

“É certo que o segurado apresentava problemas cardíacos, não se sabe, contudo, se efetivamente graves. Destaque-se que no documento de fls. 87/v., anota-se que não se submeteu a qualquer cirurgia. E a seu turno, naquele juntado às fls. 88, cita-se parecer médico do Dr. Edison de Cézar Felipe, o qual declara que ‘cardiomiopatia dilatada nada tem a ver com Infarto do Miocárdio’. Muito embora seu subscritor dele discorde, fica a dúvida a respeito do nexo causal entre a enfermidade anterior e o mal que o vitimou. E a dúvida, em relações jurídicas como a presente, se resolve em favor do segurado.

“Lembre-se, *mutatis mutandis*, que ‘Não estando provado que os

eventuais problemas de saúde apresentados pelo segurado antes da assinatura do contrato apresentassem risco à sua vida e restando evidenciado que a patologia que o vitimou não teve relação com moléstias anteriormente tratadas com sucesso, não se cogita de má-fé no preenchimento de questionário da proposta. As seguradoras devem comprovar o nexo de causalidade entre a doença antes apresentada e a *causa mortis* para livrar-se do pagamento da indenização” (Ap. Cív. n. 96.010924-2, de Blumenau, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

De todo o exposto, conclui-se pela ausência de má-fé, valendo repetir: a Seguradora/apelante dispensou qualquer exame médico à época da contratação, recebendo o pagamento das parcelas regularmente. Renovava-se o contrato, ainda, automaticamente. A mera elevação do valor segurado, motivada, pelo que se infere do depoimento da autora, por sugestão dos funcionários da própria Caixa Econômica Federal, não se presta a configurar o dolo.

Não há notícia, de outra banda, de uma suposta agravação da moléstia, o que, num primeiro momento, poderia fazer crer que efetuada a majoração maliciosamente.

Por esta forma, não pode lograr êxito o recurso, devendo o valor da indenização corresponder àquele fixado em 1996.

Assim, para que este Superior Tribunal alcance conclusão diversa, necessário o reexame das circunstân-

cias fáticas, procedimento vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula desta Casa.

Ademais, o aresto atacado encontra respaldo na jurisprudência desta Corte sobre a matéria, de que são exemplos os julgados abaixo transcritos:

“Contrato de seguro de vida em grupo. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte que, aceitando a seguradora a ‘proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar’. 2. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 272.830/SE, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 7-5-2001).

“Seguro-saúde. Exclusão de proteção. Falta de prévio exame. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. O fato de ter sido aprovada a cláusula abusiva pelo órgão estatal instituído para fiscalizar a atividade da seguradora não impede

a apreciação judicial de sua invalidade. Recurso não conhecido” (REsp n. 229.078/SP, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 7-2-2000).

Na esteira desse entendimento, são inúmeros os precedentes neste Tribunal, a saber: REsp n. 331.465/RO, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 8-4-2002; AG n. 415.538/ES, rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 16-11-2001; REsp n. 258.805/MG, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 13-8-2001; REsp n. 244.841/SP, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 4-9-2000; REsp n. 198.015/GO, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 17-5-1999; e REsp n. 248.135/SP, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 19-6-2000.

Incide, portanto, à espécie, o enunciado n. 83 da Súmula desta Corte, a inviabilizar o recurso especial por ambas as alíneas do permissivo constitucional.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

Intimem-se.

Brasília, 28 de fevereiro de 2003.

Ministro Castro Filho,
Relator.

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL N. 332.979/SC

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Marcelo Jefferson Barbosa

Advogado: Dr. Cláudio Gastão da Rosa Filho

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorridos: Sérgio Olavo Müller (Assistente de Acusação) e outros

Advogado: Dr. Carlos Cesário Pereira

Criminal. REsp. Homicídio. Impedimento de desembargador componente da câmara julgadora do recurso de apelação. Não-interposição de embargos de declaração. Ausência de prequestionamento. Recurso não conhecido.

I. É inviável o conhecimento do recurso pela alínea a do permissivo constitucional, sob pena de indevida supressão de instância, quando carece, a matéria, de prequestionamento.

II. Hipótese em que não discutida, em segundo grau de jurisdição, a questão sobre eventual impedimento de um dos desembargadores componentes da Câmara Criminal, que teria se manifestado, anteriormente, sobre o mérito da causa, em sede de habeas corpus, na qualidade de Procurador de Justiça.

III. Recurso não conhecido, nos termos do voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, “a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso”. Os Srs. Minis-

tros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Félix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2003.
(data do julgamento)

*Ministro Gilson Dipp,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Marcelo Jefferson Barbosa, com base na alínea a do permissivo constitucional, contra decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que negou provimento ao recurso do recorrente, nos termos da seguinte ementa (fl. 723):

“Recurso crime — Apelação — Júri — Conhecimento restrito.

“A segunda instância, no julgamento das apelações contra decisão do Tribunal do Júri, deve-se ater aos fundamentos invocados na interposição ou, pelo menos, nos argumentos desfilados nas razões.

“Júri — Homicídio qualificado pelo meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima — Duas versões com amparo na prova dos autos — Recurso não provido.

‘Hoje só se legitima o recurso em se verificando uma decisão de si tão contrária à verdade que constitua evidente desrespeito ao que ficou inequivocamente provado no processo [...] Assim, sempre que o fato se apresente suscetível de ser dividido à luz de critérios divergentes, capazes de lhe emprestarem diversa fisionomia moral ou jurídica, qualquer que seja a orientação vencedora refletida na decisão do tribunal, não pode

ser havida como manifestamente contrária à prova’ (Ary Azevedo Franco).

“O Conselho de Sentença deve ser livre para avaliar e escolher a versão que lhe pareça mais verossímil, desde que não atente contra a verdade do processo e que decorra de interpretação razoável da prova coletada”.

Alega-se, em síntese, que a decisão recorrida contrariou os arts. 252, inc. I c/c o inc. II, primeira parte e 258 do Código de Processo Penal.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 751 a 758).

Admitido o recurso (fls. 760 e 761), a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu não conhecimento ou por seu desprovimento (fls. 769 a 776).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, nas sanções do art. 121, § 2º, incs. II e III, do Código Penal, à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado.

O réu interpôs recurso de apelação, pelo qual pretendia a anulação do julgamento, por meio do

reconhecimento de decisão contrária à prova dos autos.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória.

Dessa decisão não foram opostos embargos de declaração.

Inconformada, a defesa interpôs o presente recurso especial, no qual se alega contrariedade dos arts. 252, inc. I, *c/c* o inc. II, primeira parte, e 258 do Código de Processo Penal, e se pretende a nulidade do acórdão recorrido, em razão de eventual impedimento de um dos desembargadores componentes da Câmara Criminal, que se teria manifestado, anteriormente, sobre o mérito da causa, em sede de *habeas corpus*, na qualidade de Procurador de Justiça.

O recurso foi admitido (fls. 760 e 761), mas não merece ser conhecido.

Evidencia-se, do exame dos autos, que não foram opostos embargos de declaração do acórdão que ora se pretende desconstituir. Dessa forma, a possível contrariedade aos arts. 252, inc. I, *c/c* o inc. II, primeira parte e 258 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Disso conclui-se que conhecer tal pretensão, na presente oportunidade, significaria incorrer em indevida supressão de instância, uma vez que o tema levantado não foi objeto de adequado debate e decisão por parte

do Tribunal *a quo*, carecendo, portanto, do devido prequestionamento.

Assim ressaltou a Subprocuradoria-Geral da República (fl. 771):

“9. Os artigos tidos por violados não foram prequestionados pelo acórdão recorrido, nem o recorrente suscitou a matéria em sede de embargos de declaração, o que impede o conhecimento do recurso especial por incidência dos enunciados 282 e 356 do STF”.

Diante do exposto, não conheço do recurso, nos termos acima referidos.

É como voto.

Assunto: Penal — Crimes contra a pessoa (art.121 a 154) — Crimes contra a vida — Homicídio (art. 121) — Qualificado.

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso”.

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 25 de fevereiro de 2003.

Livia Maria Santos Ribeiro,
Secretária.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.185 — SC

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil — Seccional de Santa Catarina

Advogados: Drs. Rogério Otávio Ramos e outros

Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho de Florianópolis — SC

Recorrido: Estado de Santa Catarina

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seccional de Santa Catarina — contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou segurança impetrada contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da Capital, em decisão assim ementada:

“Mandado de segurança — Expediente forense — Horário específico para atendimento aos advogados — Portaria — Decadência.

“O direito de impetrar mandado de segurança extingue-se em cento e

vinte dias, contados da ciência do ato impugnado (Lei n. 1.533/51, art. 18).”

Sustenta a recorrente, em apertada síntese, que o ato hostilizado afrontou e restringiu o direito ao livre exercício da profissão dos Advogados, que o Edital se baseia em norma inferior que o Estatuto da OAB e que a hipótese *sub examen* é de trato sucessivo, não tendo sido alvo da decadência.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso.

Relatados, decido.

O recurso não merece prosperar.

O Edital em comento, na verdade, não restringe o livre exercício da advocacia, mas simplesmente delimita o horário de expediente do Juízo, com o objetivo de organizar o trabalho forense, cada vez mais volumoso, sendo imprescindível

para a agilização e viabilidade da prestação jurisdicional.

Conforme ressaltado pelo *Parquet* Estadual, à fl. 64, este Edital “tem natureza de ato administrativo único, em que pesem seus efeitos se prolonguem no tempo. Logo, uma vez publicado, já é passível de provocar ‘lesão’, resultando, destarte, que o prazo para a impetração passa desde logo a correr.”

No Edital, logo após a determinação de publicação e registro do ato, consta o seguinte:

“Comunique-se à egrégia Corregedoria-Geral da Justiça e à Subseção da OAB/SC, afixando-se cópia deste no local de costume.

“Florianópolis, 31 de maio de 1999”.

A impetrante, ora recorrente, não impugnou esta ciência recebida logo após a edição do Edital. Assim, é de se reconhecer como termo *a quo* do prazo decadencial o dia 31-5-1999.

Ora, a impetração se deu em 12-6-2000, mais de um ano depois da publicação do ato impugnado, sendo forçoso reconhecer que a Seccional da OAB de Santa Catarina deixou escoar *in albis* o prazo decadencial para a impetração.

Trago à colação, pela similitude do caso, julgados deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Processual civil — Mandado de segurança — Decadência — Termo inicial — Art. 18 da Lei n. 1.533/51 — Ato administrativo único com efeitos permanentes.

“1. Edital que estabeleceu horário para atendimento a advogados pela magistrada é ato administrativo único, concreto e de efeito permanente, cujas conseqüências prolongam-se no tempo, sendo sua publicidade o termo inicial para a contagem da decadência, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/51, para efeitos de interposição do *mandamus*.

“2. Diferentemente, dos atos sucessivos e autônomos decorrem prazos próprios e independentes, com a renovação sucessiva do prazo decadencial para a interposição do mandado de segurança, hipótese não contemplada nos autos.

“3. Decadência configurada na espécie, porque escoados mais de 120 (cento e vinte dias) da publicação do ato que supostamente violou direito líquido e certo da ora recorrente.

“4. Recurso ordinário improvido” (ROMS n. 13.792/SC, rela. Ministra Eliana Calmon, DJ de 5-5-2003, p. 237).

“Processual civil. Mandado de segurança. Prazo decadencial. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, artigo 18.

“É a partir da ciência, pelo impetrante, do ato de efeitos concretos, que lhe atinge o direito líquido e certo, que se conta o prazo decadencial de cento e vinte dias, para a impetração.

“Mandado não conhecido, por unanimidade” (MS n. 1.265/DF, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 14-9-1992, p. 14.928).

“Processual civil e administrativo. Mandado de segurança. Servidor

público militar. Transferência para a reserva remunerada. Incorporação de gratificação de 100% percebida na atividade. Decadência.

“I — Em se tratando de ação mandamental na qual se objetiva a revisão do ato de transferência de militar para a reserva remunerada, com vistas à incorporação de gratificação de 100% sobre a remuneração recebida na atividade, por se tratar de ato único e de efeitos concretos, não há que se falar em obrigação de trato sucessivo que se renova mês a mês, devendo-se observar o prazo decadencial de 120 dias, contados da ciência pelo interessado do ato impugnado.

“II — Considerando-se que o ato que transferiu o militar para a reserva remunerada foi publicado em 11-2-88 (Portaria n. 11/PMSC/88) e a correspondente ação mandamental foi impetrada apenas em 13-9-1999, ou seja, quando transcorridos mais de cento e vinte dias do ato impugnado, nítida a caducidade do direito do recorrido à impetração, *ex vi* do art. 18 da Lei n. 1.533/51.

“Processo extinto, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, restando prejudicado o presente recurso” (ROMS n. 13.791/SC, rel. Ministro Félix Fischer, DJ de 28-4-2003, p. 211).

“Processual civil. Mandado de segurança. Decadência. Atos administrativos sucessivos e autônomos. Prevalência de preliminar acolhida pelo tribunal *a quo*. Desproviamento do recurso.

“I — A jurisprudência predominante nos tribunais tem feito a

‘distinção entre ato administrativo único, mas com efeitos permanentes, e atos administrativos sucessivos e autônomos, embora tendo como origem norma inicial idêntica. Na primeira hipótese, o prazo do artigo 18 da lei do mandado de segurança deve ser contado da data do ato impugnado, na segunda, porém, cada ato pode ser atacado pelo *writ* e, assim, a cada qual corresponderá prazo próprio e independente’ (RE n. 95.238/PR, rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 6-4-84, p. 5.104).

“II — *In casu*, não há confundir o ato impugnado com aqueles que a jurisprudência reconhece envolver relação jurídica de trato sucessivo, na qual a cada ato administrativo praticado corresponde prazo próprio e independente para a impetração do mandado de segurança. A suposta lesão ao direito da impetrante ocorreu quando esta tomou conhecimento das autorizações concedidas a outra empresa para o transporte de passageiros nos trechos em que já vinha operando.

“III — Recurso desprovido, por unanimidade” (ROMS n. 1.646/TO, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 26-4-1993, p. 7.166).

Tais as razões expendidas, com esteio no art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003.

Ministro Francisco Falcão,
Relator.

**PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.026052-8, DE TURVO

Requerentes: município de Turvo e outros

Advogado: Dr. Arnildo Steckert Júnior

Requerida: Melmetal Construções Ltda.

Advogado: Dr. Pedro Zilli Neto

Ação originária: Mandado de Segurança n. 076.03.002289-0

O município de Turvo, a Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sra. Maria das Graças Conti Fagundes e o Sr. Prefeito Municipal, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, requerem a suspensão dos efeitos da liminar deferida pelo Juízo da comarca do mesmo nome que, nos autos do Mandado de Segurança n. 076.03.002289-0, impetrado por Melmetal Construções Ltda., suspendeu o processo licitatório de Tomada de Preço até decisão final, em virtude de o Edital n. 31/2003, em seu item 5.2.7 fazer “exigências ao arrepio da Lei de Licitação que poderá prejudicar a habilitação dos licitantes”, pois este determinou que o “balanço patrimonial e demonstração contábeis sejam auditados por auditores independentes”.

Os requerentes alegam que a liminar deferida viola o interesse público e acarreta lesão à saúde e à economia públicas, com prejuízo à

comunidade e ao próprio município, pois “pode perder a verba destinada à construção de dois ginásios de esportes, reclamados pela população, por longa data, além de um auditório e refeitório para Escola”, refletindo na saúde dos alunos e fulminando com as aspirações da comunidade em receber as obras objeto da licitação, submetidas à cláusula quarta do Termo de Cooperação, com prazo de vigência para ser cumprido, sob pena de frustrar-se a aquisição das referidas obras.

Por outro lado, sustentam que o edital atacado não contempla irregularidades ou exagero, e tampouco afronta a lei específica e a Constituição Federal, estabelecendo, apenas, dentro da discricionariedade de que é detentora a administração pública, regras “para evitar oportunistas e golpistas”, pois a exigência de balanço auditado, razão do deferimento da liminar, além de exigência comum entre licitações, é utilizada

para resguardar o interesse público contra empresas sem consistência operacional financeira, e evitar fraudes, maus pagadores e descumpridores das obrigações assumidas.

De outro modo, afirmam que a decisão concessiva da liminar merece ser suspensa, por falta de fundamentação e flagrante incompetência do juízo, por ter como litisconsórcio passivo necessário o Secretário de Estado da Educação e Inovação de Santa Catarina, motivo pelo qual o *mandamus* deveria ter sido impetrado nesta Corte de Justiça.

De outro visio, asseveram, também, ter ocorrido a decadência, porque a impetrante não impugnou o edital no prazo assinalado no § 2º do artigo 41 da Lei n. 8.666/93, limitando-se, apenas, a ingressar com pedido de esclarecimento na véspera da abertura dos envelopes.

Ademais, asseguram ter a licitação obedecido os princípios legais estampados no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal; não haver vedação legal em relação à parceria entre o Município e o Estado para a realização das obras; e os índices econômicos exigidos no edital, sem impugnação pela impetrante, não ferem a legislação específica.

Por derradeiro, para a suspensão da liminar, salientam a presença do *fumus boni juris*, correspondente aos fundamentos acima expostos, ao interesse público que norteia a licitação, e ao conteúdo do edital não impugnado; do *periculum in mora*, ante o risco de perda das

verbas e das obras, pelo não cumprimento do prazo estipulado na cláusula quarta do Termo de Cooperação.

É o relatório.

Inicialmente, é de reconhecer a ilegitimidade ativa da Presidente da Comissão de Licitação, Sra. Maria das Graças Conti Fagundes, haja vista a Lei Federal n. 4.348/64 conferir legitimidade para postular a suspensão de segurança somente às pessoas jurídicas de direito público, e a jurisprudência a estende às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (SS n. 1277/DF – Relator Ministro Nilson Naves – DJU de 13-11-2003), dentre as quais, no entanto, não se enquadra a Presidente da Comissão de Licitação, devendo, *in casu*, ser afastada da relação processual.

E, com relação ao Sr. Prefeito Municipal, por estar defendendo interesse do Município, que não meramente pessoal, o pedido deve ser conhecido, pois ele acaba se equivalendo à expressão município de Turvo, pessoa jurídica de direito público que possui legitimidade para requerer a suspensão da segurança.

Sem embargo disso, constata-se no Sistema de Automação do Judiciário (SAJ – segundo grau) que os recorrentes ingressaram com Agravo de Instrumento nesta Corte de Justiça, protocolado sob n. 2003.026459-0, contra a medida liminar, no qual o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva deferiu em parte o efeito suspensivo postulado pelos agravantes, para permitir o prosseguimento da licitação do Edital n. 31/03.

Ora, tendo o Município alcançado naquele recurso o objetivo pretendido no pedido de suspensão da liminar, ocorreu a perda superveniente do interesse de agir, consoante se infere da lição de Marcelo Abelha Rodrigues que “Se por qualquer motivo deixar de existir a liminar concedida, ou ter perdido a sua eficácia (como no caso do MS e das medidas cautelares), o incidente terá, como se diz na linguagem forense, perdido o seu objeto, que na verdade corresponde a típico caso de perda superveniente do interesse de agir [...]” (*in* Suspensão de segurança:

sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000. p. 169 a 170).

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente pedido de suspensão de liminar.

Publique-se e intime-se.

Arquive-se.

Florianópolis, 25 de novembro de 2003.

Des. Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.028409-5, DE TUBARÃO

Requerente: Município de Armazém

Advogados: Dr. Gustavo Henrique Serpa e outros

Requerido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Promotor: Dr. Felipe Martins de Azevedo

Interessado: Antônio Feuser

Ação originária: Ação Civil Pública n. 075.03.006248-3 (Vara da Fazenda Pública da comarca de Tubarão)

O município de Armazém, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Tubarão que, nos autos da Ação Civil Pública n. 075.03.006248-3 movida pelo Ministério Público Estadual, decretou “a suspensão dos efeitos do Concurso Público n. 001/2003 do município de Armazém com o imediato afastamento das funções ora ocupadas pelos candidatos aprovados já nomeados, bem

como a suspensão dos pagamentos de vencimentos destes e a realização de novas nomeações de candidatos aprovados”.

E também “A indisponibilidade dos bens do requerido Antônio Feuser, até o limite necessário para o ressarcimento das despesas efetuadas pelo município de Armazém para a realização do Concurso Público n. 001/2003, além do montante correspondente aos valores cobrados para as inscrições dos candidatos, garantindo, desta forma, o

integral ressarcimento do prejuízo por eles causado ao erário público”.

O requerente alega ter o Ministério Público Estadual, por seu Promotor de Justiça, ajuizado ação civil pública contra o Vice-Prefeito Municipal e o Município, ao argumento de que o primeiro, à época em exercício do cargo de Prefeito Municipal, determinou a realização do Concurso Público n. 001/2003, no qual foram constatados “vícios e irregularidades”, configuradores de atos de improbidade administrativa, lesivos ao erário público, motivo ensejador da concessão da liminar.

No entanto, sustenta acarretar a medida liminar, nos termos em que concedida, graves prejuízos à Administração Pública, por tornar deficientes os setores administrativo e de fiscalização, ante a falta de pessoal, e porque a máquina retroescavadeira encontra-se estacionada no pátio da Prefeitura, em virtude de a pessoa habilitada para operá-la estar impedida de fazê-lo por força da decisão ora combatida.

Sem embargo disso, afirma não poder a liminar surtir efeitos, ante a incompetência do Juízo *a quo* para processar e julgar a ação civil pública, e a ilegitimidade do Promotor de Justiça de primeiro grau para propor a referida ação. A uma, porque à época dos fatos o Sr. Antônio Feuser estava no exercício do cargo de Prefeito Municipal, motivo pelo qual possui direito a foro privilegiado, cujo julgamento deve ser realizado perante esta Corte de Justiça, de acordo com as disposições do inciso X do artigo 29

da Carta Magna e da Lei Federal n. 10.628/02. E, a duas, porque sendo da competência deste Tribunal processar e julgar, originariamente, os atos de Prefeito e Vice-Prefeito Municipal, somente o Procurador-Geral da Justiça detém legitimidade para representar o Ministério Público no pólo ativo da ação civil pública.

Por outro vértice, assegura causar a medida liminar grave lesão à ordem pública, nesta compreendida a ordem administrativa, e aos serviços públicos, pois o “afastamento imediato dos servidores nomeados para os cargos de operador de retroescavadeira (3) e para fiscal-geral (1) causou a desestabilização dos serviços públicos, mormente a cobrança dos tributos municipais e a execução das obras, estando esses serviços, hoje, sendo executados de forma precária ou parcialmente paralisados, eis que, em razão do município de Armazém ser de pequeno porte, não possui servidores, no seu quadro funcional, disponíveis e capacitados a desempenhar as funções desses cargos, em substituição àqueles que estão impedidos de fazê-lo por força da medida liminar deferida”, não havendo, ainda, a possibilidade de efetuar novas nomeações com base no concurso público suspenso.

E acrescenta: “Desse modo, a manutenção da liminar vem acarretando prejuízo e uma série de transtornos à Administração Pública Municipal, como a insuficiência de fiscalização no setor de tributação, com reflexos diretos na economia do Município que está deixando de

arrecadar os seus tributos com a eficiência necessária, e a paralisação das obras que dependem da utilização de retroescavadeira o que, via de conseqüência, vem atingindo toda a comunidade de Armazém e o interesse público, que não está podendo ser devidamente atendido pela requerente devido às determinações impostas pelo MM. Juízo a quo no seu despacho liminar”.

Por derradeiro, após tecer várias considerações acerca do mérito da ação civil pública, requer a suspensão da liminar concedida, a fim de determinar que os servidores nomeados no Concurso n. 001/2003 retornem aos seus cargos, sem prejuízo de suas remunerações, com a normalização dos serviços de fiscalização e execução das obras, os quais se encontram deficitários ou parcialmente paralisados.

É o relatório.

O exame do pedido de suspensão da eficácia de decisões proferidas contra o Poder Público está limitado aos pressupostos previstos, no caso de ação civil pública, no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, devendo ser deferido em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedada a análise do mérito e de questões processuais, os quais encontram guarida em recurso próprio.

Nesse sentido:

“Em processo de suspensão de segurança, para deferi-la ou indeferi-la, o presidente do tribunal – a

que compete o exame de eventual recurso contra a decisão concessiva – não examina as questões processuais ou de mérito da causa em que foi proferida. Limita-se a verificar a ocorrência dos pressupostos dos arts. 4º da Lei n. 4.348/64, 297 do RISTF e 25 da Lei 8.038/90” (RTJ 147/512).

Inicialmente, afasto a questão processual atinente à competência deste Tribunal para processar e julgar a ação civil pública, por não ser esta via adequada ao seu deslinde, a qual se restringe ao exame dos pressupostos previstos no artigo 4º da Lei n. 8.437/92.

Destarte, afastadas as questões processuais e de mérito ventiladas pelo requerente, passa-se ao exame da presença dos pressupostos necessários ao deferimento do pedido de sustação dos efeitos da liminar concedida na ação civil pública.

Com relação ao pressuposto invocado, o de estar a decisão liminar causando lesão à ordem pública, nesta compreendida a ordem administrativa, constata-se a sua inocorrência.

Com efeito, da análise da decisão combatida, não se vislumbra a desestabilização dos serviços públicos, tangente à cobrança dos tributos municipais e à execução de obras, pois, conforme reconhece o próprio requerente, os serviços de fiscalização no setor de tributação e as obras do município se “encontram deficitários ou parcialmente paralisados”, ou seja, o município não está impedido de continuar a fiscalizar e arrecadar os seus tributos, bem como

de realizar obras, com exceção, apenas, daquelas que necessitam do uso da máquina retroescavadeira.

Ora, os motivos apresentados pelo requerente não são suficientes à caracterização da grave lesão à ordem pública, haja vista o *decisum* não causar embaraço à normal execução dos serviços públicos, que continuam sendo prestados pelo Município, e ao regular exercício das funções da Administração pela autoridade constituída.

Na verdade, o requerente não demonstrou, com provas, a grave lesão à ordem pública, referente à ordem administrativa, indispensáveis para a sustação da liminar, pois “A mera alegação não basta. É necessária a indicação exuberante com elementos factuais de prova que a lesão está por se verificar” (Figueiredo, Lúcia Valle. Ação Civil Pública – Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 344).

Sobre a matéria, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Suspensão de segurança. Potencialidade danosa do ato decisório. Necessidade de comprovação inequívoca de sua ocorrência. Excepcionalidade da medida de contracautela (Lei n. 4.348/64, art. 4º). Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do *writ* mandamental ou daquela que defere liminar

em sede de mandado de segurança. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei n. 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do mandado de segurança ou daquela que deferiu a liminar mandamental, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas). Pedido indeferido” (SS n. 1.185/PA, rel. Ministro Marco Aurélio, DJU de 4-8-98, p. 7).

De outra parte, não pode ser desprezado o entendimento de que a análise do pedido de suspensão de liminar concedida em ação civil pública aforada pelo Ministério Público deve ser efetuada com cautela, ante a relevância dos interesses tutelados na referida ação, devendo, assim, sacrificar-se o interesse da Administração em prol daqueles.

Sobre o enfoque acima, a lição de Marcelo Abelha Rodrigues:

“O mesmo cuidado se mostra presente quando o pedido de suspensão de execução se refere a uma liminar concedida em ação civil pública, porque, nesse caso, dada a chance de que o interesse tutelado seja difuso, é possível que a preservação da eficácia da decisão seja de maior interesse público que a sua suspensão” (Suspensão de segurança: sustação da eficácia de

decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 191).

Pelo exposto, por não vislumbrar a ocorrência da alegada lesão à ordem pública, nela incluída a ordem administrativa, indefiro o presente pedido de suspensão da liminar concedida na ação civil pública.

Cientifique-se o Magistrado na origem.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2003.

*Des. Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.*

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.029276-4, DE FRAIBURGO

Requerente: Município de Fraiburgo

Advogados: Drs. João Rudnei Belotto e outro

Requerida: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan

Ação na origem: Cautelar Inominada n. 024.03.0003942-3.

O município de Fraiburgo, com fulcro no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, requer a suspensão dos efeitos da liminar concedida pelo Juízo da comarca de mesmo nome que, nos autos da Ação Cautelar Inominada n. 024.03.0003942-3 interposta pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan, deferiu a liminar para “manter a Casan – Companhia Catarinense de Águas e Saneamento na administração do sistema de saneamento do município de Fraiburgo/SC, nas condições ajustadas no Convênio n. 026/73, sob pena de multa diária, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)”.

O requerente alega ter o contrato de concessão dos serviços de água e esgoto, firmado com a Casan, com prazo de 30 (trinta) anos, extinguido no dia 5-12-03, e, ante o deferimento da decisão liminar na ação cautelar intentada por esta empresa, restaram vulne-

rados os artigos 35, inciso I, e 43, ambos da Lei n. 8.987/95, bem como o artigo 928 do Código de Processo Civil, em virtude do pedido corresponder à manutenção de posse, a qual não pode ser deferida sem audiência do Poder Público.

Sem embargo disso, afirma que, em face da cláusula sexta do contrato de concessão estipular a fixação pela Casan, pelo prazo de 30 (trinta) anos, de suas próprias tarifas, inclusive para amortizar seus investimentos, ajuizou ação de prestação de contas, em andamento na comarca de Fraiburgo (024.03.002449-1). No entanto, a empresa concessionária deixou de prestar contas no prazo legal, sob o argumento de não possuir registros referentes à arrecadação e, tampouco, apresentou o inventário e registro dos bens vinculados à concessão, conforme requerimento

efetuado com base no artigo 31, incisos II e III, da Lei n. 8.987/95.

Finalmente, assegura deter “direito líquido e certo para assumir os serviços imediatamente após a extinção da concessão, de modo que a decisão agravada, deferida sem sua audiência, é ilegal e violadora desse direito”, impondo-se a sua suspensão em defesa do princípio da legalidade e do manifesto interesse público.

É o relatório.

Consoante se infere da exordial, o requerente apenas teceu considerações acerca do mérito da cautelar inominada, o qual não pode ser examinado na presente via, deixando de demonstrar e até mesmo alegar que a decisão impugnada poderia causar prejuízo à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, valores esses tutelados pela suspensão de liminar, cuja ausência leva, necessariamente, ao indeferimento do pedido, pois a suspensão da eficácia de decisão

judicial é medida excepcional, só admitida, *in casu*, nos restritos termos do artigo 4º da Lei n. 8.437/92, *in verbis*:

“Art. 4º — Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Destarte, ausentes os pressupostos, indefiro o pedido.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2003.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.029324-8, DE ITAJAÍ

Requerente: Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infra-Estrutura – Semasa

Advogado: Dr. Irineu José Rubini

Requeridos: Sérgio Roberto Pereira e outro

Advogado: Dr. Cristian Jesus da Silva

Ação na origem: Ação Popular n. 033.03.017839-0

Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infra-Estrutura – Semasa, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, requer a suspensão dos efeitos da liminar

concedida pelo Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Itajaí que, nos autos da Ação Popular n. 033.03.017839-0, interposta por Sérgio Roberto Pereira

e outro, suspendeu “o certame licitatório veiculado pelo citado Edital n. 019/2003 (fls. 30 a 67), bem como todos os atos administrativos já praticados, até decisão ulterior”.

O requerente alega que os serviços de água e esgoto da cidade de Itajaí haviam sido concedidos à Casan, pelo prazo de 30 (trinta) anos. Com o término da concessão, o Município retomou referidos serviços e, para prestá-los, criou por intermédio da Lei n. 3.683/03 uma autarquia municipal. Todavia, quando da reversão, contratou com terceiros, por prazo determinado e emergencial, parte dos serviços relativos à operação e à manutenção do sistema de água, sem, no entanto, abrir mão de seu poder estatal de mando. Mas, findo o contrato emergencial, lançou o Edital de Concorrência Pública n. 019/03 para a contratação da execução de atividades técnicas inerentes ao serviço, o qual permanece sob sua responsabilidade.

Por outro lado, numa síntese do longo arrazoado apresentado, tece considerações acerca da competência, forma e faculdade para executar os serviços; discorre sobre o artigo 175 da Constituição Federal e sobre o poder discricionário do administrador em contratar; faz distinção entre concessão e contrato administrativo; analisa o edital objeto da ação popular, sustentando que, por não se tratar de concessão, não há falar em oneração de tarifa, lesividade ao patrimônio público, transferência do poder de mando à empresa contratada e fraude à exigência consti-

tucional de contratação de servidores por intermédio de concurso público e realça a vantagem do modelo proposto pelo Município, cujo único objetivo é oferecer, em parceria com a atividade privada, o melhor serviço à comunidade local.

Por derradeiro, sustenta que a medida liminar causa grave lesão à ordem administrativa e financeira, além de insegurança social, porque entre as suas atribuições figura a de “executar, diretamente ou mediante contrato com organizações especializadas em engenharia sanitária, as obras relativas à construção, ampliação ou remodelação dos sistemas públicos de abastecimento de água potável e de esgotos sanitários”, as quais se encontram paralisadas por força da liminar, com impedimento da normal execução do serviço público.

Acrescenta, também, estar a interrupção da prestação de serviços e a execução de obras inadiáveis comprometendo todo o sistema de água de Itajaí, que já se encontra com problema de salinização, podendo a situação agravar-se enquanto mantida a liminar, pois só poderá tomar medidas paliativas, tais como a distribuição de água potável por intermédio de “carros-pipa”, além da possibilidade de a empresa contratada, em face do vencimento do contrato emergencial, vir a rescindi-lo a qualquer momento, gerando verdadeiro caos, ainda mais quando não pôde, ainda, realizar o concurso público para prover seu quadro de pessoal, criado pela Lei Complementar Municipal n. 27/03.

Destarte, requer a suspensão da medida liminar até o julgamento final da Ação Popular n. 033.03.017839-0, a fim de permitir o devido prosseguimento da licitação aberta pelo Edital n. 019/2003.

É o relatório.

O exame do pedido de suspensão da eficácia de decisões proferidas contra o Poder Público está limitado aos pressupostos previstos, no caso de ação popular, no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, só podendo ser deferido quando a decisão puder causar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedada a análise do mérito e a de questões processuais, os quais encontram guarida em recurso próprio.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Em processo de suspensão de segurança, para deferi-la ou indeferi-la, o presidente do tribunal – a quem compete o exame de eventual recurso contra a decisão concessiva – não examina as questões processuais ou de mérito da causa em que foi proferida. Limita-se a verificar a ocorrência dos pressupostos dos arts. 4º da Lei n. 4.348/64, 297 do RISTF e 25 da Lei n. 8.038/90” (RTJ 147/512).

De início, afasta-se as questões relacionadas ao mérito da ação popular, por não ser a presente via apropriada para o seu exame, podendo ser analisadas, no caso, em sede de agravo de instrumento, o qual, inclusive, já foi interposto neste Tribunal, havendo o então relator, o Juiz Substituto de Segundo Grau, Dr.

Ronaldo Moritz Martins da Silva, negado o efeito suspensivo almejado (Al n. 2003.026035-8).

In casu, o requerente alega estar ocorrendo lesão à ordem administrativa e às finanças públicas. No entanto, referidos pressupostos não se fazem presentes.

Com efeito, tangente à alegada grave lesão à ordem administrativa, não vislumbro sua ocorrência a justificar a medida extrema da suspensão de liminares proferidas contra o Poder Público, haja vista o *decisum* proferido pelo Magistrado *a quo*, consoante se infere às fls. 37 a 40, não ter determinado que o requerente deixasse de praticar atos de sua competência específica, ou seja, não impediu a normal execução do serviço público, tendo, apenas, suspenso a licitação objeto da ação popular, que visava à “terceirização” de empresa privada para realizar os serviços a ele afetos, por força de lei.

Aliás, como muito bem anotado pelo Exmo. Dr. Ronaldo Moritz Martins da Silva, no despacho proferido no agravo de instrumento interposto pelo requerente: “Por fim, observa-se que a recorrente firmou, em março de 2003, contrato temporário ‘para a operação e manutenção do sistema de distribuição de água em Itajaí’ (fls. 75 a 83), inexistindo óbice, a princípio, da utilização desse mesmo procedimento, ainda que provisório, até a regularização do seu quadro de servidores”.

Ademais, convém ressaltar que o Poder Judiciário não está impedido de proferir decisão com amparo em lei, em obediência ao princípio da legalidade,

visando ao controle dos atos administrativos que se apresentem violadores dos princípios básicos da administração pública previstos na Constituição Federal, ainda mais quando referida decisão não causa embaraço à normal execução dos serviços públicos e ao regular exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Por outro vértice, constata-se que o requerente não discorreu e tampouco demonstrou, com provas, a ameaça de grave prejuízo às suas finanças, não tendo sequer indicado, na petição inicial, qualquer valor monetário que porventura deixou ou deixaria de perceber com a decisão combatida, o que era indispensável para a sustação dos efeitos da liminar, pois “A mera alegação não basta. É necessária a indicação exuberante com elementos factuais de prova que a lesão está por se verificar” (Figueiredo, Lúcia Valle. Ação Civil Pública – Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar, na concessão de efeito suspensivo ao recurso e na tutela antecipatória. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 344).

É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Suspensão de segurança. Potencialidade danosa do ato decisório. Necessidade de comprovação inequívoca de sua ocorrência. Excepcionalidade da medida de contracautela

(Lei n. 4.348/64, art. 4º). Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do *writ* mandamental ou daquela que defere liminar em sede de mandado de segurança. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei n. 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do mandado de segurança ou daquela que deferiu a liminar mandamental, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas). Pedido indeferido” (SS 1.185/PA. Rel. Ministro Marco Aurélio – DJU de 4-8-98, p. 7).

Pelo exposto, por não vislumbrar a ocorrência dos pressupostos invocados, indefiro o presente pedido de suspensão da liminar concedida na ação popular.

Cientifique-se o Magistrado na origem.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2003.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDOS DE SUSPENSÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 2003.026711-5, DE BLUMENAU

Requerente: Município de Blumenau

Advogado: Dr. Carlos Alberto Peixer Vinci

Requerida: Selma Stingher

Advogado: Dr. Nilson Inácio Kuffel

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 008.03.005283-9 (Vara da Fazenda Pública)

O município de Blumenau, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da sentença proferida pela Dra. Juíza de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca do mesmo nome que, nos autos do Mandado de Segurança n. 008.03.005283-9, impetrado por Selma Stingher, concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que “forneça à impetrante, no prazo de 48 horas, o alvará de funcionamento, em caráter precário, de funerária”.

O requerente esclarece que, muito embora o serviço funerário esteja sendo explorado por duas empresas, mediante expedição de alvarás e a título precário, sem a abertura de licitação para outorga do referido serviço, a negativa de alvará à impetrante para o funcionamento de funerária teve por fundamento a Lei Ordinária Municipal n. 5.413/99, a

qual fixa em seu artigo 5º o número de concessionárias com base na população do Município, na proporção de uma empresa para cada 100.000 habitantes. E possuindo esta população inferior a 300.000, a licitação prevista no artigo 1º da referida lei só será deflagrada após atingida esta densidade populacional.

Ademais, alega permanecerem vigentes as permissões outorgadas, a título precário, até ser “firmado contrato de concessão de outorga da permissão com o licitante vencedor da futura licitação”, consoante dispõe o artigo 22 da Lei Ordinária Municipal n. 5.829/02, que deu nova redação à Lei Ordinária Municipal n. 5.413/99, e artigo 42 da Lei Federal n. 8.987/95.

Por outro lado, sustenta ser equivocada a concessão da sentença com base no princípio da isonomia, pois a situação da impetrante difere das duas funerárias estabelecidas na

cidade, as quais “vêm prestando seu serviço de forma satisfatória, inclusive realizando investimentos na construção e manutenção de uma central funerária, sala para serviço de verificação de óbitos, necrotério, câmara de refrigeração de cadáveres, duas capelas mortuárias e demais serviços correlatos. Não é justo nem certo que a impetrante, mesmo sem ter investido um único centavo, explore o serviço alegando estar na mesma situação jurídica”.

Por outro vértice, afirma que, ante a ampla divulgação do *decisum* na comunidade, existe indicativo seguro de que pedidos idênticos serão formulados por centenas de munícipes ou empresas para se habilitarem na exploração do serviço funerário na cidade, sem que o município possa rejeitar tais pretensões, ocasionando conseqüências gravíssimas para a ordem pública e o regular funcionamento deste serviço público, ou seja, a decisão combatida impede que o “Poder Público Municipal exerça a sua função de organizar o serviço funerário nos limites constitucionais de sua competência”.

Por derradeiro, acrescenta: “A ordem pública está realmente ameaçada com a situação criada. Não só a ordem administrativa, mas a própria ordem material, que pode facilmente descambar da insegurança, da intranqüilidade, para a lesão à própria segurança pública, *com a proliferação de alvarás e, enfim, o caos na prestação desse serviço (funerário) à comunidade*” (grifado).

É o relatório.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento no sentido de que, nos pedidos de suspensões de liminares contra o Poder Público, não se examinam questões processuais nem se decide sobre o mérito, havendo via adequada para o seu exame. Nesse sentido: STF – Pleno, AGRSS n. 471/DF, j. 13-4-92, e STJ, SS878, rel. Min. Costa Leite, DJU de 15-2-01, e AGP n. 1055/MA, Corte Especial, DJU de 14-8-00, p. 30.

As atuais empresas que exercem o serviço público funerário, consoante se infere das peças integrantes dos presentes autos, não participaram de licitação, tendo obtido permissão do município de Blumenau para explorarem referidos serviços, em caráter precário.

E o § 2º do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987/95 previu que “As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses”.

In casu, o dispositivo acima é aplicável às permissões de serviço público por serem estas concessões (=autorizações) de caráter precário. Porém, a prorrogação transitória nele prevista não impede que outras empresas interessadas venham a

explorar o mesmo serviço até a última edição da licitação. Desse modo, a legislação municipal, no tocante ao número de permissionários que possam prestar o serviço funerário, limitado ao número de habitantes, contraria a Lei Federal.

De outra parte, não é crível que, decorridos mais de 8 (oito) anos da edição da aludida lei federal, e mais de 4 (quatro) anos da Lei Ordinária Municipal n. 5.413/99, não foi possível à administração municipal realizar os levantamentos e avaliações indispensáveis à licitação para a concessão dos serviços funerários no município de Blumenau, prorrogando, indefinidamente, as autorizações concedidas a título precário às duas empresas.

Tal omissão acaba por infringir o disposto no artigo 175 da Constituição Federal, o qual exige prévia licitação para a prestação de serviços públicos, razão por que a impetrante encontra-se em igualdade de condições com as demais empresas do ramo, devendo receber o mesmo tratamento, podendo, por conseguinte, explorar os serviços funerários até a conclusão do processo licitatório.

Sobre a matéria, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu:

“Reexame necessário – Mandado de segurança – Autorização precária de funcionamento no ramo de serviços funerários – Necessidade para obtenção de alvará – Empresa que preenche os requisitos da Lei Municipal n. 11.692/98 – Indeferimento – Ofensa a direito líquido e certo – Segurança concedida para que seja autorizada a atuar no ramo,

em igualdade de condições com as outras concorrentes, até que se ultime o processo licitatório – Sentença confirmada em grau de reexame necessário” (Reexame Necessário n. 109.216-6/PR, rela. Des. Regina Afonso Portes, j. em 2-10-01).

No mesmo sentido, decidiu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“Vencido o prazo da concessão, só possível de ser novamente edificada com as linhas do processo licitatório público, seja a requisição ou autorização, uma e outra sob as adargas da provisoriedade, não se prestam para reanimar superada situação pretérita. Inexistência de imaginado direito líquido e certo. Recurso sem provimento” (ROMS n. 10.795/PR – Relator: Ministro Milton Luiz Pereira – DJU de 15-4-02, p. 169).

De outro *visu*, a expedição de alvará de licença para funcionamento da impetrante no ramo funerário, determinada pelo *decisum* combatido, por si só, não causa lesão à ordem e à saúde públicas. Aliás, não basta a simples alegação, devendo ser comprovada a potencialidade lesiva da decisão aos valores protegidos pelo artigo 4º da Lei n. 4.348/64, o que não aconteceu, não restando provada, inclusive, a formulação de pedidos idênticos por parte de outros municípios ou empresas para a exploração do referido serviço. E “A mera alegação não basta. É necessária a indicação exuberante com elementos factuais de prova que a lesão está por se verificar” (Figueiredo, Lúcia Valle. Ação Civil Pública – considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar, na

concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 344).

É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Suspensão de segurança. Potencialidade danosa do ato decisório. Necessidade de comprovação inequívoca de sua ocorrência. Excepcionalidade da medida de contracautela (Lei n. 4.348/64, art. 4º). Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do *writ* mandamental ou daquela que defere liminar em sede de mandado de segurança. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei n. 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do

mandado de segurança ou daquela que deferiu a liminar mandamental, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas). Pedido indeferido” (SS n. 1.185/PA, rel. Ministro Marco Aurélio, DJU de 4-8-98, p. 7).

De outro lado, a decisão combatida não impede que a administração pública venha a exercer seu poder de polícia, fiscalizando o bom andamento dos serviços públicos a serem prestados pela impetrante, e tomando as providências administrativas previstas em lei contra eventuais irregularidades, não havendo, por tal motivo, violação à ordem administrativa.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2003.

Des. Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 2003.029027-3, DE CANOINHAS

Requerente: Município de Canoinhas

Advogados: Drs. Paulo Henrique Brolini Glinski e outro

Requerido: Sispuc – Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Canoinhas

Advogado: Dr. Neuzildo Borba Fernandes

Interessados: Prefeito Municipal e o Secretário de Finanças do Município de Canoinhas

Ação na origem: Mandado de Segurança Coletivo n. 015.03.006148-7

O município de Canoinhas, com fulcro no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da sentença proferida pela Dra. Juíza de Direito da 1ª Vara da comarca do mesmo nome que, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo n. 015.03.006148-7, impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais – Sispuc, concedeu a segurança para reconhecer aos servidores públicos municipais do quadro do Poder Executivo do município de Canoinhas o direito líquido e certo à percepção da reposição salarial de 19,36% a partir de 1º de julho do corrente ano, dividido em 6 (seis) parcelas mensais consecutivas de 3,22% sobre o vencimento de junho/2003, excluindo da determinação as parcelas vencidas em julho e agosto do corrente, que deverão ser buscadas pela via apropriada.

O requerente alega não ter desrespeitado os ditames da Lei n. 3.585/03, concessiva do reajuste

salarial de 19,36%, motivo pelo qual não há falar em direito líquido e certo dos impetrantes, pois referida lei “em cumprimento ao disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal e da decisão do TJSC nos autos de Suspensão de Execução de Sentença, unicamente, tem a função de reconhecer o índice necessário à reposição salarial do período de maio/2002 a abril/2003, regulamentar a forma de aplicação do mesmo em 6 (seis) parcelas mensais de 3,22% sobre o vencimento de junho de 2003 e ratificar que a aplicação dos mesmos será respeitando os limites impostos pela legislação federal, inclusive prevendo a impossibilidade da aplicação da reposição”.

Acrescenta ter interposto recurso de apelação para esta superior instância, o qual será recebido, apenas, no efeito devolutivo.

De outro vértice, afirma causar a sentença grave lesão à ordem e à economia públicas.

A ordem pública, por fazer com que o Município descumpra as determinações constitucionais e legais preconizadas no artigo 169 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – arts. 16 a 20), na qual deve ser observado como limite máximo o percentual de 54% da receita corrente líquida para os gastos com pessoal do Poder Executivo, que será alterado para quase 60% se aplicado o reajuste determinado.

Com relação à economia pública, assegura que o prejuízo será irreparável se aplicados os índices determinados na reposição salarial, afetando áreas essenciais da população, ante a impossibilidade de atender às necessidades básicas, tais como, saúde, educação, assistência social, dentre outras.

Por derradeiro, requer a suspensão até o trânsito em julgado da decisão final do mandado de segurança dos efeitos da sentença proferida e, alternativamente, a suspensão parcial, para permitir ao Município aplicar ao reajuste salarial de seus servidores índice “obtido após a análise de todas as disposições legais vigorantes acerca do assunto, inclusive a Lei de Responsabilidade Fiscal”.

É o relatório.

De início, convém salientar que as questões de mérito suscitadas pelo requerente deverão ser debatidas e resolvidas nas vias recursais adequadas, em virtude de na estreita via de suspensão serem apenas examinados os pressupostos autori-

zadores da medida requerida, os quais estão previstos no artigo 4º da Lei n. 4.348/64.

Segundo o ensinamento de Marcelo Abelha Rodrigues: “As razões que justificam o pedido de suspensão de execução de pronunciamento judicial não se associam à juridicidade ou antijuridicidade da decisão prolatada, isto é, não são conseqüências de uma suposta legalidade ou ilegalidade do pronunciamento que se pretende suspender a eficácia. Bem pelo contrário, as razões e motivos da suspensão são para evitar grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, independentemente do acerto ou desacerto da decisão que terá sua eficácia suspensa. A licitude ou ilicitude da decisão deverão ser atacadas pela via própria recursal que terá o condão, pois, de apreciar as razões jurídicas da decisão, para só então reformá-la ou cassá-la” (*in* Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 136 e 137).

E da jurisprudência colhe-se:

“Em processo de suspensão de segurança, para deferi-la ou indeferi-la, o presidente do tribunal – a quem compete o exame de eventual recurso contra a decisão concessiva – não examina as questões processuais ou de mérito da causa em que foi proferida. Limita-se a verificar a ocorrência dos pressupostos dos arts. 4º da Lei n. 4.348/64, 297 do RISTF e 25 da Lei n. 8.038/90” (RTJ 147/512).

O requerente afirma estar a decisão causando lesão à ordem e à economia públicas, pressupostos estes ocorrentes *in casu*.

A Lei n. 3.585/03, concessiva do reajuste salarial de 19,36% aos servidores municipais, há de ser cumprida, pois foi promulgada e entrou em vigor.

Por outro vértice, não se pode deixar de reconhecer que a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), estabelecadora de normas de finanças públicas direcionada para a responsabilidade da gestão fiscal, obriga os entes da Federação, dentre os quais os municípios, a controlar a despesa total com pessoal (artigo 19, inciso II), determinando que esta não poderá exceder 60% da receita corrente líquida do Município, e o artigo 20, inciso III, *b*, da citada Lei estabelece que, deste percentual, cabe ao Poder Executivo 54%.

Ora, consoante demonstrado no quadro de relatório da gestão fiscal de fl. 27, o reajuste concedido aos servidores comprometerá a limitação de gastos com pessoal, pois será ultrapassado o limite imposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, porquanto o limite legal de comprometimento aplicados àquela despesa já é de 53,54%.

Na verdade, se por um lado a decisão proferida resguarda o interesse legítimo de servidores municipais, qual seja, o de obterem reajuste salarial e, assim, perceberem os vencimentos devidamente corrigidos, por outro, a aplicação do

reajuste com o comprometimento dos recursos municipais em relação aos gastos com pessoal, por ultrapassar o limite imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal, impede que o Município resgate suas obrigações, com prejuízos irreparáveis para todo o interesse público local, ocasionando grave lesão à ordem e à economia públicas.

Ademais, não se deslembra que com a nova redação dada ao artigo 4º, § 9º, da Medida Provisória n. 2.180-35, a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, e a Lei n. 9.494/96, em seu artigo 2º-B, determina que "A sentença que tenha por objeto liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado".

Pelo exposto, presentes os pressupostos, defiro o pedido para suspender os efeitos da sentença concedida no Mandado de Segurança n. 015.03.006148-7, da comarca de Canoinhas.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Intimem-se.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2003.

*Des. Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.*

**SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.024363-9/0003.01, DE ITAJAÍ

Embargantes: Schmitt Hasegawa Ltda. e outro

Advogados: Dra. Ana Paula Fontes de Andrade e outro

Embargado: Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN

Advogados: Dr. Francisco Rangel Effting e outros

DESPACHO

Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN interpôs recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 108 a 113, que, por maioria de votos, deu provimento à apelação cível interposta pelo ora embargado.

Alegou, o embargado, violação ao art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Em 2-6-03, pela decisão de fl. 255, o recurso foi admitido, uma vez que presentes os requisitos necessários à sua subida.

Irresignados, os recorridos, ora embargantes, opõem embargos de declaração, alegando que, em razão da não oposição de embargos infringentes da parte não unânime do acórdão recorrido, sendo o despacho omisso nesse ponto, o reclamo extraordinário não poderia ter sido admitido.

Requerem, assim, o suprimimento da omissão apontada, a fim de que o reclamo não seja admitido.

É o relatório.

Entendo que os presentes embargos declaratórios não podem ser conhecidos, pois a decisão interlocutória que *admite* recurso especial e/ou extraordinário é irrecorrível.

Isso porque, não vejo necessidade de a parte recorrida opor embargos declaratórios, com efeitos infringentes, visando a reformar a decisão de admissão do recurso extraordinário, uma vez que todos os vícios, ora suscitados, podem ser levantados em contra-razões ao recurso extraordinário admitido. Ou seja, falta aos embargantes interesse em recorrer da referida decisão, dispondo de outro meio célere e eficaz para obter o que pretendem.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior leciona que: “sendo interlocutória, a decisão do juiz *a quo* proferindo juízo de admissibilidade

positivo, deferindo o processamento do recurso, em tese seria impugnável pelo recorrido por meio do recurso de agravo. No entanto, o recorrido não tem, no caso, interesse recursal em interpor agravo [e também embargos declaratórios] porque existe meio mais rápido e econômico para apontar a causa de não conhecimento do recurso: apontar a causa de não cabimento nas contra-razões o que, em verdade, os embargantes já fizeram. O seu inconformismo com o deferimento do processamento do recurso deve manifestar-se nas contra-razões do recurso. Não há prejuízo algum ao recorrido, que tem para si reservada a oportunidade de atacar a errônea admissibilidade do recurso pelo órgão *a quo*” (Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos, 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo, RT, 2000, p. 230).

Sobre o mesmo tema, colhe-se ainda da doutrina:

“Insta lembrar, ainda, que sequer cabe recurso contra a decisão provisória, proferida pelo juízo *a quo*, que admite o recurso. O recorrido, ao ser intimado para responder (oferecer contra-razões), não pode interpor contra essa decisão, apesar de ser interlocutória, o recurso de agravo [e, por óbvio, também, embargos declaratórios].

“Toda a matéria referente à admissibilidade do recurso poderá ser levantada em sua resposta. Ou seja, as contra-razões servirão para demonstrar ao órgão *ad quem* todos os motivos pelos quais entende que o recurso não poderia ter sido admitido.

Até mesmo sem a impugnação específica nas contra-razões do recurso, o órgão *ad quem* deverá apreciar todos os requisitos que formam o seu juízo de admissibilidade, não havendo que se falar na existência de preclusão. A provocação da parte é irrelevante para que o órgão *a quo* não conheça do recurso pela ausência de um de seus requisitos de admissibilidade” (Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos, *in*: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, vol. 5, p. 231 e 232).

Sedimentando a questão, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, monocraticamente, a respeito:

“A recorrida impugna, por meio de ‘agravo regimental’ protocolado nesta Corte, a decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu o recurso especial e também a ‘distribuição automática’ do apelo.

“Primeiro, é irrecorrível a decisão que admite o recurso especial, cabendo o agravo previsto no art. 544, CPC, e não o ‘regimental’, apenas nos casos de inadmissão.

“Segundo, ainda não há decisão monocrática nesta instância especial a ensejar a interposição de qualquer recurso.

“Ante a manifesta inadmissibilidade de ‘agravo regimental’ na espécie, a ele nego seguimento, nos termos do art. 557, CPC” (REsp n.

525789, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 1º-8-03) (grifei).

Ante o exposto, por ausência de interesse recursal, não conheço dos embargos declaratórios e, em razão de estar findo o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário,

ascendam os autos à Superior Instância.

Intimem-se.

Florianópolis, 11 de agosto de 2003.

Silveira Lenzi,
2º Vice-Presidente.

MEDIDAS CAUTELARES INCIDENTAIS

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL EM RECURSO CRIMINAL N. 2001.008561-5/0003.00, DE BLUMENAU

Requerente: Luis Carlos Scholesser

Advogado: Dr. André Mello Filho

Requerido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Interessado: Luiz Fabiano de Souza

Interessado: Sidnei Luiz Fernandes

DESPACHO

Trata-se de medida cautelar inominada incidental aforada por Luis Carlos Scholesser, a fim de conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial em Recurso Criminal n. 2001.008561-5/0002.00, para sustar quaisquer efeitos da sentença que o pronunciou como incurso nas sanções dos artigos 121, § 2º, incs. I, III, IV; 149 e 288, todos do Código Penal e dos arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/76, até final julgamento do recurso especial.

Alega o demandante que não sendo concedido o efeito suspensivo ao presente recurso fatalmente será submetido ao julgamento pelo tribunal popular e, caso condenado, haverá sua imediata prisão, dada a natureza dos delitos que lhe são imputados.

O autor sustenta que o *fumus boni iuris* está consubstanciado no fato de que a remessa dos autos à origem para a realização de julgamento popular estará tolhendo o seu direito de recorrer, bem como estar-se-á negando validade ao § 2º do art. 584 do CPP.

Outrossim, aduz a presença do *periculum in mora* no fato de poder ser condenado pelo tribunal do júri e, por conseqüência, ser encarcerado, sendo que, após o julgamento do recurso especial, poderá ocorrer a anulação da sentença de pronúncia.

Requer, assim, a concessão da liminar a fim de sustar os efeitos da sentença de pronúncia.

É o relatório.

Tanto os recursos especiais quanto os extraordinários são recebidos apenas no efeito devolutivo, a teor do art. 637 do CPP e do art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90. Contudo, a jurisprudência pátria amainou tal regra, possibilitando, em casos excepciona- líssimos, a concessão de efeito suspen- sivo aos referidos reclamos extraordi- nários, por meio de liminares em ações cautelares incidentais ou preparatórias a estes recursos, tendo como funda- mento o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC.

Colhe-se da jurisprudência do STJ:

“Processual civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. *Periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Petição inicial. Indeferimento.

“1. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido o uso de medida cautelar, nos termos do art. 288 do seu Regimento Interno, para se atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Todavia, impende clarificar que se trata de medida de caráter excepcional, só deferível quando satisfeitos os pressupostos dos artigos 798 e 799 do Código de

Processo Civil, como, por exemplo, nas hipóteses em que a decisão recorrida se apresenta teratológica ou afrontosa à jurisprudência da Corte [...]” (MC n. 6188/PB, Min. João Otávio de Noronha, DJU de 7-4-03, p. 250).

Não tendo, ainda, manifestação do juízo de admissibilidade nos referidos recursos constitucionais ou, caso já admitidos, não tenham sido remetidos aos Tribunais Superiores, compete a este Tribunal de Justiça apreciar a concessão ou não do efeito suspensivo requerido em sede cautelar, de acordo com a melhor dicção do art. 800, parágrafo único, do CPC, *in verbis*:

“As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

“Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

A Corte Superior já se manifestou:

“Processo civil – Medida cautelar — Indeferimento liminar – Agravo regimental.

“1. Liminar acautelatória em juízo especial é medida excepciona- líssima para a proteção de direitos instantâneos.

“2. Em pendência recurso especial ainda não admitido, a compe- tência para o exercício geral de cautela é do juízo de admissibilidade (art. 800 do CPC) [...]” (AGRMC n. 2613/MG, Min. Eliana Calmon, DJU de 12-8-02, p. 181).

Portanto, é manifesta a compe- tência deste Segundo Vice-Presidente

para a apreciação da liminar requerida na presente medida.

Todavia, ressalto que a utilização de medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário é providência que tenho como inusitada, eventual e excepcional, cabível apenas em casos teratológicos; mediante a demonstração de seus requisitos, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, a teor do art. 798 do CPC.

Colhe-se da jurisprudência do STJ:

“Processual civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. *Periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Petição inicial. Indeferimento.

[...]

“2. Para fazer jus à tutela cautelar pleiteada, deve a Autora, recorrente no recurso especial, demonstrar, de plano, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, consistindo este no fundado receio de ocorrência de dano grave e de difícil reparação, enquanto se aguarda o processamento e julgamento do recurso.

“3. O *fumus boni iuris*, em casos da espécie, se traduz na demonstração da plausibilidade de conhecimento e provimento do recurso especial, ao qual se quer emprestar efeito suspensivo.

“4. Não demonstrada na petição inicial a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, impõe-se o indeferimento da petição inicial. CPC, artigos 295, III e 267, I” (MC n. 6188/PB, Min. João Otávio de Noronha, DJU de 7-4-03, p. 250).

Em idêntico teor:

“Processual civil. Agravo em medida cautelar originária. Recurso especial interposto perante o eg. Tribunal *a quo*. Aparente inadmissibilidade. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

“– Em se tratando de medida cautelar originária para emprestar efeito suspensivo a recurso especial interposto perante o eg. Tribunal *a quo*, ou para determinar a sua subida, está o relator autorizado a proceder a um juízo prévio e perfunctório do recurso especial, pois apresentando-se esse manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante em Tribunal Superior, o seu aparente insucesso prejudica a admissibilidade do pedido cautelar.

“– O desantendimento [*sic*] a pressupostos recursais genéricos e específicos do recurso especial, a incidência de óbice sumular e/ou regimental, e a carência de plausibilidade da pretensão recursal formulada contra eventual *error in judicando* ou *error in procedendo* denotam a ausência do *fumus boni iuris*, requisito indispensável à concessão da medida cautelar” (AGRMC n. 5868/MG, Min. Nancy Andrighi, DJU de 24-3-03, p. 212).

Ainda:

“Processual civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo a acórdão de segundo grau. Desapropriação. Interesse social. Inocorrência de julgamento definitivo. Existência dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. [...].

“3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua

concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal” (MC n. 5420/RS, Min. José Delgado, julgada em 26-11-02, DJU de 10-3-03, p. 87).

Na espécie, reputo ausente o *fumus boni iuris*, que nas medidas cautelares “se traduz na demonstração da plausibilidade de conhecimento e provimento do recurso especial, ao qual se quer emprestar efeito suspensivo” (MC n. 6188/PB, Min. João Otávio de Noronha, DJU de 7-4-03, p. 250), porquanto nem a alegação do requerente de que seu direito de recorrer seria tolhido com a remessa dos autos à origem para a realização do júri popular, nem a de que haveria violação ao § 2º do art. 584 do CPP, caso o efeito suspensivo, ora requerido, não fosse concedido, possuem o condão de demonstrar que as teses argüidas no recurso especial – violação aos arts. 408 e 619, ambos do Código de Processo Penal e ocorrência de dissídio jurisprudencial

acerca da aplicação destes dispositivos – têm plausibilidade jurídica, com razoável chance de provimento do reclamo.

Assim, não tendo o requerente logrado êxito em comprovar o *fumus boni iuris*, torna-se despicienda a análise do *periculum in mora*, isso porque:

“[...] A concessão de efeito suspensivo a recurso especial constituiu medida de rara excepcionalidade desde que ocorrentes concomitantemente os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Inexistindo, no caso, a plausibilidade do direito invocado, perceptível de plano, indefere-se a liminar. [...]” (AGRMC n. 1740/RS, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 23-8-99, p. 136).

Por tais fundamentos, indefiro a liminar *inaudita altera pars* requerida.

Apense-se estes autos ao processo principal, a teor do art. 809 do CPC; após, voltem conclusos para a análise da admissibilidade do recurso principal.

Intimem-se.

Florianópolis, 11 de agosto de 2003.

Silveira Lenzi,
2º Vice-Presidente.

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL EM *HABEAS CORPUS* N. 2003.006284-0/0002.00, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina****Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck****Requerido: Marcelo Gonçalves Mostardeiro****Advogado: Dr. Eli Oliveira Ramos****DESPACHO**

Trata-se de medida cautelar inominada incidental aforada pelo representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, a fim de conferir efeito suspensivo ao recurso especial em *Habeas Corpus* n. 2003.006284-0, tendo em vista a concessão da ordem em favor do paciente, para que o órgão do Ministério Público, em exercício perante a Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, analise a ocorrência dos requisitos subjetivos para o oferecimento da suspensão condicional do processo e, em caso de sua presença, concretize a oferta da benesse.

Alega o demandante que, ao contrário do que entendeu o Tribunal de Justiça, o ora requerido não possui condições objetivas para que lhe seja concedida a benesse da suspensão condicional do processo pois, quando ao mesmo agente é imputada a prática de crimes diversos, cujas penas mínimas somadas ou resultantes da aplicação da majorante referente ao concurso de infrações ultrapassarem o limite de 1 (um) ano, o requisito objetivo exigido não se encontra presente.

Aduz que o *fumus boni iuris* está consubstanciado na orientação

jurisprudencial, uniformemente adotada pelos Tribunais Superiores, sendo que tal entendimento resultou na edição da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, sustenta a presença do *periculum in mora* no fato de que se ocorrer a suspensão condicional do processo a sua instrução será imediatamente paralisada, restando prejudicada a coleta de provas que, via de regra, apresenta-se mais fácil quanto mais se aproxima temporalmente dos fatos.

Afirma, também, que eventualmente findo o período probatório, sem decisão no recurso interposto, estar-se-ia diante de uma causa de decretação da extinção da punibilidade, restando definitivamente supridas da apreciação do Poder Judiciário as condutas acoimadas como criminosas.

Salienta, ainda, o requerente, que se afigura bastante provável o provimento do recurso proposto, e a eventual demora no seu julgamento poderia acarretar a ocorrência da prescrição, posto que em relação a tal instituto, o cômputo do prazo previsto há de ser feito levando em consideração apenas a pena isolada cominada a cada delito.

Requer, assim, a concessão da liminar, para o fim de conferir efeito suspensivo ao recurso especial.

É o relatório.

Tanto os recursos especiais quanto os extraordinários são recebidos apenas no efeito devolutivo, a teor dos arts. 637 do CPP e 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90. Contudo, a jurisprudência pátria amainou tal regra, possibilitando, em casos excepcionalíssimos, a concessão de efeito suspensivo aos referidos reclamos extraordinários, por meio de liminares em ações cautelares incidentais ou preparatórias a estes recursos, tendo como fundamento o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC.

No caso de ainda não ter sido proferido o juízo de admissibilidade nos referidos recursos constitucionais ou, se já admitidos, ainda não tiverem sido remetidos aos Tribunais Superiores, compete a este Tribunal de Justiça apreciar a concessão ou não do efeito suspensivo, requerido em sede cautelar, de acordo com a melhor dicção do art. 800, parágrafo único, do CPC:

“As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

“Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil – Medida cautelar: Indeferimento liminar – Agravo regimental.

“1. Liminar acautelatória em juízo especial é medida excepcionalíssima para a proteção de direitos instantâneos.

“2. Em pendência recurso especial ainda não admitido, a competência para o exercício geral de cautela é do juízo de admissibilidade (art. 800 do CPC) [...]” (AGRMC n. 2613/MG, Min. Eliana Calmon, DJU de 12-8-02, p. 181).

Ainda, da Corte Superior, colhe-se julgado semelhante, na esfera penal:

“Processual — Medida cautelar — Matéria penal — Aplicação por analogia do art. 800 do CPC — Agravo regimental — Afastamento de prefeito — Efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto — Impossibilidade.

“1 — Admite-se, na via da excepcionalidade e aplicando-se por analogia o art. 800 do CPC, medida cautelar para conceder efeito suspensivo a recurso especial já interposto, em autos que versem sobre matéria criminal.

“2 — Na hipótese, o requerente pretende suspender os efeitos de decisão que sequer foi publicada. Flagrante impossibilidade, porquanto a competência ainda não foi deslocada para esta Corte, permanecendo o Tribunal de origem apto para o conhecimento e processamento de qualquer medida acautelatória para assegurar eventual direito da parte.

“3 — Precedente do STF (AGRPET n. 1.189/MG, rel. Ministro Moreira Alves).

“4 — Agravo regimental conhecido, porém, desprovido” (AGRMC n. 1949, Min. Jorge Scartezini, DJU de 14-2-00, p. 45).

Todavia, ressalto que a concessão de medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário é providência que tenho como inusitada, eventual e excepcional, cabível apenas em casos teratológicos ou de grave dano, de difícil reparação.

Para que a cautelar tenha êxito, é imprescindível a presença de dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

In casu, não vislumbro a presença do *fumus boni iuris*.

Verifico que o requerido foi denunciado pela prática do crime de estelionato (art. 171 do CP), em continuidade delitiva (3 vezes).

De acordo com o que dispõe a Súmula 243 do STJ, deve-se, primeiramente, incidir a majorante da continuação delitiva para, somente depois, verificar o *quantum* da pena a ser imposta, que não poderá ultrapassar o limite de 1 (um) ano para que seja possível a concessão da suspensão condicional do processo (critério objetivo).

Conforme o registro de Damásio Evangelista de Jesus, o aumento a ser imposto no caso de três crimes é de 1/5 (um quinto), senão vejamos:

“Dentro do limite mínimo e máximo do aumento o juiz pode impor o acréscimo que lhe parecer correto. Note-se que o dispositivo fala em

aumento de um sexto a dois terços. E o aumento varia de acordo com o número de crimes [...] O Tribunal de Alçada de São Paulo aplica os seguintes princípios: 1º) dois crimes: acréscimo de um sexto; 2º) três delitos: um quinto (TACrimSP, Ap. Crim. n. 1.043.343, 12ª Câmara, rel. Juiz Ary Casagrande, j. 10-3-1997, RT 746:610 e 613); 3º) quatro crimes: um quarto; 4º) cinco delitos: um terço; 5º) seis crimes: metade; 6º) sete delitos ou mais: dois terços (AE n. 452.857, BMJTACrimSP, 45:13)” (Código Penal Anotado, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 260).

Assim, incidindo a majorante da continuação delitiva, a pena a ser imposta será de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 13 (treze) dias, ultrapassando, dessa forma, o limite de 1 (um) ano previsto pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 para que seja possível a concessão da suspensão condicional do processo.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo de 1 (um) ano ao qual se refere a Súmula 243 foi alterado para 2 (dois) anos, tendo em vista a derrogação do art. 61 da Lei n. 9.099/95 pela Lei n. 10.259/01. Logo, o critério objetivo para a concessão da benesse foi alargado, passando a abranger os delitos cujas penas não ultrapassem o limite de 2 (dois) anos.

Em caso análogo, em que foi recorrente o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, assim decidiu o STJ:

“Recurso especial. Penal e processo penal. Suspensão do

processo. Não aplicável às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva. Lei n. 10.259/01.

‘O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano’ (Súmula 243/STJ).

‘No entanto, a Lei n. 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei n. 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (1) ano alterado para dois (2) anos. In casu, ipso facto, o ora recorrido pode receber tal concessão, uma vez que a pena cominada é de um ano e quatro meses de detenção, já aumentada pelo concurso material’.

“Recurso não conhecido” (REsp n. 356174/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 24-3-03, p. 263) (grifei).

E, ainda:

“Penal e processual penal. Recurso ordinário de *habeas corpus*. Lei n. 9.099/95. Limite de 1 (um) ano. Suspensão condicional do processo. Majorante (crime continuado). Lei n. 10.259/01. Limite de 2 (dois) anos. Súmula 243/STJ.

“I – Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do

processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada.

“II – ‘O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano’.

“III – A Lei n. 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei n. 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (1) ano alterado para 2 (dois) anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte.

“Recurso provido para afastar o limite de um (1) ano, e estabelecer o de dois (2) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo” (RHC n. 12033/MS, Min. Felix Fischer, DJU de 9-9-02, p. 234) (grifei).

Por tais fundamentos, ante a ausência do *fumus boni iuris*, indefiro a liminar pleiteada.

Apense-se estes autos ao processo principal, a teor do art. 809 do mesmo diploma legal.

Intimem-se.

Florianópolis, 2 de julho de 2003.

Silveira Lenzi,
2º Vice-Presidente.

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.006993-3/0001.00, DE ITAJAÍ**Requerente: Sindicato dos Estivadores de Itajaí e Florianópolis****Advogados: Dr. Paulo Armínio Tavares Buechele e outros****Requeridos: Alcione de Souza e outros****Advogado: Dr. Sidnei de Souza****DESPACHO**

Sindicato dos Estivadores de Itajaí e Florianópolis ajuíza medida cautelar, com pedido liminar, pugnando pela obtenção de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e/ou especial a ser interposto contra o acórdão da Primeira Câmara de Direito Civil que desproveu o recurso de agravo de instrumento: a) reconhecendo a competência da Justiça Comum de Itajaí para o julgamento da cautelar inominada ajuizada pelos requeridos; b) declarando que o sindicato, ora requerente, possui legitimidade passiva *ad causam*; c) garantindo aos requeridos, integrantes da categoria de portuários avulsos cadastrados, o direito de participarem da escala diária, na sede do sindicato, em condições isonômicas as dos portuários registrados.

Sustenta o requerente que o acórdão atacado contrariou frontalmente os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade de exercício de trabalho ou profissão, uma vez que não há falar em tratamento discriminatório dispensado aos trabalhadores portuários avulsos, mas, tão-somente, observância ao disposto no art. 4º da Lei n. 9.719/98, que ordena seja dada

preferência aos trabalhadores registrados, com a complementação da escala diária pelos cadastrados.

Alega, ainda, que a decisão objurgada está servindo de precedente para o ingresso em juízo de outros trabalhadores avulsos cadastrados, razão pela qual acabará por dizimar o trabalho garantido dos únicos que se dedicam, com exclusividade, à profissão de estivador, quais sejam, os trabalhadores registrados.

Aduz, também, que a inclusão pura e simples de 46 (quarenta e seis) trabalhadores cadastrados no rodízio, sem a experiência e capacitação técnica suficientes para o exercício das atividades profissionais, poderá elevar o número de acidentes de trabalho e/ou prejuízos às cargas e embarcações no Porto de Itajaí, além do que o quadro de tensão crescente instalado na estiva entre os trabalhadores cadastrados e registrados põe em risco a própria integridade física das duas categorias de portuários.

Requer, assim, o conhecimento da presente medida cautelar e a concessão da liminar pleiteada para que sejam suspensos todos os efeitos decorrentes da decisão guerreada, até, no mínimo, o juízo de admissibili-

dade do futuro recurso extraordinário e/ou especial a ser protocolado.

É o necessário relatório.

Tanto os recursos especiais quanto os extraordinários são recebidos apenas no efeito devolutivo, a teor do art. 542, § 2º, do CPC. Contudo, a jurisprudência pátria amainou tal regra, possibilitando, em casos excepcionalíssimos, a concessão de efeito suspensivo aos referidos reclamos extraordinários, por meio de liminares em ações cautelares incidentais ou preparatórias a estes recursos, tendo como fundamento o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC.

Colhe-se da jurisprudência do STJ:

“Processual civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. *Periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Petição inicial. Indeferimento.

“1. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido o uso de medida cautelar, nos termos do art. 288 do seu Regimento Interno, para se atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Todavia, impende clarificar que se trata de medida de caráter excepcional, só deferível quando satisfeitos os pressupostos dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, como, por exemplo, nas hipóteses em que a decisão recorrida se apresenta teratológica ou afrontosa à jurisprudência da Corte” [...]” (MC n. 6188/PB, Min. João Otávio de Noronha, julgada em 6-3-03, DJU de 7-4-03, p. 250).

Já salientei em reiteradas decisões que esta Corte de Justiça possui competência para apreciar a concessão ou não do efeito suspensivo ao(s) recurso(s) especial e/ou extraordinário, requerida em sede cautelar, caso o juízo de admissibilidade deste(s) ainda não tenha-se perfectibilizado, ou caso já encerrado, os autos ainda não tenham sido remetidos aos Tribunais Superiores, de acordo com a melhor dicção do art. 800, parágrafo único, do CPC, *in verbis*:

“As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

“Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

A Corte Superior já se manifestou:

“Processo civil – Medida cautelar — Indeferimento liminar – Agravo regimental.

“1. Liminar acautelatória em juízo especial é medida excepcionalíssima para a proteção de direitos instantâneos.

“2. Em pendência recurso especial ainda não admitido, a competência para o exercício geral de cautela é do juízo de admissibilidade (art. 800 do CPC). [...]” (AGRMC n. 2613/MG, Min. Eliana Calmon, DJU de 12-8-02, p. 181).

Assim, é manifesta a competência deste Segundo Vice-Presidente para a apreciação da presente medida cautelar, cujo objetivo é conferir efeito suspensivo

a recurso especial e/ou extraordinário. Ressalto, contudo, que tal instrumento é inusitado, eventual e excepcional, cabível apenas em casos teratológicos, mediante demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* – requisitos inerentes às providências cautelares.

In casu, o requerente moveu a presente cautelar a fim de dar suspensividade a recurso(s) especial e/ou extraordinário que nem sequer foi(ram) interposto(s) perante esta Corte, providência que o Superior Tribunal de Justiça admite somente em situações *excepcionalíssimas*, como se verá:

“Processo civil. Medida cautelar. Recurso especial. A ação cautelar ajuizada para atribuir efeito suspensivo a recurso especial a ser interposto contra acórdão atacado por embargos de declaração é prematura; enquanto não esgotada a jurisdição ordinária, a competência do Superior Tribunal de Justiça, em matéria cautelar, só pode resultar de situação manifestamente excepcional, *v. g.*, a protelação indefinida do julgamento do recurso, com risco da perda do direito. Agravo regimental não provido” (AgRg na Medida Cautelar n. 5.478/GO, Min. Ari Pargendler, DJU de 16-12-02, p. 305).

E também do STJ:

“Agravo regimental. Decisão que negou seguimento à medida cautelar. Recurso especial não interposto. Efeito suspensivo. Hipótese excepcionalíssima. Não configurada. *Fumus boni iuris* inexistente. Embargos à execução fiscal. Improcedência. Recurso aguardando julgamento. Execução definitiva. Precedentes.

“I — *A jurisprudência desta Corte somente admite a concessão de medida cautelar a recurso especial ainda não interposto, em situações excepcionalíssimas.*

“II — Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, inviável torna-se o seu deferimento.

[...]

“IV – Recurso a que se nega provimento” (AGRMC n. 5.508/SP, Min. Paulo Medina, DJU de 16-12-02, p. 283) (grifei).

E ainda:

“Administrativo e processual civil. Medida cautelar. Agravo regimental. Boate. Cassação de alvará para funcionamento.

“1. *No âmbito do STJ, é excepcional a admissão de medida cautelar, nos termos do art. 288 do seu Regimento Interno, para se atribuir efeito suspensivo a recurso especial.*

“2. *O fato de o recurso especial ainda não ter sido interposto dificulta, ainda mais, o deferimento da medida.*

“3. Inexiste o *fumus boni iuris* se a cassação do alvará decorre da aparente impossibilidade prática de cumprimento, pelo estabelecimento comercial, das regras exigidas pelo Município para o funcionamento da empresa, com o propósito de conciliar os interesses em conflito.

“4. Agravo regimental a que se nega provimento” (AGRMC n. 6536/RJ, Min. João Otávio de Noronha, DJU de 30-6-03, p. 159) (grifei).

Verifico que a situação tratada nos autos não pode ser considerada excepcionalíssima, isso porque, a inclusão, na escala de rodízio da estiva, dos 46 (quarenta e seis) trabalhadores portuários cadastrados, em igualdade de tratamento com o 240 (duzentos e quarenta) trabalhadores portuários registrados, não caracteriza situação de perigo iminente, como alega o recorrente, mormente tendo em vista o fato de que para trabalharem em regime complementar, apenas na falta dos trabalhadores registrados, os trabalhadores cadastrados são previamente habilitados para o exercício das atividades da estiva, nos termos do art. 27 da Lei n. 8.630/93, não havendo falar, assim, em prejuízos ao desempenho destes nos terminais portuários ou perigo à integridade física dos que lá

trabalham. Sendo assim, não vislumbro hipótese excepcional a autorizar o processamento da medida cautelar ajuizada.

Do exposto, não demonstrada a excepcionalidade da presente medida cautelar, aforada com o objetivo de conferir efeito suspensivo a recurso ainda não interposto, indefiro-a, a teor do art. 295, inc. I, do CPC.

Apense-se estes autos ao processo principal, a teor do art. 809 do CPC.

Intimem-se.

Florianópolis, 14 de agosto de 2003.

Silveira Lenzi,
2º Vice-Presidente.

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.020049-3/0002-00, DE PIÇARRAS

Recorrente: Madef S.A. – Indústria e Comércio

Advogados: Dr. Leonardo José Iserhard Zoratto e outro

Recorrida: Dipesca Indústria e Comércio de Pescados Ltda.

Advogados: Dr. Gilcemar Natal Costa e outro

DESPACHO

Madef S.A. – Indústria e Comércio interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 223 a 230, que, por unanimidade, deu parcial provimento à

apelação cível interposta pela ora recorrente.

Foram opostos embargos declaratórios pela ora recorrente às fls. 236 e 237, os quais restaram parcialmente providos pelo acórdão de fls. 319 a 322, reduzindo a verba honorária

para a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Às fls. 241 a 250, a ora recorrida opôs embargos de declaração, os quais restaram rejeitados (fls. 260 a 264).

Alega a insurgente, em síntese, que o acórdão atacado afrontou o art. 20 do Código de Processo Civil, por não ter, expressamente, condenado a ora requerida ao pagamento dos honorários advocatícios.

Requer, ainda, a nulidade do processo, em virtude de não ter sido intimada para contra-arrazoar os embargos declaratórios opostos pela ora recorrida.

O Ministério Público, às fls. 302 a 305, manifestou-se pela inadmissão do recurso.

É o necessário relatório.

Primeiramente, quanto à alegada nulidade processual, o presente recurso tem sua admissibilidade vedada pela Súmula 284 do STF, pois deficitária sua fundamentação, haja vista o insurgente não ter especificado qual o dispositivo infraconstitucional violado pelo acórdão guerreado.

No que pertine à alegada afronta ao art. 20 do CPC, falta à recorrente um dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade recursal, qual seja, o interesse em recorrer, pois constato dos autos que os embargos declaratórios opostos pela ora insurgente foram parcialmente acolhidos (fls. 319 a 322), para suprir a omissão apontada, fixando os honorários advocatícios.

Acerca do assunto, Nelson Nery Júnior leciona:

“O recorrente deve, portanto, pretender alcançar algum proveito, do ponto de vista prático, com a interposição do recurso, sem o que não terá ele interesse em recorrer” (Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, 5ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 266).

Diante do exposto, inadmito o reclamo.

Intimem-se.

Florianópolis, 8 de setembro de 2003.

Silveira Lenzi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.024900-4, DE CANOINHAS

Recorrentes: Vilson Roque Cornelsen e outros

Advogados: Drs. Rafael de Assis Horn e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado Santa Catarina

Procurador de Justiça: Dr. Paulo Roberto Speck

Interessado: Aldori de Ávila Arruda

Advogados: Drs. Loacir Gschwendtner e outro

DESPACHO

Vilson Roque Cornelsen, Vilmar Walter Cornelsen e Oséias Wosniak interpõem recurso especial, com fulcro no art. 105, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 264 a 273 que, por votação unânime, negou provimento à apelação criminal interposta pelos ora recorrentes e por Aldori de Ávila Arruda, mantendo a sentença que os condenou, individualmente, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. I, alínea a e § 4º, inc. III, da Lei n. 9.455/97. Restaram absolvidos do delito descrito no art. 148, § 2º, do Código Penal, em razão de o tipo ser absorvido pelo crime de tortura, e tiveram extinta a punibilidade, com base no art. 107, inc. IV, do Código Penal, em relação aos crimes de porte de arma (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97) e lesões corporais de natureza leve (art. 129, *caput*, do Código Penal).

Foram opostos embargos declaratórios às fls. 275 a 276, os quais restaram rejeitados pelo acórdão de fls. 297 a 300.

Alegam os recorrentes que a decisão atacada negou vigência ao art. 1º da Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 e aos arts. 1º, 2º e 3º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985.

O Ministério Público apresentou suas contra-razões às fls. 312 a 319, requerendo, ao final, a imediata execução provisória da pena.

É o relatório.

Observo que foram cumpridos todos os requisitos necessários à admissão do recurso pela alínea a, quanto à alegada negativa de vigência ao art. 1º da Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 e aos arts. 1º, 2º e 3º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, pois a decisão judicial recorrida é de última instância; o reclamo encontra-se tempestivo, e suficientemente fundamentadas suas razões acerca da alegada violação aos referidos dispositivos, os quais foram devidamente prequestionados.

Por outro lado, indefiro o pedido do representante do Ministério Público de início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo em vista que, após longa reflexão acerca desse assunto, à luz da doutrina pátria, resolvi alterar meu posicionamento, o qual tinha como norte as decisões dos Tribunais Superiores.

É sabido que, em razão de os recursos especiais e extraordinários serem recebidos somente no efeito devolutivo, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que a execução provisória da pena não afronta o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF/88), sendo esta mero efeito da condenação.

Esse entendimento é aplicado, inclusive, às decisões *a quo* que condicionam a prisão do acusado ao

seu trânsito em julgado, conforme se infere do julgado a seguir:

“*Habeas corpus* originário. Estupro. [...] Expedição de mandado de prisão condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Efeito suspensivo ao recurso especial. Inviabilidade.

[...]

“A condicionante estabelecida pelo juiz singular, no sentido de mandado de prisão só ser expedido após o trânsito em julgado do *decisum* condenatório, não tem, nem pode ter, a extensão pretendida, visando apenas permitir a interposição de recurso, pelo réu, em liberdade, quando concedido o benefício.

“Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), *ex vi* do art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, em regra, só têm efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão. Ordem denegada” (HC n. 17954/PE, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 25-2-02, p. 418).

Contudo, não obstante o entendimento desses Tribunais, “a questão não pode mais ser considerada pacífica, diante do texto constitucional de 1988, que adotou, como princípio fundamental do ordenamento, a regra segundo a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, inc. LVII)” (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Recursos no processo penal, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 301).

In casu, não verifico a presença de quaisquer dos requisitos previstos no art. 312 do CPP para a garantia da ordem pública; da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, os quais justificariam suas segregações.

Nesse diapasão, o jurista Luiz Flávio Gomes leciona que, em razão do princípio constitucional de inocência, o réu possui o direito de recorrer em liberdade, afirmando que:

“A determinação de que o recurso extraordinário ou especial só tem efeito ‘devolutivo’ é, segundo nosso ponto de vista, outro vivo exemplo de prisão ‘automática’ ou ‘obrigatória’ ou ‘antecipada’; desde logo, a lei está mandando ‘executar’ o julgado, embora o condenado seja presumido inocente, pela Constituição. Cuida-se de dispositivo que viola flagrantemente esse princípio, que, como vimos (cap. III, *supra*, n. 2), proíbe qualquer tipo de prisão (ou castigo) antecipado (a). Não impede a decretação de prisão cautelar, desde que fundamentadamente. Mas é totalmente inconciliável com o que está disciplinado no art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90. Esta norma legal, de outro lado, criou o ‘culpado provisório’, o que é uma aberração jurídica, se se tem presente o princípio da presunção de inocência. Nada impede que o Tribunal, condenando ou confirmando a condenação do acusado, decrete sua prisão preventiva, desde que haja justo motivo, devidamente demonstrado. Não se justificando, no entanto, essa medida excepcional, qualquer prisão que se admita seria a título de ‘execução antecipada do julgado

provisório'. Não estando presentes aqueles requisitos fundamentadores da preventiva, o que temos é o cumprimento 'imediatamente' do castigo. Daí o paradoxo: o acusado, presumido inocente pela constituição, deve desde logo iniciar o cumprimento da pena fixada, por força de imposição legal. É tratado pela lei como 'culpado', embora presumido inocente pela constituição" (Luiz Flávio Gomes, Direito de apelar em liberdade: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 90).

A par disso, acredito não mais poder decretar a execução da decisão condenatória antes de seu trânsito em julgado, excetuando, logicamente, os casos das prisões cautelares (art. 312 do CPP), tendo em vista o princípio da presunção da inocência, o qual, como visto, se encontra insculpido e consagrado por nossa Carta Magna. Dessa forma, não se verificando quaisquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, não há decretar a prisão "provisória" dos réus.

Acerca do assunto, leciona Luiz Roberto Cicogna Faggioni:

"[...] a presunção de inocência, princípio basilar do sistema, veda toda espécie de tratamento sancionatório aplicado antes da sentença condenatória. Esse é o limite imposto pela Constituição. Daí somente as prisões cuja finalidade seja cautelar é que podem ser determinadas anteriormente ao reconhecimento da culpa" (Luiz Roberto Cicogna Faggioni, Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 41, jan./mar. de 2003, p. 148).

Pelo exposto, admito o reclamo pela alínea a do inc. III do art. 105 da CF/88, determinando sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça e indefiro o pedido do representante do Ministério Público de fls. 317 a 319.

Intimem-se.

Florianópolis, 21 de agosto de 2003.

Silveira Lenzi,
2º Vice-Presidente.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS

**JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DA CAPITAL
PROCESSO N. 23.00.043738-0**

JUIZ DE DIREITO: DR. RODRIGO ANTÔNIO DA CUNHA

Vistos etc.

Raimundo Antônio Loch, devidamente qualificado na exordial, e por meio de advogado constituído, aforou, perante este Juízo, ação de indenização por danos morais contra Zero Hora — Editora Jornalística S.A., aduzindo, em resumo, que esta, em data de 6-7-2000, veiculou, no denominado “caderno de classificados” do Jornal Diário Catarinense, de sua propriedade, propaganda de cunho ofensivo à sua reputação com os dizeres “Thuani travesti ativa, passiva, com local”(sic) trazendo consignado ainda o número de seu terminal telefônico celular.

Após discorrer longamente sobre o constrangimento e a humilhação a que se viu submetido diante de tal publicação, não só perante familiares, como também de toda a comunidade da pequena cidade de Anitápolis, onde exercia suas funções como policial militar e era por todos conhecido, sendo acometido de forte depressão que o levou a se transferir para a cidade de

Palhoça, finda por pugnar pela procedência da ação, com a condenação da requerida ao pagamento do valor correspondente a 600 salários mínimos, a título de indenização pelos danos morais que lhe foram infligidos, bem assim nas verbas decorrentes da sucumbência, pleiteando, desde logo, não só a produção de provas, inclusive testemunhal, ofertando o respectivo rol, bem assim a concessão do benefício da gratuidade judiciária, que lhe foi deferida, dando à causa o valor de R\$ 10.000,00 e instruindo a inicial com diversos documentos (fls. 2 a 20).

Citada (fl. 25), ofertou a demandada alentada contestação, arguindo, em preliminar, a denúncia da lide ao “vendedor do anúncio” sendo que, no tocante ao mérito, após a defesa veemente da “liberdade de imprensa” e, por conseguinte, da aplicação dos ditames insculpidos na denominada Lei de Imprensa, mormente no tocante à indenização tarifada, propugna, por derradeiro, pela improcedência da ação, condenando o autor nas cominações de estilo (fls. 26 a 82), tudo por este impugnado na dilação que lhe foi

assinada quando, mais uma vez, ratifica os termos da inaugural (fls. 86 a 89).

Indeferida a denúncia da lide em decisão que restou irrecorrida (fl. 91), inexistente a tentativa de conciliação (fl. 100), e, verificando tratar-se a questão de mérito de matéria exclusivamente de Direito, procedo ao julgamento antecipado da lide, *ex vi* do art. 330, I, do Código “Buzaid”.

Relatados. Decido.

Versam os autos de pleito indenizatório manejado por titular exclusivo do direito de uso de terminal telefônico, cujo número restou divulgado em “anúncio classificado” que reputa atentatório à sua dignidade e honorabilidade pessoal, veiculado em órgão de imprensa escrita de propriedade da requerida, denominado “Diário Catarinense” em data de 6-7-2000.

Proemialmente, causa verdadeira espécie a carência ético-processual por parte da requerida quando, procurando isentar-se de qualquer responsabilidade em face do autor, imputou-a, com a maior desfaçatez, a terceiros, aos quais pretendeu denunciar à lide, ao pífio argumento de que teria, tão-somente, limitado-se a veicular matéria paga por estes, o que não condiz, em absoluto, com a realidade, na medida em que ausente qualquer alusão expressa a estes nesse sentido, na malfadada Seção de “Classificados” do jornal em que publicada, toda e qualquer responsabilidade cabe exclusivamente ao órgão de imprensa e, por conseguinte, à requerida, na condição de

sua proprietária, o que faz com que se reputem suas assertivas como de todo falaciosas, pois desconstituídas por ninguém menos que não a própria requerida, flagrada em “atos falhos” em dois momentos distintos, e que não passaram despercebidos a este Juízo!

O primeiro deles já aflorou da própria peça contestatória quando, no afã de “livrar-se” de qualquer responsabilidade pela “matéria” veiculada, veio, então, a asseverar, sem rodeios e com todas as letras, que “Conforme depreende-se do anúncio, o que ocorreu foi um erro de digitação, ou seja, a publicação não faz referência ao autor ou à sua família, por isso não há que se falar em condenação do jornal requerido”(sic, fl. 54).

Ora, se a responsabilidade pela produção e veiculação da malfadada propaganda estava a ser debitada à conta da “empresa” denominada “Central de Anúncios”, na pessoa de sua “vendedora autônoma Nelsi”, como poderia arvorar-se a requerida no direito de alegar a existência de um “erro de digitação”?

A resposta factível e que já se encontrava implícita na própria decisão indeferitória da denúncia da lide era uma só, ou seja, a de que a propalada “Central de Anúncios” nada mais representa senão verdadeira “empresa-laranja” incrustada na própria estrutura da requerida e destinada exatamente a afastar de si a responsabilidade por práticas de tal jaez, desconfiança esta que findou comprovada por ninguém menos que a própria requerida quando, deixando

cair sua máscara, veio a arrolar como testemunha exatamente a “famosa vendedora autônoma de nome Nelsi Ritseher”, a ser intimada no mesmo endereço onde “coincidentalmente” se encontra sediada a requerida, ou seja, na Av. Desembargador Pedro Silva, 2.958, Bairro Itaguaçu, nesta Cidade, deixando assim às escâncaras a existência de vínculo por demais estreito entre ambas, quando não empregatício, mascarado com a figura de “prestador de serviço terceirizado”, muito em voga atualmente entre empresas do gênero, como forma de burlar a legislação trabalhista.

Desnudada assim a “mirabolante farsa” engendrada pela requerida, contando para tanto, diga-se de passagem, com seu próprio auxílio, pois, como bem o diz a sabedoria popular, “o diabo faz a panela, mas esquece de fazer a tampa”. Já no tocante à *quaestio* posta em Juízo, segundo infere-se pelo documento de fl. 11, em data de 6-7-2000 a requerida veiculou, com efeito, na página 13 da Seção dos denominados “classificados” do Jornal “Diário Catarinense”, de sua propriedade, a malsinada “propaganda” contendo os dizeres “Thuani travesti ativa, passiva, com local” (*sic*), seguido do código de área e do número do terminal telefônico de uso exclusivo do autor.

Tais “classificados”, nos quais, verdade seja dita, há mais de uma década vem a requerida especializando-se em todos os jornais e periódicos de sua propriedade, nada mais representam, a rigor, senão verda-

deira prática, das mais cínicas, de apologia do lenocínio, quando não puro e simples rufianismo, na medida em que se destinam à comercialização, não de simples produtos, mercadorias ou serviços, mas, sim, para, em um primeiro momento, mediar a lascívia de outrem e, ao depois, em nome da rentabilidade do “empreendimento jornalístico”, tirar proveito da prostituição alheia, nutrindo-se do lucro auferido por aqueles que a exercem!

Se assim o é, o simples fato de ser veiculado, em “propaganda” ostensivamente pornográfica e aética, o número do terminal telefônico de quem não integra o verdadeiro “submundo”, ao qual é destinado, malfere, de forma indelével, não somente sua honra e reputação perante terceiros, como também, e o que é pior, sua própria dignidade pessoal e auto-estima.

Tal fato vem a agravar-se sobremaneira quando a vítima, alvo de tão insólita e sórdida investida contra sua honorabilidade pessoal, tal qual no caso vertente, exerce as funções de policial militar em uma pequena cidade do porte de Anitápolis, onde praticamente todos os habitantes se conhecem e, consabidamente, reverenciam a autoridade exercida diuturnamente pelos policiais militares, responsáveis pela segurança pública da pequena comunidade.

Registra-se ainda, mesmo que *en passant*, que a circunstância de não haver figurado na malsinada “propaganda” pornográfica o nome do autor, mas sim e tão-somente o

número de seu telefone celular, não lhe retira, em absoluto, a legitimidade para residir em Juízo, e, muito menos, o interesse processual para reclamar contra a violação de sua honra pessoal e de sua própria imagem, pois, consabidamente, em situações que tais, é da própria natureza humana esconder tais desvios comportamentais, inaceitos, porém hipocritamente tolerados socialmente sob o pálio protetor de um pseudônimo ou, como queira a requerida, no jargão popular, de um “nome de guerra”, e nessas condições é certo e indubitado que nenhum dos integrantes do clã proprietário da requerida sentir-se-ia lisonjeado, primeiramente, ao ver estampado, em uma das “propagandas” similares veiculadas em seus órgãos de imprensa escrita, na cidade de Porto Alegre, onde são conhecidos, principalmente pelo *grand monde* local, o número de seu telefone de uso exclusivo vinculado a uma das duas grandes e conhecidas “casas de *show*” também locais, “Gruta Azul” e “Madrigal” e, ao depois, como corolário lógico, constantemente importunados por ligações realizadas pela “seleta clientela” dos referidos “estabelecimentos” cuja atividade “comercial”, consabidamente, é voltada a dar vazão à concupiscência alheia!

É certo e indubitado que a Carta Magna, em seu artigo 220, inadmitte qualquer restrição ou embaraço à plena liberdade de informação, inclusive jornalística, pelos veículos de comunicação social.

Entrementes, impõem-lhes responsabilidade e, principalmente,

estrita observância aos direitos e garantias individuais, também insculpidos na *Lex Fundamentalis*, ao estabelecer, peremptoriamente e sem reboço, em seu art. 5º, X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O binômio liberdade/responsabilidade, aliás, não se constitui, e sabe-o perfeitamente a requerida, em qualquer novidade, pois a já vetusta Lei n. 5.250/67, que “Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”, de há muito preconiza, em seu artigo 49, *caput*, e inciso I, que “aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar os danos morais e materiais, nos casos previstos no artigo 16, ns. II e IV, no artigo 18, e de calúnia, difamação ou injúrias”.

Assim, se a veiculação da “malfadada propaganda” de conteúdo flagrantemente pornográfico, volto a repetir, levada a efeito pela requerida, mesmo que por pura negligência, tipifica, com precisão, a prática do crime de injúria, na medida em que ofendeu a dignidade e o decoro do autor, conspurcando, inegavelmente, não só sua honra pessoal, como também sua imagem e conceito perante todos aqueles que já o conheciam e o conhecem, infligindo-lhe injusto sofrimento, inarredável torna-se a aplicação dos preceitos cogentes ínsitos na novel Lei Substantiva Civil que, ao

disciplinar a matéria, sem deixar margem a exegeses, assim preconizam:

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

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, *excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”(grifei).

[...]

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Destarte, se a conduta comissiva, mesmo que em sua modalidade culposa, levada a efeito pela requerida, deixa às escâncaras seu caráter ilícito, atingindo, de forma torpe e insidiosa, a honorabilidade do autor, inarredável apresenta-se seu dever de indenizá-lo.

E tal se diz, porquanto a ofensa que repercute na esfera subjetiva da vítima, causando-lhe dor íntima, caracteriza o dano moral, operando-se a responsabilidade do agente causador, por força da simples violação à honra, à imagem ou à intimidade, não havendo cogitar da prova do prejuízo, principalmente em razão da notoriedade do fato, e, para tanto, a reparação em virtude de ofensa à imagem ou à honra, em casos tais, há de ser a mais ampla possível, dado o seu caráter punitivo e compensatório, visando não só a inibir novo comportamento faltoso como também a ressarcir pecuniariamente a mácula moral produzida, levando-se em consi-

deração a condição pessoal da vítima, a capacidade econômica do ofensor e, acima de tudo, a natureza e a extensão da dor injustamente imposta ao ofendido!

Registra-se, desde logo, que o dano moral puro ou objetivo, tal qual no caso vertente, prescinde da prova do efetivo reflexo patrimonial, bastando a comprovação do ato ilícito e do nexos de causalidade, sendo presumidos os efeitos nefastos na honra do ofendido, pois, como sabiamente já deixou assentado o Areópago Barriga-Verde, “Para a caracterização de dano moral não se exige que a nódoa se torne pública, pois, ainda que mal vilipendie morada unitária, a resposta da Lei deve ser precisa e rápida, desencorajando os incautos e insuflando a crença na dignidade humana” (Ap. Cív. n. 1998.004595-9, de Brusque, rel. Des. Orli Rodrigues, *in* DJSC de 1º-11-01, p. 21), entendimento este sufragado e remansoso na jurisprudência pátria, ao também assim pontificar:

“O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo bastante para justificar a indenização” (RT 681/163).

“A indenização por ofensa à honra alheia é devida independentemente da comprovação da existência de um efetivo prejuízo, pois ‘dano, puramente moral, é indenizável’” (RE n. 105.157/SP, Min. Octávio Gallotti, RTJ 115/1.383).

No tocante à fixação do montante indenizatório tarifado, tal

qual acenado pela requerida, invocando, para tanto, os preceitos contidos na Lei n. 5.250/67, não passa de verdadeira bazófia, primeiro, por não recepcionados tais dispositivos pela *Lex Fundamental* em vigor há mais de 3 (três) lustros, e já agora por expungidos de forma clara e inofismável pelo artigo 953 da Lei Substantiva Civil, ao estabelecer, em seu parágrafo único, que “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, *cabará ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso*”(grifei).

A não-recepção, pela Carta Magna, da indenização tarifada, preconizada na Lei n. 5.250/67, já se constitui em matéria vencida e pacificada no egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao assim deixar assentado, *verbis*:

“Civil – Ação de indenização – Publicação de matéria considerada injuriosa, difamatória e caluniosa – Fixação do montante – Culpa reconhecida – Lei de Imprensa, arts. 51 e 52 – Ressarcimento tarifado – Não recepção pela Carta de 1988 – I. *Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas.* II – Conquanto possível, em sede de recurso especial, discutir-se, excepcionalmente, o montante do ressarcimento quando verificado excesso incompa-

tível com o dano sofrido, sem que a parte suscite as questões federais pertinentes, tal não tem como acontecer. III – Recurso especial não conhecido”(STJ – REsp n. 167490/SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 18-9-2000 – p. 00133).

“Processo civil – Liquidação de sentença – Nulidade – Danos morais – Lei de Imprensa – *Quantum* indenizatório – I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza. II – Segundo reiterados precedentes, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle desta Corte, recomendando-se que a sua fixação seja feita com moderação. III – *Conforme jurisprudência desta Corte, com o advento da Constituição de 1988 não prevalece a tarifação da indenização devida por danos morais.* IV – Se para a fixação do valor da verba indenizatória, consideradas as demais circunstâncias do ato ilícito, acaba sendo irrelevante o fato de ter havido provocação da vítima, não é nula a decisão que, em liquidação de sentença, faz referência a tal fato. Não há, no caso, modificação na sentença liquidanda. V – Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ – REsp n. 168945/SP – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 8-10-2001 – p. 00210).

“Civil e processual – Ação de indenização – Publicação de matéria considerada caluniosa – Decadência afastada – Dano moral – Fixação do

montante – Culpa reconhecida – Lei de Imprensa, arts. 51, 52 e 56 – Ressarcimento tarifado – Não recepção pela Carta de 1988 – CC, art. 159 – Redução do *quantum* – I. *Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalecem nem o prazo decadencial, nem a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e à dignidade das pessoas.* II. Possível, entretanto, com base na tese argüida no recurso especial, alusiva ao enriquecimento sem causa, apreciar-se, em sede especial, a compatibilidade do valor do ressarcimento com a gravidade da lesão, como no caso dos autos, em que o montante estabelecido nas instâncias ordinárias se revela excessivo, impondo a sua redução para adequação aos parâmetros do Colegiado, notadamente porque, na espécie, a maior parte da notícia retratou fatos verdadeiramente acontecidos, como as imputações feitas ao autor por juiz trabalhista em processo sob sua condução e a abertura de inquérito administrativo pela Comlurb para apuração dos fatos. III. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte”(STJ – REsp n. 72343/RJ – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 4-2-2002) (grifos meus).

De outra banda, não bastasse o advento da novel Lei Substantiva Civil que, em seu art. 953, retrotranscrito, veio a dar nova redação ao disposto no art. 1.547 do Código Civil,

já agora revogado, também já de há muito reconhecida se fazia, por parte dos Pretórios pátrios, da inaplicabilidade do critério para a fixação do montante indenizatório então previsto, levando-se em conta a reprimenda pecuniária na esfera criminal, tal qual almejado pelo autor em sua peça póstica, em se tratando de danos morais.

Esse, aliás, o posicionamento pacífico e já cristalizado do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Civil – Indenização por injúria – Critério – *O artigo 1.547, parágrafo único, do Código Civil contém regra prejudicada pela reforma do Código Penal* (REsp n. 52.842, voto-vista proferido pelo Min. Eduardo Ribeiro). Recurso especial não conhecido”(STJ – REsp n. 117758 – (199700065944) – PR – 3ª T. – Rel. Min. Ari Pargendler – DJU 19-6-2000 – p. 00139).

“Indenização – Danos morais – Critérios para fixação – Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral – *Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto. A norma constante do artigo 1.547, parágrafo único, do Código Civil supunha a cominação de sanção pecuniária específica para cada crime. Não se compatibiliza com o sistema dos dias-multas, que veio a ser adotado no Código Penal, em que a previsão é genérica, para todos os crimes*”(STJ – REsp n. 213731/PR – 3ª T. – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJU 21-8-2000 – p. 00124).

“Processo civil e direito civil – Recurso especial – Indenização – Danos morais – Controle pelo STJ – Inaplicabilidade do art. 1.547 do Código Civil – Lei de Imprensa, arts. 51 e 52 – Ressarcimento tarifado – Não recepção pela Constituição de 1988 – I. Não mais prevalece, a partir da Constituição em vigor, a indenização tarifada, prevista na Lei de Imprensa, devida por dano moral, por publicação considerada ofensiva à honra e à dignidade das pessoas. Precedentes. II. *A norma constante do art. 1.547, parágrafo único, do Código Civil, não se compatibiliza com o sistema de dias-multa, que veio a ser adotado pelo Código Penal, de maneira genérica, para todos os crimes. Precedentes.* III. O valor da indenização por dano moral não escapa ao controle do STJ. Assim se entendeu em razão dos manifestos e freqüentes abusos na estipulação das verbas indenizatórias, especialmente os decorrentes de dano moral. Precedentes. IV. Os insultos associados à pessoa considerada autoridade pública devem ser necessariamente punidos, de maneira a desestimular o agressor a repetir atos dessa natureza. V. Recurso especial conhecido, em parte, e, nessa parte, provido” (STJ – REsp n. 162545/RJ – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 27-8-2001 – p. 00326) (grifos meus).

Não discrepam do mesmo entendimento os demais Sodalícios pátrios quando, em se deparando com a matéria, também assim deixam assentado:

“Civil e processual civil – Título indevidamente protestado – Responsabilidade do credor e da instituição financeira contratada para cobrança – Danos morais – Art. 1.547 do CC – Inaplicabilidade – Denúnciação da lide – Descabimento de condenação solidária em favor do autor sem pedido – Condenação regressiva ao denunciado – Correção *ex officio* da sentença – 1. Não se pode condenar o réu e o denunciado pelo réu frente ao autor, mas, sim, condenar apenas o réu frente ao autor e condenar o denunciado regressivamente no valor que o denunciante tiver que pagar ao autor. Correção *ex officio* da sentença, no particular. 2. Provado o protesto indevido do título, tal fato por si só já implica em direito à reparação por danos morais, vez que a inclusão indevida do nome de qualquer pessoa em cadastros de inadimplentes em decorrência de título indevidamente apresentado para protesto é causa bastante para lhe causar desassossego psíquico e romper com o seu bem-estar. 3. *É descabido arbitramento do valor da indenização com base no art. 1.547 do CC, vez que tal dispositivo se refere à indenização devida, na esfera cível, por aquele que foi condenado, na esfera penal, por crimes de injúria ou calúnia, o que, de fato, não se aplica à espécie.* 4. Ao devedor não importa se a cobrança do título é realizada diretamente ou mediante contratação de uma empresa de cobranças, pois a relação obrigacional se operou com o credor e, uma vez efetuado o pagamento juntamente à instituição credora, extinguiu-se a sua obrigação e surgiu

o seu direito aos efeitos da quitação. 5. Comprovado que a instituição financeira contratada não atendeu à solicitação para que fossem devolvidos todos os títulos sob sua custódia e os encaminhou a protesto, responde ela regressivamente pelos prejuízos que o réu tiver que ressarcir ao autor. 6. Correção *ex officio* da sentença. Recursos improvidos” (TRF, 1ª R. – Ap. Cív. n. 01000283032/BA – 3ª T.Supl. – Rel. Juiz Conv. Wilson Alves de Souza – DJU 6-2-2003 – p. 82).

“Indenização – Danos morais – Critério de fixação – Artigo 1.547 do Código Civil – Inobservância pelo juízo – Possibilidade – Sentença escoreta – O juiz, ao fixar o montante indenizatório, deve considerar os critérios subjetivos da avaliação do dano moral, não se distanciando, porém, do valor atribuído em casos análogos pela jurisprudência dominante, vez que os parâmetros do artigo 1.547 do Código Civil se apresentam exasperados. Apelação desprovida” (TJPR – Ap. Cív. n. 0111473-2 – Fazenda Rio Grande – 6ª C. Cív. – Rel. Juíza Conv. Rosene Arão de Cristo Pereira – DJPR 18-2-2002).

“Embargos de declaração – Dano moral – Indenização – Injúria ao outro cônjuge – Pretendida aplicação do art. 1.547, parágrafo único, do CC – Rejeição – O art. 1.547, parágrafo único, do Código Civil, contém regra prejudicada pelo reforma do Código Penal” (REsp n. 117.758/PR, rel. Min. Ari Pargendler)” (TJPR – Emb. Dec. Cv. 0103642-2/01 / Paranavaí – 1ª C.

Cív. – Rel. Juiz Conv. Airvaldo Stela Alves – DJPR 4-2-2002).

“Responsabilidade civil – Atropelamento por caminhão de propriedade de empresa prestadora de serviço público – Ação de reparação de danos – Improcedência – Apelação. Ainda que examinada a questão exclusivamente à luz do artigo 159 do Código Civil, impõe-se a responsabilização da empresa, diante da prova de culpa do seu preposto. É devida ao viúvo e à filha pensão por morte de mulher jovem apta para o trabalho. *O arbitramento da indenização por dano moral não se submete à regra do artigo 1.547 do Código Civil. A quantificação da pena decorrente da reforma do Código Penal tornou inaplicável o tarifamento no dispositivo, até porque a indenização por dano moral está submetida ao arbitramento judicial, posto que o tarifamento se mostra incompatível com a Constituição vigente.* Provisamento parcial” (TJRJ – Ap.Cív. n. 20843/2000 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Carlos Ferrari – j. 18-12-2001) (grifos meus).

Dessa forma, se no afã de buscar lucro desmedido no exercício de suas atividades, por um confesso “erro de digitação”(sic) na elaboração de uma malsinada e pornográfica “propaganda” publicada em um dos órgãos de imprensa escrita, Diário Catarinense, de sua propriedade, veio a requerida a violar e malferir a honra, a imagem e, por conseguinte, a dignidade pessoal do autor, inarredável faz-se reconhecer, por primeiro, a prática, por parte desta, de ato

flagrantemente ilícito e, ao depois, sua não menos inafastável obrigação de indenizá-lo pelo dano moral que injustamente lhe foi imposto!

Assim é que, diante das peculiaridades do caso vertente, tendo-se em conta que a requerida, verdadeiro potentado da mídia, não só impressa, como também eletrônica, na busca de um lucro desmedido, quando não despropositado, excedeu, manifestamente, não só os limites impostos pelo seu fim econômico e social, como da mesma forma ignorou, por completo e com cinismo ímpar, os mais básicos princípios éticos que, em princípio e, ao menos em tese, deveriam nortear a nobre missão de informar, não hesitou em lançar mão de expediente dos mais sórdidos e deploráveis, tripudiando, quando não enxovalhando, a honra e a dignidade pessoal do autor, findando por causar-lhe um injusto sofrimento. Considerando-se ainda o ditame insculpido no art. 953, parágrafo único, da Lei Substantiva Civil, em sopesando criteriosamente todas as circunstâncias que ensejaram a propositura da demanda instaurada, hei, por bem, de fixar o montante indenizatório a ser pago pela requerida em favor do autor, a título de danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de juros moratórios de 6% ao ano a partir da data do evento danoso, ou seja, 6-7-2000, quando da veiculação da malfadada publicação, porquanto “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (Súmula 54, STJ).

Em situação análoga, assim já pontificou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Os juros moratórios alusivos ao dano moral são computados a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ” (STJ – EDResp n. 293166/RJ – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 19-8-2002).

Por derradeiro, é de curial sabença que a fixação do montante indenizatório, quando em sede de dano moral, como já exposto à exaustão anteriormente, de há muito não obedece padrões de tarifação, ficando, isso sim, e, já agora expressamente, por força do preceito cogente insito no art. 953, parágrafo único, do Código Civil, ao livre arbítrio do juiz que, dessa forma, não se encontra jungido a qualquer valor indicado ou sugerido pela parte demandante, e, se assim o é, a fixação da verba indenizatória em montante inferior ao pleiteado não importa, absolutamente, no reconhecimento de sucumbência recíproca, mesmo porque os ônus sucumbenciais incidem, tão-somente, sobre o valor fixado e não sobre aquele inicialmente almejado, colhendo-se da jurisprudência emanada do egrégio Superior Tribunal de Justiça os seguintes excertos:

“Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não

podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial. Proporcionalidade na condenação já respeitada, se faz sobre o real montante da indenização a ser paga. Precedentes do STJ. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido” (STJ – REsp n. 332943/SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 17-2-2003).

“Dano moral – Devolução indevida de cheque – Prova – Sucumbência recíproca – Precedentes da Corte – 1. Já decidi a Corte que a devolução indevida do cheque provoca o dano moral, dispensando a prova do prejuízo. 2. A jurisprudência da Corte considera que, fixados os honorários sobre o valor da condenação, tem-se por aplicado o *caput* do art. 21 do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ – REsp n. 302321/MG – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 18-2-2002 – p. 00415).

“Civil e processual – Ação de indenização – Dano moral – Mútuo bancário quitado – Inscrição no Serasa – Pedido exordial – Referência a montante meramente estimativa – Sucumbência recíproca não configurada – Arts. 20, § 3º, e 21 do CPC – I. Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo,

não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial. II. Proporcionalidade na condenação já respeitada, porquanto a par de estabelecida em percentual razoável, se faz sobre o real montante da indenização a ser paga. III. Recurso especial conhecido e desprovido” (STJ – REsp n. 330695/MG – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 4-2-2002 – p. 00395).

Isso posto, e diante de toda a argumentação aduzida, julgo procedente a presente ação para, em conseqüência, condenar a requerida ao pagamento, em favor do autor, do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de juros moratórios de 6% ao ano, a partir de 6-7-2000, a título de indenização por danos morais que lhe foram causados, atualizado monetariamente a partir daquela data.

Condeno, ainda, a requerida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do autor, arbitrados desde logo em 20% sobre o *quantum* que lhe for devido quando de seu efetivo pagamento.

Outrossim, e de conformidade com o estatuído no art. 40 do Código de Processo Penal, em verificando este Juízo, mesmo porque trata-se de fato público e notório a prática reiterada, por parte do órgão de imprensa de propriedade da requerida, denominado “Diário Catarinense”, em seu caderno dito como

“Classificados”, a veiculação de “propaganda” que tipifica, em tese, os crimes de “lenocínio” e “rufianismo”, previstos nos artigos 228 e 230 do Estatuto Repressivo Básico, violando, além do mais, e frontalmente, os ditames ínsitos nos artigos 17 e 18, § 2º, da Lei n. 5.250/67, determino a extração de cópia autêntica e legível de todo o processado (capa a capa), encaminhando-se-as por ofício, por intermédio da Serventia da Distribuição, a uma das Varas Criminais desta Comarca, visando à adoção das providências que entender cabíveis,

pondo cobro, dessa forma, ao verdadeiro “festival de obscenidades” em nome de uma propalada “liberdade” (que não é sinonímia de libertinagem), não de imprensa, mas sim por meio desta.

Custas, pela requerida.

Publique-se,

Registre-se,

Intimem-se.

Florianópolis, em 15 de agosto de 2003.

Rodrigo Antônio da Cunha,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE BLUMENAU PROCESSO N. 008.03.017476-4

JUIZ DE DIREITO: DR. LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

Vistos, etc.

A Dra. Promotora de Justiça, em exercício nesta Vara, ofereceu denúncia contra Paulo de Souza, brasileiro, amasiado, aposentado, nascido em 22-7-1949, filho de Braz Manoel de Souza e de Evelina F. de Souza, residente e domiciliado nesta Cidade, na Rua Regente Feijó, n. 939, Bairro Vila Nova, atualmente recolhido no Presídio Regional de Blumenau, pela prática do seguinte fato delituoso:

“Conforme consta do incluso inquérito policial, a vítima V. R. de S. M., uma criança de apenas 10 anos de idade, consoante certidão de fl. 7, a partir dos três anos passou a morar com sua avó materna, que, por sua vez, vive maritalmente com o denun-

ciado. Se aproveitando desta convivência, o denunciado, pessoa sem qualquer escrúpulo, a partir do mês de fevereiro de 2002, sempre que se encontrava a sós com a indefesa criança, na residência em que residem, situada na Rua Regente Feijó, n. 939, Bairro Vila Nova, nesta Cidade e Comarca, inicialmente, passou a acariciar o seu corpo. Passado algum tempo, o denunciado, na ausência da companheira, avançou nas suas investidas, a ponto de conduzir a menina para o quarto do casal, onde a despia e também tirava as suas roupas, colocava-a na cama e se pondo sobre a mesma, a constrangia à conjunção carnal, repetindo o ato, dia sim, dia não, por muitas e muitas vezes (laudo de

exame de conjunção carnal de fl. 5), até que a ofendida, não suportando mais essa situação, relatou os fatos a sua tia E. de S., que procurou a autoridade policial, instaurando-se o devido procedimento de investigação”.

Vieram com a denúncia os documentos de fls. 4 a 33, sendo arroladas quatro testemunhas.

Requer, ao final, a condenação do denunciado Paulo de Souza nas sanções do art. 213, *caput*, por inúmeras vezes, c/c art. 224, letra a, e art. 69, *caput*, todos do Código Penal. Postulou, ainda, a prisão preventiva, com fundamento na conveniência da instrução criminal.

Recebida e autuada a denúncia, foi decretada a custódia preventiva do acusado, efetivada em 17-9-2003 (fl. 40v.).

Citado e interrogado o denunciado, indeferida a revogação da prisão cautelar (fls. 52 e 53), a defesa prévia foi apresentada no prazo legal.

Mantida a prisão preventiva decretada, na instrução, juntados os documentos de fls. 96 e 111 a 119, foram inquiridas três testemunhas arroladas na denúncia e cinco testemunhas da defesa, uma delas comum à acusação.

Na fase do art. 499 do CPP, foram indeferidas as diligências pleiteadas pelo réu.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação nos termos da denúncia, insistindo que o conjunto probatório aponta para a real existência da violência sexual relatada pela vítima.

A defesa, por seu turno, postula a absolvição por falta de provas, uma vez que aquela coligida no feito não é capaz de sustentar um edito condenatório. Alega a existência de contradições nos depoimentos prestados pela ofendida e sua tia E., bem como sustenta, ainda, que a vítima apresentou comportamento incompatível com quem sofre este tipo de abuso, além de ter prestado declarações incoerentes e em desarmonia com o conjunto probatório.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório. Decido.

Trata-se de ação penal pública condicionada (art. 225, § 1º, I, CP — fls. 5, 6, 31 e 32), deflagrada contra Paulo de Souza, com fundamento nos arts. 213, c/c 224, a, e 69, todos do Código Penal.

O objeto jurídico da norma penal incriminadora, como ensina Magalhães Noronha, é a proteção da liberdade sexual da mulher, “é o direito de dispor do corpo; é a tutela do critério de eleição sexual de que goza a sociedade. É um direito seu que não desaparece, mesmo quando se dá a uma vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda que mercadejando com o corpo, ela conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicita. A liberdade de escolha nas relações sexuais é, dessarte, o bem que o Código, nos precisos termos do art. 213, tem em vista” (Direito Penal, vol. 3, Saraiva, 18ª ed., p. 104).

Analisando cuidadosamente a prova dos autos, vejo que a *materialidade* restou evidenciada, conforme se extrai do “termo de representação” de fl. 5, o qual noticia a existência do fato

criminoso narrado na exordial, bem como pelo “laudo pericial” de fl. 8, que atesta a existência da conjunção carnal e o desvirginamento da vítima, uma criança à época com apenas 9 (nove) anos de idade.

No tocante à *autoria*, os elementos coligidos na instrução também não deixaram qualquer dúvida, apontando o réu como o autor do delito, mesmo tendo negado o fato tanto na fase policial como em Juízo (fls. 19, 52 e 53).

A pequena vítima V. R. de S. M., quando ouvida na fase policial (fls. 11 e 12), foi deveras contundente ao relatar: *“que a criança vítima ao ser perguntada sobre os fatos que aconteceram, chora muito; que desde fevereiro do ano de 2002, sempre quando a vítima estava lavando louça, o autor chegava próximo e acariciava seus seios; que, depois de um tempo, sempre que a sua avó E. saía de casa para trabalhar, o autor levava a vítima para o quarto do casal, tirava todas as suas roupas, como também tirava as roupas da vítima, e colocava-a na cama; que então o autor deitava em cima da vítima, e fazia sexo com a mesma; que a vítima relata que este fato acontecia um dia sim, um dia não; que a vítima era estuprada várias vezes por semana; que pedia para que o autor parasse de violentá-la sexualmente, e que então ele lhe ameaçava de morte; [...] que a vítima não suportando mais esta situação, contou tudo o que estava acontecendo para sua tia E. de S.; [...] que depois do dia que o autor descobriu que havia sido registrado ocorrência sobre o estupro, este*

passou a proferir palavras de baixo calão como: ‘sua vagabunda’, ‘sua puta’, ‘sua puta de rua’, ‘sua mentirosa’ [...].”

Essa mesma versão, a jovem V. novamente relatou em Juízo, de forma coerente, segura e emocionada, como se vê às fls. 81 e 82: *“que mora com a avó E. desde pequena; que desde pequena também mora na residência o acusado, que é companheiro da avó da declarante; que o acusado sempre tratou bem a declarante; que os irmãos da declarante V. e W. também moravam junto; que a casa tem duas partes, sendo que morava com a avó na parte de baixo e a tia E. morava na parte de cima, com o marido e dois filhos; que desde fevereiro do ano passado o acusado passou a molestar sexualmente a declarante; que o acusado passava a mão nos seios, nádegas e partes íntimas da declarante; que o acusado obrigou a declarante a manter relação sexual com ele e disse que se contasse para alguém lhe matava; que nunca tinha mantido relação sexual com nenhuma pessoa; que quando o acusado praticou o ato sexual a declarante já havia ficado menstruada pela primeira vez; que o acusado chamava a declarante quando não tinha ninguém em casa; que não conseguia se desvencilhar do acusado porque o mesmo lhe segurava; que o acusado lhe ofereceu aparelho celular mas a declarante não aceitou, e lhe ofereceu presentes [...] que deixou de ser virgem quando o acusado lhe obrigou a manter relação sexual; que não conseguia contar para sua mãe quando era visitada porque sua avó sempre estava por perto e a*

mesma estava desconfiada; que no dia em que estavam se arrumando para ir até um chá de panela, começou a contar o que estava ocorrendo para sua tia E., e aos poucos foi conseguindo contar durante o caminho, sendo que quando voltaram para casa conseguiu contar tudo e então no dia seguinte foi para a escola enquanto E. foi até a polícia [...]; *que o acusado levava a declarante para o quarto do casal onde praticava o ato sexual [...]; que o acusado manteve relação sexual com a declarante mais de dez vezes [...]; que os fatos ocorreram na casa da avó da declarante e também na casa de uma vizinha chamada M. que o acusado cuidava; que chegou a passar a noite na outra casa com o acusado; que a última vez que o acusado manteve relação sexual com a declarante foi no dia do chá de panela, um dia antes da tia E. ir à polícia; que reafirma que os contatos sexuais iniciaram em fevereiro do ano passado em que pese a referência de dois meses no laudo de fl. 8; que não tinha namorado e não manteve relação sexual com outra pessoa [...].*”

É bem verdade que a vítima conta atualmente com somente dez anos de idade, e as declarações infantis, segundo a doutrina e a jurisprudência, devem ser apreciadas com cuidado, dada a possibilidade sempre presente de a fantasia, própria da pouca idade, influenciar no relato.

Contudo, a maturidade precoce da menina, que segundo informam os autos já aos 9 (nove) anos teve sua primeira menstruação, aliada à coerência de suas informações e aos

demais elementos colhidos não permitem residir qualquer dúvida sobre a existência do abuso sexual praticado pelo denunciado.

Os depoimentos prestados pela mãe da vítima, S. R. de S. (fls. 76 e 77) e pela tia E. de S. C. (fls. 78 a 80), são ricos em detalhes e mostram a ausência de qualquer outro interesse destas em prejudicar o acusado. Revelam, inclusive, também ter sofrido abusos sexuais por parte do réu, denunciando uma vida familiar de sofrimento para ambas, que não contaram com o apoio materno para superarem os assédios a que eram submetidas, propiciando a reprodução do mesmo comportamento sexual deturpado agora com a criança V.

O depoimento da tia da vítima, E. de S. C. (fls. 78 a 80), sobreleva no contexto da prova. É um misto de pedido de socorro de uma vítima do passado, cujo fantasma do trauma da violência sexual infantil atormentou durante anos, mesmo depois de casada, e de um destemido brado por providências, para fazer cessar um agressor instalado dentro de casa, um destruidor de sonhos. Seus esclarecimentos ainda expõem a intimidade de um convívio familiar desorientado, permitindo conhecer o contexto no qual estava inserida a indefesa vítima, que também acabou sendo subjugada aos instintos sexuais do denunciado, assim como já o foram no passado sua própria mãe e sua tia, contando com a complacência da avó, esta que, conforme o relato das próprias filhas (S. e E.), se não sabia claramente tinha grande desconfiança das

práticas bestiais do denunciado, mas omitiu-se para preservar seu companheiro, em detrimento da própria prole.

Essa omissão se percebe claramente no depoimento prestado em Juízo pela avó da vítima, E. G. (fls. 103 e 104), no qual novamente desconsidera as revelações de suas próprias filhas e neta, para sair em defesa do acusado, inclusive dizendo que era “impotente”, quando o próprio réu em nenhum momento logrou comprovar essa tese, sendo de registrar o que afirmaram a Psicóloga Sônia Maria Brandão Sgorla e a Assistente Social Sandra Beatriz Knopp, no relatório de caso da vítima, produzido no Programa de Proteção à Infância e à Adolescência — Propia (fl. 115).

“No dia 5 de setembro de 2003 em visita domiciliar encontramos apenas o Sr. Paulo. *Percebemos que o mesmo começou a se justificar trazendo atestados médicos, que é usuário do Caps, que necessita fazer cirurgia neurológica e relata que sua companheira foi ao ambulatório do bairro para buscar medicação. Comenta brevemente sobre o surto psiquiátrico de E. e diz que a atenderá. Questionou quando os meninos voltarão para casa e informamos que as crianças ao saírem do Abrigo Nossa Casa provavelmente ficarão na guarda dos tios. Ele se mostrou irritado com o fato e diz que não houve nada entre ele e V. Afirma que ficou impotente após a cirurgia de próstata. Ao ser informado que no exame de corpo de delito constatou o*

abuso sexual e que o mesmo já acontecia a algum tempo, o mesmo diz que constituiu um advogado e ainda não foi depor na delegacia. Ao ser questionado sobre o nome do advogado não soube informar. *Cabe ressaltar que os atestados ou encaminhamentos para cirurgia estão datados após a data da denúncia de abuso sexual por ele praticado”* grifei.

Essa realidade, infelizmente, tem sido comum hodiernamente, e os processos criminais estão a demonstrar que as mães ou responsáveis pelas crianças, meninas e meninos, vítimas de abuso sexual, ainda resistem ou temem levar ao conhecimento das autoridades estes graves delitos ocorridos no seio familiar, impondo a estes pequenos seres, além do temido convívio com o agressor, a possibilidade da reiteração criminosa, com danos muitas vezes irreversíveis em sua formação psicológica e social.

Urge que se intensifiquem cada vez mais as campanhas de esclarecimento à população sobre a necessidade de delatar agressores dessa estirpe.

Por derradeiro, os demais depoimentos colhidos (R. W. A. — fl. 101; O. H. — fl. 102; E. G. de S. — fl. 105; D. P. A. — fl.122), não presenciais e de pessoas desconhecedoras dos fatos, se de um lado atestaram a idoneidade do réu, de outro, igualmente confirmaram ser a vítima uma criança normal e educada, e que inclusive acompanhava o denunciado nas casas em que cuidava, o que somente vem a dar mais credibilidade

a sua versão sobre as agressões sexuais sofridas.

O acusado, registra-se, segundo os relatos dos vizinhos, era pessoa correta e honesta, cuidava das residências destes quando viajavam e gozava de bom conceito entre os moradores da rua. Mas isso em nenhum momento impede a prática dos crimes perpetrados, realizados às escondidas e afeto à intimidade das pessoas, resultado de um desvio comportamental que no mais das vezes não representa sinais exteriores.

Esse contexto probatório, portanto, não pode ser desprezado, porquanto guarda consonância com a versão estampada na peça vestibular e com a prova pericial produzida.

Assim sendo, resta apenas a certeza de que a partir do mês de fevereiro de 2002, nesta Cidade, o réu, aproveitando-se do fato de a vítima ser neta de sua companheira e de tê-la criado desde pequena como sua “neta”, ficando sozinha em casa, apesar de contar com apenas 9 (nove) anos de idade, a levava para o quarto do casal (por pelo menos dez vezes), onde, mediante o uso de força física, retirava as vestes e a calcinha da criança com o intuito de com ela praticar relação sexual, o que se consumou consoante atestou o exame pericial de fl. 8.

Comprovadas a autoria e a materialidade, necessário ainda verificar se presentes os demais elementos do crime de estupro.

O saudoso Nelson Hungria assim definiu os *essentialia* do tipo penal do art. 213 do Código Penal: a)

conjunção carnal com mulher dissidente; b) emprego de violência ou grave ameaça; c) dolo específico (Comentários ao Código Penal, vol. III, Forense, 4ª ed., p. 116).

Como vimos, a relação sexual entre a vítima e o acusado completou-se, restando o *iter criminis* inteiramente percorrido. Todavia, o simples ato sexual ou tentativa não importam necessariamente em crime, como salienta o mestre Hungria. Existe a necessidade da violência ou grave ameaça que inutilize a capacidade volitiva da ofendida.

No caso presente, apesar da ausência no laudo pericial de provas que atestem lesões físicas sofridas pela vítima, esta referiu em suas declarações que o acusado lhe segurava firmemente para retirar-lhe as vestes, o que demonstra sua dissidência sincera e verdadeira contra a consumação do ato, bem como a utilização da força física para a sua execução.

Diante desse relato, firme e seguro, em nenhum momento se pode dizer que houve “consenso” para o ato sexual, até porque seria um absurdo exigir da violentada um comportamento de heroína, expondo ao risco a sua vida para a proteção da honra.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul assim já assentou:

“Para a configuração de crime de estupro não há necessidade de que a violência seja traduzida em lesões pessoais. Exige a lei que a resistência da vítima à consumação seja sincera, mas não exige que se prolongue até o desfalecimento” (Revista dos Tribunais, vol. 608/381).

No Tribunal de Justiça de São Paulo também está consagrado:

“Exigir-se como regra que as estupradas lutem contra seus ofensores até *all ultimo momento* é inteiramente desconhecer reações psicossomáticas femininas” (Revista dos Tribunais, vol. 523/363).

Soma-se à violência física empregada a figura da “violência presumida”, erigida pela própria lei penal em função da idade da vítima, menor de quatorze anos, nos exatos termos do art. 224, letra a, do Código Penal.

Conforme atesta a certidão de nascimento de fl. 10, à época dos fatos a ofendida contava com apenas 9 (nove) anos, retirando-lhe a lei a validade de qualquer manifestação de vontade em relação à sexualidade.

Desse modo, somente para argumentar, mesmo que a menor tivesse anuído à prática sexual, ainda assim subsistiria a violência caracterizadora do tipo penal, ante a presunção legal, mormente quando comprovada a retidão de conduta na vida social da criança.

O Tribunal de Justiça de São Paulo nesses termos já reconheceu:

“Por mais desenvolvida que seja, fisicamente, uma menor de 11 anos de idade, por mais que tenham mudado os costumes e a moral, não se permite afastar a *fictio juris* da presunção de violência resultante do ato sexual com ela mantido” (RT 603/329).

Finalmente, tenho que o dolo específico na ação do agente restou amplamente configurado, uma vez que

seus atos, retirando as vestes da vítima e expondo a sua genitália, bem como retirando sua roupa e logrando êxito na penetração, inelutavelmente demonstraram que sua intenção era realmente manter relação sexual com a ofendida. “No delito de estupro o dolo (específico) consiste na vontade conscientemente dirigida ao constrangimento violento da vítima, para a conjunção carnal, segundo a lição de Heleno Cláudio Fragoso” (TJSP — RJTJSP 27/412).

Enfim, ao lado de toda a prova material, tenho que em nenhum momento foi infirmada a palavra da ofendida, permanecendo ilesa e corroborada pelos demais elementos coligidos.

A vítima manteve firme e coerente sua versão tanto na fase policial como em Juízo, sendo merecedora de todo o crédito.

Ademais, não foi constatado qualquer comportamento neurótico ou débil da estuprada, bem como vida leviana ou entregue ao ócio, mas, pelo contrário, apurou-se ser moça inexperiente sexualmente, recatada, resultando na presunção de verdade de suas palavras. Nota-se que o próprio constrangimento que um processo dessa natureza gera para uma mulher, por si só, já empresta à versão inicial uma certa dose de credibilidade, à qual se devem somar os demais elementos apurados.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem-se manifestando reiteradamente:

“Em tema de delitos sexuais é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem

soufreu a ação. São crimes que exigem o isolamento, o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar o braço repressor da sociedade (RT 422/380) (Rel. Des. Alberto Costa, *in* JC 73/609) (Ap. Crim. n. 1996.001197-8, Xanxerê, rel. Des. Álvaro Wandelli; JC 76/627).

“Em temas de delitos contra os costumes, as palavras da ofendida, sérias e em harmonia com os elementos dos autos, de que sobressaem a prova pericial, a confissão extrajudicial do réu e as declarações das testemunhas, têm valor probante suficiente para lastrear uma condenação” (Ap. Crim. n. 28.167, Piçarras, rel. Des. Alberto Costa, JC 70/430).

“Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em outros elementos de prova existentes nos autos” (TJSC, Revista dos Tribunais, vol. 614/336).

“No delito de estupro, crime praticado, via de regra, à revelia de testemunhas, as informações da ofendida, embora menor, mas honesta e de bons costumes, coerente com o restante da prova, têm relevante valor de convicção” (TJSC, Revista dos Tribunais, vol. 534/393).

“Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados clandestinamente, a palavra da vítima assume papel relevante” (Ap. Crim. n. 23.472, rel. Des. Paulo Gallotti, JC 58/411).

Conclui-se do apurado, pois, que o acusado violou a norma do art. 213 do Código Penal, merecendo, desse modo, a justa repreensão penal.

A reprimenda, contudo, *deve ser exasperada conforme a causa especial de aumento de pena do art. 226, inciso II, do Estatuto Repressivo Penal*, que prevê.

“Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte:

[...]

“II — Se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima *ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela*; [...]” (grifei).

Apesar de não estar indicado referido dispositivo legal na denúncia, esta circunstância está presente na narrativa vestibular, cabendo destacar que o réu se defende dos fatos descritos e não da capitulação legal indicada, sendo perfeitamente possível ao juiz “dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave” (art. 383, CPP; STF, RTJ 79/95)¹ É a figura da *emendatio libelli*,

1 STF — HC n. 59.675-4/SP — Rel. Néri da Silveira — DJU 25-6-82, p. 6.227; FRANCO, Alberto; STOCCO, Rui. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 2. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 2.158 e 2.159.

que consubstancia o princípio *narra mihi factum dabo tibi jus*.

O jurista Julio Fabbrini Mirabete² muito bem comentou o art. 383 do Código de Processo Penal:

“Permite o Código que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos constantes na denúncia, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Não há no caso uma verdadeira *mutatio libelli* mas, simplesmente uma corrigenda da peça acusatória (*emendatio libelli*). Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial. Não há na hipótese do artigo 383 necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito. [...]”.

Assim, nota-se no caso presente, conforme narra a exordial acusatória, que o acusado vivia maritalmente com a avó da vítima, e a criança foi deixada pela mãe aos cuidados de ambos quando tinha somente três anos de idade, sendo criada sob o mesmo teto até a descoberta dos fatos aqui apurados.

Desse modo, inarredável a constatação de que o réu exercia sobre a pequena V. uma efetiva autoridade, um misto de poder paternal e de avô, fator importante para o temor e ausência de reação apresentado pela criança, facilitador da prática criminosa.

Esta é a orientação de Celso Delmanto, secundada por precedente jurisprudencial:

“Incide a causa de aumento do art. 226, II, do CP, se o ofensor, embora não fosse legalmente avô da vítima, era por esta assim considerado (TJSP, RT 780/597-8)”³.

De outro lado, comprovado que os estupros se repetiram ao longo do ano de 2002, inúmeras vezes segundo a vítima, tenho que, se na hipótese não é possível reconhecer o concurso material pretendido pelo Ministério Público (soma das penas de todos os crimes cometidos — art. 69, CP), de todo aplicável a fictio juris da continuidade delitiva (art. 71, CP), porquanto aproveitava-se o delinqüente das circunstâncias para, em breves intervalos de tempo e utilizando o mesmo *modus operandi*, satisfazer sua lascívia, seu desejo sexual, em detrimento da liberdade sexual da jovem V. E revelando a ofendida que os abusos se deram “*dia sim, dia não*”, em pelo menos dez oportunidades diferentes, o acréscimo deve corresponder ao máximo previsto no dispositivo em apreço, consoante sedimen-

2 Código de Processo Penal Interpretado. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 833.

3 DELMANTO, Celso [et al]. Código Penal Anotado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 226.

tado entendimento jurisprudencial (STF — RTJ 143/215; TJSC — Ap. Crim. n. 2002.003975-6, de São José do Cedro, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler).

Por derradeiro, *no que se refere à aplicação da majorante especial do art. 9º da Lei n. 8.072/90⁴, esta desponta inteiramente cabível no caso vertente*, porquanto a vítima enquadra-se na hipótese da alínea a do art. 224 do CP (menor de quatorze anos), consoante assinalado na denúncia (art. 383, CPP), sendo irrelevante a não configuração de lesão corporal física visível — anatômica — de natureza grave, ou morte, conforme adiante se verá.

Logicamente, não desconheço tese contrária à aplicação da exasperação ora operada, exigindo a prova da lesão corporal grave aparente ou morte para a incidência do agravamento, contando inclusive com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, entendimento este compartilhado pela Corte Catarinense, conforme adiante se confere:

“Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, para ocorrer a incidência do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, necessário que resulte lesão corporal grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao artigo 223, *caput*, e parágrafo único, do Código

Penal” (Rev. Crim. n. 2.663 — Chapecó, rel. Des. Jorge Mussi; JC 76/690).

Contudo, ousou divergir, e não estou sozinho.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, interpretando a Lei dos Crimes Hediondos e atento à intenção do legislador, bem como à expectativa social em desestimular ao máximo esta prática criminosa tão violenta e infamante para as vítimas, especialmente as crianças e os adolescentes indefesos, *firmou precedente retomando interpretação diversa e já adotada ao tempo da edição do referido diploma penal*, mais acertada em meu modesto sentir. O julgado está assim ementado:

“*Habeas corpus*. Estupro. Crime hediondo. Inteligência dos arts. 1º, V, e 2º, § 1º, ambos da Lei n. 8.072/90. Cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Impossibilidade de progressão. *Formas simples e qualificada*. Análise sistêmica e gramatical. Violência de gênero. Conseqüências biológicas, psicológicas e sociais do estupro que fazem dele um complexo problema de saúde pública. *Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave*. Estatísticas. Conceito de lesão corporal.

“1. A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa

4 Art. 9º da Lei n. 8.072/90: “As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal”.

ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único. *Pretendeu o legislador, atento à efetiva gravidade do crime, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples que, na definição legal, corresponde a: constringer mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima.*

“2. Revogação tácita, pela Lei n. 8.072/90, que impôs penas mais severas ao crime de estupro, do parágrafo único incluído no art. 213 do Código Penal pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

“3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como que a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas.

Estatísticas de incidência que, somadas às conseqüências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave.

“4. O conceito de lesão corporal, na lição de Nelson Hungria, não abrange apenas conseqüências de ordem anatômica, mas compreende qualquer ofensa à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico, o que abrange a desintegração da saúde mental.

“5. Ordem denegada” (STF — Primeira Turma — HC n. 81360/RJ, rela. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-12-2001; Publicação: DJ de 19-12-2002, p. 00071) (grifei).

Com efeito, na lapidar interpretação da Corte Suprema, o crime de estupro em sua forma fundamental não só é crime hediondo (art. 213, *caput*, do CP), como também não há afastar dele a gravidade das lesões que provoca, estas entendidas em seu sentido amplo, anotado por Nelson Hungria⁵, incluindo aquelas de caráter

5 Destaca-se a lição de Nelson Hungria reproduzida no HC n. 81.360-7/RJ acima referido: “não se trata, como o nomen juris poderia sugerir, *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde e à inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo. Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma violência exercida sobre a pessoa”.

psíquico desintegradoras da saúde mental, atualmente apuradas cientificamente, conforme informado no corpo do voto da Ministra Relatora, *verbis* (os grifos são meus):

“As conseqüências psicológicas da violência sexual tendem a se tornar mais graves após os sete anos, idade em que a criança, geralmente, passa a compreender os valores morais e sociais relacionados ao sexo (Sánchez, 1989). Qualquer disfunção psicossocial, na infância, pode ser sugestiva de abuso sexual, variando de acordo com a idade e estágio de desenvolvimento da criança. *Em idades precoces predominam sintomas físicos e comportamentais, como: medo, encoprese, enurese, irritabilidade e distúrbios do sono e da alimentação. Em vítimas pré-púberes, destacam-se os distúrbios psicossomáticos e de comportamento, como: ansiedade, isolacionismo, depressão, sintomas conversivos, perda de peso e diminuição do rendimento escolar*’ (Tetelbom et al., 1991).

‘Na adolescência predominam os distúrbios comportamentais, psicossomáticos e psiquiátricos: fuga de casa, maior prevalência de uso de drogas, prostituição, autoflagelação, depressão e sintomas conversivos (Tetelbom et al., 1991). Alguns distúrbios observados na criança podem estar presentes de forma exacerbada na adolescência, em função de sua maior autonomia e desenvolvimento biopsicossocial. Outro aspecto relevante refere-se à revitimização por múltiplos agressores durante a infância e adolescência. Nestes

casos, há indícios de que as seqüelas psicológicas possam ser ainda mais severas’ (Kellogg & Hoffman, 1997).

‘Nas crianças, as conseqüências psicológicas podem ser classificadas em quatro categorias. A primeira, denominada ‘recorrente sensação de medo’, inclui comportamentos de hipervigilância, irritabilidade, ansiedade, hiperatividade física, e sintomas regressivos. A segunda refere-se aos ‘distúrbios da memória’, onde prevalece a dissociação, os pesadelos, as mentiras e a desconexão da realidade. A ‘dificuldade em regular afeto’ comporta fenômenos depressivos, impulsividade e posturas oposicionais. Por fim, descreve-se a ‘tendência a evitar relações íntimas’, caracterizada pela dificuldade em confiar no adulto e manter relações de proximidade física ou emocional’ (James, 1994)”.

E complementa a Ministra Ellen Gracie com mais dados científicos sobre as lesões causadas pelo estupro:

[...]

“Os estudos de acompanhamento das vítimas demonstram que as conseqüências traumáticas da violação podem persistir durante muitos anos. Um estudo de validação da Prova de sintomas pós-estupro (Rape Aftermath Symptom Test — RAST) demonstrou que o instrumento podia distinguir os sintomas das vítimas de estupro daquelas que não o haviam sofrido até *três anos* após o evento (Kirkpatrick, 1988). De acordo com os estudos realizados nos Estados Unidos, uma de cada quatro

mulheres violentadas apresentam sintomas disfuncionais mesmo depois de *quatro a seis anos* após o assalto (Hanson, 1990, Burgess e Holmstron 1979). Em nossa mostra, diz a autora, 60% das vítimas de agressão sexual informaram disfunção sexual *três anos* depois da agressão (Becker *et al.* 1986). *Inclusive depois de muitos anos, as mulheres que foram sexualmente assaltadas são significativamente mais propensas a ser qualificadas dentro de 10 diagnósticos psiquiátricos diferentes, incluindo depressão profunda, abuso de álcool, transtorno de estresse pós-traumático, abuso da alimentação, transtorno de personalidade múltipla e síndrome de personalidade fronteira.* A taxa de risco relativa a estes diagnósticos em sobreviventes de estupro e agressão sexual é aproximadamente duas vezes maior" (Koss, 1990) (grifei).

Por conseguinte, forçoso concluir que em sendo o crime de estupro uma conduta provocadora de lesões invariavelmente graves para suas vítimas, e estando estas enquadradas nas hipóteses do art. 224 do Código Penal (não maior de quatorze anos, alienada ou débil mental com o conhecimento do agente, ou impossibilidade de oferecer resistência), é de incidência obrigatória a causa especial de aumento do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, *porque assim o querem a Sociedade e a Lei*, devendo a pena ser acrescida de metade.

Não há espaço, *data maxima venia*, para outra conclusão, e as interpretações sistêmica e gramatical

do art. 9º indicam com clareza a tese ora esposada.

Ao arremate, peço licença para citar o último parágrafo do voto da Ministra Ellen Gracie, no já referenciado *Habeas Corpus* n. 81.360-7 (STF):

"Ao repelir a interpretação que afasta do rol dos crimes hediondos o delito de estupro em sua forma simples, estará esta Corte dando à lei sua correta inteligência e ademais e, principalmente, sinalizando que o Estado Brasileiro, para além da simples retórica, estende proteção efetiva às mulheres e crianças vítimas de tal violência e reprime, com a severidade que a sociedade exige, os seus perpetradores".

Em suma, caracterizado o crime de estupro e identificado o seu autor, resta somente aplicar a pena.

O réu é tecnicamente primário e não registra antecedentes criminais; a conduta social, pelo que foi apurado, demonstra ser pessoa de baixa instrução escolar, era aposentado à época do delito e desfrutava de bom conceito na comunidade local; a personalidade apresenta desvio grave com relação à sexualidade, fato que já havia-se manifestado em tempos anteriores, conforme relatado pela mãe e pela tia da vítima, igualmente assediadas sexualmente pelo réu; o motivo que o levou a cometer o ilícito foi o desejo repugnante de saciar a lascívia, a luxúria, a libido, a concupiscência, independentemente de suas seqüências; as circunstâncias do crime demonstram desprezo pela integridade sexual e pela formação

psicológica sadia de uma criança, sendo as conseqüências agravadas pelo desvirginamento e transtornos psicológicos que fatos dessa natureza provocam no desenvolvimento da personalidade da vítima, fatos que jamais podem ser desconsiderados em delitos dessa natureza; a vítima não pode ser responsabilizada pelos fatos; a culpabilidade do réu apresenta-se em grau elevado, uma vez que, maior e são, sabia ou devia saber que agia contra o direito.

Com base nas diretrizes do art. 59 do CP, fixo basicamente a pena privativa de liberdade em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, acima do mínimo legal, em face das circunstâncias judiciais apreciadas que reputo não totalmente favoráveis; inexistem circunstâncias legais agravantes ou atenuantes, pelo que mantenho a pena anterior nesta fase; inexistem causas especiais de diminuição de pena, mas milita em seu desfavor a causa especial de aumento relativa à continuidade delitiva (art. 71, CP), pelo que, considerando o número de infrações apuradas e indicadas pela vítima (pelo menos 10), acresço a pena anterior em 2/3 (dois terços), alcançando o resultado de 10 (dez) anos e 10 (dez) meses de reclusão, sobre o qual ainda aplico a causa especial de aumento do art. 226, inciso II, do Código Penal, no patamar de ¼ (um quarto), resultando a pena de 13 (treze) anos, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias, montante que é ainda acrescido de metade (1/2), por força da causa especial de aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90, finalizando a

reprimenda corporal em 20 (vinte) anos, 3 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

Isso posto.

Julgo procedente a denúncia de fls. 2 e 3, para dar o réu Paulo de Souza, já qualificado, como incurso nas sanções dos arts. 213, *caput*, 224, a, 226, inciso II, 71, 59, 49, 33, todos do Código Penal, combinados com o art. 9º da Lei n. 8.072/90, e condená-lo ao cumprimento da pena privativa de liberdade igual 20 (vinte) anos e 3 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, a qual deve ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, Lei n. 8.072/90).

Transitada em julgado, lance a Sra. Escrivã o nome do réu no rol dos culpados, expeça-se carta de guia e oficie-se à CGJ para a formação do rol estadual, requisitando-se vaga à COP.

Custas pelo condenado.

Nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, porquanto permanecem presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, não havendo segurança de que solto não se evadirá, em prejuízo da aplicação da lei penal.

Recomende-se à prisão onde se encontra.

Cumpra-se.

P.R.I.

Blumenau, 18 de dezembro de 2003.

Luiz Felipe Siegert Schuch,

Juiz de Direito.

**JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE CHAPECÓ
PROCESSO N. 018.02.012827-1****JUIZ DE DIREITO: DR. YHON TOSTES***Vistos, etc.*

Francisco da Silva Simões, devidamente qualificado e representado nos autos, aforou ação de indenização por danos morais contra Loreni Ferreira Roggia ao argumento, em apertada síntese, de que a ré ter-se-ia apropriado de vários extratos bancários de contas correntes do autor e, em sede de ação de prestação de contas relativa à empresa Ecoplast Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., apresentado em Juízo tais documentos sem autorização.

Por entender que o ato constituiu violação de intimidade e gerou lesão moral, pugna por indenização a ser fixada por este Juízo.

Valorou a causa em dez mil reais e juntou documentos (fls. 10 a 88).

Regularmente citada (fl. 92v.), a ré ofertou defesa, a tempo e modo, em forma de contestação, rechaçando integralmente a pretensão contra si aforada, por entender que os extratos bancários eram públicos na medida em que foram entregues voluntariamente pelo autor à própria ré quando trabalhava no departamento financeiro da Ecoplast.

Diz que a finalidade da entrega dos extratos era exatamente a conferência dos depósitos dos clientes da

empresa na conta particular do autor, sendo que em razão disso acabou por perceber irregularidades na sociedade que motivaram o aforamento da pretensão de prestação de contas tendo como prova parcial os referidos extratos bancários, restando assim caracterizada sua apreensão e posterior utilização como um exercício regular de um direito (fls. 93 a 110).

Réplica às fls. 113 a 115.

É a síntese do necessário.

Decido:

Trata-se de ação de indenização por danos morais embasada no argumento de que o simples fato de a ré ter-se apropriado de extratos bancários pessoais do autor gera lesão moral passível de indenização, por ser ofensa à intimidade e à vida privada deste.

Dessa forma, o *punctum saliens* da lide é sobre a real análise do que efetivamente cinge-se a proteção legal do direito à intimidade e à vida privada dos cidadãos brasileiros.

Por isso, entendo pertinente inicialmente trazer à luz comentários doutrinários diversos acerca da temática, com vistas a equacionar devidamente a questão sob o melhor ponto de vista jurídico.

Ao comentar sobre o direito da privacidade, Walter Ceneviva lembra

que “o dever do sigilo consiste na imposição de um não fazer, de um não revelar, pois a ninguém é dado conhecer fatos inerentes a situações protegidas: opera por exclusão, enquanto direito com força de obstar à intrusão de quem a ele não tenha acolhida.

“O direito moderno incluiu a privacidade no rol dos bens imateriais de vida, correspondendo, em síntese, ao direito do ser humano de estar só, de não ter ato ou fatos de sua vida noticiados a terceiros. O direito ao segredo é uma de suas espécies.

“Como regra, o fato da pessoa é resguardado pelo direito à privacidade não por constituir segredo, mas por interessar à pessoa e só a ela. Nesse caso, o direito é o de não ser tornado público, ainda que a revelação corresponda a um irrelevante jurídico”(in Segredos Profissionais, 1996, Malheiros Editores, p. 15).

Mais adiante, ao comentar sobre a contraposição dos deveres de revelar e o de não revelar, anota com precisão que “a pretensão juridicamente protegida voltada para a preservação sigilosa ou para a divulgação obrigatória com a realização do justo e com as questões jurídicas que provoca é decidida segundo critério do próprio direito, estabelecido em direta dependência das expectativas sociais. Tal pretensão é orientada por realidades presentes no sistema jurídico, sujeitas a variáveis condicionamentos históricos, ora tendentes à obrigação de revelar, ora apontando no sentido oposto da preservação” (ob. cit., fl. 20).

Ainda sobre as limitações, o eminente Professor José Serpa apresenta a ensinança de que “*Constatamos ab initio que o direito à privacidade, tanto quanto o direito a informação, não são absolutos, no sentido de não abrigar imperiosas e justas limitações, dando-lhe uma elasticidade que os faz por vezes alargar ou encurtar.* Nem os direitos fundamentais humanos, como o da propriedade de ordem patrimonial, revela-se atualmente tão crivado de limitações de toda a sorte, como também o direito à vida, passível das mais variadas restrições que o atingem, como as privações e a morte. Daí, não poder mais prevalecer aquela afirmativa clássica, *la vie privée droit être murée.* Se não intentássemos equacionar e harmonizar, tanto quanto possível estas limitações, caminharíamos para a desoladora perspectiva de Desantes, de que estes direitos se excluiriam, exterminando-se” (in Direito à imagem, à vida e à privacidade, José Serpa de Santa Maria, Edições CEJUP, 1994, p. 174) (grifei).

Finalmente, do escólio de Paulo José da Costa Júnior se extrai acerca do direito à intimidade e o direito à honra:

“Dever-se-á entender por honra não só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isto é, honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa.

“O direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o

indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. *Diritto alla riservatezza*, portanto, não é o direito de ser reservado, ou de comportar-se com reserva, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade.

“Conseqüentemente, a tutela da intimidade é independente da tutela da honra. Assim, poderá vir a ser ofendida a honra, sem que venha a ser atingida a intimidade. Ou poderá ser lesada a intimidade, sem que seja golpeada a honra. Ou, ainda, poderão ambas, em concurso, vir a ser simultaneamente feridas.

“O problema da intimidade nasce onde cessa o da defesa da reputação, da honorabilidade, do decoro. Não se pode, pois, confundir a integridade ou indignidade do ato tornado público, ou o prejuízo moral que possa advir para a pessoa, que haverá de contar. É a violação da intimidade, da paz da vida privada, que poderá também implicar a divulgação de um fato passível de apreciação desfavorável no ambiente social. Nada impede, como vimos, que se venha, ao divulgar-se indevidamente a intimidade alheia, a ofender a honra, em concurso formal. São dois bens diversos, agredidos simultaneamente pela mesma conduta” (O direito de estar só — Tutela Penal da Intimi-

dade, 2ª edição, Editora RT, 1995, p. 43).

E, com a precisão que lhe é peculiar, renomado mestre ainda apresenta os seguintes ensinamentos sobre as limitações do direito à intimidade:

“Diante do exposto, dúvidas parecem não subsistir de que cada um tem ‘o direito de manter-se na reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhe devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública’. *Esse direito, porém, haverá de sofrer limitações.*

“Se, de fato, não é lícito desnudar a vida particular ou familiar de um indivíduo, seus hábitos e vícios, suas aventuras e preferências, nulla necessitate iubente, a contrario sensu, será legítimo desvendá-la, presentes determinadas justificativas.

“Não pode o princípio *la vie privée doit être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. *Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra uma coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.*

“Hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é

superado pelo interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade. Assim, alguns dos casos especificados pela lei italiana de direitos autorais, que possibilitam o sacrifício do direito à imagem, têm aplicação à espécie: *finis judiciais*, policiais, científicos, didáticos e culturais” (ob. cit., p. 44 e 45) (grifei).

Sobre as limitações do direito à intimidade, inclusive e principalmente sobre sigilo bancário, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de orientar que “Afastado o óbice do sigilo bancário, pois referida proteção não deve servir de escudo para detentores de negócios não transparentes ou de devedores que tiram proveito dele para não honrar seus compromissos” (AI n. 596.655/SP, rel. Min. Assis Toledo, publ. DJU de 16-8-1994, p. 6, *apud* nota ao art. 5º, X, da CF, constante na Constituição do Brasil Interpretada, Alexandre de Moraes, Editora Atlas, SP, 2002, p. 229).

Inusitada é a situação em que se colocou o autor. Na exordial, sem dar maiores detalhes, diz-se vítima de “atos criminosos da ré” (sic, fl. 5), em razão de ela ter-se apropriado dos extratos bancários, não dando a menor explicação de como referidos documentos foram parar nas mãos dela.

Na contestação, a ré apresenta versão clara e bastante convincente para ter tido acesso a tais documentos, qual seja, trabalhar na mesma empresa do autor e, por esse motivo em especial, terem-lhe sido entregues os extratos para confe-

rência da situação dos depósitos pertencentes à empresa na conta particular do sócio, ora autor.

Em réplica, o autor novamente utiliza subterfúgios em não rechaçando a alegação e também sem apresentar nenhuma explicação, limitando-se a dizer que “*mesmo que hipoteticamente o conhecimento do teor destes documentos lhe tivesse sido autorizado pelo réu [...]*” (sic, fl. 114), realizando, dessa forma, anuência tácita do que foi articulado na peça de defesa.

De acordo com o que estabelecem as regras processuais comuns, ao autor da demanda incumbe o ônus da prova “quanto ao fato constitutivo do seu direito”, enquanto que ao réu compete a prova “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, a teor do que prescreve o art. 333, incisos I e II, do CPC.

A propósito do tema, ensina Moacyr Amaral Santos:

“Aproximando-nos mais de Chiovenda, sintetizamos a distribuição do ônus da prova em duas regras:

“1ª) Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito; ao réu a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles (prova contrária, contra-prova). O ônus da prova incumbe *ei qui dicit*.

“2ª) Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao

rêu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo. Essa regra reafirma a anterior, quanto ao autor, e atribui o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção, no sentido amplo. *Reus in excipiendo fit actor*.

“Ambas as regras impõem ao autor a prova do fato em que se fundamenta o pedido, ou seja, do fato constitutivo da relação jurídica litigiosa. Consagram o princípio de que *actori onus probandi incumbit*. A conseqüência é que, não provado pelo autor o fato constitutivo, o réu será absolvido: — *actore non probante, reus est absolvendus*.

“Ambas as regras, também, impõem ao réu a prova dos fatos em que se fundamenta a defesa, quer quando por meio daqueles vise a) atestar a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova), quer quando b) aqueles consistam em fatos impeditivos, extintivos, ou modificativos do fato constitutivo, ou, ainda, consistam em fatos destinados a elidir os efeitos do fato constitutivo (prova da exceção, no sentido amplo)”(in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º vol., 11ª ed., Saraiva, 1987, p. 349).

Eulâmpio Rodrigues Filho anota com razão que, “Se o autor alega o fato e o réu o contesta, o ônus da prova é do autor; se ele mesmo alega e o réu não contesta, o fato se presume verídico; se o autor alega, e prova, ou não o provando, o réu o admite, e, admitindo o fato, outro lhe opõe, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o *onus*

probandi é do réu” (in Das Provas e da Audiência, São Paulo, Leud, 1981, p. 7).

Resta bem claro na lide que a versão apresentada pela ré é bastante crível e aceitável, já que, se tivesse havido furto de tais documentos, essa situação com certeza teria constado na exordial. Se houve e não foi ventilado na exordial, no decorrer da lide é que não pode ser trazido, porque constitui parte fundamental da causa de pedir.

Não havendo refutação clara do contido na exordial, de acordo com o art. 333, I e II, do CPC, é esta a versão que se deve ter como verdadeira.

De qualquer forma, partindo então do reconhecimento de que os documentos foram entregues voluntariamente pelo autor à ré, resta a análise do verdadeiro nó górdio da lide: apesar da voluntariedade da entrega, que tinha finalidade específica — consulta com vistas a controle de finanças de uma empresa —, poderia a ré ter-se apropriado de tais documentos (extratos), com vistas a subsidiar um questionamento judicial contra a própria empresa, de que também era sócia?

Honestamente, após refletir bastante sobre o tema diante das doutrinas colacionadas, entendo que neste caso em particular não há lesão moral, sendo pertinente a conduta efetivada pela ré.

Como bem anotado pelos doutrinadores antes por mim citados, já há muito não há falar da intangibilidade do conceito de que “*vie privée*

doit être murée” (o que significa, numa tradução livre, “a vida privada deve ser murada”).

A proteção constitucional da privacidade do autor e de seus documentos bancários por óbvio não pode servir de manto protetor intransponível para acobertar a impossibilidade de discussões acerca de sua conduta diante da sociedade comercial que integrava e também da qual fazia parte a ré.

Não desconheço que a ré tinha outros meios legais para o levantamento de tais documentos, contudo, a quebra de sigilo bancário é algo complexo e bastante delicado, sendo, portanto, bastante factível que a ré tenha-se sentido compelida a avançar um pouco mais nesse campo nebuloso das garantias constitucionais da privacidade de documentos com vistas a um bem maior: a busca da verdade!

Se a apropriação dos extratos bancários tivesse ocorrido sem finalidade alguma ou, ainda, com a finalidade torpe de prejudicar ou macular a imagem do autor, por óbvio a situação dos autos seria completamente diferente.

Entretanto, da exordial não se extrai uma linha sequer dos prejuízos ou do que efetivamente consistiu a lesão na moral do autor pelo simples fato de ter os extratos bancários expostos. Se não há nada de irregular nos extratos, se não há problema algum em relação à discussão travada em sede de ação de prestação de contas, qual o motivo de tamanha indignação?

Há que se reconhecer que o homem médio, neste tipo de situação, encararia tudo com mais tranqüilidade e, quando muito, como um mero aborrecimento e não como algo que teria capacidade de produção de lesão moral a quem quer que seja.

Conveniente, para espancar ainda quaisquer outras dúvidas que pairam sobre os espíritos dos mais obstinados, a análise sobre excesso ou abuso de direito, sendo imprescindível buscar a lapidar lição de Carvalho Santos:

“Em regra, cada qual pode exercer o seu direito como melhor entender, com a mais ampla liberdade, e até usar dele mal, salvo quando a lei o impede, como no caso de prodigalidade, pelas conseqüências nocivas que podem resultar a outras pessoas [...].

“Mas está claro que o exercício do direito, embora possa gozar da mais ampla liberdade, não pode ir além de um justo limite. Por isso todo direito acaba onde começa o direito de outrem.

[...]

“O abuso do direito, em face do nosso Código, consiste no exercício irregular, no exercício anormal do direito, no exercício do direito com excessos, intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem (Plínio Barreto, RT, vol. 79, p. 506).

“Duas, portanto, são as condições exigidas para a caracterização dessa figura jurídica:

“a) falta de moderação no exercício do direito;

“b) intencionalidade ou imprudência, má-fé ou temeridade, como causas determinantes dessa falta de moderação (Plínio Barreto, ob. e loc. cit.).

[...]

‘Resumindo as opiniões alheias e procurando fazer a síntese da jurisprudência dos tribunais europeus, o Sr. Champion nota que três critérios diferentes foram propostos e aplicados para a investigação do abuso de direito:

‘a intenção de prejudicar;

‘a ausência de interesse legítimo; e

‘o desvio da finalidade do direito exercido.

‘Todos esses critérios, diz ele, confundem-se em um único critério verdadeiro, que é ruptura do equilíbrio dos interesses em presença. Dois interesses, prossegue, estão em presença: o do sujeito do direito e o da vítima do exercício do direito. É socialmente útil e necessário que ambos sejam protegidos. É socialmente impossível, entretanto, que sejam ambos mantidos intactos. Começa aí a necessidade de se procurar equilibrá-los. Mas, se, em dado momento, a lesão do interesse do prejudicado aparece como mais grave, do ponto de vista social, que a lesão do interesse do sujeito, há ruptura do equilíbrio. Essa ruptura determina a intervenção da Justiça em favor do interesse ameaçado. Por outros termos: tendo de escolher, a

sociedade considera mais útil evitar o dano que vai sofrer o ente jurídico ou exigir a reparação do que manter intacto o interesse que ela devia proteger [...].

‘Desde que o uso de direito se faça de maneira vexatória ou com intenção pérfida, ou sem utilidade alguma, surgirá a figura jurídica do abuso de direito e dar-se-á aquilo que Champion chama o exercício anti-social de uma faculdade reconhecida pela lei’.

[...]

“Sendo essencial, portanto, para saber se houve abuso de direito, pesquisar objetivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, ver se o procedimento de um determinado agente foi normal ou anormal, se se conformou ou não com o da média social, vale dizer – com o procedimento da média humana. Resultando a obrigação de ressarcir o dano se se verificar a anormalidade” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. III, Livraria Freitas Bastos S.A., 14ª ed., p. 340 a 355).

No tocante aos citados requisitos, fácil verificar a ausência de abuso de direito, senão vejamos:

— *Da moderação*: Onde está a falta de moderação? A ré levou os extratos à imprensa? Expôs publicamente os documentos? Com base neles produziu argumentações públicas desairosas à pessoa do autor?

— *Da intenção de prejudicar*: Onde foi informada na exordial a intenção de prejudicar clara e

manifesta por parte da ré ? Qual foi o prejuízo do autor?

— *Da ausência de legítimo interesse*: Como se pode considerar falta de legítimo interesse um sócio se apropriar de documentos que eventualmente comprovam sua tese de conduta societária irregular de outrem?

— *Do desvio de finalidade do direito exercido*: Qual foi o uso irregular dos documentos? Onde está a substância jurídica em querer se reconhecer eventualmente em desvio de finalidade em se apresentar algo perante o Judiciário mesmo de maneira anômala, porém com nítida finalidade de legítima defesa?

Em que pese o amor à brevidade, sou forçado ainda a relembrar a questão da “convalidação de provas obtidas por meios ilícitos com a finalidade de defesa das liberdades públicas fundamentais”, com vistas a equacionar bem a tipicidade e a excepcionalidade da situação em tela, apresentando, para tanto, os ensinamentos do constitucionalista Alexandre de Moraes:

“Conforme já estudado anteriormente, as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, e tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro estado de direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana,

não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

“Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação utilizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em *legítima defesa de suas liberdades públicas*, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente. Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para a comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade à intimidade e à imagem do pai agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho que, em *legítima defesa*, acabou por produzir a referida prova. Ainda, poderíamos apontar a possibilidade de uma utilização de uma ‘carta confidencial’ remetida pelo seqüestrador aos familiares dos seqüestrado. Certamente, essa carta poderia ser utilizada em juízo, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o seqüestrador foi quem, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do seqüestrado e de seus familiares que, em *legítima defesa*, produziram tal prova.

“Note-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em

desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, uma vez que aqueles que produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas ilícitas. Assim agindo — em *legítima defesa* —, a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo portanto o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna.

“Como observado pelo Ministro Moreira Alves, em lapidar voto-relator no *Habeas Corpus* n. 74.678-1/SP, ‘evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito a privacidade a gravação pela vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e de todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa’ (STF — 1ª T. — HC n. 74.678-1/SP — rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 ago. 1997. Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — *Ementário* n. 1.878-02).

“Nesse sentido e no referido julgamento, assinalou o Ministro

Sepúlveda Pertence a *existência de exclusão da ilicitude* da gravação obtida por um dos interlocutores, vítima de corrupção passiva ou concussão já consumada, apesar do desconhecimento do outro interlocutor, e, conseqüentemente, a possibilidade de sua utilização” (Direitos Humanos Fundamentais, 3ª edição, Editora Atlas, SP, 2000, p. 263 a 264).

Restam claras como a luz solar a total possibilidade da conduta realizada pela ré e a ausência de fato gerador de lesão moral em relação ao autor.

Assim, a improcedência da pretensão é medida que se impõe por questões de direito e justiça.

Ex positis, considerando tudo mais que dos autos consta, *julgo improcedente* esta ação de indenização por danos morais (autos n. 018.02.012827-1) aforada por Francisco da Silva Simões contra Loreni Ferreira Roggia.

Condeno o autor a pagar ao douto procurador da ré honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), devidamente atualizados até a data do efetivo pagamento.

Custas pelo autor.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Chapecó, 12 de junho de 2003.

Yhon Tostes,
Juiz de Direito.

**JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE GARUVA
PROCESSO N. 159/00****JUIZ DE DIREITO: DR. DÉCIO MENNA BARRETO DE ARAÚJO FILHO**

Vistos, etc.

Walmor Rigon propõe ação de cobrança contra a Companhia Paulista de Seguros, alegando que com esta celebrou contrato de seguro de seu veículo automotor descrito na inicial, mas, apesar de ainda estar no período de cobertura, a requerida negou-se a cobrir as despesas decorrentes de acidente de trânsito envolvendo o veículo segurado e aquele de terceiro, cujo ressarcimento de R\$ 3.771,82 agora pleiteia.

Frustrada a tentativa preliminar de conciliação, a ré contestou, alegando que o seguro contratado com o autor era especial, baseado no perfil e circunstâncias pessoais do segurado, e, por isso, diferenciado, sendo dessa forma muito importantes suas declarações feitas na contratação, entre elas especificamente a indicação do condutor principal. Com base nisso, e ainda que houvesse a informação de que o filho do segurado fosse condutor secundário do veículo, na realidade seria ele o condutor principal, assim como no momento do acidente, o que justificaria à requerida negar cobertura do seguro por quebra de cláusula contratual e má-fé do autor, que teria prestado informação falsa por ocasião da contratação, ou não advertiu a seguradora sobre

modificação no uso do veículo, no curso do contrato.

Houve réplica, e em audiência de instrução e julgamento ouviu-se uma testemunha — apesar dos protestos da própria parte que a arrolou —, que postulou então fosse verificada a quilometragem do veículo do autor, para não se afrontar o princípio constitucional da ampla defesa.

Apesar de legalmente dispensável, este é o breve relatório, em homenagem ao elevado nível dos defensores, pelo que passo a decidir — e não a Magistrada que instruiu o feito, a princípio vinculada, já que removida desta Comarca (RTJ 131/1.209).

Ainda que por liberalidade não se atribua consequência à extemporaneidade da juntada da carta de preposição da empresa-ré àquele que lhe representou na audiência de instrução e julgamento, não se aplicando o artigo 20 da Lei n. 9.099/95, vislumbra-se que sob todos os ângulos a ação é procedente.

E mais do que isso, evidenciada ainda ficou uma conduta absolutamente reprovável da ré — empresa seguradora de grande porte e abrangência no mercado nacional — o que deveria ser divulgado com grande

alcance por entidades e órgãos de defesa ao direito do consumidor.

A Constituição Federal de 1988 demonstrou, como assinala Rui Stocco, “grande preocupação do legislador constituinte com o consumidor, resgatando um atraso considerável em nossa legislação, ao contrário de outros países em que a força do consumidor é fantástica e impressionante, apoiado por entidades públicas e privadas, vivamente interessadas em sua proteção efetiva e permanente” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, 3ª ed., p. 287), pois, no artigo 5º, XXXII, declarou ser obrigação do Estado a defesa do consumidor, inserindo, ainda, entre outras disposições, comandos protetivos nos artigos 150, § 5º, e 170, V.

A sociedade brasileira foi agraciada com a Lei n. 8.078/90, dispondo sobre o Código de Defesa do Consumidor, legislação considerada como uma das mais avançadas e bem elaboradas do planeta, que prevê o intervencionismo estatal nos contratos e relações de consumo, para o fim de se dar a devida proteção ao abandonado consumidor brasileiro, vítima muitas vezes de um capitalismo selvagem e irresponsável. Afinal, nos dizeres de Ada P. Grinover e A. Hermann Benjamin, “a proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, em todo o mundo, um dos temas mais atuais do direito”.

Como salientam novamente os doutrinadores acima referidos, co-responsáveis pela autoria do

anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, seja outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing*.”

“É com os olhos postos nesta vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. *Que enorme tarefa, quando se sabe que esta fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, créditos e outras características dos produtos e serviços.* Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores” (CDC Comentado, Ed. Forense Universitária, 5ª ed., p. 7, com grifos meus)

Não poderia ser de outra forma. A sociedade de consumo, caracterizada por um número cada vez maior de produtos e serviços, pelo domínio do *marketing*, e pela dificuldade de acesso à justiça, merecia o desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina jurídica autônoma.

Todavia, restou evidenciado, ainda, que mesmo após decorrido mais de uma década do advento do Código do Consumidor, persiste em nossa pobre sociedade uma relação

de consumo viciada, injusta, selvagem e desequilibrada, em que poderosos conglomerados financeiros, entre seguradoras, empresas de planos de saúde privados e instituições financeiras, abusam de seu poderio econômico para explorar o consumidor, impondo-lhe contratos de adesão, e, o pior, sempre tendo em vista o lucro fácil, não cumprem suas obrigações legais e contratuais, valendo-se, para tanto, de todos os artifícios possíveis, inclusive aqueles reprováveis de forjar provas.

Nesse particular, a ré alegou a favor de seu direito — única e exclusivamente, deixando de impugnar o valor reclamado — o fato de que o autor, de má-fé, declarou por ocasião da contratação ser o ocupante principal do veículo segurado, quando na realidade seria seu filho aquele usuário. Recorreu, para demonstrar o fato, à prova documental viciada (fl. 46), tomada em circunstâncias nebulosas e com o conteúdo infringido pelo depoimento do próprio subscritor:

“Após o acidente o depoente foi procurado por uma pessoa que se identificou como sendo investigador da seguradora do carro do Dirceu; que esse investigador pediu ao depoente que lhe relatasse o acidente e suas circunstâncias; *que pediu ao depoente também que fizesse uma declaração de próprio punho* relatando as circunstâncias do acidente; que o depoente reconhece o depoimento de fl. 46 como sendo a declaração que ele mesmo redigiu e assinou; *entretanto o depoente deseja esclarecer que não*

sabe se o motorista usava o carro Gol para ir trabalhar ou estudar quase que diariamente; que tal afirmação, apesar de constar na declaração de fl. 46, não é verdadeira; que o depoente foi induzido a declarar que o Dirceu usava o carro quase que diariamente para trabalhar e estudar; que o depoente nunca viu o Dirceu usando o carro do pai, a não ser no dia do acidente; que inclusive só reconheceu Dirceu no dia do acidente depois que ele desceu do carro; [...] que o depoente esclarece que no dia em que foi procurado pelo investigador da seguradora estava muito ocupado, com muito serviço e não deu a devida atenção ao que estava escrevendo” (fl. 63, com grifos meus).

Além disso, procurou a requerida confundir este Juízo, propalando que o consumidor estava devidamente advertido das “características especiais” do seguro que contratava, entre elas da importância de que o usuário principal do veículo deveria dirigi-lo em 90% do tempo de uso, conforme manual que lhe fora entregue, supostamente aquele de fl. 47.

Mas, como bem advertiu o autor, na realidade tal manual é aquele do corretor, e não aquele do segurado, este juntado corretamente pelo autor com a inicial (fl. 14), no qual não consta nenhuma das informações que supostamente teriam sido “amplamente divulgadas e de conhecimento do consumidor”!

Tais artifícios, de todo reprováveis, além de constituírem-se em infrações penais e administrativas,

que devem se apuradas e punidas, demonstram com todas as letras a *litigância de má-fé*, atitude que pode ser reconhecida de ofício pelo juiz (artigo 18, *caput*, do Código de Processo Civil), condenando-se o litigante nas penas legais, por força da aplicação do artigo 55, *caput*, da Lei n. 9.099/95.

Assim, o que se vê nos presentes autos?

Simplemente uma prova forjada, a demonstração da má-fé, da fraude, do engodo, da trampa, do descuido, da falta de escrúpulos, da desonestidade e da falta de seriedade.

Ora, no moderno processo civil vigente, é dever das partes não formularem pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento, conforme disposto no art. 14, III, do CPC. Negar o cumprimento de obrigação incontroversa não se coaduna com os princípios que regem as relações jurídicas, impondo, sem dúvida, a aplicação da pena de litigância de má-fé.

Na RT 385/273 registrou-se que “a jurisprudência acerca da configuração do *improbis litigatur* assim comenta: ‘A má-fé se configura quando o litigante, conscientemente, afirma fato inexistente ou nega fato existente’”.

O artigo 17 do estatuto processual disciplina que se reputa o litigante de má-fé aquele que não apenas *alterar a verdade dos fatos* (inciso II), como também aquele que *proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo* (inciso V).

Enfim, no mérito, a requerida não provou, como lhe competia — artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor —, o seu direito extintivo daquele do autor, que se viu, ao contrário, até mesmo infirmado pelas provas documental e testemunhal produzidas.

Em desespero de causa, após insurgir-se com a oitiva, pelo Juízo, da testemunha que ela própria arrolou, postulou ainda fosse verificada, talvez por perícia, inspeção ou outro meio que não especificou, a quilometragem do veículo segurado.

A postulação, feita em nome de princípios constitucionais, beira ao inimaginável!

Prepare-se, consumidor: você paga religiosamente o prêmio do seguro, indicando corretamente as condições de uso do veículo; a seguradora não lhe informa corretamente, como o faz ao seu corretor, eventuais “condições especiais” do contrato e suas obrigações; mas você tem de cuidar para que todas as pessoas que eventualmente utilizem o veículo segurado, ou se envolvam em acidentes com ele, não sejam pressionadas para depor contra você e ...pasmem (!) ...deve fazer um controle diário, quiçá instalando um velocímetro, um outro odômetro ou equipamento, para apurar por quantos quilômetros, você, segurado, foi o motorista do veículo, e qual o seu consumo mensal.

Senão a empresa que vocês, incautos consumidores, escolheram para *segurar* seu patrimônio, utilizando-se de manobras e articulações

temerárias e levianas, simplesmente lhes procurará negar o cumprimento de sua obrigação!

Por todo o exposto, julgo procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento do valor pleiteado na inicial, corrigido monetariamente desde o seu desembolso e acrescido de juros moratórios a partir da citação.

Ademais, ante as razões constantes da presente sentença, reputo a ré litigante de má-fé, razão pela qual, nos termos do art. 17, I, II e III, combinado com o art. 18, ambos do CPC, condeno-a às penas dessa litigância, consubstanciada em multa pecuniária de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, bem como em indenização à parte contrária, que fixo no equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado até a presente data, com fundamento no artigo 18, *caput*, e § 2º do CPC.

Assim procedo, em percentual fixo e no seu limite máximo, primeiro pela reprovabilidade da conduta e pelo poderio econômico da ré, e, depois, porque a “apuração das ‘perdas e danos’ pode continuar a gerar, como tem gerado, sérios inconvenientes, pela sua difícil comprovação. Ocorre, geralmente, que a má-fé existiu, o ato abusivo foi praticado, a Justiça e a parte foram acintosamente tripudiadas, mas não houve prejuízo material a se apurar. É preciso que o litigante de má-fé sinta concretamente no

bolso” (Adroaldo Leão em O litigante de má-fé, 2ª ed., Forense, 1986, p. 97).

Finalmente, nos termos do artigo 40 do Código de Processo Penal, remetam-se cópias dos autos ao Ministério Público, a fim de que se proceda à investigação da autoria e prática de delitos estabelecidos na Lei n. 8.078/90, notadamente aquele previsto no artigo 66, bem como ainda no Código Penal, artigos 299, 343 e 347.

Oficie-se ainda, remetendo igualmente cópia de todo o processado ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão integrante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para as providências legais que entender pertinentes, previstas nos artigos 55 e seguintes da Lei n. 8.078/90 e no Decreto n. 2.181, de 20-3-97.

Transitada em julgado, e mediante requerimento do credor, com a apresentação do cálculo discriminado do débito, expeça-se o competente mandado de execução.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Garuva, 17 de agosto de 2001.

Décio Menna Barreto de Araújo Filho,
Juiz de Direito Substituto designado.

**JUIZO DE DIREITO DA COMARCA DE ITAJAÍ
PROCESSO N. 033.04.002779-4****JUIZ DE DIREITO: DR. RODOLFO CEZAR RIBEIRO DA SILVA***Vistos os autos etc.*

I — D. G. e M. F. do A. P. G. G., devidamente qualificados nos autos, aforaram a presente ação de alteração de regime de bens, alegando, em síntese, que a comunhão universal escolhida por ocasião do casamento entre eles, em data de 23-1-93, não atende mais aos seus anseios em razão do “crescimento pessoal e profissional dos cônjuges e do nascimento dos filhos do casal”, notadamente pelos embaraços decorrentes do regime então vigente de que poderá provir a separação do casal.

Descreveram a filiação, os bens que possuem, destacaram posições doutrinárias e textos legais pertinentes ao caso concreto, pleiteando, ao final, a alteração do regime matrimonial para a comunhão parcial de bens.

Valoraram a causa e anexaram documentos (fls. 9 a 38).

Instado, o representante do Ministério Público interveio (fls. 42 a 44), opinando pela procedência do pedido.

É o relatório.

II — Tudo bem visto e analisado, decido:

Trata-se de ação de jurisdição voluntária, objetivando os requerentes a alteração do regime de bens do casamento de comunhão universal para comunhão parcial.

Em que pese o entendimento de que a modificação do regime matrimonial de bens de casamento, celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, seja inviável^{1,2}, este Juízo entende ser possível a aludida alteração.

Vigia no ordenamento jurídico brasileiro, a teor do art. 230 do Código Civil de 1916, o princípio da imutabilidade do regime de bens.

Entretanto, o art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002 rompeu tal princípio e admitiu a “alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Sobre o dispositivo legal em comento, destaca-se o enunciado formulado na Jornada de Direito Civil realizada em Brasília, em setembro de 2002, segundo o qual “é admissível alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por

1 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil* — Direito de Família, 2. ed., Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 143.

2 AC n. 03.020451-2, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento.

ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”³.

Como se vê, o legislador, enaltecendo a autonomia e liberdade das pessoas, permitiu a elas o poder de livre decisão sobre os aspectos pessoais e patrimoniais no tocante à alteração dos efeitos patrimoniais do casamento, as quais podem modificar o regime de bens, decidindo por outro diverso daquele optado no momento do ato, ainda que tenham casado sob a égide do Código Civil de 1916.

Oportuna a lição de Pablo Stolze Gagliano⁴ acerca do tema:

“Em nossa opinião, o regime de bens consiste em uma instituição patrimonial de eficácia continuada, gerando efeitos durante todo o tempo de subsistência da sociedade conjugal, até a sua dissolução. Dessa forma, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2002 — data da entrada em vigor do Novo Código —, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do regime, eis que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas. Raciocínio contrário coroar a injustiça de admitir a modificação do regime de bens de pessoas que se uniram matrimonialmente um dia após

a vigência da lei, negando-se o mesmo direito aos casais que hajam se unido um dia antes”.

A matéria de fato alegada na petição inicial, devidamente assinada pelos cônjuges (fl. 8), foi comprovada pelos documentos que a instruíram, cabendo ressaltar a certidão de casamento de fl. 10 e as certidões negativas de fls. 15 a 23 exprimindo a idoneidade dos requerentes e atestando a garantia de interesses de terceiros.

Com efeito, a justificativa para a alteração do regime de bens mostra-se relevante, na medida em que o regime de bens escolhido pelos requerentes em 23-1-93 não atende mais aos seus anseios em consequência do crescimento pessoal e profissional do casal, nascimento de seus filhos, mormente pelos embarços decorrentes do regime então vigente de que poderá advir a separação do casal.

No concernente à ampla publicidade, não há previsão legal para a publicação de editais para informação da alteração de regimes e, portanto, não cria óbices para o deferimento do pleito.

Por derradeiro, deve-se esclarecer que o art. 2.039 do Código Civil de 2002, dispondo que “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”, elucidou a

3 Presidente: Gustavo Tepedino; Relator: Luiz Edson Fachin; Autores: Adriana da Silva Ribeiro, Alfredo Abinagem e Regina Afonso Portes; v.u., Tribuna da Magistratura, Caderno Especial Jurídico, setembro de 2002.

4 *In* O Impacto do Novo Código Civil no Regime de Bens do Casamento, artigo publicado em www.novodireitocivil.com.br, capturado em 16-2-04.

desnecessidade de ratificação do regime de bens com a vigência do Novo Código, não impedindo a modificação consensual como pretendem os requerentes no caso *sub judice*.

Respeitados todos esses requisitos, impõe-se a procedência do pedido dos requerentes.

III — Dispositivo:

Em assim sendo, com fundamento no art. 1.639, § 2º, do CC/02, art. 269, inciso I, e art. 1.109, ambos do CPC, *julgo procedente* o pedido formulado por D. G. e M. F. do A. P. G. G., para alterar o regime de bens do casamento para *comunhão parcial*, a partir da data desta sentença (16-2-2004), sem efeitos retroativos.

Transitada em julgado, expeça-se mandado de averbação ao Oficial de Registros Civil das Pessoas Naturais desta Comarca, ao Cartório de Registro de Imóveis (1º Ofício), bem como ao Registro Público de Empresas Mercantis.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público.

Itajaí, 16 de fevereiro de 2004.

Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE LAGUNA PROCESSO N. 040.99.000476-7/0000

JUIZ DE DIREITO: DR. RENATO MÜLLER BRATTI

Ação monitória. Prazo para embargos. Procuradores distintos. Conta conjunta. Ilegitimidade passiva. Cheque prescrito. Lapso temporal superior a dois anos. Necessidade de descrição da *causa debendi*.

Sendo distintos os procuradores das partes, o prazo para embargos deve ser computado em dobro, na forma do art. 191 do CPC.

Somente pode figurar no pólo passivo da demanda o correntista que firmou o cheque, porque inexistente responsabilidade solidária em relação aos outros titulares da conta bancária solidária. Essa solidariedade só obriga os correntistas perante o

banco, mas não aproveita a terceiros portadores do cheque quando emitido por um só correntista.

O credor está dispensado de deduzir a *causa debendi* do cheque prescrito se a ação monitória vier a ser proposta até dois anos após o decurso do prazo para apresentação da cártula (art. 59 da Lei n. 7.357/85). Decorridos esses dois anos, deve o credor narrar a origem do título, pois neste caso o cheque apresenta apenas começo de prova escrita da ação de cobrança.

Vistos, etc.

O município de Laguna, qualificado nos autos, aforou a presente Ação Monitória contra Clésio A. de Carvalho e Sandra G. de Carvalho, também qualificados, alegando que recebeu a cambial anexa em 1º-12-1993, tendo-se operado sua prescrição, perdendo assim a força executiva.

Postula, nos termos do art. 1.102a, seja julgada procedente a ação, convertendo-se o mandado de pagamento em mandado executivo, e prosseguindo-se na execucional na forma do art. 1.102c do CPC, com a condenação dos requeridos ao pagamento das verbas de sucumbência.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 4 a 6.

Recebida a inicial, foi determinado que o autor cumprisse o disposto no inciso V do art. 282 do CPC, quando ele deu à causa o valor de R\$ 5.462,81 (fl. 9).

Citados, os réus apresentaram embargos, os quais deixaram de ser recebidos em face da intempestividade.

Em seguida os réus formularam pedido de reconsideração em relação à intempestividade, quando foram tais embargos recebidos, uma vez que, sendo distintos os procuradores, o prazo para resposta deve ser computado em dobro, na forma do que dispõe o art. 191 do CPC.

Nos embargos, alegou o réu Clésio A. de Carvalho, em primeira preliminar, inépcia da inicial por ausência do valor da causa.

Em segunda preliminar, alega falta de causa de pedir, uma vez que o autor não indica a *causa debendi*.

Em terceira preliminar, alega a ocorrência da prescrição, uma vez que ultrapassado o prazo prescricional de 6 (seis) meses cabe tão-somente a ação de locupletamento, a qual deve ser aforada no prazo de dois anos, a teor do disposto no art. 61 da Lei n. 7.357/85. Assim, como a cártula foi emitida em 1º-12-1993, teria o autor até 1º-7-94 para propor ação executiva, correndo desta data o prazo de dois anos para a ação de cobrança a que se refere o art. 61 da lei citada.

No mérito, alega que não efetuou nenhuma transação comercial com o embargado da qual decorresse a emissão do título, porém emitiu o cheque para pagamento de valores devidos a título de ISS da empresa denominada Construtora Mabal Ltda. Tal fato encontra-se estampado na própria cártula em que consta o nome Mabal e seu telefone. O título foi emitido para pagamento do ISS relativo às obras realizadas nos edifícios Juliana, Kellen, Tordesilhas, Beatriz e a título de certidão, imposto este indevido, pois a Construtora promoveu edificações em imóveis de sua propriedade, por sua conta e risco, não se falando assim em prestação de serviços, uma vez que impossível prestar serviço a si próprio.

Finaliza requerendo a extinção do feito ou a procedência dos embargos, com a condenação do autor/embargado nas verbas de sucumbência.

Em seus embargos, argúi Sandra G. de Carvalho, em preliminar, ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que a cártula que embasa o pleito inicial possui tão-somente a assinatura do réu Clésio A. de Carvalho.

No mérito, repete os argumentos apresentados pelo outro réu e postula o acolhimento da preliminar e, caso contrário, a procedência dos embargos.

Intimado, o embargado contestou os embargos alegando má-fé dos réus, uma vez que sendo marido e mulher foram citados na mesma data e seus procuradores trabalham em sociedade, razão pela qual o prazo não poderia ser computado em dobro.

Argumenta, ainda, que, mesmo computando-se o prazo em dobro, os embargos são intempestivos, pois os réus foram citados em 8-11-99, tendo decorrido o prazo em 8-12-2000.

Diz ainda que a inicial foi emendada dando-se valor à causa e que o cheque objeto da demanda é título executivo que caracteriza por si só uma obrigação. Argumenta ainda que os réus alegam questões que deveriam alegar em processo próprio tentando ofuscar a verdade dos fatos.

Finaliza requerendo a improcedência dos embargos.

O Ministério Público opinou pela rejeição da intempestividade dos embargos e pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

Tratam estes autos de ação monitória aforada pelo município de Laguna, na qual o autor pretende o

recebimento de um título de crédito representado pelo cheque acostado à fl. 6.

Prefacialmente, consigno que realmente tempestivos os embargos, uma vez que, sendo distintos os procuradores das partes, o prazo para contestação deve ser computado em dobro, a teor do disposto no art. 191 do CPC, “Ainda que os advogados sejam companheiros de escritório, desde que seja, cada qual, procurador de litisconsorte diferente, aplica-se o art. 191 (STJ — 4ª Turma, REsp n. 28.226-7/SP, rel. Min. Dias Trindade, j. 14-12-93, deram provimento, v. u., DJU 28-3-94, p. 6.326; RT 549/85, 565/86, TJTJESP 106/340, maioria, JTA 112/403, Lex—JTA 152/85). Neste caso, o benefício incide ainda que os advogados tenham apresentado ‘a petição em conjunto, suscitando as mesmas razões’ (STJ — 4ª Turma, REsp n. 184.509/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 19-11-98, deram provimento, v. u., DJU 15-3-99, p. 241)” (*in* Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed., Saraiva, p. 270).

Além disso, consigno que o prazo para contestação não começa a fluir a partir da data da citação como quer o autor/embargado, mas sim da data da juntada aos autos da precatória cumprida, conforme dispõe o inciso IV do art. 241 do CPC.

Assim, afasto a alegação de intempestividade dos embargos e passo à análise de tais embargos, iniciando por aqueles apresentados pela segunda ré, Sandra G. de Carvalho.

Alegou ela, em preliminar, ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que o emitente do cheque foi somente o primeiro réu.

É entendimento consolidado dos nossos Tribunais que o fato de ter sido emitido cheque sem provisão de fundos por um dos titulares da conta corrente não gera ao outro titular responsabilidade pelo cumprimento da dívida em relação àquele que recebeu o título, já que estes possuem relação apenas com o banco e não com terceiros.

Este também é o sentido em que se tem manifestado a doutrina pátria, como no seguinte ensinamento:

“É de se indagar se a emissão de cheque sem fundos por um dos titulares da conta solidária faz estender a responsabilidade a todos os outros titulares. De nossa parte, entendemos que não, pois o fato de o cheque corresponder a uma conta bancária solidária não produz efeito de converter todos os titulares em devedores solidários da cártula” (Sérgio Carlos Covello, Contratos Bancários, 4ª ed., 2001, p. 110).

É também a compreensão do nosso Tribunal de Justiça, como se tem dos acórdãos assim ementados:

“Conta conjunta. Demanda ajuizada contra os dois titulares. Ausência de responsabilidade solidária em relação a terceiros. Responsabilidade apenas do subscritor. Ação julgada extinta em relação ao segundo titular. Recurso parcialmente provido” (Ap. Cív. n.

99.014405-4, de Indaial, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Apelação cível — Ação monitória — Ilegitimidade de parte — Carência de ação — Matéria de ordem pública — Reconhecimento de ofício — Inexistência de responsabilidade solidária — Ausência de citação — Nulidade da relação jurídica processual — Recurso desprovido.

“Tratando-se de conta bancária conjunta, somente poderá figurar no pólo passivo da demanda o correntista que firmou o cheque, porque inexistente responsabilidade solidária, em relação a terceiros, daquele que não firmou a ordem de pagamento à vista” (Ap. Cív. n. 00.003612-9, de Itapiranga, rel. Des. Cercato Padilha).

“Monitória — Cheques afetados pela prescrição — Embargos — Rejeição — Ilegitimidade passiva *ad causam* — Prefacial refutada — Investigação da *causa debendi* — Inadmissibilidade — Litigância de má-fé — Reconhecimento na instância singular — Insustentabilidade, nesse aspecto, do *decisum* — Apelo parcialmente acolhido.

“Reconhecida pela demandada a emissão dos cheques em que se respalda a ação monitória, está ela legitimada passivamente para o feito, em nada influenciando nessa legitimação o fato de haverem sido os títulos repassados a terceiro — o atual credor — com quem jamais encetou ela qualquer negociação. A relação jurídica que se estabelece em razão da emissão de cheque é entre o seu emitente e aquele que detém a posse do título” (Ap. Cív. n. 2001.009108-9,

de Concórdia, rel. Des. Trindade dos Santos).

Idêntico é o posicionamento mantido pela Corte de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando, a propósito, disse:

“Ação monitória. Emissão de cheques de conta conjunta pelo marido. Ilegitimidade passiva da mulher. Mútuo entre particulares. Nulidade. Recurso do autor/embargado: marido e mulher que mantêm contas bancárias conjuntas são credores e/ou devedores solidários perante os bancos, mas essa solidariedade não aproveita a terceiros portadores de cheques quando emitidos por só um dos correntistas. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes (Código Civil — art. 896. Provimento negado a ambos os apelos (6 fls.)” (Ap. Cív. n. 599474285, 1ª C.Civ., rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. 20-6-00).

Pacífica, em sendo assim, a compreensão de que a solidariedade dos titulares da conta conjunta é apenas perante o banco e não em relação a terceiros, acolho a preliminar levantada pela segunda ré, Sandra G. de Carvalho, uma vez que o título foi emitido somente pelo primeiro réu, e em consequência decreto a extinção da ação monitória em relação a ela.

Excluída assim a segunda ré da lide, passo à análise das preliminares levantadas pelo primeiro réu, iniciando pela alegação de inépcia da inicial por ausência do valor da causa.

Tal preliminar não pode ser acatada, uma vez que a deficiência da

peça exordial já foi corrigida pelo procurador do autor, quando provocado por este Juízo em despacho inicial, ocasião em que emendou aquela peça. Portanto, afasto tal preliminar.

Em segunda preliminar, alega o réu falta de causa de pedir, uma vez que o autor não declina a origem do título. Na terceira preliminar, alega a ocorrência da prescrição, uma vez que ultrapassado o prazo prescricional de 6 (seis) meses cabe tão-somente a ação de locupletamento, a qual deve ser aforada no prazo de dois anos, a teor do disposto no art. 61 da Lei n. 7.357/85. Assim, como a cártula foi emitida em 1º-12-1993, teria o autor até 1º-7-94 para propor ação executiva, correndo desta data o prazo de dois anos para a ação de cobrança a que se refere o art. 61 da lei citada.

Analiso estas duas preliminares em conjunto, porque no caso específico a decisão de uma encontra-se interligada à outra.

Sobre o assunto, inicio citando as lições de Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto ao comentarem o artigo acima:

“A prescrição chéquica na verdade retira a executoriedade do título, mas não o direito nele documentado (art. 131 do Código Civil). Esse é o fenômeno que explica a subsistência de outras duas demandas: a ação de locupletamento (cambiariforme, mas não de eficácia executiva, que é prevista no art. 61) e a ação causal, fundada esta última na relação jurídica que deu origem à emissão do cheque (art. 62). Nesta, a

causa de pedir pelo credor remonta ao negócio subjacente, servindo o cheque impago (*pro solvendo*) como elemento de prova, e o prazo é, em princípio, o vintenário de prescrição das ações comuns, de conformidade com o Código Civil; já a pretensão de locupletamento contra o emitente em detrimento do credor tem na falta de pagamento do cheque o seu pressuposto, e o prazo é bienal de prescrição. Essas são as distinções entre ambas” (Lei do Cheque, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000).

No mesmo sentido decidiu o nosso Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível n. 2000.021014-5, da Capital, sendo relator o eminente Des. Silveira Lenzi:

“Ação monitória. Cheque prescrito. Lapso temporal superior a dois anos. Necessidade de descrição da *causa debendi*.

‘Escolhendo o credor, para a satisfação de seu crédito, o caminho do procedimento injuntivo, estará dispensado de deduzir a *causa debendi* do cheque prescrito, se a ação vier a ser proposta até dois anos após o decurso do prazo previsto no art. 59 da Lei n. 7.357/85 (‘ação de enriquecimento’ (art. 61), sob o rito previsto no art. 1.102a do CPC). Se decorridos esses dois anos, pode intentar, para o mesmo fim, também a ação monitória, aí sim, a respectiva inicial deverá narrar a origem do título, que, neste caso, constitui apenas começo de prova escrita da ação de cobrança proposta nos termos do art. 1.102a do CPC’ (Sérgio Bittencourt)”.

Ainda no mesmo sentido a decisão proferida nos autos da Apelação Cível n. 2001.017765-0, de Braço do Norte, relator o eminente Des. Trindade dos Santos:

“Cobrança — Cheque prescrito para fins de execução — Ação de enriquecimento (art. 61, Lei do Cheque) — Indispensabilidade de identificação da *causa debendi* — Providência não atendida — Extinção da ação — Apelo, para tanto, provido.

“A prescrição chéquica, para fins executivos, não faz perecer o direito nele documentado, restando ao credor, para haver o valor do débito, a ação de enriquecimento prevista no art. 61 da Lei do Cheque e a ação causal. Prescrita a ação de locupletamento, qualquer ação que vise à cobrança do cheque, seja qual for o *nomen juris* que se lhe dê, é ação causal. E a causa de pedir desta, pressuposto indispensável à possibilidade jurídica do pedido, não é o cheque em si, mas sim a relação negocial que deu ensejo à emissão do título, pelo que a causa subjacente dessa emissão impõe-se devidamente detalhada pelo credor”.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

“Ocorre que a cártula na qual se sedimentou o pedido injuntivo formulado, foi emitida em 7 de janeiro de 1995, tendo sido ajuizado o presente feito no dia 11 de fevereiro de 1999, transcorrido, destarte, prazo bastante superior a dois anos a partir do término do lapso temporal assinado pela lei para a apresentação, ao sacado, do cheque em questão, prazo de dois anos esse dentro do qual,

obrigatoriamente, poderia ser ajuizada a ação de enriquecimento prevista na Lei n. 7.357/85, conhecida como Lei do Cheque.

“Vejam-se os dispositivos pertinentes da refalada Lei do Cheque:

‘Art. 59. Prescreve em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o artigo 47 desta Lei assegura ao portador.

‘Parágrafo único [...]

‘Art. 61. A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não-pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta Lei.

‘Art. 62. Salvo prova de novação, a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não-pagamento’.

“Examinando-se a situação detectada nos autos presentes à luz dos transcritos preceitos legais, observa-se que prescrita está a ação executiva, já que passados mais de seis meses do término do prazo de apresentação do cheque. Igualmente prescrita está a ação de enriquecimento, dado o escoamento do lapso temporal de mais de dois anos contado do dia em que se consumou a prescrição executiva do título.

“Nesse contexto, restaria ao credor, apenas e somente, o uso de ação de índole causal para a salvaguarda de seu direito creditício.

“Escolhido tanto o rito monitorio quanto o ordinário, excluído portanto o sumário executivo, toda ação que se fundamenta na mera posse do cheque como fato jurídico criador do direito de crédito há que ser entendida como ação de enriquecimento, com fundamento na Lei do Cheque.

“É, exatamente, o caso vertente!

“Entretanto, aqui, a relação originária do débito, que ensejou a emissão do título exequendo, não veio à tona como elemento a embasar o direito pleiteado, fundamentado o pedido unicamente na apresentação em juízo do cheque não pago. É clara portanto a característica cambial desta ação.

“Irrelevante o *nomen juris* apresentado pelo apelado na vestibular, equivale esta ação à de enriquecimento comentada anteriormente, estando, portanto, prescrita.

“Entretanto, o que prescreveu, reitera-se, foi a ação cambial de enriquecimento, onde apenas o cheque, dada suas características de literalidade e certeza, está apto a provar o direito do portador.

“Decorrido o prazo prescricional da ação de locupletamento, restava ao apelado, reitera-se, unicamente a ação causal, ou seja, aquela que se fundamenta no negócio que originou a cártula, do qual o cheque apresentado configura-se somente como prova.

“A diferença entre ambas, ressalta-se, não é o rito escolhido, seja monitorio ou ordinário, mas a causa de pedir.

“Nas ações de enriquecimento, a causa de pedir é o próprio título, mesmo desprovido de executividade, acaso já decorrido o prazo do antes transcrito art. 59 da Lei n. 7.357, hipótese em que a mera existência do título é hábil para provar a existência da dívida, com a sua posse pelo credor comprovando, por si só, a falta do pagamento.

“Diferentemente, na ação causal incumbe ao autor comprovar de forma eficaz o seu direito, impondo-lhe a lei que historicamente com suficiência a relação negocial que redundou na emissão da cártula. A *causa petendi*, na ação de natureza causal, não é mais a mera posse do título, mas o débito decorrente de uma obrigação inadimplida, fruto de um prévio negócio jurídico que deve ser provado.

“Nesta situação, o cheque configura-se como mero elemento probatório de que houve relação negocial entre emitente e portador, desprovido, entretanto, da presunção de veracidade de que gozava anteriormente ao decurso do prazo prescricional do art. 62 da mesma lei, podendo ser amplamente contestado pela parte adversa.

“Por ser fundada num direito pessoal, não mais cambiário, prescreve a ação causal no prazo de vinte anos, consoante determina o art. 177 do Código Civil.

“Fábio Ulhoa Coelho, discorrendo sobre a prescrição da ação de enriquecimento e da subsistência da ação causal, assim leciona:

‘Após a prescrição das ações cambiais, será ainda possível ao

portador do cheque sem fundos promover a ação causal (LC, art. 62), para fins de discutir as obrigações decorrentes da relação originária’ (Curso de Direito Comercial. 4ª ed., vol. 1, São Paulo : Saraiva, 2000).

“Em situação semelhante à dos autos e em conformidade com o entendimento doutrinário supracitado, assim se pronunciou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

‘Ação monitória — Embargos — Cheques prescritos — Ação de enriquecimento — *Causa debendi* — Ônus da prova.

‘Escolhendo o credor, para a satisfação de seu crédito, o caminho do procedimento injuntivo, estará dispensado de deduzir a *causa debendi* do cheque prescrito, se a ação vier a ser proposta até dois anos após o decurso do prazo previsto no art. 59 da Lei n. 7.357/85 (‘ação de enriquecimento’ (art. 61), sob o rito previsto no art. 1.102a do CPC). Se decorridos esses dois anos, intentar, para o mesmo fim, também a ação monitória, aí sim, a respectiva inicial deverá narrar a origem do título, que, neste caso, constitui apenas começo de prova escrita da ação de cobrança proposta nos termos do art. 1.102a do CPC.

‘Apresentando o autor prova formal de seu crédito (cheques prescritos), ao réu é que incumbe demonstrar a ocorrência de qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito incorporado naqueles títulos’ (Ap. Civ. n. 1998.011052699-7, rel. Des. Mario Machado, j. 28-6-2001).

“Do Superior Tribunal de Justiça, registrem-se os seguintes arestos:

‘Comercial — Processual civil — Ação de enriquecimento — Prescrição.

‘Prescreve em dois anos a ação de enriquecimento contra o emitente de cheque que, de seu valor, se tenha locupletado’ (REsp n. 21.536-9, rel. Min. Dias Trindade, j. 14-12-93).

‘Processo civil — Distinção entre ação de cobrança fundada na relação jurídica negocial que gerou o cheque e a ‘ação de locupletamento’ — Prescrição — Arts. 61 da Lei n. 7.357/85 e 177, CC — Recurso provido.

‘A ‘ação de locupletamento’, de que fala o art. 61 da Lei n. 7.357/85, e a ação de cobrança fundada no cumprimento de negócio jurídico do qual se originou o cheque, não se confundem, prescrevendo aquela no prazo fixado pelo próprio dispositivo mencionado e esta no prazo estipulado pelo art. 177, CC, para as ações pessoais’ (REsp n. 36.590-2, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21-6-94).

‘Cheque — Ação ordinária de indenização — Prescrição.

‘A ação ordinária de indenização fundada na prática de ato ilícito (art. 159 do Código Civil), cuja responsabilidade foi estendida ao réu por força do art. 1.521, I, do Código Civil, onde se pretende a reparação do dano causado pela emissão de cheques sem fundos, tem pressupostos próprios que a distinguem da ação de

locupletamento ilícito prevista na Lei n. 7.357/85, e por isso a pretensão daquela prescreve não em dois anos, mas no prazo longo reservado às ações pessoais (art. 177 do Código Civil).

‘Recurso provido’ (REsp n. 196.643, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23-2-99)”.
Ainda no mesmo sentido cito outra decisão do nosso Tribunal de Justiça:

‘Cobrança — Cheque prescrito — Prescrição da ação de locupletamento prevista no art. 61 da Lei do Cheque — Ação causal — Indispensabilidade da identificação do negócio subjacente — Prazo concedido para tanto — Não atendimento da determinação judicial — Inicial indeferida — Sentença incensurável — Apelo desatendido.

“Afetada, pela prescrição, a executoriedade do cheque, bem como prescrita a ação cambiariforme de locupletamento, prevista no art. 61 da Lei n. 7.357/85, o direito documentado no título permanece intacto e assim permanecerá até a consumação da prescrição vintenária apontada na lei civil. No entanto, prescrita a ação de enriquecimento, qualquer ação tendente à cobrança do documento de crédito é de cunho causal, exigindo, para a sua possibilidade jurídica, a identificação da *causa petendi*, que não é mais o cheque em si, senão o negócio subjacente que lhe autorizou a emissão. Furtando-se o credor a detalhar a relação jurídica da qual originaram-se os títulos, mesmo quando lhe ensejada oportunidade

para tanto, autorizada está a fulminação do pleito de cobrança *ab initio*, mediante o indeferimento da exordial” (Apelação Cível n. 2002.001103-7, de Mafra, relator Des. Trindade dos Santos).

De todo o exposto, e como o autor não declinou na exordial a causa que originou a emissão do título, ou seja, aquela que se fundamenta no negócio antecedente e que deu origem à cártula, e como já decorridos mais de dois anos da prescrição executiva, ocorreu, sem dúvida, a prescrição prevista no art. 61 da Lei n. 7.357/85.

Assim, *julgo procedentes* os embargos aforados por Sandra G. de Carvalho para acolher a preliminar da ilegitimidade passiva e os aforados por Clésio A. de Carvalho para decretar a prescrição da cártula na forma do que

dispõe o art. 61 da Lei n. 7.357/85, uma vez que o autor/embargado deixou de declinar a *causa debendi* do título.

Condeno o autor/embargado ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da monitória inicial.

Deixo de condená-lo em custas processuais em face da isenção prevista na Lei Complementar Estadual n. 156/97.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Laguna, 25 de março de 2003.

Renato Müller Bratti,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE TIMBÓ PROCESSO N. 073.03.001009-0

JUIZ DE DIREITO: DR. EDSON MARCOS DE MENDONÇA

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos arts. 129, I, da Constituição Federal e 41 do CPP e Lei Orgânica do Ministério Público, ofertou denúncia contra Douglas Dionei Lenzi, Mauri Bueno de Carvalho e Rodrigo Girardi, qualificados nos autos, em razão dos seguintes fatos delituosos descritos na exordial de fls. 2 e 3:

“Em data de 2 de abril de 2003, em horário que a instrução irá

precisar, os denunciados Douglas Dionei Lenzi, Mauri Bueno de Carvalho e Rodrigo Girardi, conduzindo um veículo VW/Fusca 1300, placa LXM 9128, de cor branca, dirigiram-se à cidade de Indaial/SC, com o fim precipuo de adquirir substância entorpecente, sem autorização.

“Adquirido o produto tóxico, rumaram os denunciados de volta a esta cidade e comarca de Timbó, e, nas proximidades do Posto Morro Azul, localizado na Rua Blumenau,

onde a Polícia Militar realizava *blitz* de trânsito, foram abordados, oportunidade em que restou constatado forte odor de maconha no interior do veículo dos denunciados.

“Realizada busca no interior do automóvel, foram encontrados 487 (quatrocentos e oitenta e sete) gramas, da erva vulgarmente conhecida como maconha, verificando a Autoridade de Trânsito que o veículo era conduzido pelo denunciado Douglas Dionei Lenzi, cuja carteira nacional de habilitação estava vencida desde 3-7-2002, portanto há mais de 30 (trinta) dias.

“Conduzidos os denunciados à Delegacia de Polícia local, restou também encontrada 1,6 (um vírgula seis) gramas de substância entorpecente conhecida como cocaína, devidamente acondicionada, estando envolta em plástico, amarrada com fita adesiva, no interior da carteira do denunciado Douglas Dionei Lenzi”.

Em assim agindo, teriam infringido os denunciados o disposto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Encaminhados os autos da prisão em flagrante a Juízo, sobreveio sua decisão homologatória (fl. 48).

Termos de apreensão e laudo de constatação às fls. 35 e 36 e 37 e 38, respectivamente.

Laudo pericial definitivo às fls. 137 a 141.

Às fls. 49 a 57 foram certificados os antecedentes criminais dos réus.

Pela decisão de fl. 99 restou indeferido o pedido de liberação do

veículo de propriedade do réu Douglas Dionei Lenzi, tendo sido determinada, na mesma ocasião, a transferência dos acusados Mauri e Rodrigo para a unidade carcerária de Indaial.

Os réus formularam pedido de liberdade provisória às fls. 103 a 106.

Às fls. 107 a 114 foram os acusados interrogados, concedendo-se apenas ao réu Mauri Bueno de Carvalho o benefício de liberdade provisória. No mesmo ato deferiu-se ao acusado Douglas a liberação de seu veículo.

Em incidente em apenso procedeu-se à realização de exame de dependência toxicológica do acusado Rodrigo Girardi, cujo resultado apontou sua plena capacidade para responder penalmente pelo delito que lhe foi atribuído.

Os acusados apresentaram defesa prévia às fls. 120 e 121, por meio de defensora constituída, arrolando cinco testemunhas.

Por ocasião da audiência de instrução e julgamento (fls. 159 a 163) foram inquiridas quatro testemunhas, havendo a desistência da inquirição das demais que haviam sido arroladas pelas partes. Novo requerimento de liberdade provisória foi formulado, no ato, em favor dos réus Douglas e Rodrigo (fls.164 a 176), tendo sido mais uma vez indeferido.

As alegações finais das partes foram oferecidas por intermédio de memoriais, às fls. 183 a 191 e 192 a 208.

Em sua manifestação requereu o Ministério Público a procedência integral da denúncia, condenando-se os réus nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, asseverando, ainda, a caracterização da especial causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da mesma norma.

A defesa dos acusados, em síntese, sustentou a inépcia da denúncia formulada pelo Ministério Público e, com veemência, a tese de que o crime de tráfico de drogas não restou comprovado, pugnando, pois, pela absolvição dos réus. Alternativamente, requereu a desclassificação da acusação para aquela prevista no artigo 16 da Lei de Tóxicos.

Relatados.

Passo a decidir.

Pesa contra os acusados Douglas Dionei Lenzi, Mauri Bueno de Carvalho e Rodrigo Girardi, qualificados nos autos, a imputação de cometimento do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Anoto, inicialmente, que ao feito foi emprestado o procedimento previsto na Lei n. 6.368/76 e não aquele insculpido na Lei n. 10.409/02, o que contou com a expressa concordância das partes (fl. 107).

Segundo o disposto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, constitui crime punido com penas de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa:

“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer,

ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Pela simples leitura do dispositivo citado, percebe-se, nitidamente, que várias são as condutas incriminadas pelo tipo penal (*inclusive o transporte*), devendo ser registrado, portanto, que para a caracterização do delito descrito no artigo 12 da Lei de Tóxicos, revela-se dispensável a prova da mercancia, dependendo do exame das circunstâncias existentes no caso concreto a efetiva e definitiva capitulação do delito. De fato, o artigo 37 da lei citada, determina que para efeito de caracterização dos crimes definidos na norma, “a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Afasta-se, pois, a alegada inépcia da denúncia.

Materialidade

A materialidade do crime em questão restou demonstrada pelo termo de apreensão de fl. 36, pelo laudo de constatação de fl. 37 e pelo laudo pericial definitivo de fls. 137 a 141.

Autoria

Do contexto existente nos autos e do enredo nele contido,

constata-se que estando a efetuar rotineira operação de fiscalização de trânsito, policiais militares lotados nesta Comarca acabaram por abordar nas imediações do Posto Morro Azul, localizado na Rua Blumenau, o veículo Fusca conduzido pelo réu Douglas, e no qual encontravam-se os demais acusados. Como consequência da operação, restou apreendida a droga apontada na denúncia.

Das declarações dos policiais que participaram da diligência que culminou com a prisão dos réus, extrai-se o seguinte:

Alceste Felix Teikovski (fl. 162) — “Que na condição de policial militar acompanhava a realização de uma *blitz* de trânsito na Rua Blumenau, próximo ao posto Morro Azul, fazendo-o juntamente com o colega policial cabo Lenzi; que o veículo fusca em que trafegavam os acusados foi abordado; que o cabo Lenzi iniciou uma revista no veículo, permanecendo o depoente na cobertura da diligência; que Lenzi acabou encontrando sob o banco dianteiro do carona a quantidade de maconha descrita na denúncia, no interior de um saco plástico envolto com fita adesiva; que o acusado Rodrigo Girardi assumiu a propriedade da droga, afirmando que era para o seu consumo, pois fumava vários baseados por dia; que na delegacia foi encontrada uma pequena quantidade de cocaína no interior da carteira de Douglas [...]”.

Roberto Luiz Lenzi (fl.163) — “Que na condição de policial militar, o depoente, no dia dos fatos, comandava

uma *blitz* de trânsito na Rua Blumenau, próximo ao Posto Morro Azul; que estava acompanhado do policial Alceste Felix Teikovski; que em dado momento acabou por abordar o veículo Fusca onde trafegavam os três acusados, estando o réu Douglas na direção do veículo; [...] que após iniciou uma revista no interior do veículo, sentindo odor característico de maconha; que encontrou sob o assento dianteiro do carona a quantidade de maconha descrita na denúncia; [...] que já na delegacia, realizando busca pessoal mais minuciosa, encontrou no interior da carteira do réu Douglas um pequeno invólucro contendo substância semelhante à cocaína; que não se recorda se Douglas assumiu a propriedade da cocaína, mas pode afirmar que o réu Rodrigo Girardi, já no trajeto para a Delegacia, disse que a maconha a ele pertencia [...]”.

A existência da droga no interior do veículo ocupado pelos réus, nesse passo, é fato incontroverso.

Busca o Ministério Público, por seu culto representante, a responsabilidade penal dos três acusados, asseverando o digno Dr. Promotor de Justiça que a droga transportada pelos réus, de comum acordo, destinava-se ao comércio ilícito e não apenas ao consumo do denunciado Rodrigo Girardi.

Entendo, todavia, que a pretensão deduzida não pode ser integralmente acolhida, e, para melhor compreensão dos fatos, examinarei a conduta dos acusados de forma individualizada, iniciando pelo réu Rodrigo Girardi.

Salvo melhor juízo, as circunstâncias que emergem dos autos apontam para três verdades: a primeira delas é a de que a droga apreendida (maconha) efetivamente era de propriedade do acusado Rodrigo, que a adquirira na cidade de Indaial. A segunda, no sentido de que o acusado Douglas, com absoluta consciência da ilicitude de sua conduta, concordou em *transportar* a droga da cidade de Indaial, onde foi adquirida, para este Município. A última, que em razão de dúvida existente, faz presumir que o réu Mauri não teve participação dolosa no evento, devendo, portanto, ser absolvido da imputação que lhe é atribuída.

Quanto à primeira afirmação, relativa à propriedade da droga, permito-me admitir como verdadeira a versão apresentada pelo réu Rodrigo, porquanto não somente ele como os demais réus sustentaram tal circunstância em Juízo (fls. 109 a 114).

A assertiva é corroborada pelo relato dos policiais militares responsáveis pela prisão dos réus, que revelaram *que desde o primeiro momento* Rodrigo admitiu que a droga lhe pertencia e que se destinava ao seu exclusivo consumo (fls.162 e 163).

Também a policial civil Sara Regina Longo, responsável pelo recebimento dos acusados na delegacia, afirmou que Rodrigo admitira a propriedade da droga, dizendo-se viciado e proclamando que a substância seria por ele consumida (fl.161).

A questão agora, portanto, reside em saber se a droga efetiva-

mente destinava-se ao consumo exclusivo de Rodrigo ou se teria outra destinação, ou seja, a comercialização.

A indagação, não há dúvidas, encontra solução no já citado artigo 37 da Lei n. 6.368/76, que estabelece regras mínimas para que o julgador possa, no caso concreto, identificar a modalidade de delito praticado.

Embora reiteradamente venha demonstrando ao longo de minha carreira de magistrado (de quase sete anos), nas decisões proferidas, toda a indignação, todo o desprezo, toda a repulsa em relação ao abjeto comércio de drogas, que tanta degradação causa ao ser humano, o fato é que não posso deixar de reconhecer, no caso em tela, que não existe nos autos *prova segura* acerca da destinação comercial da droga adquirida pelo acusado Rodrigo Girardi.

Com efeito, o exame das provas colacionadas nos autos, à luz do dispositivo acima referido (art. 37), não conduz à necessária e indispensável certeza que deve nortear o edito condenatório relativo ao crime de tráfico de entorpecentes, senão vejamos:

O artigo 37 da Lei de Tóxicos, repete-se, determina que, com vistas à caracterização do delito, “a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Quanto à natureza e à quantidade da droga, é lícito afirmar que o

crime de tráfico tanto pode caracterizar-se pela apreensão de uma tonelada de maconha como pelo ato de flagrar o agente na comercialização de um único cigarro da substância. A questão relativa à quantidade do entorpecente passa a ser relevante, todavia, *quando a prova da comercialização inexistir*, como ocorre no caso dos autos. Nesse contexto, a quantidade de droga apreendida, constante do laudo pericial de fl. 138, *pouco menos do que 470,0 gramas*, em se tratando de maconha, *data venia*, não pode ser considerada elevada, mormente se considerado o fato de que o exame de dependência toxicológica realizado no acusado Rodrigo atestou sua dependência psíquica (embora em grau leve) à droga em questão (fls. 9 a 11 do incidente em apenso).

Não se duvida, conforme bem assinalou o Dr. Promotor de Justiça, que a situação econômica do acusado, que sobrevive de “bicos” como jardineiro, não lhe permitiria custear o seu vício (o réu declarou que a droga duraria um mês e custou R\$ 200,00). Ocorre, entretanto, que não há provas de que efetivamente o réu iria adquirir mensalmente a mesma quantidade de entorpecente, sendo notório o fato de que muitas vezes a droga é consumida em conjunto, por usuários, que se revezam na aquisição do produto.

Impende anotar, ainda, que segundo se apura dos autos, o réu Rodrigo teria subtraído de sua genitora o valor utilizado na aquisição da maconha, fato por ela confirmado

(fl. 160). Não se pode, evidentemente, tomar-se a referida declaração como uma verdade absoluta, já que óbvio é o propósito da mãe em favorecer seu filho em tais circunstâncias. Acontece, porém, que a experiência tem demonstrado que não raras vezes, efetivamente, dependentes de drogas lançam mãos dos mais absurdos recursos visando a garantir a manutenção do vício, inclusive praticando furtos no próprio seio familiar. Não é impossível, portanto, que Rodrigo realmente tenha adquirido a droga com dinheiro furtado da própria mãe.

No tocante ao *local, às condições em que se desenvolveu a ação criminosa e às circunstâncias da prisão dos acusados*, tem-se como certo o fato de que a abordagem do veículo, em que trafegavam, decorreu de mero acaso, numa rotineira operação de fiscalização de trânsito.

Parece evidente, também, que a ação perpetrada pelos diligentes policiais militares somente tornou-se mais efetiva a partir da constatação de que o acusado Douglas, condutor do veículo, portava CNH com data de validade já vencida. Foi justamente em razão de tal fato e do odor de maconha queimada (fls. 24 e 162), que os agentes policiais, seguindo procedimentos de costume, iniciaram uma busca mais apurada no interior do automóvel.

Vê-se, assim, que pelo que consta dos autos, a prisão dos acusados ocorreu não porque houvessem suspeitas em relação a qualquer deles, mas por força do

acaso, até porque os três policiais inquiridos, dois militares e um civil (fls.161 a 163), *foram unânimes em afirmar que nunca receberam notícias de que qualquer dos réus estivesse envolvido com o tráfico de entorpecentes*. Os policiais militares, ao contrário, declararam inclusive ter conhecimento de que os réus seriam usuários de drogas.

No que se refere à *conduta e aos antecedentes* do acusado Rodrigo, importante destaque deve ser conferido às certidões de fls. 55 e 209, que demonstram que o referido acusado, ainda quando adolescente, respondeu por ato infracional relativo ao porte de substância entorpecente.

O fato em questão, é claro, não importa na conclusão de que agora, já tendo atingido a maioria, Rodrigo não possa ter descambiado para a prática do crime de tráfico de drogas. É indicativo, todavia, da veracidade de sua antiga dependência, circunstância inclusive confirmada, como já se disse, pelo exame de dependência toxicológica a que foi submetido.

Todo o raciocínio acima perflhado, destarte, conduz senão à certeza de que Rodrigo trata-se de mero usuário de drogas ao menos à conclusão de que *não foram trazidas aos autos provas seguras* quanto à destinação comercial da substância tóxica por ele adquirida, impondo-se, assim, *pela dúvida*, a desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Quanto à possibilidade de operar-se a desclassificação em

casos semelhantes, traz-se à baila os seguintes arestos:

“Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecentes — Maconha para comercialização — Finalidade não comprovada — Depoimentos de policiais — Uso próprio — Agente dependente em grau leve à maconha — Conseqüências — Desclassificação viável — Pena pecuniária — Critério para fixação do valor — Recurso provido. Não comprovada a destinação ao comércio da razoável quantidade da substância entorpecente apreendida com o agente, não resta caracterizada a narcotraficância (art. 12 da Lei n. 6.368/76), resultando cabível a desclassificação de posse para uso próprio” (Ap. Crim. n. 1998.017960-2, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado). No mesmo sentido:

“Crime contra a saúde pública. Narcotraficância. Desclassificação para o delito de uso. Recurso ministerial objetivando a reforma do *decisum*, para condenar o réu nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76. Exigência de provas seguras e concludentes. Apelo desprovido. Na ausência de elementos suficientes de que o material tóxico apreendido destinava-se ao comércio ilícito, impõe-se a desclassificação. É cediço que não se condena por presunção, e, uma vez aceitas a autoria e a materialidade, e sendo duvidosa a finalidade da maconha apreendida ‘é de se adotar o critério mais benéfico, do uso próprio’ (RT 533/366)” (Ap. Crim. n. 1997.007972-9, de Curitiba, rel. Des. José Roberge).

E mais:

“Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecente — Delito não configurado — Desclassificação para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76. Embora possuindo o agente razoável quantidade de maconha, mas não comprovada, *quantum satis*, a traficância, a solução mais justa é considerar a droga como para uso próprio” (Ap. Crim. n. 34.470, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves, j. em 19-3-96).

Por fim:

“Por mais nocivo que seja a coletividade o ilícito do artigo 281 do Código Penal (=atual 12 da Lei específica) e por maior o interesse que se tenha na sua repressão, absolve-se o acusado se a prova oferece alguma dúvida’ (JC 5/6-559). Não emergindo do conjunto probatório amealhado durante a fase instrutória elementos suficientes e convincentes a respeito da posse do tóxico, se destinada ao tráfico ou ao consumo próprio, deve prevalecer, pela dúvida, solução mais favorável ao agente” (Ap. Crim. n. 2001.007272-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Souza Varella).

Anota-se, ainda, que em relação ao acusado Rodrigo Girardi haverá de ser aplicada a regra prevista no artigo 19, parágrafo único, da Lei n. 6.368/76, já que, segundo se observa do laudo de dependência toxicológica constante do incidente em apenso, sua capacidade de determinação encontra-se diminuída no que tange ao delito de porte de substância entorpecente para uso próprio (fl. 9, item “5” — conclusão).

Passo a examinar a conduta atribuída ao réu Douglas Dionei Lenzi, não sem antes lembrar o que dispõe o artigo 12 da Lei de Tóxicos. Sua redação é a seguinte:

“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, *transportar*, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (grifei).

O verbo *transportar*, segundo o Dicionário Aurélio, representa ação de *conduzir ou levar de um lugar para outro*. A expressão, não restam dúvidas, foi inserida na Lei de Tóxicos no seu sentido literal, não cabendo interpretações restritivas à sua aplicação.

Retorno ao caso concreto.

A condenação de Douglas, a despeito do reconhecido esforço da douta defesa, não há ser afastada.

Com efeito, conforme exaustiva análise dos fatos e diante do que a própria defesa admite, o acusado Douglas, acolhendo solicitação do co-réu e amigo Rodrigo, *tendo conhecimento prévio da finalidade do pedido*, concordou em conduzi-lo em seu veículo à vizinha cidade de Indaial onde a droga foi adquirida.

Concretizada a aquisição, Douglas, acompanhado do réu Rodrigo (proprietário da droga) e do também acusado Mauri, consciente

da ilicitude de sua conduta, *até porque filho de um policial civil aposentado* (fato público e também noticiado pelo acusado à fl.84), não hesitou em *transportar* em seu veículo Fusca a droga adquirida por Rodrigo. A droga, é imperativo que se afirme, encontrava-se sob o assento dianteiro do carona do automóvel quando de sua apreensão pela polícia.

Ao ser interrogado em Juízo (fls. 113 e 114), o acusado Douglas com absoluta sinceridade, o que deve ser reconhecido, expressamente declarou “[...] *que tinha conhecimento da ilegalidade do transporte da droga encontrada em seu veículo, sendo que aceitou o pedido de Rodrigo em razão da amizade existente [...]*”.

Giza-se, desde logo, que não há qualquer incompatibilidade jurídica no fato de acolher-se, em relação a Rodrigo, a desclassificação do delito para a modalidade de *aquisição* de substância tóxica para uso próprio, art.16 da Lei de Tóxicos, e decretar-se a condenação do acusado Douglas, em razão do *transporte*, na forma do artigo 12 do mesmo diploma legal.

Tratam-se, não há dúvida, de condutas absolutamente distintas e que podem naturalmente coexistir.

Ao estabelecer nada menos do que dezoito condutas típicas no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, dentre elas o *transporte*, pretendeu o legislador, com inegável acerto, punir qualquer ação que, de algum modo, contribua para difundir a utilização de substâncias tóxicas.

Tanto isso é verdade que a norma em comento pune até mesmo

aquele que apenas *oferece* a outrem substância tóxica legalmente proibida.

Ora, com mais razão não há deixar de aplicar a punição àquele que, *conscientemente, sabedor da ilicitude de seu ato, aceita transportar* em seu veículo certa quantidade de entorpecente *que não lhe pertence e que não se destina ao seu consumo*.

Vale lembrar, ainda, que conforme assinala Vicente Greco Filho (Tóxicos — Prevenção e Repressão, Ed. Saraiva, 11ª ed., p. 81), o artigo 12 da Lei n. 6.368/76 *não possui elemento subjetivo do tipo ou dolo específico*, asseverando, ainda, *que o dolo específico aparece apenas no art. 16*, ou seja, quando a droga destina-se a uso próprio, pronunciando, ao final, *que qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do artigo 12*.

Pouco importa, nesse passo, se Douglas pretendia apenas atender ao apelo do amigo, concordando em *transportar* em seu veículo a maconha apreendida. Também não é relevante que a droga destinava-se, como se viu, ao consumo de Rodrigo. Despcienda, igualmente, é a afirmação da defesa no sentido de que o réu Douglas “*tinha consciência de que o réu Rodrigo não iria comercializar entorpecentes*”. O que importa, isso sim, é que com sua conduta, *consciente*, repete-se, Douglas incidiu numas das proibições previstas em lei.

Acerca do tema:

“O simples fato de transportar alguém, ilegalmente, substância proibida, basta ao reconhecimento do

comércio clandestino de entorpecentes. Para tal não importa ser o agente traficante ou não; viciado ou não” (JUTACrim 29/199).

Sustenta a combativa defesa que “o verbo transportar do artigo 12 refere-se a quando a pessoa realiza o transporte de forma habitual ou por ser esta sua profissão, ou seja, motorista”.

Data maxima venia, labora em grave equívoco a ilustre defesa. Ora, em momento algum a norma penal especial estabeleceu a necessidade da habitualidade para a caracterização do crime de tráfico na modalidade de *transporte*, muito menos exigindo que para tanto o agente devesse exercer a profissão de motorista (ou qualquer outra – não se trata de crime próprio).

A consumação do delito, assim, ocorre tão-somente pelo fato de alguém, conscientemente, efetuar o transporte de substância tóxica de um lugar para o outro, utilizando-se, para esse fim, de qualquer recurso disponível (veículos, animais, embarcações, etc.).

Como não punir, portanto, alguém que além de ter consciência de sua ação (transportar drogas em seu veículo) expressamente admite saber que tal procedimento é ilegal?

Diferente seria a situação em que o agente, sem ter conhecimento do fato, acaba por ser surpreendido no transporte de drogas. Imagine, por exemplo, o caso em que “A”, pretendendo praticar uma boa ação, resolve dar carona a “B”, que lhe pede para colocar sua mala no interior do

veículo. Ocasionalmente “A” é submetido à fiscalização de rotina, pela polícia, e dentro da mala em questão é encontrada droga pertencente a “B”. Ora, é evidente que neste caso não há falar em crime no tocante ao condutor do veículo. Não possuía ele, nas circunstâncias, a menor possibilidade de saber que estava *transportando* droga no seu veículo.

A diferença entre “A” e Douglas é que o último *não só sabia que estava transportando droga no seu veículo, como ainda tinha plena consciência, conforme honestamente declarou, que sua conduta era ilícita, ou seja, agiu dolosamente!*

A absolvição reclamada, penso, representaria perigoso e desastroso precedente, na medida em que quando o *transporte* de drogas fosse realizado apenas *por amizade* não mais haveria punição, o que representaria um duro golpe no combate ao espúrio comércio.

A condenação de Douglas pelo crime previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, pois, é, medida imperativa. É conveniente declarar, para que não se alegue omissão, relativamente à pequena quantidade de droga encontrada em poder do acusado (cocaína), conforme entendimento jurisprudencial dominante, deve reconhecer-se a absorção do delito menor (porte) pelo maior (tráfico — em sentido amplo).

Analiso, por fim, a responsabilidade penal do acusado Mauri Bueno de Carvalho.

Conforme restou exposto no início, a prova que emerge do contexto

dos autos não autoriza a edição de um decreto condenatório contra o réu.

Os demais acusados, confirmando o que Mauri declarou, relataram que sua ida a Indaial decorreu de mero acaso. Ao contrário de Rodrigo, que pretendia *adquirir* a droga e de Douglas, que concordou em *transportá-la*, o réu Mauri não teve qualquer participação dolosa no evento.

E não se cogita a circunstância de que Mauri, tendo conhecimento da motivação da viagem a Indaial, deva ser punido. Sua situação difere em muito da de Douglas, que restará condenado não somente porque sabia da intenção de Rodrigo, mas principalmente porque conscientemente concordou em *transportar* em seu veículo a substância ilícita.

Mauri não adquiriu nem transportou a droga. Não há nos autos, de outra parte, qualquer indício que possa conduzir à conclusão de que tal réu aderiu, de qualquer modo, à conduta criminosa dos demais réus, fato que poderia caracterizar a co-autoria em qualquer dos delitos (art. 12 ou 16).

Diferentemente do que sustentou o ilustre representante do Ministério Público nas alegações finais, a atitude de Mauri Bueno de Carvalho, que resolveu acompanhar os dois outros acusados, mesmo sabendo a razão da viagem, não está a caracterizar *comunhão de esforços* para a realização do delito.

Não se olvida que se por um lado, como já se disse, não exige a lei o *dolo específico* para que se

reconheça a prática do crime (em relação ao artigo 12), por outro, a exigência do *dolo genérico* não pode ser desprezada para tanto. A responsabilidade penal objetiva, sabe-se, não recebe acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Concorrer para a prática de um delito, por outro lado, “significa, voluntária e conscientemente, contribuir, influir, cooperar, colaborar, ajudar, auxiliar” (Ap. Crim. n. 2000.024921-1, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, j. 24-4-2001) para a sua ocorrência, e o exame dos autos não revela de que forma Mauri teria contribuído, influído, cooperado, colaborado, ajudado ou auxiliado os demais réus na prática de seus crimes.

É caso, portanto, de absolvição.

Remanesce para exame a questão relativa à incidência da especial causa de aumento de pena prevista no artigo 18, III, da Lei n. 6.368/76. Trata-se da chamada *associação eventual*, que doutrina e jurisprudência consideram verdadeiro *concurso de agentes*.

Antes de examiná-la, contudo, registro que conquanto não expressamente capitulada na denúncia, a *majorante* em tela pode ser apreciada nesta fase processual, por força do artigo 383 do Código de Processo Penal, já que da simples leitura daquela peça pode ser verificada sua clara descrição.

Tenho que a circunstância não restou caracterizada. É que toda a fundamentação da sentença centrou-se na assertiva de que foram

dois os delitos praticados. O de *aquisição para uso próprio*, pelo acusado Rodrigo, e o de *transporte* de substância tóxica, pelo réu Douglas.

As condutas em questão foram perpetradas de forma individual, sem que nenhum dos acusados tenha aderido subjetivamente à ação delituosa do outro, vale dizer, cada um dos réus atuou de modo autônomo.

Em resumo, Rodrigo dolosamente praticou o crime de *aquisição* de substância entorpecente para consumo próprio, enquanto Douglas cometeu, também dolosamente, o crime previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos, na modalidade de *transporte* de droga.

Vicente Greco Filho (obra citada), ensina que *não há concurso se, por exemplo, alguém guarda e outro adquire, mas poderá haver se duas pessoas forem responsáveis pela guarda, ainda que uma delas venda.*

A lição transcrita, *mutatis mutandis*, bem se aplica aos autos. Douglas não teve qualquer participação na *aquisição* da droga, e Rodrigo, da mesma forma, não foi responsável pelo *transporte* do tóxico, tarefa que coube ao primeiro.

Afasto, assim, a especial causa de aumento de pena, cuja aplicação requereu o Ministério Público quando das derradeiras alegações.

Apesar de não ter sido reiterada nas alegações finais, anoto, por oportuno, que a possibilidade de redução ou mesmo de isenção de pena, prevista no artigo 32 da Lei n. 10.409/02, questão suscitada pela

ilustre defesa na peça processual de fls. 164 a 169, definitivamente não se aplica aos autos. Primeiro por conta da controvérsia jurisprudencial estabelecida em torno da aplicabilidade da própria lei, já que vetado integralmente o capítulo relativo aos crimes nela tipificados. Segundo e, principalmente, porquanto em hipótese alguma verificou-se qualquer acordo entre os réus e o Ministério Público, nos exatos termos do § 2º do artigo 32 da lei citada, não servindo como substitutivo de tal procedimento a mera possibilidade de terem os réus revelado de quem a droga foi adquirida.

Assim, diante de toda a fundamentação esposada, tenho que restaram os réus Douglas e Rodrigo incursos, respectivamente, nos art. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76, enquanto que ao acusado Mauri haverá de ser decretada a absolvição do delito que lhe é imputado.

Passo a aplicar as penas:

1) *Do acusado Douglas Dionei Lenzi*

Atento às circunstâncias ditas judiciais, observo que a *culpabilidade* é característica ao delito; o réu não apresenta *antecedentes*; sua *personalidade* e *conduta social* não o desfavorecem, ao contrário, trata-se de indivíduo trabalhador e que com honestidade admitiu em Juízo a prática de seu crime; a *motivação* fora ditada pelo propósito de atender ao pedido de um amigo; as *circunstâncias* em que se verificaram os fatos são normais; *conseqüências* graves, porém normais à espécie, pelo que

fixo a pena-base em seu *quantum* mínimo, ou seja, 3 (*três*) anos de *reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa*, também no seu valor mínimo.

Na fase intermediária da dosimetria verifico presente a atenuante da confissão, deixando de promover qualquer diminuição da pena, porquanto fixada em seu mínimo.

Na derradeira fase não existem causas especiais de aumento ou diminuição a considerar, razão pela qual torno definitiva a pena acima aplicada.

2) Do réu Rodrigo Girardi

Da análise das circunstâncias ditas judiciais, observo que a *culpabilidade* é específica; os *antecedentes* que o réu registra, em razão de sua natureza (ato infracional), não podem servir como fatores de “agravação” da pena; sua *conduta social e personalidade* não o recomendam, pois sequer exerce profissão definida; a *motivação* diz respeito ao tipo penal; as *circunstâncias* em que se verificaram os fatos são normais; *consequências* graves, porém inerentes à espécie, pelo que fixo a pena-base em 8 (*oito*) meses de *detenção e pagamento de 20 (vinte) dias-multa*, no seu valor mínimo.

Na fase intermediária verifica-se presente a atenuante da confissão, pelo que reduzo a pena aplicada em 1 (um) mês.

Na derradeira fase, reconhecida que foi a especial causa de diminuição de pena decorrente da semi-imputabilidade, mitigo em 1/3 (um terço) a pena aplicada (conside-

rando que a dependência foi considerada leve), quantificado-a, definitivamente, em 4 (*quatro*) meses e 20 (*vinte*) dias de *detenção e pagamento de 14 (catorze) dias-multa*, no seu valor mínimo

O cumprimento das penas aplicadas ao réu Douglas dar-se-á *integralmente em regime fechado*, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, sendo incabível, ante a natureza do crime praticado, qualquer substituição prevista em lei. Pela mesma razão inviável a concessão de *sursis*.

O réu Rodrigo deverá cumprir sua pena em regime aberto, deixando-se de promover a substituição da pena em face do lapso já resgatado (a substituição ou o *sursis* acabariam por prejudicar o acusado).

Ante o exposto, *julgo parcialmente procedente* a denúncia para:

a) *Condenar* o acusado Douglas Dionei Lenzi, qualificado nos autos, à pena de 3 (*três*) anos de *reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa*, no seu valor mínimo, por infração ao disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

b) *Condenar* o acusado Rodrigo Girardi, qualificado nos autos, à pena de 4 (*quatro*) meses e 20 (*vinte*) dias de *detenção e pagamento de 14 (catorze) dias-multa*, no seu valor mínimo, por infração ao disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

c) *Absolver*, com fulcro no art. 386, IV, do Código de Processo Penal, o acusado Mauri Bueno de Carvalho, da imputação de cometimento do

crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Custas, em proporção, pelos apenados.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome dos réus condenados no rol dos culpados, procedendo-se ao recolhimento das penas pecuniárias, consoante rezam os artigos 50 do CP e 686 do CPP.

Igualmente com o trânsito, expeça-se guia de recolhimento, requisitando-se vaga em penitenciária estadual para cumprimento da pena irrogada ao apenado Douglas.

Oficie-se à egrégia Corregedoria-Geral de Justiça e à Justiça Eleitoral.

Nego ao apenado *Douglas* o direito de recorrer em liberdade, uma

vez que segregado em razão de prisão em flagrante, condenado por crime hediondo e, principalmente, em razão do disposto no art. 35 da Lei n. 6.368/76.

Considerando a pena aplicada ao acusado Rodrigo, diante do regime fixado para o seu cumprimento e em face do tempo de pena já resgatado, determino sua imediata soltura, *concedendo-lhe* o direito de recorrer em liberdade. Expeça-se o alvará respectivo.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Timbó, 14 de agosto de 2003.

Edson Marcos de Mendonça,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE TUBARÃO PROCESSO N. 075.02.006419-0

JUIZ DE DIREITO: DR. LUIZ FERNANDO BOLLER

Vistos etc.

(1). Márcio Silva Oshiro, Marcos Silva Oshiro e Marcel Silva Oshiro, todos brasileiros, solteiros, estudantes, residentes e domiciliados na Rua Roberto Zumblick n. 901, apto. n. 103, bairro Humaitá, neste município e comarca de Tubarão, por intermédio de sua bastante procuradora (fl. 8), alinhando argumentos que entenderam ponderáveis (fls. 2 a 7), e juntando documentos com os quais pretendem ver deferida sua pretensão

(fls. 10 a 31), interpuseram os presentes embargos de terceiro contra a ação de Execução de Sentença n. 075.98.011152-2/001, movida pelo Condomínio do Edifício Portinari, pessoa jurídica formal, situado na Rua Roberto Zumblick n. 901, bairro Humaitá, neste município e comarca de Tubarão, ajuizada contra Maria de Lurdes Silva Oshiro, brasileira, divorciada, autônoma, residente e domiciliada na Rua Roberto Zumblick n. 901, apto. n. 103, bairro Humaitá, neste município e

comarca de Tubarão, sustentando, em síntese, ser ineficaz a penhora promovida à fl. 41, da *ação de execução de sentença* autuada em apenso, visto que o apartamento de n. 103, localizado no condomínio *embargado*, e matriculado no Cartório do Ofício de Registro de Imóveis sob o n. 11.088, teria sido destinado por Maria de Lourdes Silva Oshiro e Horacio Oshiro a seus filhos, ora *embargantes*, na partilha de bens homologada judicialmente nos autos da ação de Divórcio Consensual n. 075.02.001359-5, que tramitou perante o Juízo da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude desta comarca, sendo o único imóvel de que estes dispõem para moradia, motivo pelo qual, com arrimo nas disposições contidas na Lei n. 8.009/90, pugnam pela desconstituição da apreensão judicial efetivada em 12-4-2002 (fls. 2 a 7).

Em manifestação, o Condomínio do Edifício Portinari, por intermédio de seu respectivo advogado procurador, sustentou que o *quantum* exequendo seria derivado de título executivo judicial, motivo pelo qual descabida a rediscussão da matéria fática em sede de embargos de terceiro. De outra banda, aduziu que a dívida decorrente do não-pagamento de valores devidos ao condomínio grava de ônus o próprio imóvel, sendo inaplicáveis, ao caso sob julgamento, as disposições contidas na Lei n. 8.009/90. Já no tocante à doação do imóvel, efetuada pela *executada* aos *embargantes*, sustentou que o ato teria sido praticado em fraude à execução, devendo ser declarado ineficaz; pugnou, também, pela total improce-

dência dos presentes embargos, com a condenação dos *embargantes* ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, bem como, ainda, seja aplicada pena pela litigância de má-fé (fls. 36/47).

É o relato do essencial, visto que, nos *Juizados Especiais Cíveis*, o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, *simplicidade*, *informalidade*, *economia processual* e *celeridade* (art. 2º da Lei n. 9.099, de 26-9-1995), razão pela qual o *relatório* foi em apertada síntese (parte final do art. 38, da mesma Lei).

(2). Se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, não se realizará a audiência, caso em que o juiz proferirá sentença (art. 740, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é mansa e pacífica no sentido de que “o julgamento antecipado da lide, quando a questão proposta é exclusivamente de direito, não viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório” (STF, 2ª Turma, Ag. n. 137.180-4/MA, rel. Min Maurício Corrêa, julgado em 5-6-1995, negaram provimento, v. u., DJU 15-9-1995, p. 29.512, 2ª col.). Já o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que, “em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discricção do magistrado no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio

basilar do pleno contraditório” (Recurso Especial n. 3.047/ES, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro).

Márcio Silva Oshiro, Marcos Silva Oshiro e Marcel Silva Oshiro sustentam, em síntese, que o apartamento n. 103, do Edifício Portinari, matriculado no *Cartório de Registro de Imóveis* sob o n. 11.088, apreendido judicialmente em 12-4-2002, teria-lhes sido destinado por seus pais por intermédio da partilha de bens homologada judicialmente nos autos do Divórcio Consensual n. 075.02.001359-5, que tramitou perante o Juízo da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude desta comarca de Tubarão, sendo o único imóvel de que dispõem para moradia, motivo pelo qual clamam, com arrimo nas disposições contidas na Lei n. 8.009/90, pela desconstituição da penhora (fls. 2 a 7).

Em detida análise do *auto de penhora, depósito e avaliação* (fl. 41, dos autos da *ação de execução de sentença* autuada em apenso), constato que o apartamento n. 103, do Edifício Portinari, matriculado no *Cartório de Registro de Imóveis* sob o n. 11.088, foi constritado em 12.04.2002, tendo sido depositado em mãos de Marco Antônio Cechi.

O estudo do espelho da matrícula do aludido imóvel (fl. 14) revela, no entanto, que o *exequente* Condomínio do Edifício Portinari deixou de proceder consoante o disposto no § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, ao passo que, em 25-4-2003, por determinação do Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e

Juventude, desta comarca, foi transferido o domínio do aludido imóvel aos *embargantes*.

Ocorre que, na ação de execução de sentença embargada, o Condomínio do Edifício Portinari busca a satisfação de crédito reconhecido por sentença judicial trânsita em julgado, decorrente do não-pagamento, pelo titular do domínio do apartamento n. 103, de valores rateados entre os condôminos.

O condomínio — instituído para representar os direitos e interesses da comunidade dos condôminos — efetua o pagamento de referidas taxas, utilizando-se, para tanto, dos valores arrecadados diretamente de seus moradores. Quando um condômino não efetua o pagamento acaba por onerar os demais componentes da comunidade condominial, surgindo o direito de cobrança regressiva.

A cobrança dos valores condominiais, efetuada pelo condomínio *embargado*, possui a finalidade de indenizar, restituir aos demais condôminos, o valor que estes mensalmente despenderam a fim de cobrir a falta de caixa ocasionada pelo inadimplemento dos devedores.

Muito embora Maria de Lurdes Silva Oshiro tenha efetuado a alienação do domínio de sua *unidade condominial* a seus filhos Márcio Silva Oshiro, Marcos Silva Oshiro e Marcel Silva Oshiro em momento posterior ao provimento jurisdicional favorável ao Condomínio do Edifício Portinari, diante da regra insculpida no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64, os

adquirentes devem responder pelos débitos da proprietária anterior.

Dispõe o art. 12 da Lei n. 4.591, de 16-12-64, que “*cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio*”.

“*Condomínio*”, no sentido dessa Lei, não é apenas o titular do domínio ou proprietário de uma unidade do condomínio. O termo é mais abrangente, pois atinge “os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas”, como arrolado no art. 9º da referida Lei, pessoas essas que têm direito a elaborar a *Convenção do Condomínio*, e deliberar sobre o *Regimento Interno* da edificação, por contrato ou em assembléia, considerando-se aprovada a *Convenção* que reúna as assinaturas dos referidos titulares de direitos que representam, no mínimo, dois terços das frações ideais que compõem o condomínio.

Desde que adquiriram formalmente a propriedade do apartamento de n. 103 do Edifício Portinari, os *embargantes* se obrigaram a responder pelo adimplemento das despesas do condomínio que surgiram a partir da primeira *Assembléia-Geral de Condôminos* e respectiva *Convenção de Condomínio*, independentemente de qualquer relação com anteriores proprietários.

A respeito, estabelece o art. 4º da Lei n. 4.591/64 que a alienação de cada unidade, ou transferência de direitos pertencentes à sua aquisição, ou, ainda, a constituição de direitos reais sobre ela independem do consentimento dos condôminos. Porém, ressalva o parágrafo único, que a alienação ou transferência de direitos dependerá de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio.

João Nascimento Franco, em comentários ao parágrafo único do art. 4º da Lei n. 4.591, ensina que “Trata-se de direito novo criado pela atual lei sobre condomínios em planos horizontais, uma vez que a legislação anterior não atribuía ao adquirente nenhuma responsabilidade pelos débitos relativos às despesas de condomínio. Tratando-se de obrigação legal, o adquirente dela não se exonera nem mesmo através de cláusula na escritura, isentando-o desse encargo. [...] No caso, cumpre ao adquirente informar-se junto ao síndico ou ao administrador do edifício se há débitos pendentes perante o condomínio, deduzindo da importância a ser paga ao alienante o suficiente para solver aqueles encargos. Se não tomar tal cautela, não pode o adquirente exonerar-se do débito em aberto” (*Condomínios em edifícios*, n. 117. p. 163 e 164).

Cabe aos adquirentes do apartamento n. 103, do Edifício Portinari, pois, pagarem as despesas do condomínio de responsabilidade da sua antecessora, pouco importando

as condições em que se teria efetuado a transferência de domínio.

Regularmente aprovada, a convenção do condomínio é de observância obrigatória, não só para os condôminos como para qualquer ocupante ou adquirente futuro de unidade, como prevê expressamente o § 2º do art. 9º da Lei n. 4.591/64, pois tem caráter predominantemente estatutário; sua natureza normativa alcança não só os signatários, *mas todos os que ingressarem no universo do condomínio*, sendo que sua força vinculante atinge não só os que dela participaram, *mas também os que passarem a integrar a vida condominial*.

Caio Mário da Silva Pereira é quem ensina que, “Uma vez aprovada pelo *quorum* regular, a Convenção adquire força obrigatória. Impõe-se, obviamente, aos seus signatários. Não há mister, nesse passo, qualquer esclarecimento. Quem assinar obriga-se com isto. Mas, e aqui se caracteriza bem a sua natureza estatutária, desborda dos que deram sua aprovação e vai alcançar os condôminos que não assinaram, estendendo-se-lhes a sua força cogente. Mais longe ainda, impõe-se aos que recusaram sua aprovação ou sua assinatura por discordarem total ou parcialmente de sua preceituação. Se fosse possível a qualquer condômino, por se ausentar ou pelo voto contrário, furtar-se ao imperativo da norma convencional, esta seria nada. O titular de direitos sobre uma unidade tem a faculdade de discordar, de votar contra, de fazer discurso, de

opor-se ao preceito, até o momento da aprovação. Uma vez obtida esta, *tollitur quaestio*. A Convenção passa a ser lei daquela comunidade, e seus dispositivos obrigam a todo condômino. Sujeita mesmo a própria Assembléia, salvo a esta faculdade de alterá-lo regularmente. Mas não impõe somente às partes, tomada esta expressão no sentido de pessoas integrantes do condomínio como titularidade jurídica do edifício. A Convenção, como direito de uma comunidade, aplica-se ainda como força obrigatória a quantos venham, posteriormente, integrá-la, como os adquirentes de direito ou sub-rogatários naqueles que pertenciam aos originários condôminos (art. 18 da Lei n. 4.591, na redação advinda do Decreto-Lei n. 981, de 21 de outubro de 1969)” (Pereira, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 134).

Consoante já destacado, a *Convenção de Condomínio* tem caráter predominantemente estatutário. Sua natureza normativa alcança não só os signatários, *mas todos os que ingressarem no universo do condomínio*, sendo que sua força vinculante atinge não só os que dela participaram, *mas também os que passarem a integrar a vida condominial*.

O artigo 624, *caput*, do Código Civil de 1916 — vigente à época da alienação do domínio — a respeito dos direitos e deveres dos condôminos estatui que “*o condômino é obrigado a concorrer, na proporção de*

sua parte, para as despesas de conservação ou divisão da coisa a suportar na mesma razão os ônus, a que estiver sujeito.” Assim, a assunção da titularidade do domínio do apartamento de n. 103 do Edifício Portinari, ao lado dos ônus, impõe aos *embargantes* Márcio Silva Oshiro, Marcos Silva Oshiro e Marcel Silva Oshiro a responsabilidade pelo adimplemento dos valores devidos ao condomínio embargado, consoante regra insculpida no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64.

Da mesma forma, considerando a exceção contida no art. 3º, inc. IV, da Lei n. 8.009/90, o pleito de desconstituição da constrição judicial da unidade residencial de propriedade dos *embargantes*, sob o argumento de que o apartamento, por ser utilizado como única moradia, amoldaria-se ao conceito de bem de família, desmerece acolhida. Estabelece *in verbis* o indigitado artigo que “a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] IV — para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; [...]”.

Sobre a matéria, colhe-se da jurisprudência dos tribunais pátrios que, “tratando-se de propriedade imobiliária em condomínio, afigura-se impossível a proteção de sua instituição como bem de família” (TAMG, Ap. n. 0235083-2, 3ª C.Cív., rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, julgado em 11-6-1997), e que “imóvel em

condomínio não pode ser considerado bem de família para os fins da Lei n. 8009, de 1990. A teor do art. 1.117 do Código de Processo Civil, o imóvel sob condomínio pode ser judicialmente alienado, a pedido de qualquer dos condôminos, para extinção do condomínio, sem alegar motivo. Os textos de direito anômalo ou exorbitante, que excepcionam a regra geral, são de interpretação estritíssima. Na dúvida, prevalece a regra geral (TAMG, AI n. 0281943-2, 7ª C.Cív., rel. Juiz Lauro Bracarense, julgado em 29-6-1999), e, mais, “a unidade residencial sob o regime de condomínio está sujeita à penhora, se o respectivo morador deixar de pagar o que, no rateio das despesas comuns, lhe cabe; exceção, prevista na Lei n. 8.009, de 1990, à impenhorabilidade do bem de família. Recurso especial não conhecido” (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 160.693/SP, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, DJU 25-6-2001, p. 00168), bem como, “é possível a penhora do bem de família para garantir a execução de despesas de condomínio, hipótese prevista entre as exceções contidas no art. 3º da Lei n. 8.009/90, não sendo justo que os demais condôminos suportem a parte dos encargos no tocante ao inadimplente” (TAMG, AI 0226534-5, 7ª C.Cív., rel. Juiz Lauro Bracarense, julgado em 28-11-1996), ainda, “é penhorável o imóvel em que, com a família, reside o devedor condenado ao pagamento de contribuições ao condomínio” (2º TACivSP, Ap. s/Rev 548.557-00/7, 3ª C., rel. Juiz Ribeiro Pinto, julgado em 22-6-1999), e, “execução promovida pelo Condo-

mínio contra condômino, decorrente de dívida condominária. Inaplicabilidade à hipótese a impenhorabilidade do apartamento, pois a obrigação do condômino e de concorrer para as despesas comuns e indispensáveis à própria funcionalidade e existência do imóvel – ainda que possa ele ficar ao abrigo da instituição. Do bem de família, certamente não poderá estar imune à execução e penhora pelo pagamento das despesas condominárias” (TACRJ, MS 87/93 (Reg. 198-2, Cód. 93.004.00087, 5ª C., rel. Juiz Ralph Lopes Pinheiro, julgado em 29-9-1993), tanto assim que, “quando a execução se faz com base em taxas condominiais, o apartamento integrante da universalidade-autora, mesmo sendo bem de família, por único do casal executado, responde, sendo penhorável, abrangido como esta pela exceção contida no art. 3º da Lei n. 8.009/90, uma vez que foi em função dele o surgimento do débito” (TAMG, Ap. n. 0233546-6, 7ª C.Cív., rel. Juiz Quintino do Prado, julgado em 24-4-1997).

Desse modo, diante do caráter *propter rem* do débito reconhecido judicialmente, inaplica-se a Lei n. 8.009 de 29 de março de 1990 para excluir-se da penhora o bem imóvel utilizado como unidade familiar pelos *embargantes*.

A *contrario sensu*, o deferimento de tal impenhorabilidade ocasionaria inaceitável e inconcebível isenção do pagamento das quotas de despesas condominiais aos condôminos que residissem com suas

famílias no próprio edifício *embargado*.

O magnânimo Arnaldo Marmitt ensina que “sendo assim, sujeita-se à penhora o apartamento residencial, quando seu dono não solver as despesas de condomínio a ele pertinentes. [...] A *mens legis* é proteger a habitação, o que seria desvirtuado se ela também provocasse uma excessiva inadimplência, com a isenção do pagamento das cotas condominiais que abrangem a todos os condôminos. Impõe-se a prevalência do interesse coletivo na penhora do bem de família, para assegurar o pagamento do débito condominial” (Bem de Família: legal e convencional).

No mesmo norte, têm reiteradamente decidido as Turmas de Recursos de Santa Catarina, que, “na hipótese de execução de dívida relativa a encargos condominiais, é possível a penhora do apartamento do devedor, localizado no condomínio exequente, mesmo que o imóvel se destine à residência da sua família, consoante dispõe o artigo 3º, inciso IV, da Lei n. 8.009/90 (Reclamação n. 12, da Capital. Juizado Especial de Causas Cíveis, rel. Ronaldo Moritz Martins da Silva), e “a obrigação do condômino de contribuir para a conservação da coisa comum, diante do exposto no artigo 624 do Código Civil, e nos artigos 585, IV, e 275, II, c, do Código de Processo Civil, constitui-se como obrigação *propter rem*. Destinando-se as despesas de condomínio à conservação e utilização de todas as unidades

autônomas, em resultado à conviência em condomínio habitacional, são consideradas dívidas *ex re*, e têm por garantia de seu pagamento a unidade habitacional a que se referem. Tratando-se de dívida oriunda do próprio apartamento, é possível a penhora deste, pois caso contrário estaria o devedor na cômoda posição de não mais pagar as despesas de condomínio do seu imóvel, com inegáveis efeitos na massa condominial, que se veria forçada a ratear aquelas despesas, numa situação que não se compadece com nosso ordenamento jurídico, que veda o enriquecimento ilícito e sem causa” (Mandado de Segurança n. 130, da Capital, rel. Juiz Dionízio Jenczak).

Explicitando o fundamento para a exclusão legal, Maximilianus Cláudio Américo Führer ensina que “A obrigação da coisa ou em função da coisa (*obligatio propter rem*), que advém da relação de um sujeito com a coisa [...] acompanham o imóvel independentemente da pessoa do dono [...]” (Teoria Geral das Obrigações, p. 15).

Memorável é o ensinamento contido no *Agravo de Instrumento n. 98.008791-0*, da Capital, em que foi relator o Des. Nilton Machado, que “as despesas condominiais não constituem dívida civil [...] São obrigações derivadas de rateio. Ou seja, são despesas assumidas pela própria coisa, não pelos residentes, mas pela residência [...] são gravames *propter rem*”.

Assim, restando afastada a proteção conferida pela Lei n.

8.009/90, e estabelecida a responsabilidade de Márcio Silva Oshiro, Marcos Silva Oshiro e Marcel Silva Oshiro pelo pagamento dos valores devidos ao Condomínio do Edifício Portinari, a título de rateio das despesas comuns, relativa à quota-parte decorrente da titularidade do domínio do apartamento n. 103, o improvinimento dos presentes embargos é medida que se impõe.

Não tendo restado demonstrada a perfídia dos *embargantes*, incabível é o acolhimento do pedido de condenação destes por aludida litigância de má-fé.

(3). *Posto isso* — considerando, ainda, o mais que dos autos consta, especialmente os princípios gerais de Direito aplicáveis à espécie — com arrimo no disposto nos arts. 2º, 5º e 6º, todos da Lei n. 9.099/95, bem como, ainda, no art. 740, parágrafo único, do Código de Processo Civil, art. 4º, parágrafo único, e art. 12, ambos da Lei n. 4.591, de 16-12-64, c/c art. 3º, inc. IV, da Lei n. 8.009/90, e, ainda, art. 624, *caput*, do Código Civil de 1916 — legislação vigente à época da alienação do domínio do imóvel objeto —, julgo improcedentes os presentes embargos de terceiro opostos por Márcio Silva Oshiro, Marcos Silva Oshiro e Marcel Silva Oshiro contra a Execução de Sentença n. 075.98.011152-2/001, ajuizada pelo Condomínio do Edifício Portinari contra Maria de Lurdes Silva Oshiro, cabendo ao Secretário do Cartório da Vara do Juizado Especial Cível formalizar o elenco de diligências pertinentes, inclusive extraíndo

cópia fotostática autêntica do presente *decisum*, juntando-se-a aos autos da ação de Execução de Sentença n. 075.98.011152-2/001, autuada em apenso, que deverá prosseguir em seus ulteriores termos, observadas as cautelas de praxe.

Custas *nihil* (art. 55, *caput*, da Lei n. 9.099/95).

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Tubarão, 4 de julho de 2003.

Luiz Fernando Boller,
Juiz de Direito.

NOTICIÁRIO

INSTALAÇÃO DO ANO JUDICIÁRIO DE 2004 E CERIMÔNIA DE POSSE DOS NOVOS DIRIGENTES DO TJSC

Em sessão solene realizada no dia 2 de fevereiro, o Tribunal de Justiça iniciou os trabalhos do ano de 2004.

À oportunidade, o **Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva** declarou aberta a sessão solene do Tribunal Pleno de inauguração do ano judiciário e de posse aos novos dirigentes deste Tribunal: *Des. Jorge Mussi no cargo de Presidente; Des. Anselmo Cerello no cargo de Vice-Presidente; Des. Alberto Luiz da Costa no cargo de Corregedor-Geral da Justiça; Des. Pedro Manoel Abreu no cargo de 2º Vice-Presidente; Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi no cargo de 3º Vice-Presidente e Des. Eládio Torret Rocha no cargo de Vice-Corregedor-Geral da Justiça — para o biênio de 2004/2005.*

O **Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva** fez o seguinte pronunciamento: “Peço escusas aos ilustres Senadores Ideli Salvati e Leonel Pavan. Peço escusas também ao ilustre Presidente do Tribunal de Contas, Salomão Ribas Júnior, ao eminente Des. Federal Valdemar Capeleti, em razão do equívoco do nosso cerimonial, de não ter mencionado, pelo protocolo, essas dignas autoridades na ordem de precedência da Lei de Cerimonial Público. São problemas que acontecem nessas

ocasiões, e por isso considerem-se Vossas Excelências participando da nossa mesa principal, e o que é mais importante, Vossas Excelências que são extremamente ligados a esta Corte e participam do coração e do sentimento de todos os membros da Casa. Sejam bem-vindos.

É com transbordante regozijo e emoção que me pronuncio, na última sessão, na qualidade de Presidente desta Casa. E o faço de maneira extremamente tranqüila por dois motivos: primeiro, porque estou convicto de ter contribuído para a melhoria da condição de vida da sociedade barriga-verde. Segundo, porque transmito o cargo a um eminente jurista e administrador, Des. Jorge Mussi, que saberá, com maestria e serenidade, conduzir os destinos deste grande Poder.

Ressalto que o relatório de atividades do biênio que está sendo distribuído sintetiza as realizações desta administração. Nele encontrar-se-á o depoimento pessoal de nossos companheiros de jornada, o novo estilo de planejamento implementado, a transparência das finanças, os investimentos em recursos humanos, a ampliação de nossos quadros, o mais fácil acesso

ao Judiciário, priorizando o atendimento ao cidadão, a revolução na informática, a força da magistratura, os projetos especiais, como a implantação dos manuais de procedimento e treinamento e tantos outros ali enumerados.

Sras. e Srs., vivemos um instante singular da vida nacional, de desprestigiamento e deslegitimação equivocada das nossas instituições. Vivemos em uma nação na qual cidadãos encontram-se contingenciados entre uma pequena camada de favorecidos — que se imaginam acima da lei —, e uma massa de pessoas miseráveis — que a lei não protege. Fazemos parte de uma nação que insiste em tributar sua produção para subsidiar seu atraso. Somos, porém e sobretudo, uma nação com grandes possibilidades de futuro na democracia. O momento está a exigir toda a nossa inteligência e criatividade, a fim de se evitar a banalização descompromissada e a crítica vazia à atividade judicante. Não basta tão-somente diagnosticar o que é de todos sabido. A retórica impertinente e estéril já não encontra eco na sociedade. Impende, agora, apontar soluções factíveis.

Buscamos, nesses dois anos, dentro das nossas limitações orçamentárias e financeiras, apontar tais soluções, ao eleger as prioridades que atendessem aos anseios da comunidade, combatendo o desperdício, otimizando as ações, tudo em sintonia e nos moldes de eficazes sistemas de informação, gestão e controle. Mas, acima de tudo, buscamos com afinco e sem descanso melhorar o atendi-

mento, no Tribunal e em todos os Fóruns do Estado, aos usuários do sistema de justiça — o povo — que se traduz, em realidade, no nosso compromisso maior, na nossa meta-síntese, quando da assunção à Presidência.

Naquela ocasião sentenciamos: estão banidos deste Tribunal o empirismo, o improviso e o amadorismo no trato da coisa pública. Já não se pode admitir, nos dias que correm, uma postura defensiva ou meramente corretiva. É preciso agir pró-ativamente!

Comprometidos com essa inafastável exigência dos tempos modernos, não nos cansamos de referir à operosidade e à eficiência de nossos juizes e servidores. Por isso, iniciamos um ciclo de maciços investimentos em infra-estrutura e na realização de cursos e treinamentos, com a implementação de modernos mecanismos de simplificação, racionalização e padronização de procedimentos visando à maior celeridade na resposta jurisdicional.

Compartilhamos, permanentemente, as decisões e a formulação das estratégias, sepultando o estilo centralizador e majestático de gerenciamento, que tantos males trouxe. Não nos olvidamos de promover a gestão inteligente dos nossos recursos humanos, levando a efeito uma política remuneratória distante da ideal, mas justa e realista, valorizando magistrados e servidores.

Foi inaugurado o tempo do diálogo, da democratização efetiva, da gestão participativa e pró-ativa de

valorização, em todas as esferas da atividade jurisdicional, em busca da pacificação social.

Juizes e servidores da Justiça somos, fundamentalmente, trabalhadores sociais. Nosso dever como ocupantes de cargos de mando é de sermos pontes para os jovens e novos valores, abrindo horizontes, desimpedindo caminhos e possibilitando o crescimento daqueles que não de nos suceder.

Ao agradecer o empenho e a dedicação de todos os colaboradores, não me é dado olvidar a participação marcante e efetiva, em prol da Justiça Catarinense, do Exmo. Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro Salomão Ribas Júnior, do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Fazenda, Max Roberto Bornholdt e dos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo. Ao ex-Governador Espiridião Amin e ao ex-Presidente da Assembléia Legislativa, Deputado Onofre Santo Agostini, a reverência devida. Ao Governador Luiz Henrique da Silveira e ao Deputado Volnei Morastoni os efusivos agradecimentos, pela constância do diálogo franco, aberto, leal, dentro do postulado constitucional da independência e harmonia dos Poderes do Estado.

Sublinho, ainda, a feliz e particular coincidência de encontrar-se, neste ato, em razão de dispositivo constitucional, na Chefia do Executivo Estadual, o ínclito Governador em exercício, Deputado Volnei Morastoni.

Aos companheiros de jornada, principalmente aqueles que colaboraram na elaboração da 'Proposta de

Programa Participativo', especialmente os juizes Romano José Enzweiler, Odson Cardoso Filho e Jânio de Souza Machado, meus sinceros agradecimentos e a certeza de que o esforço para o cumprimento das metas consolidou, definitivamente, o espírito solidário e democrático no seio do Poder Judiciário de Santa Catarina.

Aos Exmos. Srs. Procuradores-Gerais da Justiça e aos Procuradores de Justiça que oficiaram nas sessões deste Tribunal, o nosso agradecimento. Merece destaque, também, o Exmo. Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Santa Catarina, Dr. Adriano Zanotto, pelo elevado espírito cívico demonstrado ao longo desses dois anos de profícua convivência.

Exalto, ainda, o papel fundamental da imprensa catarinense, ativa e responsável que, livre, ajudou a consolidar o regime democrático.

A todos que com suas presenças enaltecem e abrilhantam esta solenidade, principalmente aos queridos amigos da valorosa e inesquecível Blumenau, aqui distinguida pela figura de seu ilustre Prefeito Municipal, Décio Lima, cidade exemplo de trabalho e civismo, os agradecimentos pelo incentivo que nunca faltou. Muito obrigado."

Discurso do Dr. Pedro Sérgio Steil, Procurador-Geral de Justiça: "É com satisfação que, em nome do Ministério Público, cumprimento os novos dirigentes do Poder Judiciário

de nosso Estado — Des. Jorge Mussi, Presidente do Tribunal de Justiça; Des. Anselmo Cerello, 1º Vice-Presidente; Des. Alberto Luiz da Costa, Corregedor-Geral da Justiça; Des. Pedro Manoel Abreu, 2º Vice-Presidente; Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi, 3º Vice-Presidente; e Des. Eládio Rocha, Vice-Corregedor-Geral. E o faço registrando votos de pleno êxito e a expectativa de que Vossas Excelências cumprirão as metas a que se propõem, praticando uma gestão profícua em ações voltadas essencialmente para os interesses do povo catarinense. A competência e a dedicação à causa da Justiça, enriquecidas pelas experiências amalhadas por Vossas Excelências durante anos de atividade jurisdicional, fortalecem nossa confiança de que a sociedade terá, em Santa Catarina, a melhor prestação jurisdicional possível, em meio a dificuldades estruturais notoriamente conhecidas.

Devo externar, também, já no início desta manifestação, os cumprimentos aos ex-dirigentes pelo êxito da gestão que ora se encerra, nas pessoas do ex-Presidente, Des. Amaral e Silva, e do ex-Corregedor-Geral da Justiça, Des. Alcides Aguiar. A passagem de Vossas Excelências, no exercício desses importantes cargos, ficará indelevelmente marcada na história da magistratura de Santa Catarina, razão pela qual o Ministério Público, tendo em seus quadros diversas testemunhas das ações desenvolvidas na chefia do Poder Judiciário, não poderia deixar de publicamente declinar este testemunho, que se traduz na constatação de saldo

inequivocamente positivo das múltiplas realizações concretizadas nesse período, em prol do aprimoramento da prestação jurisdicional em nosso Estado. Recebam, pois, e as estendam a todos aqueles que contribuíram para o êxito de suas gestões, as homenagens do Ministério Público.

Constata-se, nos dias atuais, que a liberdade de imprensa e a extraordinária ampliação do alcance dos meios de comunicação, para os quais já não há fronteiras, estimulam a sociedade civil a perceber que a violência, o arbítrio, o abuso do poder político ou econômico e o desrespeito aos direitos humanos são absolutamente incompatíveis com a cidadania e com a dignidade do homem, razão pela qual é dever de todos combatê-los para que se realize o objetivo maior da Nação, qual seja, a consolidação do Estado Democrático de Direito.

É preciso considerar, também, que a busca da plena democratização do Brasil implica o desafio da extensão dos direitos individuais a toda a população. E ao Judiciário, que detém o poder de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, cumpre garantir a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos da Constituição da República.

O Juiz deve ser considerado, portanto, nesta quadra da história nacional, um verdadeiro agente de transformação social, com o compromisso de contribuir efetivamente para modificar a realidade de desequilíbrio

e exclusão social vivenciada pelo povo brasileiro, e o Ministério Público, incumbido da defesa dos interesses sociais e legitimado a atuar nas áreas mais relevantes para a vida comunitária, é parceiro nesta empreitada, mesmo porque a Constituição atribuiu-lhe a qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Feitas essas considerações, neste especial momento da Nação, em que se há de tentar, mais uma vez, levar a termo a Reforma do Poder Judiciário, parece-me oportuno destacar a inequívoca importância do fortalecimento desse Poder, dada sua estratégica relevância para a co-existência, com independência e harmonia, com os demais Poderes da República e para a manutenção da democracia em nosso País.

De fato, muito se tem falado sobre uma meta de indiscutível interesse nacional, qual seja, a retomada do crescimento econômico, que propicie um ambiente adequado para a promoção do desenvolvimento social e para corrigir algumas das mazelas vivenciadas pela população brasileira, principalmente, o desemprego e suas graves conseqüências, a escalada da violência e as desigualdades sociais.

Não se pode ignorar, por isso mesmo, a importância da preservação da ordem jurídica, reconhecidamente um dos basilares elementos que compõem o ambiente necessário aos investimentos e negócios imprescindíveis para o almejado crescimento econômico. Parece-nos muito claro

que, em nação civilizada, um ambiente propício ao desenvolvimento econômico e social não pode prescindir da segurança jurídica para a estabilidade das relações humanas e comerciais.

Por isso, insistimos em afirmar que a prestação jurisdicional adequada e essencial à concretização da plena cidadania deve ser responsabilidade de todos os segmentos sociais, e não exclusivamente dos integrantes do Poder Judiciário, sobre os quais reiteradamente têm recaído as mais contundentes cobranças.

Na verdade, a paz social, fundamento elementar da razão de existir do próprio Direito, não pode ser, e efetivamente não é, monopólio de nenhum poder e de nenhuma instituição. Para alcançá-la, devemos todos lutar pela preservação da ordem jurídica, não somente como uma exigência constitucional da Carta de 88. A luta pelo Direito não pode estar dissociada do imperativo de enxergarmos, justamente no ordenamento jurídico, o caminho a ser trilhado para o alcance da estabilidade das relações interpessoais.

Sr. Presidente, assumindo Vossa Excelência o comando do Poder Judiciário de nosso Estado em período de questionamentos e reformas estruturais, provavelmente terá o enfrentamento de grandes desafios. Entretanto, a imprescindível colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação dos Magistrados Catarinenses, em torno de objetivos comuns, certa-

mente facilitará a jornada que V. Excia. empreenderá a partir de hoje. De nossa parte, tenha a certeza de que o Ministério Público estará solidariamente imbuído dos mesmos propósitos, principalmente para que possamos assegurar, em Santa Catarina, uma prestação jurisdicional rápida e eficiente, uma prestação jurisdicional que estimule o desenvolvimento social e a efetiva cidadania de nosso povo. Muito obrigado!”

Discurso do Dr. Adriano Zanotto, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina: “É com viva emoção e respeito que, mais uma vez, venho desempenhar a relevante incumbência de, em nome dos advogados de Santa Catarina, tomar a tribuna desta respeitável Corte para homenagear o Presidente que hoje se afasta e o que nesta mesma data assume o mais alto posto do Judiciário catarinense. Emoção, por ser porta-voz dos advogados catarinenses nesta sessão solene, e respeito, pela dimensão exponencial dos homenageados, a quem hoje reverenciamos.

Por ser rara, é certo que esta honrosa oportunidade não pode ser desperdiçada, sobretudo para poder testemunhar e salientar o caráter retilíneo dos Desembargadores Amaral e Silva e Jorge Mussi. Des. Amaral, V. Excia. no comando deste Poder renovou conceitos, mudou atitudes e rotinas, aprimorou condutas, imprimiu maior agilidade, economia, efetividade e segurança à justiça, visando especi-

almente a atender aos jurisdicionados que mereciam maior proteção.

Dedicado prioritariamente à magistratura, V. Excia. jamais se alienou dos problemas enfrentados pelos jurisdicionados catarinenses. Nunca foi omissor ou diletante. Todas as suas atividades como magistrado, professor, conferencista e administrador público, homem de pensamento e ação, revelaram que seus compromissos foram executados com idéias gestadas após profunda e madura reflexão, o que demonstra todas as suas virtudes e significa o empenho de todo seu acervo intelectual e moral a serviço de uma causa: a justiça. Dentre as várias virtudes que nos foram reveladas pelo convívio com o Des. Amaral, a que mais encanta, mas não surpreende, é a humildade intelectual de que V. Excia. é dotado, uma vez que sempre abriu oportunidade para o novo e jamais sucumbiu perante o compromisso da mesmice.

Não é por outra razão que nós, advogados catarinenses, comparecemos a esta solenidade para agradecer pelo respeito e carinho com que V. Excia. ouvia e recebia nossos justos reclamos e tentava, incansavelmente, encontrar soluções, ainda que essas se apresentassem difíceis para o momento.

Veio-me à mente, Des. Amaral, enquanto redigia estas singelas palavras, a advertência feita por Santo Agostinho sobre o fato do orgulho, dentre os sete pecados capitais, ser o único pecado que Deus tem dificuldade de perdoar. Refleti sobre o

assunto e concluí que uma espécie de orgulho merece indulgência do Pai Celestial, é o orgulho de ter como amigos homens trabalhadores como V. Excia., não só pelo que fez, mas, principalmente, pelo que continuará fazendo pelo aperfeiçoamento do Judiciário e da justiça catarinense.

E sobre o Judiciário é bom lembrar que a presença obrigatória de advogados nos seus quadros, conforme previsão constitucional, não é uma fórmula existente para se burlar o ingresso sem o devido concurso público, como querem fazer valer alguns mal-intencionados. É, acima de tudo, trazer a este Poder a experiência dos que militam do outro lado do balcão, no dia-a-dia da advocacia, e que conhecem os anseios e reclamos da sociedade.

Assim, Des. Jorge Mussi, se V. Excia. assume nesta data a Presidência desta Corte, o faz de forma democrática com o apoio de seus pares, e com a possibilidade de continuar os audaciosos e pertinentes projetos iniciados pelo Des. Amaral e Silva e fixar outros, orientados por suas idéias e propósitos, em benefício da justiça e da sociedade catarinense.

V. Excia. que integra esta Corte por decorrência do chamado quinto constitucional, que reserva um quinto dos lugares desta Casa aos advogados e membros do Ministério Público, constituído a partir das listas sêxtuplas organizadas pelos referidos órgãos, que são reduzidas a tríplexes para posterior escolha pelo Chefe do Executivo, com a experiência acumulada por aproximadamente 17 anos no

exercício da advocacia e 10 anos de magistratura, haverá de desempenhar o seu augusto cargo com a altivez sempre peculiar de seus atos. V. Excia. tem a enaltecê-lo uma larga folha de serviços prestados à área jurídica e à administração pública, uma vez que ocupou cargos de relevo, dentre os quais: Oficial de Gabinete do Vice-Governador de Santa Catarina em 1975; Chefe de Gabinete do Procurador-Geral da Fazenda no Tribunal de Contas de Santa Catarina em 1981; Superintendente da Fundação Catarinense de Desenvolvimento de Comunidade nos anos de 1982 a 1983; Procurador-Geral do município de Florianópolis de 1983 a 1985; Juiz Substituto do TRE/SC de 1987 a 1989; Juiz Efetivo do mesmo Tribunal de 1989 a 1991; Conselheiro Estadual da OAB/SC de 1989 a 1991; Diretor Tesoureiro da OAB/SC por duas gestões de 1991 a 1993; Desembargador desta Casa desde dezembro de 1993 e Presidente do TRE/SC.

Advogado dos mais brilhantes que foi em Santa Catarina, sobre seus ombros hoje passa a repousar a esperança de poder solucionar tantos problemas que insistem em afligir os jurisdicionados e advogados deste Estado.

As anomalias e perversões existentes no Judiciário, matriz de tantos infortúnios da vida desse operoso povo barriga-verde, são por demais conhecidas de V. Excia., que certamente procurará consolidar o trabalho de seu antecessor para dotar este Poder de estruturas mais

modernas, dando-lhe maior eficácia em benefício da própria justiça.

A OAB Seccional de Santa Catarina, que ao longo do tempo tem defendido com intransigência, até, a Constituição, a ordem jurídica do estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, estará a seu lado no combate às injustiças, e apontando caminhos e soluções aos problemas que certamente não serão poucos, visando à harmonia e à paz social. Prestará apoio, sempre que o objetivo se revele capaz de produzir benefícios à sociedade. Aplaudirá ações eficazes para a rápida solução dos litígios. Mas também não se furtará de fazer críticas construtivas, desde que se projetem para o bem comum.

Por isso, o Poder Judiciário do Estado há de compreender o advogado, prestigiar sua atividade, eliminar embaraços burocráticos — que ainda são muitos — e facilitar o exercício da advocacia. É preciso que se faça justiça também aos advogados, reconhecendo os esforços e dedicação da nossa classe, sempre com respeito e tratamento digno. Afinal, nós, que tanto lutamos pela distribuição da justiça, merecemos que se nos faça, também, Justiça!

Muito poderia ser dito, porém hoje o dia é de júbilo para a advocacia e para a magistratura catarinenses, razão pela qual findo estas breves palavras evocando o magistério do jurista Rui Barbosa, que há mais de cem anos passados, em discurso

memorável dizia: 'O Poder Judiciário, eminentemente vital e salvador, tem dois braços, nos quais agüenta a lei em duas instituições, a magistratura e a advocacia. Tão velhas como a sociedade humana, mas elevadas ao cem dobro, na vida constitucional do Brasil, pela estupenda importância que o novo regime veio dar à Justiça.' Sob esse credo, porque a advocacia e a administração da justiça se interpenetram e se completam no propósito de harmonizar os conflitos sociais, e porque Rui já alertava sobre os braços do Poder Judiciário que seriam a magistratura e a advocacia, podemos hoje repeti-lo para dizer que V. Excia. é muito íntimo desses dois braços e saberá com eles trabalhar para a dinamização deste Poder.

Igualmente, neste momento, quero deixar aos ilustres Desembargadores empossados, Dr. Anselmo Cerello; Dr. Alberto Luiz da Costa; Dr. Pedro Manoel Abreu; Dr. Carlos Alberto Silveira Lenzi e Dr. Eládio Torret Rocha incansáveis e exímios operadores do direito, o desejo de pleno êxito em suas novas missões, cuja posse, nesta data, coroa de êxito a brilhante carreira que Vossas Excelências trilharam em toda vida profissional. Merecidamente. A Vossas Excelências, Desembargadores, e a seus familiares aqui presentes, as homenagens da Ordem dos Advogados do Brasil, e os votos de muito sucesso no exercício das novas funções nas quais hoje são investidos neste egrégio Tribunal, tendo nós a firme convicção

que não lhes faltará a nossa colaboração nem a ajuda de Deus, para tornar a Justiça mais justa. Muito obrigado.”

Discurso de posse do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi: “Rogo a Deus, esse invisível presente, cuja grandeza proclamo, para que me dê forças e que me ilumine, a fim de que eu possa bem cumprir a espinhosa e elevada missão inerente ao cargo no qual agora sou investido.

Ao assumir a presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina desejo, antes de mais nada, agradecer a Vossas Excelências, Srs. Desembargadores, a honra que me concedestes, em eleição valorizada pela presença do eminente Des. Alcides dos Santos Aguiar, modelar figura de magistrado e cidadão, a quem expresse minhas melhores homenagens.

Chefiar o Poder Judiciário de Santa Catarina é tarefa que, nos últimos anos, tem-se tornado mais desafiadora e complexa a cada vez que se renova o respectivo mandato. Isso não decorre de problemas específica ou exclusivamente catarinenses, mas faz parte do momento que estamos vivendo, quando tanto se questiona a Justiça e dela tanto se exige.

Diversas circunstâncias têm influído nesse quadro, destacando-se a crescente conscientização das pessoas em relação a seus direitos e sua firme disposição de reivindicá-los, quase sempre por intermédio do Poder Judiciário. Este é um fato auspicioso, que deve ser festejado por

quantos desejam o aprimoramento da democracia, mas tem também o seu custo, na medida em que fez aumentar extraordinariamente o número de ações judiciais.

Para tentar resolver, ainda que em parte, esta grave situação, são muitas as soluções que os estudiosos propõem, não cabendo, nesta oportunidade, analisá-las ou discuti-las, até pela complexidade do tema e pela variedade e diversificação das opiniões. O que parece certo, entretanto, e, mais que isto, fundamental e urgente, é exercitar-se a criatividade, em busca não de fórmulas mágicas, que não existem para nenhum problema da vida real, mas de ações simples, capazes de minimizar os obstáculos existentes para uma mais rápida e eficaz prestação jurisdicional.

Neste sentido, creio ser necessário concentrar esforços na justiça de primeiro grau, na qual se localizam as maiores dificuldades, e estimular, quanto e como possível, a conciliação, fórmula de solução natural dos conflitos, capaz de prevenir ou restaurar o entendimento entre as pessoas e a harmonia nas relações individuais ou coletivas, pressuposto da própria paz social.

A conciliação, que muitas vezes se revela inexitosa quando da tentativa feita ao início do processo, pode, entretanto, haver depois se tornado interessante para as partes, não só por terem se convencido da utilidade de uma composição de interesses, como porque, paradoxalmente, o próprio tempo provável de

duração da demanda sugere a conveniência de um acordo. Para estas tentativas, a serem feitas com a presença das partes e seus procuradores, é possível utilizar-se bacharéis em direito ou advogados que não exerçam a profissão, alunos da Escola Superior da Magistratura, da Advocacia e do Ministério Público, e até, talvez, sendo o caso de se estender a experiência ao segundo grau, com Desembargadores e Juizes aposentados que, não exercendo a advocacia, disponham-se a colocar sua experiência e conhecimentos a serviço da Justiça.

É uma idéia que aqui menciono apenas para destacar, de um lado, minha preocupação com o problema, e, de outro, para demonstrar que trago o firme e definitivo propósito de empreender algumas ações que me parecem oportunas e eficazes, as quais deverão de ser discutidas e aprimoradas, na busca de soluções alternativas e práticas para a questão do congestionamento do Poder Judiciário, que tanto preocupa a todos nós e à sociedade, da qual somos parte. Sociedade que precisa conhecer-nos melhor, até para que possa orgulhar-se dos seus Juizes, cuja marca é a operosidade, a dedicação, o senso de responsabilidade, o equilíbrio e imparcialidade nas decisões, tal como se espera de quem exerce, por delegação constitucional, a nobilíssima função de julgar.

A ocorrência de casos isolados, envolvendo alguns poucos magistrados em meio aos cerca de 15.000 em atividade no país, não pode nem deve se prestar a generalizações

injustas e maldosas, que apenas desservem à ordem jurídica e política, baseada nos princípios da liberdade e da democracia, pois o Poder Judiciário é instituição absolutamente essencial à convivência civilizada e harmoniosa numa sociedade pluralista como a nossa.

A magistratura é uma função de renúncia. Julgar é um ato complexo, que exige equilíbrio emocional, serenidade de espírito, coragem, independência e capacidade de trabalho acima do que se exige do comum das pessoas, pois o juiz nunca está dissociado das preocupações ligadas às decisões que deve proferir, algumas com imprevisíveis repercussões e desdobramentos, a afetar a vida e os interesses de milhares de pessoas. Bem por isso, o trabalho do magistrado não se submete a limites de horários. Dias e horas que são, para outros, de lazer, ele os utiliza muitas vezes para o estudo dos casos que deve resolver. Em horas de repouso, no silêncio das madrugadas, é comum que ele esteja estudando os processos, porque o movimento do expediente normal, no Fórum ou no Tribunal, não lhe permite a concentração intelectual necessária à formação do seu convencimento, importando em um processo de elaboração mental muitas vezes desgastante, inclusive com repercussões de ordem física.

É interessante observar que qualquer pessoa, em tese, pode escolher o seu médico, o seu engenheiro, mas ninguém, por mais

poder que detenha, político, econômico ou social, pode escolher o seu Juiz. O Juiz é aquele que o Estado lhe dá, aquele que possui competência para apreciar a sua causa. E quem tem um interesse relevante, material ou moral, dependendo da decisão de um Juiz, quer ser julgado por um magistrado confiável, responsável, capaz e sereno. É um direito de qualquer um que recorre ao Estado para a solução dos conflitos. É lamentável que nem todos tenham a percepção destas variadas circunstâncias.

A recente reforma constitucional tratou a magistratura não como uma carreira de Estado que é, mas como uma categoria burocrática comum, dela retirando direitos historicamente consagrados, e criando o risco de que o desinteresse pelo ingresso na carreira acabe comprometendo, em futuro não distante, a qualidade da magistratura brasileira. Se isto acontecer, responderão perante a história aqueles que não tiveram sensibilidade para perceber o gravíssimo erro em que incorreram.

Fragilizar a distribuição da justiça consiste na destruição do próprio Estado. Debilitar a magistratura significa atingir o Estado brasileiro em sua coluna vertebral, vulnerando a viga mestra de sustentação de seu frágil alicerce institucional.

Ao defendermos o Judiciário dessa tentativa de debilitação, jamais perdemos, contudo, a consciência de nossas próprias deficiências e equívocos. É hora de superá-los. Se não tivermos coragem para fazê-lo com nossas próprias mãos, enfren-

tando nossos fantasmas, seremos presas fáceis dos que nos querem menores do que somos, para agir sem freios ou limites em busca de seus interesses mesquinhos.

Senhores: Assumo a presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina tendo plena consciência dos desafios e das responsabilidades que me esperam. Para enfrentar tais responsabilidades e desafios estou certo de que contarei com a indispensável colaboração de Vossas Excelências, Senhores Desembargadores, e dos nossos eminentes colegas que hoje assumem a titularidade de outros cargos relevantes na direção e administração do Poder Judiciário catarinense, os Senhores Desembargadores Anselmo Cerello, Alberto Luiz da Costa, Pedro Manoel Abreu, Carlos Alberto Silveira Lenzi e Eládio Torret Rocha.

Pretendo e desejo manter a mais harmoniosa convivência com os demais Poderes, a quem presto minhas homenagens, ao Governador Luiz Henrique da Silveira e ao em exercício, Deputado Volnei Morastoni, presidente da augusta Assembleia Legislativa do Estado, aqui representada pelo Deputado Onofre Agostini. Ao Ministério Público, hoje entregue à esclarecida Chefia do Dr. Pedro Steil, manifesto igualmente a convicção de que não me faltará a colaboração da instituição, tão mercedadamente prestigiada. Dos Srs. Juizes de Direito, desde os que já se encontram neste Tribunal como substitutos de Desembargadores até

os que apenas iniciam suas lides na magistratura, espero a mais leal e decidida colaboração, ao mesmo tempo em que lhes asseguro, assim como aos eminentes Senhores Desembargadores, que defenderei com o maior vigor e energia as prerrogativas e os interesses da magistratura catarinense. Dos servidores do Poder Judiciário, de todos os níveis, igualmente conto receber sua valiosa ajuda, lutando, de minha parte, pela sua crescente valorização.

Antes de encerrar estas palavras, quero fazer duas homenagens. Uma, é à nobre classe dos advogados e à instituição que dignamente a representa, a Ordem dos Advogados do Brasil, de cujos órgãos diretivos fiz parte, com grande honra para mim, nos anos da árdua labuta profissional que acabou por credenciar à escolha de meu nome para ocupar, neste Tribunal, uma das vagas destinadas constitucionalmente à classe dos advogados. Devo muito à advocacia, em aprendizado, experiência e conhecimento que me têm sido úteis como magistrado. Ao Presidente da Seccional catarinense, o Dr. Adriano Zanotto, faço aqui o intérprete da minha mensagem aos advogados catarinenses, de quem igualmente espero a indispensável colaboração para que, juntos, traba-

lhemos pelo nosso objetivo comum, que é o crescente aperfeiçoamento dos serviços judiciários, a benefício de todos os que nele se envolvem e, principalmente, da sociedade, sua principal e maior destinatária.

A outra e última referência que desejo fazer, é ao eminente Des. Amaral e Silva, que acaba de deixar a Presidência deste Tribunal, depois de havê-la exercido, brilhantemente, nos últimos dois anos. Sua Excelência continuará conosco, e este fato é alentador para todos nós. Dirigiu o Poder Judiciário de Santa Catarina com firmeza e lúcida percepção dos problemas que lhe foram postos. Sucedê-lo é uma honra e uma responsabilidade, às quais espero poder corresponder.

Agradeço, finalmente, a quantos aqui vieram prestigiar esta solenidade: às dignas autoridades, aos magistrados, aos membros do Ministério Público, aos advogados, aos serventuários, aos funcionários e amigos, alguns dos quais se deslocaram de outras cidades e outros Estados para estar aqui presentes, tantos amigos, cujo apoio nunca me faltou, e aos meus familiares, a quem tanto devo do que sou e do que tenho conquistado ao longo de minha vida. Muito obrigado.”

MUTIRÃO DE CONCILIAÇÃO E CIDADANIA

O 1º Mutirão de Conciliação e Cidadania do Tribunal de Justiça, realizado em São João Batista, alcançou um índice de 73,6% de sucesso na obtenção de acordos entre as partes envolvidas em conflitos judiciais. Das 9 às 18h30min, os 45 conciliadores conseguiram realizar 865 audiências, cerca de 66% do total previsto, com o registro de atendimento de mil pessoas. Mais de 1,5 mil pessoas circularam durante todo o dia nas dependências do Shopping Vale dos Calçados, na SC-411, nas proximidades do trevo de acesso ao município de São João Batista. A grande maioria interessada em solucionar seus problemas com a justiça. Outros, em menor número, buscaram orientação do INSS sobre a nova legislação da aposentadoria ou ainda a confecção de carteiras de identidade. Em 515 processos nos quais existia a possibilidade de obter a conciliação, com a presença das partes antagonistas, 380 chegaram a bom termo.

O Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Jorge Mussi, acompanhou os trabalhos desde cedo, e mostrou-se bastante entusiasmado com os resultados obtidos. “Mostramos que com esforço e determinação é possível tornar a justiça mais célere e próxima ao jurisdicionado”, declarou Mussi. O trabalho dos conciliadores

começou cedo, assim que o acesso ao público foi liberado às 9 horas. Cerca de dez minutos depois, já se comemorava a primeira conciliação obtida no mutirão, envolvendo dois rapazes num caso de lesões corporais. Um acordo foi obtido e os antigos desafetos trocaram um aperto de mãos e seguiram, cada qual, o seu caminho, já sem o peso de um processo em tramitação. A situação se repetiu durante todo o dia, seja na área penal, cível, de família ou mesmo de executivos fiscais. As pessoas que tinham seus nomes chamados pelo sistema de som, aguardavam poucos minutos pela audiência e, conforme o interesse, encerravam ali imbróglis de meses e até de anos. Em média, foram registrados 107 pessoas e 67 processos atendidos por hora.

O advogado Leôncio Cipriani, de São João Batista, passou praticamente todo o dia no *Shopping Vale dos Calçados* acompanhando clientes em diversos processos. Participou, ao final, de 25 audiências, fechando acordo em 16 delas. Ele considerou excelente a iniciativa do Tribunal de Justiça, permitindo desafogar boa parte da pauta de julgamentos que tinha pela frente. A iniciativa do TJ, aliás, atraiu a atenção de outras instituições. A

recém-eleita presidente do TRT de Santa Catarina, juíza Águeda Lavorato, esteve no local e, em conversa com o Presidente do TJ, iniciou entendimentos para que a Justiça do Trabalho esteja presente já na próxima edição do mutirão de conciliação e cidadania. Procuradores do município de Blumenau também se

fizeram presentes e já colocaram a estrutura da prefeitura à disposição para a realização de evento similar naquela cidade. Cogitaram inclusive abrir os pavilhões da Proeb para abrigar a segunda edição do Mutirão em Santa Catarina.

PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS

Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Desembargador Jorge Mussi, assinou resolução nesta semana garantindo prioridade na tramitação dos processos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. A medida leva em consideração o novo Estatuto do Idoso, em vigor desde 1º de janeiro deste ano, e alcança processos em tramitação tanto em 1º como em 2º graus de jurisdição (comarcas e TJ). Os interessados na obtenção do benefício deverão requerê-lo ao juízo

competente, comprovando com documento hábil possuir idade igual ou superior à exigida. Para facilitar a identificação destes processos, será instituída uma etiqueta com os dizeres “Preferencial Segundo a Lei 10.741/2003”, a ser aposta na capa dos autos. Magistrados, ao verificarem a participação de partes com este perfil, determinarão *ex officio* a colocação da referida etiqueta. A resolução entrou em vigor no dia 19 de março, concedido prazo de 30 dias para sua implementação.

PROTOCOLO UNIFICADO

Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador Alberto Costa, assinou provimento nesta semana

estendendo os serviços de protocolo unificado aos distribuidores de todas as comarcas de Santa Catarina. O

Provimento nº 02/2004 dá nova redação ao artigo 70 do Código de Normas do Foro Judicial da CGJ, autorizando os distribuidores a receber petições e/ou autos dirigidos a outras comarcas e foros distritais do Estado, às Turmas de Recursos e ao TJ, bem como as petições referentes aos recursos Especial e Extraordinário destinados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF). A medida, segundo o Desembargador Alberto Costa, busca facilitar o acesso à justiça e oferecer

maior comodidade e agilização aos operadores do Direito que passam a se beneficiar dos serviços do protocolo unificado também nas comarcas do interior do Estado. Antes desse novo provimento, tais recursos só podiam ser interpostos no Tribunal de Justiça, em Florianópolis. Doravante, os advogados poderão ingressar com os recursos em qualquer uma das 110 comarcas de Santa Catarina.

PROTOCOLO JUDICIAL EXPRESSO

Preocupado em facilitar cada vez mais o trabalho dos operadores do Direito, o Tribunal de Justiça, por meio de resolução assinada pelo seu Presidente, Desembargador Jorge Mussi, acaba de instituir o serviço de Protocolo Judicial Expresso no âmbito do TJ. Com isso, advogados interessados em protocolar petições intermediárias poderão fazê-lo no próprio Centro de Atendimento e Informações do TJ, no *hall* de entrada do Palácio da Justiça, sem a necessidade de dirigir-se à Diretoria Judiciária, localizada no sétimo andar do mesmo prédio. Caberá ao Protocolo Judicial Expresso o recebimento e encaminhamento à DJ de petições referentes a processos em andamento no Tribunal de Justiça.

Para facilitar o serviço, dentre as vagas de estacionamento já disponibilizadas aos advogados, duas serão reservadas para os profissionais interessados na utilização dos serviços do Protocolo Judicial Expresso. A utilização do novo sistema é uma opção colocada à disposição dos advogados, com horário de atendimento ao público das 9 às 18h30min, de segunda a sexta-feira. As petições urgentes, por sua vez, devem continuar a ser protocolados diretamente na secretaria de Informações da Diretoria Judiciária. A resolução, assinada pelo Desembargador Mussi em 2 de março, entrará em vigor cinco dias após sua publicação.

**RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

FÓRUM DA COMARCA DE ABELARDO LUZ

Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 445-4207

FÓRUM DA COMARCA DE ANCHIETA

Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 653-3000

FÓRUM DA COMARCA DE ANITA GARIBALDI

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 543-5301

FÓRUM DA COMARCA DE ARAQUARI

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 447-7503

FÓRUM DA COMARCA DE ARARANGUÁ

Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 522-0204

FÓRUM DA COMARCA DE ARMAZÉM

Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 645-4200

FÓRUM DA COMARCA DE ASCURRA

Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 383-3300

FÓRUM DA COMARCA DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 261-1700

FÓRUM DA COMARCA DE BARRA VELHA

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 446-7500

FÓRUM DA COMARCA DE BIGUAÇU

Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 279-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BLUMENAU

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 321-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BOM RETIRO

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 277-3000

FÓRUM DA COMARCA DE BRAÇO DO NORTE

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 658-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BRUSQUE

Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 251-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CAÇADOR

Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 561-2500

FÓRUM DA COMARCA DE CAMBORIÚ

Rua Goiânia 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 365-2440

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO BELO DO SUL

Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 249-3300

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO ERÊ

Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 655-1185

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPOS NOVOS

Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 551-0400

FÓRUM DA COMARCA DE CANOINHAS

Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 621-5600

FÓRUM DA COMARCA DE CAPINZAL

Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 555-8000

FÓRUM DA COMARCA DE CAPITAL

Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 251-6500

FÓRUM DA COMARCA DE CAPIVARI DE BAIXO

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 623-0567

FÓRUM DA COMARCA DE CATANDUVAS

Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvras
Telefone: (49) 525-1019

FÓRUM DA COMARCA DE CHAPECÓ

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 321-9400

FÓRUM DA COMARCA DE CONCÓRDIA

Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 441-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CORONEL FREITAS

Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 347-0522

FÓRUM DA COMARCA DE CORREIA PINTO

Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 243-1000

FÓRUM DA COMARCA DE CRICIÚMA

Av. Santos Dumont, s/n — Milanese
CEP: 88804-301 — Criciúma
Telefone: (48) 431-5331

FÓRUM DA COMARCA DE CUNHA PORÃ

Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
CEP: 89890-000 — Cunha Porã
Telefone: (49) 646-3000

FÓRUM DA COMARCA DE CURITIBANOS

Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitiba
Telefone: (49) 221-0500

FÓRUM DA COMARCA DE DESCANSO

Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
CEP: 89910-000 — Descanso
Telefone: (49) 623-0378

FÓRUM DA COMARCA DE DIONÍSIO CERQUEIRA

Av. Washington Luís, 670 — Centro
CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 644-1254

FÓRUM DA COMARCA DE FORQUILHINHA

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
CEP: 88850-000 — Forquilha
Telefone: (48) 463-8300

FÓRUM DA COMARCA DE FRAIBURGO

Av. Curitibaanos, 375 — Centro
 CEP: 89580-000 — Fraiburgo
 Telefone: (49) 251-2100

FÓRUM DA COMARCA DE GAROPABA

Rua Santa Rita, 100 — Centro
 CEP: 88495-000 — Garopaba
 Telefone: (48) 254-8300

FÓRUM DA COMARCA DE GARUVA

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro
 CEP: 89248-000 — Garuva
 Telefone: (47) 445-8000

FÓRUM DA COMARCA DE GASPAR

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n —
 Sete de Setembro
 CEP: 89110-000 — Gaspar
 Telefone: (47) 331-6100

FÓRUM DA COMARCA DE GUARAMIRIM

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro
 CEP: 89270-000 — Guaramirim
 Telefone: (47) 373-9500

FÓRUM DA COMARCA DE HERVAL DO OESTE

Rua Nereu Ramos, 388 — Centro
 CEP: 89610-000 — Herval do Oeste
 Telefone: (49) 551-4400

FÓRUM DA COMARCA DE IBIRAMA

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
 CEP: 89140-000 — Ibirama
 Telefone: (47) 357-8000

FÓRUM DA COMARCA DE IÇARA

Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento
 Simone/Jaqueline
 CEP: 88820-000 — Içara
 Telefone: (48) 432-3466

FÓRUM DA COMARCA DE IMARUÍ

Av. Governador Celso Ramos, s/n — Cen-
 tro
 CEP: 88770-000 — ImaruÍ
 Telefone: (48) 643-8000

FÓRUM DA COMARCA DE IMBITUBA

Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
 CEP: 88780-000 — Imbituba
 Telefone: (48) 355-8000

FÓRUM DA COMARCA DE INDAIAL

Rua Tiradentes, 111 — Centro
 CEP: 89130-000 — Indaial
 Telefone: (47) 281-5400

FÓRUM DA COMARCA DE IPUMIRIM

Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
 CEP: 89790-000 — Ipumirim
 Telefone: (49) 438-3300

FÓRUM DA COMARCA DE ITÁ

Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
 CEP: 89760-000 — Itá
 Telefone: (49) 458-9600

FÓRUM DA COMARCA DE ITAIÓPOLIS

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro
 CEP: 89340-000 — Itaiópolis
 Telefone: (47) 652-6000

FÓRUM DA COMARCA DE ITAJAÍ

Rua Uruguai, 222 — Centro
 CEP: 88301-902 — Itajaí
 Telefone: (47) 341-0500

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPEMA

Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 —
 Morretes
 CEP: 88220-000 — Itapema
 Telefone: (47) 268-8800

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPIRANGA

Rua São José, 10 — Centro
 CEP: 89896-000 — Itapiranga
 Telefone: (49) 677-0210

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPOÁ

Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itape-
 ma do Norte
 CEP: 89249-000 — Itapoá
 Telefone: (47) 443-8000

FÓRUM DA COMARCA DE ITUPORANGA

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro
 CEP: 88400-000 — Ituporanga
 Telefone: (47) 533-8100

FÓRUM DA COMARCA DE JAGUARUNA

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei
 CEP: 88715-000 — Jaguaruna
 Telefone: (48) 624-8000

FÓRUM DA COMARCA DE JARAGUÁ DO SUL

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87
— Vila Nova

CEP: 89259-300 Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 275-7200

FÓRUM DA COMARCA DE JOAÇABA

Rua Salgado Filho, 160 — Centro

CEP: 89600-000 — Joaçaba

Telefone: (49) 551-4100

FÓRUM DA COMARCA DE JOINVILLE

Rua Hermann August Lepper, 980 — Sa-
guaçu

CEP: 89201-900 — Joinville

Telefone: (47) 461-8500

FÓRUM DA COMARCA DE LAGES

Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro

CEP: 88501-902 — Lages

Telefone: (49) 221-3500

FÓRUM DA COMARCA DE LAGUNA

Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro

CEP: 88790-000 — Laguna

Telefone: (48) 646-0167

FÓRUM DA COMARCA DE LAURO MÜLLER

Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro

CEP: 88880-000 — Lauro Müller

Telefone: (48) 464-3399

FÓRUM DA COMARCA DE LEBON RÉGIS

Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro

CEP: 89515-000 — Lebon Régis

Telefone: (49) 247-6000

FÓRUM DA COMARCA DE MAFRA

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Cen-
tro

CEP: 89300-000 — Mafra

Telefone: (47) 642-3055

FÓRUM DA COMARCA DE MARAVILHA

Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro

CEP: 89874-000 — Maravilha

Telefone: (49) 664-0424

FÓRUM DA COMARCA DE MODELO

Rua Presidente Vargas, 20 — Centro

CEP: 89872-000 — Modelo

Telefone: (49) 365-2500

FÓRUM DA COMARCA DE MONDAÍ

Rua Aurora, 65 — Centro

CEP: 89893-000 — Mondai

Telefone: (49) 674-3000

FÓRUM DA COMARCA DE NAVEGANTES

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 —
Centro

CEP: 88375-000 — Navegantes

Telefone: (47) 342-9100

FÓRUM DA COMARCA DE ORLEANS

Rua Rui Barbosa, 320 — Centro

CEP: 88870-000 — Orleans

Telefone: (48) 466-0119

FÓRUM DA COMARCA DE OTACÍLIO COSTA

Rua Clementino Zambonato, 119 — Cen-
tro

CEP: 88540-000 — Otacilio Costa

Telefone: (49) 275-8000

FÓRUM DA COMARCA DE PALHOÇA

Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Cen-
tro

CEP: 88130-220 — Palhoça

Telefone: (48) 279-3300

FÓRUM DA COMARCA DE PALMITOS

Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n —
Centro

CEP: 89887-000 — Palmitos

Telefone: (49) 647-0111

FÓRUM DA COMARCA DE PAPANDUVA

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 —
Centro

CEP: 89370-000 — Papanduva

Telefone: (47) 653-6000

FÓRUM DA COMARCA DE PINHALZINHO

Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São
Luiz, 735 — Centro

CEP: 89870-000 — Pinhalzinho

Telefone: (49) 366-1226

FÓRUM DA COMARCA DE POMERODE

Rua XV de Novembro, 700 — Centro
 CEP: 89107-000 — Pomerode

Telefone: (47) 387-2204

FÓRUM DA COMARCA DE PIÇARRAS

Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
 CEP: 88380-000 — Piçarras

Telefone: (47) 347-4000

FÓRUM DA COMARCA DE PONTE SERRADA

Rua 3 de Maio, 460 — Centro
 CEP: 89683-000 — Ponte Serrada

Telefone: (49) 435-0151

FÓRUM DA COMARCA DE PORTO BELO

Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
 CEP: 88210-000 — Porto Belo

Telefone: (47) 369-4242

FÓRUM DA COMARCA DE PORTO UNIÃO

Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
 CEP: 89400-000 — Porto União

Telefone: (42) 521-3700

FÓRUM DA COMARCA DE PRESIDENTE GETÚLIO

Rua Kurt Hering, 14 — Centro
 CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio

Telefone: (47) 352-5000

FÓRUM DA COMARCA DE QUILOMBO

Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
 CEP: 89850-000 — Quilombo

Telefone: (49) 346-2000

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO CAMPO

Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
 CEP: 89198-000 — Rio do Campo

Telefone: (47) 564-8900

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO OESTE

Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
 CEP: 89180-000 — Rio do Oeste

Telefone: (47) 543-9300

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO SUL

Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
 CEP: 89160-000 — Rio do Sul

Telefone: (47) 531-4700

FÓRUM DA COMARCA DE RIO NEGRINHO

Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
 CEP: 89295-000 — Rio Negrinho

Telefone: (47) 644-2558

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA CECÍLIA

Rua XV de Novembro, s/n — Centro
 CEP: 89540-000 — Santa Cecília

Telefone: (49) 244-6500

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA ROSA DO SUL

Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
 CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul

Telefone: (48) 534-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
 CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz

Telefone: (48) 245-4000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO BENTO DO SUL

Av. São Bento, 401 — Colonial
 CEP: 89290-000 — São Bento do Sul

Telefone: (47) 631-1900

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO CARLOS

Rua La Salle, 243 — Centro
 CEP: 89885-000 — São Carlos

Telefone: (49) 325-1000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO DOMINGOS

Rua Major Azambuja, 138 — Centro
 CEP: 89835-000 — São Domingos

Telefone: (49) 443-0111

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
 CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul

Telefone: (47) 444-2053

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOÃO BATISTA

Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 265-6300

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOAQUIM

Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 233-6000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ

Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 271-9600

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO CEDRO

Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 643-0033

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO LOURENÇO DO OESTE

Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 344-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 631-1500

FÓRUM DA COMARCA DE SEARA

Rua do Comércio, 171 — Centro
CEP: 89770-000 — Seara
Telefone: (49) 452-1211

FÓRUM DA COMARCA DE SOMBRIO

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
CEP: 88960-000 — Sombrio
Telefone: (48) 533-0645

FÓRUM DA COMARCA DE TAIÓ

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
CEP: 89190-000 — Taió
Telefone: (47) 562-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TANGARÁ

Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
CEP: 89642-000 — Tangará
Telefone: (49) 532-1240

FÓRUM DA COMARCA DE TIJUCAS

Rua Florianópolis, 130 — Centro
CEP: 88200-000 — Tijucas
Telefone: (48) 263-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TIMBÓ

Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
CEP: 89120-000 — Timbó
Telefone: (47) 281-1700

FÓRUM DA COMARCA DE TROMBUDO CENTRAL

Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 544-8100

FÓRUM DA COMARCA DE TUBARÃO

Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 621-1500

FÓRUM DA COMARCA DE TURVO

Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 525-8000

FÓRUM DA COMARCA DE URUBICI

Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 278-4182

FÓRUM DA COMARCA DE URUSSANGA

Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 465-1264

FÓRUM DA COMARCA DE VIDEIRA

Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 566-0041

FÓRUM DA COMARCA DE XANXERÊ

Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 441-7100

FÓRUM DA COMARCA DE XAXIM

Rua Rui Barbosa, 385 — Centro

CEP: 89825-000 — Xaxim

Telefone: (49) 353-2391

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1999.016655-4 — Pinhalzinho	91
-----------------------------------	----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

467.288 — Santa Catarina (STJ)	693
2000.006886-1 — Xanxerê	239
2001.013380-6 — Joinville	663
2001.025889-7 — São José	103
2002.002024-9 — Blumenau	106
2002.009869-3 — Itajaí	109
2002.012640-9 — Balneário Camboriú	113
2002.019921-0 — Joinville	147
2002.021481-2 — Concórdia	221
2002.021578-9 — São João Batista	673
2003.013126-4 — Abelardo Luz	248
2003.023020-3 — Blumenau	143
2003.023251-6 — Joinville	285

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

423.277-8 — Santa Catarina (STF)	683
--	-----

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

203.411-8 — Santa Catarina (STF)	685
--	-----

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2003.005707-2 — Imbituba	179
2003.007763-4 — Itajaí	185
2003.025522-2 — São Francisco do Sul	188

APELAÇÕES CÍVEIS

1997.010591-6	— Blumenau.....	227
1998.006264-0	— Brusque	126
1998.006640-9	— São Francisco do Sul.....	280
1998.008862-3	— Criciúma.....	468
1998.011345-8	— Dionísio Cerqueira	473
1998.015281-0	— São Bento do Sul.....	307
1999.004274-0	— Blumenau.....	311
1999.008815-4	— Papanduva.....	459
1999.011517-8	— Capital.....	397
1999.022752-9	— Maravilha	463
2000.008138-8	— Balneário Camboriú	263
2000.011888-5	— Itajaí	267
2000.012162-2	— Cunha Porã.....	251
2000.021457-4	— Braço do Norte.....	292
2001.007110-0	— Coronel Freitas	232
2001.015398-0	— Timbó.....	407
2001.017969-5	— Capital.....	130
2001.020176-3	— Tubarão.....	298
2001.024956-1	— Capital.....	97
2002.000275-5	— Biguaçu.....	224
2002.003556-4	— Criciúma.....	152
2002.003983-7	— Blumenau.....	236
2002.008387-4	— Santa Cecília	420
2002.010761-7	— Trombudo Central	166
2002.010878-8	— Capital.....	159
2002.012327-2	— Blumenau.....	399
2002.017316-4	— São José.....	122
2002.022216-5	— Gaspar	316
2002.022453-2	— Fórum Distrital do Estreito	115
2002.024289-1	— Criciúma.....	403
2002.025364-8	— Capital.....	256
2002.027888-8	— Joinville	174
2003.001682-1	— Santa Cecília	171

2003.006881-3 — Criciúma.....	371
2003.011367-3 — Guarimir	451
2003.015229-6 — Criciúma.....	379
2003.016476-6 — Capital.....	386
2003.020687-6 — Fraiburgo	228

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

1999.017990-7 — Blumenau.....	435
2002.024640-4 — Palhoça.....	479

APELAÇÕES CRIMINAIS

1997.008301-7 — Lages	605
1997.010228-3 — Chapecó	610
2001.025256-2 — Lauro Müller.....	552
2002.023330-2 — Timbó.....	590
2002.026917-0 — Chapecó	596
2003.003640-7 — Capital.....	580
2003.004735-2 — Itajaí	571
2003.005788-9 — Seara	575
2003.007084-2 — Santa Cecília	586
2003.022796-2 — Balneário Camboriú	547

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2002.008654-7 — São José.....	137
-------------------------------	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2003.023981-2 — Capital.....	193
------------------------------	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2002.016278-2 — Capital.....	439
------------------------------	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL

2000.024363-9 — Itajaí	727
------------------------------	-----

HABEAS CORPUS

2002.007976-1 — São José.....	599
2002.027344-4 — Turvo.....	139
2003.005544-4 — Itaiópolis.....	556

2003.010902-1 — Joinville	563
2003.014868-0 — Chapecó	621
2003.027294-1 — Capital.....	568
2003.029666-2 — Itajaí	617
MANDADOS DE SEGURANÇA	
2001.023240-5 — Capital.....	357
2002.027973-6 — Capital.....	364
MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO	
2003.006993-3 — Itajaí	737
MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL EM HABEAS CORPUS	
2003.006284-0 — Balneário Camboriú.....	733
MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL EM RECURSO CRIMINAL	
2001.008561-5 — Blumenau.....	729
PARECERES	
225 — Capital (PGE).....	639
145/03 — Capital (PGE).....	627
1.877/011 — Capital (PGE).....	648
008.00.000692-8 — Blumenau (PGJ)	653
2001.013380-6 — Capital (PGJ)	663
2002.021578-9 — São João Batista (PGJ)	673
PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA	
2003.029027-3 — Canoinhas.....	722
PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR	
2003.026052-8 — Turvo.....	707
2003.028409-5 — Tubarão.....	709
2003.029276-4 — Fraiburgo	713
2003.029324-8 — Itajaí	714
RECURSO CRIMINAL	
2002.007125-6 — Chapecó	601
RECURSO ESPECIAL	
332.979 — Santa Catarina (STJ).....	698

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

1999.020049-3 — Piçarras..... 740

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL

2002.024900-4 — Canoinhas..... 741

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

367.561 — Santa Catarina (STF)..... 689

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

15.185 — Santa Catarina (STJ)..... 701

SENTENÇAS

159/00 — Garuva..... 781

008.03.017476-4 — Blumenau..... 758

018.02.012827-1 — Chapecó..... 772

023.00.043738-0 — Capital..... 747

033.04.002779-4 — Itajaí..... 787

040.99.000476-7 — Laguna..... 789

073.03.001009-0 — Timbó..... 798

075.02.006419-0 — Tubarão..... 811

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

2003.026711-5 — Blumenau..... 718

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

ABORTO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER

- Insuficiência de provas que levem ao convencimento da existência do crime de aborto – Impronúncia. A competência para o julgamento do delito de ocultação, pelo Tribunal do Júri, seria decorrente da conexão ligada ao crime de aborto, devendo continuar o processo na instância *a quo*. Recurso provido em parte. 601

AÇÃO CAUTELAR DE SEQÜESTRO

- Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento – Decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, ao recurso. Ausência de peça indispensável à exata compreensão da controvérsia. Impossibilidade de se averiguar o acerto ou desacerto do *decisum* vergastado. Recurso conhecido e improvido. 179

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Improbidade administrativa – Decisão declinando competência para esta Corte de Justiça. Foro por prerrogativa de função para ações civis propostas contra prefeito municipal. Inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02. Competência do poder constituinte originário ou decorrente. Competência do juízo singular. Recurso provido. 451

AÇÃO DE COBRANÇA

- Incorporação de horas extras trabalhadas – Supressão do horário extraordinário pela contratação de novo servidor. Legalidade. Gratificação *propter laborem*. Verbas pecuniárias. Ausência de prova. Ônus do autor (art. 333, I, CPC). Recurso desprovido. 463
- Cobrança de despesas condominiais – Contrato de compromisso de compra e venda. Entrega das chaves do imóvel já efetivada. Promissário comprador na posse direta do bem. Ação proposta contra o promitente vendedor. Ilegitimidade passiva *ad causam* evidenciada. Extinção do processo, sem julgamento do mérito. 122

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE

- Direito empresarial – Sociedade limitada. Impugnação ao valor da causa. Preclusão. Ação de dissolução total proposta sob a vigência

do Decreto n. 3.708 de 1919. Acolhimento parcial do pedido. Exclusão do sócio dissidente. Sucumbência recíproca. Recurso do autor parcialmente provido e das rés desprovido..... 256

AÇÃO DE FALÊNCIA

— Protesto especial – Inobservância do art. 10 da Lei das Falências. Extinção do feito. Inteligência do art. 267, IV, do CPC. Sentença mantida. Recurso desprovido. 307

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Parto – Morte de recém-nascido. Negligência. Responsabilidade médica e do estabelecimento hospitalar. Solidariedade. Indenização devida. Sentença mantida. Recurso não provido. Recurso adesivo. Dano moral inarredável. Dever de indenizar pelo sofrimento causado. Solidariedade. Pensão mensal devida à mãe. Recurso parcialmente provido. 152

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR MORTE CAUSADA POR ACIDENTE DE TRABALHO

— Travessia de lagoa após jornada laboral – Escolha feita por empregado maior de idade. Morte por afogamento. Ausência do dever de indenizar. Recurso desprovido. 166

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS

— Acidente ocorrido no interior de transporte coletivo urbano – Perda do quarto dedo da mão esquerda. Obrigação de resultado. Quantificação. Livre arbítrio judicial. Sentença confirmada. Indenização devida. Reclamo desprovido. 115

AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO PARTICULAR

— Falta de citação dos herdeiros e legatários – Confirmação tácita da parte adversa. Advogado sem poderes para receber citação. Testadora. Condição psíquica prejudicada. Testemunhas. Leitura na presença da testadora. Dúvida. Declaração de última vontade não evidente. Sentença reformada. Recurso provido. 159

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS

— Processual – Autora beneficiária da assistência judiciária. Perícia requerida pelas partes. Adiantamento dos honorários. Princípio do livre acesso à justiça. Ônus do réu sobre a metade da antecipação do custeio da prova pericial. Provimento parcial do recurso. 143

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL

— Contrato de reserva de área para locação celebrado por pessoa física – Posterior efetivação da locação por pessoa jurídica. Ação de rescisão contratual atingindo ambos os contratos desencadeada pela primeira, com base em suposta ilegalidade do pré-contrato. Extinção

do processo. Apelação. Contrato definitivo formando nova relação entre locadora e locatária. Sentença confirmada. 130

AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO

— Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento – Decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, a recurso manifestamente improcedente e em confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. Entendimento majoritário. Recurso improvido. 185

AÇÃO DECLARATÓRIA

— Duplicata com comprovante de entrega de mercadoria e devidamente protestada – Alegação genérica de que a assinatura aposta no comprovante de entrega de mercadoria é de pessoa desconhecida. Prova que lhe compete. Aplicação do art. 333, II, do CPC. Presunção de certeza que não restou refutada pelo devedor. Sentença mantida. Recurso desprovido. 263

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CAMBIAL

— Contratos bancários – Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Nota promissória garantidora da obrigação levada a protesto. Emissão indevida. Inadimplemento inocorrente e obrigação ilíquida. Decisão mantida. Apelo desprovido. 311

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Constitucional – Controle concentrado de constitucionalidade. Lei municipal de diretrizes orçamentárias. Vinculação a exercício financeiro determinado. Norma de caráter temporário. Vigência esgotada. Perda do objeto. Extinção do processo sem julgamento do mérito. 91

AÇÃO MONITÓRIA

— Cheque prescrito – Embargos rejeitados. Carência de ação. Argumento despropositado. Investigação da *causa debendi*. Prática de agiotagem. Inversão do ônus da prova. Recurso desprovido. 298

— Documento inábil à comprovação do crédito reclamado – Extinção. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Recurso desprovido. 292

— Plano de saúde – Desistência por parte do usuário. Cobrança de mensalidades. Falta de provas de que os serviços continuavam à disposição do usuário e de que este fez uso destes no período impugnado. Improcedência do reclamo. Recurso desprovido para confirmar sentença. 171

AÇÃO ORDINÁRIA

— Tributário – ICMS. Legitimidade ativa *ad causam*. Distinção entre operações pretéritas e futuras. Venda a prazo. Base de cálculo.

Acréscimos financeiros. Não incidência. Ônus da prova. Desprovi- mento.....	403
AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA	
— Contrato de seguro – Ação do segurado contra segurador. Prescrição ânua. Inadmissibilidade após a vigência do CDC. Prescrição quinque- nal. Reforma em segundo grau. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Questão exclusivamente de direito e causa em condições de imedia- to julgamento. Possibilidade. Furto de veículo. Indenização pelo valor da apólice. Recurso provido.	126
AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO	
— Responsabilidade civil – Contrato de empreitada. Serviço de eletricis- ta em residência. Morte por eletrocussão. Ausência de cautela por parte do comitido. Culpa da comitente não configurada. Recurso desprovido.	174
AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MORAIS	
— Dano moral – Caracterização. Ente público municipal. Divulgação errônea de exame imunológico. Sífilis. Gestante. Responsabilidade civil objetiva da administração. Desnecessidade da prova dos prejuí- zos. Verba devida. Dever de reparação do ente público. Recurso voluntário da autora provido.	371
AÇÃO REVISIONAL	
— Contrato de abertura de crédito com alienação fiduciária e outras avenças – Antecipação de tutela visando ao depósito das parcelas em valores inferiores ao contratado, porque razoáveis, e manutenção da devedora na posse do bem em face da ameaça perpetrada pela parte adversa. Recurso provido.....	221
— Revisão contratual – <i>Leasing</i> . Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Exegese do art. 3º, § 2º, do CDC. Indexação pelo dólar norte-americano. Ruptura da base negocial. Incidência do art. 6º, VI, do CDC. Inexistência, ademais, de prova de captação de recursos financeiros no mercado externo. Postulação rejeitada. Subsistência do <i>decisum</i> . Reclamo recursal desprovido.....	267
AÇÃO REVOCATÓRIA	
— Falência – Ação revocatória. Intervenção do Estado e do Município. Competência originária ou recursal para ação de ineficácia ou revoca- tória será sempre do juízo falimentar ou do órgão fracionário a que, nos Estados, for atribuído. Recurso não conhecido.....	399
ACIDENTE DE TRÂNSITO	
— Apelação criminal – Invalidade do exame de alcoolemia argüida à guisa de preliminar. Bafômetro não aferido pelo Inmetro. Ebriedade que emerge do conjunto probatório. Nulidade inexistente. Sanções	

administrativa e penal. Cumulação. Redução da permissão ao mínimo legal. Recurso provido unicamente para este efeito..... 575

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— Recurso Especial – Ação de Indenização. Seguro de vida em grupo. Má-fé do segurado não configurada. Ausência de exame médico do associado. Doença preexistente. Incidência ao enunciado da Súmula 83 do STJ. Agravo desprovido. 693

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

— Prisão civil – *Habeas corpus*. Regulado pela legislação processual penal e legislação complementar. Depositário infiel de bem fungível dado em garantia de mútuo rural. Desprovisionamento ao agravo regimental... 683

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Imposto de renda – Correção monetária. Demonstrações financeiras. Agravo regimental. Necessidade de impugnação da motivação da decisão agravada. Desistência da ação com renúncia ao direito em que se funda. Falta de impugnação no agravo regimental. Desprovisionamento ao agravo regimental no recurso extraordinário..... 685

— *Vide* Recurso.

AGRAVO INOMINADO

— *Vide* Recurso.

ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO

— Ação de anulação de ato jurídico – Aplicação de pena disciplinar. Critério da “verdade sabida”. Perecimento com o advento da Constituição Federal de 1988, não mais se concebendo a imposição de pena disciplinar, por mais branda que seja, sem a garantia do contraditório e da ampla defesa. 397

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

— Art. 19 473

— Art. 24 473

— Art. 34, § 5º 420

ATO REGIMENTAL

— N. 41/2000 — Art. 12..... 188

B**BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária – Mora. Comprovação válida e eficaz. Notificação recebida por pessoa diversa, mas no endereço do devedor. Validade. Indicação do valor do débito. Desnecessidade. 228

C**CÓDIGO CIVIL**

- Art. 135 (1916)..... 311
- Art. 156, *caput* 166
- Art. 159 (1916)..... 166
- Art. 178, § 6º, II..... 126
- Art. 230 (1916)..... 787
- Art. 249 285
- Arts. 447 a 453 137
- Art. 473 285
- Art. 661, § 1º..... 248
- Art. 1.029 256
- Art. 1.053 256
- Art. 1.069 (1916)..... 311
- Art. 1.080 (1916)..... 311
- Art. 1.295, § 1º (1916) 248
- Art. 1.521, III 166
- Art. 1.545 (1916)..... 152
- Arts. 1.603 a 1.619 (1916)..... 55
- Art. 1.639, § 2º 787
- Art. 1.645 (1916)..... 159
- Art. 1.829, I, II e III 55
- Art. 1.830 55
- Art. 1.831 55
- Art. 1.832 55

— Art. 1.836, § 2º	55
— Art. 1.837	55
— Art. 1.840	55
— Art. 2.035	285
— Art. 2.039	787

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º	468
— Art. 3º, <i>caput</i>	311
— Art. 3º	468
— Art. 3º, § 2º	126, 267 e 311
— Art. 6º, VI	267
— Art. 6º, VIII	185
— Art. 14	126
— Art. 27	126
— Art. 52, § 1º	468
— Arts. 55 e seguintes	781
— Art. 66	781

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 20	386
— Art. 20, § 2º	403
— Art. 20, §§ 3º e 4º	122, 277 e 371
— Art. 20, § 4º	159, 256 e 420
— Art. 21	256
— Art. 21, parágrafo único	407
— Art. 33	143
— Art. 51, III	399
— Art. 70, III	122
— Art. 94	137
— Art. 82, I	109
— Art. 111	439
— Art. 113, <i>caput</i>	439
— Art. 113, § 2º	439
— Art. 191	789
— Art. 245	439
— Art. 267	298

— Art. 267, IV	228 e 307
— Art. 267, VI.....	91, 122, 277, 292 e 693
— Art. 267, § 3º.....	130
— Art. 269	126
— Art. 269, I.....	166 e 787
— Art. 269, IV.....	701
— Art. 273	221 e 673
— Art. 295, II	130
— Art. 329	228
— Art. 330, I.....	747
— Art. 333	166
— Art. 333, II	263
— Art. 408	113
— Art. 420	420
— Art. 458 e incisos	473
— Art. 458, III	97
— Art. 461, § 4º	147
— Art. 475, II	673
— Art. 515, § 1º.....	407
— Art. 525, I e II	179
— Art. 530	689
— Art. 535	193
— Art. 538, parágrafo único	193
— Art. 557, <i>caput</i>	185 e 701
— Art. 557, § 1º.....	193
— Art. 557, §§ 1º-A e 1º	188
— Art. 558	439
— Art. 585, III	693
— Art. 602, <i>caput</i>	152
— Art. 612	248
— Art. 620	248
— Art. 656, III	248
— Art. 659, § 4º.....	224
— Art. 669, § 1º.....	97
— Art. 685, I	251
— Art. 733, § 3º.....	139

— Art. 741	251
— Art. 798	147
— Art. 856, § 1º	106
— Art. 857, I e II	106
— Art. 1.102 ^a	292
— Art. 1.105	159
— Art. 1.109	787
— Art. 1.131, I e II	159
— Arts. 1.177 a 1.186	137

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 40	747 e 781
— Art. 41	617 e 798
— Art. 84	188
— Art. 84, §§ 1º e 2º	556
— Art. 384	605
— Art. 386, IV e VI	571
— Art. 617	605
— Art. 647	563
— Art. 648, I	563
— Art. 686	798

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.002/1969)

— Art. 255	568
------------------	-----

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 304	575
— Art. 305	575
— Art. 306	575

CÓDIGO PENAL

— Art. 14, II	610
— Art. 29	610
— Art. 43, I e IV	586
— Art. 44	547
— Art. 50	798
— Art. 59	547 e 575
— Art. 68	575

— Art. 69, <i>caput</i>	758
— Art. 69.....	575 e 617
— Art. 121, §§ 3º e 4º.....	152
— Art. 129, § 1º, I.....	552
— Art. 140, § 3º.....	580
— Art. 155, § 4º, I e IV	596
— Art. 157, § 2º, I, II e V	617
— Art. 157, § 3º, <i>in fine</i>	610
— Art. 159, § 1º.....	617
— Art. 180, § 1º.....	621
— Art. 213	758
— Art. 224, <i>a</i>	758
— Art. 225, § 1º, I.....	758
— Art. 228	747
— Art. 230	747
— Art. 288	617
— Art. 288, parágrafo único	621
— Art. 299	781
— Art. 312, <i>caput</i>	605
— Art. 312, § 1º.....	605
— Art. 342, § 1º.....	586
— Art. 343	781
— Art. 347	781

CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.001/1969)

— Art. 209	568
— Art. 223	568
— Art. 316	568
— Art. 319	568

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 77	479
— Art. 78	479
— Art. 96	420
— Art. 97	420
— Art. 106, II	407
— Art. 123	468

— Art. 135, III	468
— Art. 151	468
— Art. 161, § 1º	407
— Art. 166	403
— Art. 170	420
— Art. 202	468

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Ação relativa à capacidade da pessoa – Interdição. Juízo competente para a ação é o do domicílio da interditanda até o momento da sentença. Proferida a sentença, modifica-se o domicílio do curador nomeado. Juízo suscitado competente. Conflito acolhido.	137
---	-----

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-Lei n. 5.452/1943)

— Art. 543, §§ 3º e 5º	473
------------------------------	-----

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – 1989

— Art. 27, I	364
— Art. 83, XI, b	451
— Art. 105	627
— Art. 111, VIII	556

CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 1988

— Art. 1º, II e III	563
— Art. 5º, I	109
— Art. 5º, IV e IX	147
— Art. 5º, V e X	371
— Art. 5º, XIII	357
— Art. 5º, XXXV	147
— Art. 5º, LV	397
— Art. 5º, LXVIII	563
— Art. 5º, LXXIV	143
— Art. 6º	627
— Art. 7º, IV	364
— Art. 7º, XXVIII	166
— Art. 8º, VIII	473
— Art. 21, XI	673
— Art. 22, IV e parágrafo único	673
— Art. 24, V, VI e XII	639

— Art. 29, X.....	556
— Art. 37, <i>caput</i> e § 4º	663
— Art. 37, II	473
— Art. 37, XV	463
— Art. 37, § 6º.....	371, 379 e 386
— Art. 39	473
— Art. 102, III	689
— Art. 102, III, <i>a</i>	663
— Art. 103, § 2º.....	627
— Art. 109, IV.....	590
— Art. 125, § 1º.....	451
— Art. 129, I	798
— Art. 144	627
— Art. 145, II	479
— Art. 150, IV.....	407
— Art. 170, IV e parágrafo único.....	357
— Art. 192, § 3º.....	407
— Art. 196	563
— Art. 226	97

CRACK E COCAÍNA

— *Vide* Crime contra a saúde pública.

CRIME AMBIENTAL

— Crime previsto no art. 39 da Lei n. 9.605/98 – Tipo que prevê aplicação alternativa da pena de multa. Infração classificada como de menor potencial ofensivo. Exegese da parte final do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01. Incompetência desta Corte para a análise do recurso. Não conhecimento. Remessa dos autos à Turma de Recursos competente..... 590

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Processo penal – Cerceamento de defesa. Alegada inversão de atos processuais, praticados em desacordo com o rito previsto na Lei n. 10.409/02. Inaplicabilidade do novo rito. Precedentes. Preliminar repelida. Tráfico de entorpecentes. Almejada absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Impossibilidade..... 571

— Tráfico – *Crack* e cocaína. Prisão em flagrante. Absolvição. Depoimentos de policiais. Validade. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em face da gravidade da conduta, dos péssimos antece-

dentes e da má personalidade do agente. Crime equiparado a hediondo. Decisão mantida. Recurso desprovido. 547

D

DESPACHOS DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Pedido de suspensão de execução de sentença – Concessão de reposição salarial aos servidores municipais. Pedido de suspensão até trânsito em julgado da decisão final do mandado de segurança. Deferimento. 722
- Pedido de suspensão de liminar – Concessão dos serviços de água e esgoto. Extinção do contrato. Pedido de assunção dos serviços imediatamente após a extinção da concessão. Indeferimento..... 713
- Pedido de suspensão de liminar concedida em ação civil pública – Concurso público municipal. Suspensão da liminar para determinar que os servidores nomeados no concurso guerreado retornem aos seus cargos sem prejuízo de remuneração. Indeferimento. 709
- Pedido de suspensão de liminar concedida em ação popular – Suspensão de processo licitatório. Serviços de água e esgoto. Extinção do contrato. Pedido de prosseguimento da Licitação. Indeferimento. 714
- Pedido de suspensão de liminar deferida em mandado de segurança – Suspensão de processo licitatório. Tomada de preços. Alegação de exigências no edital contrárias à Lei de Licitação. Edital não impugnado. Suspensão da liminar. Perda do interesse de agir. Pedido prejudicado. 707
- Suspensão de execução de sentença em mandado de segurança que concedeu alvará em caráter precário – Serviço funerário. Ausência de licitação. População inferior a 300.000 habitantes. Indeferimento..... 718

DESPACHOS DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Embargos de declaração em recurso extraordinário em apelação cível – Alegação de violação ao art. 192, § 3º, da CF. Ausência de interesse recursal. Não conhecimento dos embargos declaratórios. Remessa ao STJ. 727
- Medida cautelar inominada incidental em recurso especial em recurso criminal – Pedido de liminar para sustar efeitos da sentença de pronúncia. Indeferimento da liminar *inaudita altera pars*..... 729

- Medida cautelar inominada incidental para conferir efeito suspensivo ao recurso especial em *habeas corpus* aforada pelo Ministério Público – Indeferimento. Ausência do *fumus boni iuris*. 733
- Medida cautelar, com pedido liminar, de efeito suspensivo ao recurso extraordinário contra o acórdão da câmara que desproveu o recurso de agravo de instrumento. Indeferimento, a teor do art. 295, inc. I, do CPC. 737
- Recurso especial em apelação cível – Provimento parcial à apelação. Reclamação de nulidade do processo por falta de intimação do recorrente para contra-arrazoar os embargos declaratórios. Inadmissão. 740
- Recurso especial em apelação criminal – Alegação que a decisão atacada negou vigência aos artigos 1º, 2º e 3º da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985. Admissão do reclamo, alínea a do inc. III do art. 105 da CF, determinando-se a remessa ao STJ..... 741

DOCTRINA

- A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido – Reinaldo Pereira e Silva, Doutor em Direito. Professor da UFSC. Procurador do Estado. 325
- A Lei n. 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal *novatio legis in mellius?* – Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais... 505
- Direito penal e mídia – Edmundo José de Bastos Júnior, Professor da Escola Superior da Magistratura/SC e da Escola Superior da Magistratura Federal/SC..... 487
- Ensino do direito: a caminhada para a educação jurídica – Adelcio Machado dos Santos, Advogado, Mestre em Relações Internacionais, preside o Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina... 71
- Legitimidade *ad causam* na ação de dissolução parcial de sociedade limitada. – Renato Lisboa Altemani e Ricardo Alexandre da Silva..... 199
- O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam: o caso da comunidade indígena Nawa do Parque Nacional Serra do Divisor – Acre. – David Wilson de Abreu Pardo, Juiz Federal da 1ª Vara do Acre, Mestre e Doutorando em Direito na UFSC e Professor de Direito Constitucional na UFAC..... 341
- O negócio jurídico no novo código civil brasileiro – José Carlos Moreira Alves, Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ministro do Supremo Tribunal Federal..... 33
- Ordem da vocação hereditária. – Norberto Ungaretti, Desembargador do TJSC, aposentado..... 55

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO

- Cheque – Cambial subscrita por mandatário à conta de pessoa jurídica. Obrigação que vincula a empresa mandante. Mandato em termos genéricos. Irrelevância. Título executivo obriga somente a empresa. Ilegitimidade passiva *ad causam* do mandatário. Extinção..... 277
- Execução extinta sem julgamento do mérito – Sentença cassada. Penhora. Alegação de bem de família. Descaracterização. Nota promissória assinada por menor de idade e por pessoa não autorizada. Nulidade. Recurso provido para cassar a sentença, e parcialmente procedentes os embargos opostos à execução..... 251
- Nulidade da penhora – Extinção dos embargos. Sentença reformada. Sobrestamento dos autos até a realização de nova constrição. Recurso provido. Sucumbência prejudicada..... 236

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

- Apelação cível e reexame necessário – Nulidade das certidões de dívida ativa. Responsabilidade do sócio-gerente da empresa à época da infração. Decadência do crédito tributário. Multa. Redução. Código de Defesa do Consumidor. Capitalização dos juros. Honorários advocatícios. Provimento parcial ao recurso dos embargantes..... 468

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- *Vide* Recurso.

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Bem imóvel – Aquisição posterior à penhora. Ausência de inscrição do gravame no registro de imóveis. Eficácia da venda. Embargos procedentes. Sentença reformada. Honorários advocatícios. Porcentual mantido. Recurso provido por maioria de votos..... 224
- Embargos de terceiro – Companheiro na união estável. Falta de intimação da penhora. Nulidade a partir desta, *exclusive*. Preliminares. Indicação de dispositivo legal. Julgamento *extra petita*. Provimento parcial do recurso..... 97

EMBARGOS DO DEVEDOR

- Contrato – Alegação de obrigação alternativa. Pagamento convencional em sacas de milho em granel (*datio in solutum*) ou valor equivalente em dinheiro conforme cotação de cooperativa indicada na avença. Pretendido exercício do direito de opção. Inoquidade da medida. Descabimento..... 232
- Execução fiscal – Embargos do devedor. Matéria não alegada. Preclusão. Juros de mora e correção monetária à taxa Selic. Possibilidade.

Multa moratória. Inocorrência de confisco. Possibilidade de incidência de correção monetária e de cumulação com honorários. Abatimento de quantia paga. Necessidade. Provimento parcial.	407
— Tributário – Embargos à execução. ICMS. Incidência do imposto sobre sua própria base de cálculo. Compensação com verbas recolhidas indevidamente. Prazo de pagamento do imposto. Honorários advocatícios fixados moderadamente. Recurso não provido.	420
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)	
— Art. 6º	103
— Art. 19	103
— Art. 25	103
— Art. 28	103
— Art. 33, §§ 1º e 2º	103
— Art. 84	109
— Art. 85	109
ESTATUTO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.844/1986)	
— Art. 163	397
EXECUÇÃO	
— Embargos – Endosso por pessoa jurídica. Ausência de expressa identificação da empresa, constando apenas a assinatura. Desnecessidade. Terceiro de boa-fé. Impossibilidade de discutir a origem da dívida. Exequibilidade da cártula mantida.	280
EXECUÇÃO FISCAL	
— Embargos – ICMS. Creditamento. Notas fiscais emitidas por empresa com inscrição estadual cancelada. Ônus da prova da embargante. Presunção de liquidez e certeza da CDA não derruída. Recurso desprovido.	459

F

FALSO TESTEMUNHO

- Agente que, após testemunhar na fase do inquérito, em juízo altera, dolosamente, seu depoimento, visando a obter prova para produzir efeito em processo penal – Relato que incidiu sobre fato juridicamen-

te relevante. Dolo caracterizado. Condenação mantida. Recurso desprovido. 586

FURTO QUALIFICADO

- Furto qualificado pelo arrombamento e pelo concurso de agentes – Pretendida absolvição ao argumento da ausência de provas da autoria delitiva. *Res furtiva* encontrada em poder do agente. Condenação mantida. Recurso desprovido. 596

H

HABEAS CORPUS

- Crime praticado por oficial da polícia militar previsto no Código Penal Militar (arts. 209, 223, 316 e 319) – Pedido de natureza preventiva ante a alegada possibilidade de prisão preventiva e de remoção *ex officio* do paciente. Pedidos alternativos não acolhidos. Ordem denegada..... 568
- Dívida alimentar – Prisão civil decretada. Ausência do valor da dívida no mandado prisional. Negativa de vigência ao art. 733, § 3º, do CPC. Ilegalidade manifesta. Ordem concedida. 139
- Ex-prefeito municipal – Crime de responsabilidade. Juízo de primeira instância que se deu por competente para processar e julgar o agente. Vigência da Lei n. 10.628/02, ao art. 84, § 1º, do CPP. Foro especial por prerrogativa de função. Competência deste Tribunal. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. 556
- Narcotráfico – Paciente já condenada definitivamente, apresentando-se gravemente enferma. Acidente vascular cerebral quando se encontrava cumprindo a reprimenda. Ordem concedida para cumprir a pena em regime de prisão domiciliar. 563
- Prisão em flagrante – Tráfico de entorpecentes. Alegação de constrangimento ilegal da não aplicação prevista na Lei n. 10.409/02. Inocorrência. Ordem denegada. 599
- Prisão preventiva – Despacho que veio de encontro às diretrizes da legislação processual penal. Ordem pública. Princípio da confiança no juiz do processo que próximo dos fatos, pessoas envolvidas e comunidade, apresenta plenas condições para proclamar a medida excepcional. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.... 621
- Quadrilha armada – Extorsão mediante seqüestro qualificado e roubo. Incompetência *ratione loci*. Meio inadequado. Não conhecimento. Inépcia da denúncia e falta de justa causa. Inocorrência. Requisitos do art. 41 do CPP preenchidos. Ordem denegada..... 617

- Prisão em flagrante – Tráfico de entorpecentes. Alegação de constrangimento ilegal da não aplicação prevista na Lei n. 10.409/02. Inocorrência. Ordem denegada. 599

INDENIZAÇÃO

- Danos causados em motociclista por linha de pandorga – Evento promocional. Festival da pandorga. Negligência do organizador. Ausência de delimitação do local, sinalização de advertência e policiamento adequado. Dano moral caracterizado. Recurso do Município desprovido. Recurso do autor parcialmente provido. 386
- Responsabilidade extracontratual do Estado – Art. 37, § 6º, da Constituição da República. Danos causados por delinqüente. Ligação telefônica efetuada à polícia militar relatando ameaças de morte sofridas. Impossibilidade de averiguar-se. Obrigação de indenizar afastada. Sentença mantida. Recurso desprovido. 379

INJÚRIA

- Qualificada por preconceito – Frases com conteúdo depreciativo chamando a querelante de “negona”. Elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de ultrajá-la, em razão de sua raça, comprovado pelo teor das expressões utilizadas. Recurso desprovido. 580

L

LATROCÍNIO

- Latrocínio – Tentativa. Concurso de agentes. Prova apontando para a participação dolosamente distinta. Crime menos grave pretendido. Recurso provido parcialmente. 610

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

DECRETOS

- N. 3.017/1989 — *Vide* Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.
- N. 3.275/2001 357

LEIS

— N. 5.624/1979	— <i>Vide</i> Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.	
— N. 5.983/1981	— Art. 69.....	468
— N. 6.844/1986	— <i>Vide</i> Estatuto do Magistério Público do Estado de Santa Catarina.	
— N. 7.547/1989	— Art. 10, parágrafo único	403
	— Art. 17.....	420
	— Art. 33, parágrafo único	420
	— Art. 39, § 3º	420
	— Art. 44.....	468
	— Art. 88.....	468
— N. 9.503/1994	— Art. 1º, § 6º	364
— N. 9.860/1995		364
— N. 10.297/1996		407
	— Art. 11, I.....	420
	— Art. 34.....	420
	— Art. 36.....	420
— N. 12.128/2002	— Art. 1º	639

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETOS**

— N. 2.044/1908	— <i>Vide</i> Lei Cambial.
— N. 22.626/1933	— <i>Vide</i> Lei de Usura.

DECRETOS-LEIS

— N. 201/1967	— Art. 1º, XIII.....	556
— N. 406/1968	— Art. 2º, § 2º	228
	— Art. 2º, § 7º	420
— N. 1.001/1969	— <i>Vide</i> Código Penal Militar.	
— N. 1.002/1969	— <i>Vide</i> Código de Processo Penal Militar.	
— N. 3.365/1941	— <i>Vide</i> Lei das Desapropriações.	
— N. 3.688/1941	— <i>Vide</i> Lei das Contravenções Penais.	
— N. 4.657/1942	— <i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.	
— N. 5.452/1943	— <i>Vide</i> Consolidação das Leis do Trabalho.	

— N. 7.661/1945 — *Vide* Lei de Falências.

LEIS

— N. 556/1850	— <i>Vide</i> Código Comercial.	
— N. 601/1850	— <i>Vide</i> Lei Imperial.	
— N. 1.060/1950	— <i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 1.533/1951	— <i>Vide</i> Lei do Mandado de Segurança.	
— N. 4.591/1964	— <i>Vide</i> Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias.	
— N. 5.172/1966	— <i>Vide</i> Código Tributário Nacional.	
— N. 5.250/1967	— <i>Vide</i> Lei de Imprensa.	
— N. 5.474/1968	— <i>Vide</i> Lei das Duplicatas.	
— N. 6.015/1973	— <i>Vide</i> Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.024/1974	— Art. 18, <i>a</i>	239
— N. 6.368/1976	— <i>Vide</i> Lei Antitóxicos.	
— N. 6.830/1980	— <i>Vide</i> Lei de Execução Fiscal.	
— N. 6.899/1981	— Art. 1º, § 1º	316
— N. 7.102/1983	— Art. 10	627
	— Art. 16	627
— N. 7.210/1984	— <i>Vide</i> Lei de Execução Penal.	
— N. 7.256/1984	— <i>Vide</i> Estatuto da Microempresa.	
— N. 7.347/1985		451
— N. 7.357/1985	— <i>Vide</i> Lei do Cheque.	
— N. 8.009/1990		251
	— Art. 1º	97
— N. 8.069/1990	— <i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	— <i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.078/1990	— <i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.137/1990	— Art. 1º, parágrafo único	653
— N. 8.245/1991	— <i>Vide</i> Lei do Inquilinato.	
— N. 8.429/1992	— Art. 11	451
	— Art. 17	451
— N. 8.625/1993	— <i>Vide</i> Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.	
— N. 8.666/1993	— <i>Vide</i> Lei de Licitações.	
— N. 8.863/1994		627
— N. 8.934/1994	— Art. 6º	439
— N. 8.953/1994		224
— N. 9.099/1995		505

— Art. 61.....	590
— Art. 82.....	590
— N. 9.139/1995.....	179
— N. 9.278/1996 — Art. 5º.....	97
— N. 9.249/1995 — Art. 34.....	653
— N. 9.459/1997.....	580
— N. 9.503/1997 — <i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.605/1998 — <i>Vide</i> Lei do Meio Ambiente.	
— N. 9.756/1998.....	179
— N. 9.714/1998.....	547
— N. 10.259/2001.....	505
— Art. 2º, parágrafo único.....	590
— N. 10.352/2001.....	179
— N. 10.409/2002 — Art. 38.....	571
— N. 10.628/2002.....	188, 451 e 556
— N. 10.688/2003 — Art. 1º.....	639

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEI

— N. 1.881/1991 (Dionísio Cerqueira) — Art. 1º.....	473
— Art. 4º, §§ 2º e 4º.....	473

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12, <i>caput</i>	563 e 798
— Art. 12.....	547 e 571
— Art. 35.....	798
— Art. 38, §§ 1º e 3º.....	571

LEI CAMBIAL (Decreto n. 2.044/1908)

— Art. 54.....	311
----------------	-----

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 3º, V.....	143
— Art. 12.....	174 e 379

LEI DE CONDOMÍNIO E INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS (Lei n. 4.591/1964)

- Art. 12, *caput* 122
- Art. 12, § 4º 122

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)

- Art. 2º 468
- Art. 3º 459 e 468
- Art. 16, § 2º 407
- Art. 16, § 3º 420

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

- Art. 4º 627
- Art. 10 627
- Art. 197 563

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

- Art. 10 307
- Art. 52 399
- Art. 53 399
- Art. 56 399
- Art. 77, § 7º 316

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

- Art. 12 147
- Art. 17 747
- Art. 18, § 2º 747

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

- Art. 7º, § 7º 137

LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)

- Art. 24, IV 627

LEI DO CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)

- Art. 19 280
- Art. 25 280
- Art. 59 789
- Art. 61 298

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 20	130
— Art. 43, III	130

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 18	701
-----------------	-----

LEI DO MEIO AMBIENTE (Lei n. 9.605/1998)

— Art. 39	590
-----------------	-----

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 167	224
— Art. 240	224

LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei n. 8.625/1993)

— Art. 41, IV	663
---------------------	-----

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 87/1996 (Federal) — Art. 13, § 1º	420
— N. 101/2000 (Federal)	627
— Art. 22, parágrafo único, IV	648
— Art. 23	648
— N. 156/1997 (Estadual)	386 e 789
— Art. 35, h	371 e 397
— N. 161/1997 (Estadual)	386

LESÃO CORPORAL GRAVE

— Legítima defesa da honra – Desproporção manifesta. Erro de proibição indireto. Má compreensão dos limites legais da legítima defesa. Hipótese não configurada. Recurso desprovido	552
---	-----

M**MANDADO DE SEGURANÇA**

— Administrativo – Servidores públicos estaduais. Gratificação complementar prevista no § 6º do art. 1º da Lei n. 9.503/94. Base de cálculo. Vencimento básico, desde que não inferior ao salário mínimo. Inconstitucionalidade afastada. Revogação incorrente. Segurança concedida.	364
---	-----

- Alvará sanitário – Acupuntura. Negativa sem o devido procedimento administrativo. Interdição do estabelecimento. Sentença positiva. Apelo e reexame necessário. Recurso desprovido. 435
- ICMS – Operações com álcool etílico hidratado carburante. Alterações introduzidas pelo Decreto n. 3.275/01 ao RICMS de Santa Catarina. Não configurada ofensa aos princípios da isonomia e da garantia à liberdade de trabalho. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. 357
- Taxa de licença de funcionamento e localização (alvará) – Exigência anual. Legalidade da cobrança. Possibilidade. Fato gerador. Poder de polícia. Recurso voluntário e remessa necessária conhecidos e providos. 479

MEDIDAS PROVISÓRIAS

- N. 113/2003 639
- N. 131/2003 639

N

NOTICIÁRIO

- Abertura do ano judiciário de 2004 e posse dos novos dirigentes do Tribunal de Justiça..... 823
- Mutirão de conciliação e cidadania. 835

P

PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- Agravo de instrumento – Ação civil pública cumulada com ação anulatória de ato administrativo com tutela antecipada. Pedido de cassação do acórdão para prosseguimento da ação civil pública na comarca de origem. 663
- Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo – Ação inibitória com incidente de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que regulamenta instalação de antenas de telefonia móvel. Proteção a direitos de peculiar interesse local. Pedido de conhecimento e desprovidimento do recurso. 673

- Parecer de primeiro grau – Razões de recurso em sentido estrito. Infração ao disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90. Crime contra a ordem tributária. Extinção da punibilidade só ocorre com o pagamento do tributo. Pedido de revisão da decisão para obtenção do benefício antes do recebimento da denúncia. 653

PARECERES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

- Contratação de empresa privada para gestão administrativa de unidade prisional – Manutenção da função jurisdicional do Estado. Situação de emergência decretada por ato governamental. Enquadramento na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações. Interpretação da LRF “conforme a Constituição”. Decisão na linha dos precedentes da PGE. 627
- Lei da Responsabilidade Fiscal – Interpretação conforme a Constituição. Exegese da regra do inciso IV do parágrafo único do artigo 22 da LC n. 101/00. Possibilidade de preenchimento dos cargos vagos decorrentes de morte, aposentadoria, demissão e exoneração. 648
- Plantio de organismos geneticamente modificados – Soja. Safra 2004. Conflito entre legislação local e federal. 639

PECULATO-FURTO

- Recurso crime – Apelação. Razões intempestivas. Conseqüência. Crime contra a administração pública. Desclassificação em segunda instância. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 617 do CPP e do verbete 453 da Súmula do STF. Recurso provido. Absolvição. 605

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE MERCADORIAS

- Mercadorias vendidas e entregues a menos de 15 dias da concordata – Sentença que fixa a fluência do reajuste monetário a partir da entrega das mercadorias à compradora. Vulneração ao princípio do enriquecimento ilícito. Incidência da correção monetária a contar do vencimento. Recurso parcialmente provido. 316

PROCESSO CAUTELAR

- Pretensão voltada à continuidade de contrato de prestação de serviço de suporte e assistência técnica em programa para computador utilizado para gerenciamento de atividade empresarial – Liminar amparada exclusivamente na dependência da empresa para a utilização do *software*. Obrigação de fazer passível de realização por terceiros. Resilição unilateral de contrato será mediante apuração de perdas e danos. Liminar cassada. Recurso provido. 285

R

RECLAMATÓRIA TRABALHISTA C/C MEDIDA LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO

- Servidora com vínculo celetista – Estabilidade extraordinária. Demissão. A condição de servidor público é indispensável para a filiação ao sindicato da categoria, tolhido juridicamente o empregado celetista de atuar como suplente do Conselho Fiscal e pretender, em decorrência, a estabilidade..... 473

RECURSO

- Agravo de instrumento – Ação de responsabilidade civil c/c pedido de restituição de depósito. Decisão interlocutória que exclui litisconsortes passivos, mas não põe termo ao processo. Demanda que prossegue em relação a outros réus. Cooperativa de crédito em liquidação extrajudicial. Suspensão do feito apenas após a formação do título executivo judicial. Possibilidade. Legitimação *ad causam* de cooperativa estadual. Responsabilidade solidária prevista no estatuto. Recurso provido..... 239
- Agravo de instrumento – Emissão de passaportes para viagem de menores. Autorização de viagem para as crianças. Decisão sem a oitiva de um dos pais das crianças. Ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Impossibilidade. Recurso provido. Decisão cassada. 109
- Agravo de instrumento – Execução. Nomeação de bens à penhora situados em foro diverso da execução. Alegação da existência de bens no foro da execução. Recusa pela credora. Recurso desprovido..... 248
- Agravo de instrumento – Medida cautelar de arrolamento de bens. Término de concubinato entre os sócios litigantes. Autorização para sócio voltar à empresa e exercer atividades anteriores, incluindo recebimento de pró-labore. Indeferimento no Juízo *a quo*. Insurgência. Procedimento cautelar satisfativo. Impossibilidade. Despacho mantido. Recurso desprovido. 106
- Agravo de instrumento – Medida cautelar inominada. Matéria veiculada mediante *outdoor*. Afastamento de censura. Aplicabilidade da Lei n. 5.250/67. Controle jurisdicional do Estado. Preenchimento dos requisitos do art. 798 do CPC. Aplicação de multa cominatória. Recurso desprovido..... 147
- Agravo de instrumento – Menor internado em estabelecimento municipal. Situação irregular. Guarda e responsabilidade. Indeferimento. Prejuízo manifesto. Bom relacionamento do menor com a família substituta. Interlocutório reformado. Recurso provido..... 103
- Agravo de instrumento – Substituição da prova testemunhal. Modificação das testemunhas até cinco dias antes da audiência. Possibilidade.....

- de. Interpretação literal da lei. Injustiça. Interpretação sistemática à luz do direito e da justiça. Possibilidade e necessidade. Despacho reformado. Recurso provido. 113
- Agravo inominado – Decisão que dá provimento ao recurso (art. 557, § 1º,-A, do CPC), declarando a competência deste egrégio Tribunal de Justiça para conhecer de ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa. Lei n. 10.628/02. Competência absoluta. Desprovimento do recurso. Decisão mantida..... 188
- Embargos declaratórios – Contradição inexistente. Ausência de pressupostos. Embargos manifestamente protelatórios. Multa. Art. 538, parágrafo único, do CPC. 193
- Processo civil – Incompetência absoluta. Reconhecimento *ex officio*. Omissão. Provimento dos embargos declaratórios. Anulação dos atos decisórios. Admissibilidade nesta fase recursal. Remessa dos autos para a justiça federal por maioria de votos. 439

RECURSO ESPECIAL

- Criminal – Homicídio. Impedimento de desembargador competente do recurso de apelação. Não interposição de embargos de declaração. Ausência de prequestionamento. Recurso não conhecido. 698

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Recurso extraordinário – Competência do STF para julgar apelo extremo. Esgotamento das instâncias recursais ordinárias. Não conhecimento. 689

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

- Recurso ordinário em mandado de segurança – Expediente forense. Horário específico para atendimento aos advogados. Portaria. Decadência. Desprovimento ao recurso. 701

REGULAMENTO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS (Decreto n. 3.017/1989)

- Art. 34 , § 1º..... 403
- Art. 76, 357

S

SENTENÇA

- Ação monitória – Prazo para embargos. Procuradores distintos. Conta conjunta. Ilegitimidade passiva. Cheque prescrito. Lapso

temporal superior a dois anos. Necessidade de descrição da <i>causa debendi</i> . Embargos procedentes.....	789
— Ação de alteração de regime de bens – Casamento em 1993 pela comunhão universal. Embaraços ao casal decorrentes do regime então vigente. Procedência do pedido. Alteração do regime de bens para comunhão parcial a partir da data da sentença.	787
— Ação de cobrança – Companhia de seguros. Acidente de veículo. Sinistro com o condutor secundário do veículo, filho do segurado. Alegação de quebra de cláusula contratual e má-fé do autor. Ação procedente para condenar a seguradora.	781
— Ação de indenização por danos morais – Alegação de apropriação dos extratos bancários da empresa por ex-funcionária em ação de prestação de contas. Exibição dos documentos em Juízo sem autorização. Improcedência da ação.....	772
— Ação de indenização por danos morais – Lei de imprensa. Ofensa à honra alheia. Alegação de erro de digitação. Anúncio de cunho ofensivo à reputação em caderno de classificados. Dano moral caracterizado. Ação procedente, acrescida de juros moratórios.	747
— Crime contra a saúde pública – Tráfico de entorpecentes. Maconha para comercialização. Prisão em flagrante. Condenação.	798
— Embargos de terceiros contra ação de execução de sentença — Dívida de condomínio. Penhora de único imóvel destinado à moradia. Apartamento. Disposições contidas na Lei n. 8.009/90. Improcedência dos embargos.	811
— Estupro – Crime hediondo. Vítima criança de apenas 10 anos de idade. Continuidade delitiva. Condenação superior a 20 anos. Cumprimento da pena em regime fechado.....	758

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

— N. 7	693
— N. 42	193
— N. 54	371
— N. 72	228
— N. 150	193
— N. 182	693
— N. 245	228

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 254	386
— N. 453	605
— N. 546	403
— N. 556	193

SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

— Súmula 1 à Súmula 16	25
— N. 3	179

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

- Adécio Machado dos Santos 71
- Alberto Costa 707, 709, 713, 714, 718 e 722
- Anselmo Cerello 451 e 479

C

- Carstens Köhler 552 e 621
- Castro Filho 693
- Celso de Mello 689
- Cesar Abreu 673

D

- Décio Menna Barreto de Araújo Filho 781
- David Wilson de Abreu Pardo 341
- Dionízio Jenczak 97 e 147

E

- Edmundo José de Bastos Júnior 487
- Edson Marcos de Mendonça 798

- Eládio Torret Rocha..... 221 e 224
— Ernani Guetten de Almeida..... 653

F

- Fernando Carioni 307 e 311
— Francisco Oliveira Filho..... 403 e 435
— Francisco Falcão 701

G

- Gastaldi Buzzi 285 e 316
— Gilson Dipp 698

I

- Irineu João da Silva..... 580 e 586

J

- Jaime Ramos 407 e 420
— Jorge Mussi 556 e 568
— Jorge Schaefer Martins 126 e 130
— José Volpato 166 e 171

L

- Luiz Carlos Freyesleben 91 e 122
- Luiz César Medeiros 364 e 439
- Luiz Felipe Siegert Schuch 758
- Luiz Fernando Boller..... 811

M

- Manoel Cordeiro Junior 648
- Maria do Rocio Luz Santa Ritta 277 e 280
- Marcus Tulio Sartorato 143 e 174
- Maurílio Moreira Leite 599 e 601
- Monteiro Rocha 103, 106, 109, 113, 115, 137 e 139
- Moreira Alves..... 33

N

- Nelson Schaefer Martins 239 e 248
- Nilton Macedo Machado 605 e 610
- Newton Janke 397 e 399
- Norberto Ungaretti 55

O

- Osmar José Nora..... 639

P

- Paulo Roberto Speck 663
- Pedro Manoel Abreu 251 e 256

R

- Reinaldo Pereira e Silva 325
- Renato Lisboa Altermani 199
- Renato Müller Bratti 789
- Ricardo Alexandre da Silva 199
- Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva 787
- Rodrigo Antônio da Cunha 747
- Rui Fortes 45 e 463

S

- Salim Schead dos Santos 228 e 617
- Sepúlveda Pertence 683 e 685
- Sérgio Izidoro Heil 188 e 193
- Sérgio Paladino 571 e 575
- Sérgio Baasch Luz 263 e 267
- Silveira Lenzi 727, 729, 733, 737, 740 e 741
- Silvio Varela Junior 627
- Solon d'Eça Neves 547 e 568
- Sônia Maria Schmitz 468 e 473

T

— Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira	505
— Torres Marques	590 e 596
— Trindade dos Santos	292 e 298
— Tulio Pinheiro	232 e 236

V

— Vanderlei Romer	379 e 386
— Victor Ferreira	179 e 185
— Volnei Carlin	357 e 371

W

— Wilson Augusto do Nascimento	152 e 159
--------------------------------------	-----------

Y

— Yhon Tostes	772
---------------------	-----

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Léa dos Santos Sousa

Chefe da Seção de Revisão

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Idalete Souza
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Litz Eli de Lima Cunha Silva
Maria Fernandes Bez
Norberto Nazareno Barreiros Fortes
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

José Leopoldo Abatti

Editoração eletrônica: Juarez Oliveira
Montagem, impressão e acabamento
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.